

ESCRIVANO DE CABIL
NOMBRADO DESVM

ANUARIO DE INVESTIGACIÓN DEL CICAJ 2015

AUTORES

Noemí Ancí Paredes

Mónica Barriga Pérez

Frank Espinoza Laureano

Carlos Glave Mávila

Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero

Álvaro Ocampo Grey

Richard O'Diana Rocca

Beatriz Ramírez Huaroto

José Miguel Rojas Bernal

Pablo Rosales Zamora

Abraham Siles Vallejos

José Enrique Sotomayor Trelles

Natalia Torres Zúñiga

Alejandra Zegarra Blanco

ANUARIO DE INVESTIGACIÓN DEL CICAJ 2015

AUTORES

Noemí Ancí Paredes

Mónica Barriga Pérez

Frank Espinoza Laureano

Carlos Glave Mávila

Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero

Álvaro Ocampo Grey

Richard O'Diana Rocca

Beatriz Ramírez Huaroto

José Miguel Rojas Bernal

Pablo Rosales Zamora

Abraham Siles Vallejos

José Enrique Sotomayor Trelles

Natalia Torres Zúñiga

Alejandra Zegarra Blanco

DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE
DERECHO

**CENTRO DE INVESTIGACIÓN,
CAPACITACIÓN Y ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)**



PUCP

**Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del
Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)**

Jefe del DAD

Guillermo Boza Pró

Directora del CICAJ-DAD

Patricia Urteaga Crovetto

Comité Asesor del CICAJ

*César Landa Arroyo
David Lovatón Palacios
Rómulo Morales Hervías
Elizabeth Salmón Gárate
Abraham Siles Vallejos
Eduardo Sotelo Castañeda*

Equipo de Trabajo del CICAJ

*Frida Segura Urrunaga
Carlos Carbonell Rodríguez
Jackeline Fegale Polo
Mayra Sánchez Hinojosa
Enzo Dunayevich Morales
Teresa López Espejo*

*Anuario de Investigación del CICAJ 2015
CICAJ-DAD | editor*

*Primera edición: diciembre, 2016
Tiraje: 250 ejemplares*

© Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica
Departamento Académico de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú
Teléfono: (51 1) 626-2000, anexos 4930 y 4901
<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/>

*Corrección de estilo: Claudia Arbaiza Varela, Valeria Cáceres Bravo, Takeshi Kihara Falcón,
María Gracia Minaya Chávez, Carlos Ramos Lozano*

*Impresión: Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5 - Perú*

*Derechos reservados. Se permite la reproducción total o parcial de los textos con permiso expreso
del editor.*

*Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2017-04895
ISSN: 2414-0872*

Impreso en el Perú - Printed in Peru

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	7
SECCIÓN I: DERECHO CONSTITUCIONAL	9
El pensamiento de Locke y Montesquieu como antecedente de la configuración constitucional de poderes de excepción ante emergencias políticas <i>Abraham Siles Vallejos</i>	11
Comentarios <i>Betzabé Marciani Burgos</i>	43
Respuesta del autor	47
El estado de cosas inconstitucional y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público. Una mirada a las jurisprudencias colombiana y peruana <i>Beatriz Ramírez Huaroto</i>	49
Comentarios <i>Heber Campos Bernal</i>	95
Respuesta de la autora	101
Sentencias estructurales y protección efectiva de los derechos humanos <i>Mónica Barriga Pérez</i>	105
Comentarios <i>Pedro Grández Castro</i>	137
Respuesta de la autora	139
La rebeldía del legislador <i>José Miguel Rojas Bernal</i>	145
Comentarios <i>David Lovatón Palacios</i>	179
Respuesta del autor	181

SECCIÓN II: DERECHO INTERNACIONAL 185

The Role of International Environmental Law in the Application of Foreign Investment Law 187
Carlos Glave Mávila

Comentarios 221
Henry Zevallos Castillo

Respuesta del autor 225

Importancia de la participación de los *amicus curiae* en los procedimientos arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) referidos a las expropiaciones en los países en desarrollo 227
Alejandra Zegarra Blanco

Comentarios 271
Víctor Saco Chung

Respuesta de la autora 275

Control de normas constitucionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: subsidiariedad, deferencia e impacto en la teoría del cambio constitucional 279
Natalia Torres Zúñiga

La responsabilidad de proteger en el derecho internacional: el caso de Libia en el contexto de la Primavera Árabe 319
Pablo Rosales Zamora

Comentarios 353
Jessica Maeda Jerí

Respuesta del autor 359

SECCIÓN III: DERECHO LABORAL 363

La inspección del trabajo y la infracción administrativa en materia sociolaboral (entre el principio garantista del derecho administrativo sancionador y el principio protector del derecho del trabajo) 365
Frank Espinoza Laureano

Comentarios <i>Raúl Saco Barrios</i>	393
Respuesta del autor	397
SECCIÓN IV: FILOSOFÍA DEL DERECHO	399
Hacia un modelo ponderativo-especificacionista de ponderación entre principios <i>José Enrique Sotomayor Trelles y Noemí Ancí Paredes</i>	401
Comentarios <i>Heber Campos Bernal</i>	431
Respuesta de los autores	437
SECCIÓN V: ANTROPOLOGÍA JURÍDICA	443
El sistema de titularidad de los recursos naturales del subsuelo en el Perú y sus consecuencias negativas en las comunidades campesinas de los Andes <i>Richard O'Diana Rocca</i>	445
Comentarios <i>Gustavo Zambrano Chávez</i>	489
Respuesta del autor	493
SECCIÓN VI: DERECHO DE AUTOR	499
¿Sin melodía no hay obra! Dime, ¿qué se siente no tener derechos de autor sobre tu composición musical? <i>Álvaro Ocampo Grey</i>	501
Comentarios <i>Raúl Solórzano Solórzano</i>	537
Respuesta del autor	539

SECCIÓN VII: DERECHO CONCURSAL

543

Los actos de disposición del deudor concursado como materia de ineficacia concursal.
Análisis del perjuicio y desarrollo normal de la actividad del deudor de dichos actos en el
denominado periodo de sospecha
Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero

545

Comentarios

Antonio de la Haza Barrantes

577

Respuesta del autor

579

SOBRE LOS AUTORES

581

PRESENTACIÓN

En esta tercera edición de los Anuarios de Investigación del CICAJ - DAD, se encuentran reunidos artículos de diversas ramas del Derecho que son producto de un proceso de reflexión académica profunda en torno a temas que son materia de debate en la actualidad. Estos artículos han atravesado un exigente proceso de evaluación y un proceso editorial que garantizan la excelencia académica que debe caracterizar la producción de nuestros docentes y egresados.

La presente edición comprende investigaciones realizadas por dos profesores y once egresados, clasificadas en siete secciones. La sección que abre esta edición es la de Derecho Constitucional, que contiene el artículo del profesor Abraham Siles, «El pensamiento de Locke y Montesquieu como antecedente de la configuración constitucional de poderes de excepción ante emergencias políticas»; de la egresada Beatriz Ramírez, «El estado de cosas inconstitucional y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público. Una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana»; de la egresada y actualmente profesora Mónica Barriga, «Sentencias estructurales y protección efectiva de los derechos humanos»; y del egresado José Rojas, «La rebeldía del legislador». La segunda sección es la de Derecho Internacional y comprende los trabajos del profesor Carlos Glave, «The Role of International Environmental Law in the Application of Foreign Investment Law»; de la egresada Alejandra Zegarra, «Importancia de la participación de los *amicus curiae* en los procedimientos arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) referidos a las expropiaciones en los países en desarrollo»; de la egresada Natalia Zúñiga, «Control de normas constitucionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: subsidiariedad, deferencia e impacto en la teoría del cambio constitucional»; y del egresado Pablo Rosales, «La responsabilidad de proteger en el derecho internacional: el caso de Libia en el contexto de la Primavera Árabe».

La siguiente sección, Derecho Laboral, recoge el trabajo del egresado Frank Espinoza, «La inspección del trabajo y la infracción administrativa en materia sociolaboral (entre el principio garantista del derecho administrativo sancionador y el principio protector del derecho del trabajo)». La cuarta y quinta sección corresponden a los temas de Filosofía del Derecho y Antropología Jurídica, respectivamente. En la primera de ellas escriben los egresados José Enrique Sotomayor y Noemí Ancí, «Hacia un modelo ponderativo-especificacionista de ponderación entre principios»; y en la segunda escribe el egresado Richard O'Diana, «El sistema de titularidad de los recursos naturales del subsuelo en el Perú y sus consecuencias negativas en las comunidades campesinas de los andes».

La sexta sección, Derecho de Autor, contiene el trabajo «¿Sin melodía no hay obra! Dime, ¿qué se siente no tener derechos de autor sobre tu composición musical?», elaborado por el egresado Álvaro Ocampo. Finalmente, la séptima sección es la de Derecho Concursal, la cual contiene el trabajo del egresado Anthony Lizárraga, «Los actos de disposición del deudor concursado como materia de ineficacia concursal. Análisis del perjuicio y desarrollo normal de la actividad del deudor de dichos actos en el denominado periodo de sospecha».

Para el CICAJ resulta muy grato presentar una edición más de los Anuarios de Investigación, con contribuciones académicas de primer nivel que enriquecerán el debate actual de la comunidad académica jurídica.

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ)
Departamento Académico de Derecho

SECCIÓN I

DERECHO CONSTITUCIONAL

EL PENSAMIENTO DE LOCKE Y MONTESQUIEU COMO ANTECEDENTE DE LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE PODERES DE EXCEPCIÓN ANTE EMERGENCIAS POLÍTICAS

Abraham Siles Vallejos
Profesor del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Categoría Profesores

Locke y Montesquieu establecieron las bases teóricas de dos modelos de poderes de excepción, diseñados ambos, pese a sus notables diferencias, como parte del emergente Estado liberal y constitucional. Comprender las características, los fundamentos conceptuales y los contextos históricos de estos modelos adquiere una relevancia especial a inicios del siglo XXI, cuando a una larga tradición constitucional de ejercicio de poderes presidenciales de excepción ha venido a añadirse el enorme desafío del «terrorismo global», que agobia ahora a las democracias constitucionales del mundo entero. El presente ensayo aborda, por un lado, la redefinición conceptual de la prerrogativa regia realizada por John Locke, considerando en particular su sujeción a límites impuestos por el derecho natural, así como su situación de tránsito hacia una concepción moderna de gobierno de emergencia, y, por otro lado, el reexamen crítico que Montesquieu efectuó de los poderes dictatoriales en Roma y Venecia, para distanciarse de estas experiencias (pero también de la prerrogativa inglesa) y optar por un régimen de excepción limitado al arresto temporal de sospechosos.

Presentación

En el pensamiento político y jurídico moderno, dos de los antecedentes más conspicuos de los poderes de excepción constitucional ante emergencias de naturaleza política (guerra exterior, sublevaciones internas) vienen proporcionados por las reflexiones de John Locke, en su famosa obra *Dos tratados sobre el Gobierno* (1690), y por las de Montesquieu, en su no menos célebre *El espíritu de las leyes* (1748).

Así, entre fines del siglo XVII y mediados del siglo XVIII —o, si se prefiere, en el lapso que va de la Revolución Gloriosa, en Inglaterra, al periodo inmediatamente anterior a la Revolución Francesa, en suelo galo—, quedaron establecidas las bases teóricas de dos modelos de poderes de excepción, diseñados ambos, pese a sus notables diferencias, como parte del emergente Estado liberal y constitucional: uno, propio del régimen político inglés; el otro, distintivo de la forma de gobierno de Francia.

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/abraham-siles-vallejos/>

Comprender las características, los fundamentos conceptuales y los contextos históricos de estos modelos adquiere una relevancia especial a inicios del siglo XXI, pues la experiencia histórica muestra que es larga y vasta la tradición constitucional de ejercicio de poderes presidenciales de excepción. De hecho, entre otros fenómenos políticos, dicha tradición abarca los caudillismos militares de las repúblicas independentistas latinoamericanas durante el siglo XIX¹, pero también, durante el siglo XX, el reiterado uso de los poderes excepcionales previstos en el artículo 48 de la Constitución de la República de Weimar, en Alemania² y su perversión en clave totalitaria durante el infame régimen nazi, extendido entre 1933 y 1945³.

No extraña, por ello, que Karl Loewenstein (1974) llegara a decir, con palabras todavía estremecedoras, que el artículo 48 de la Constitución de Weimar, texto constitucional ciertamente republicano y democrático, «se convirtió bajo Hitler en la “Carta Magna de los campos de concentración”» (p. 289)⁴.

En el caso peruano, debe resaltarse que las dos últimas décadas del siglo pasado vieron cómo el desarrollo de la guerra interna y los graves crímenes contra los derechos humanos a que esta dio lugar (torturas, desapariciones forzadas, masacres y ejecuciones extrajudiciales) fueron favorecidos por el empleo del régimen de excepción constitucional, bajo la modalidad de «estado de emergencia»⁵. Ya en la nueva centuria, la persistencia de remanentes terroristas y su confluencia con el fenómeno del narcotráfico, en el Alto Huallaga y, sobre todo actualmente, en el Valle de los Ríos Apurímac, Ene y Mantaro (VRAEM), han llevado a que el Estado peruano siga echando mano del fácil recurso a la Constitución de emergencia para combatir la «amenaza terrorista»⁶.

De otro lado, en el terreno internacional de hoy en día, el «terrorismo global» es un desafío extremo para el Estado constitucional y democrático de derecho. Lo prueban, trágicamente, los ataques del 13 de noviembre del 2015 en París, reivindicados por el llamado Estado Islámico, y, antes, los llevados a cabo por Al Qaeda, el 11 de septiembre del 2001, en Estados Unidos de América, entre otros hechos similares ocurridos en diversas partes del mundo⁷.

Así pues, tanto la historia del constitucionalismo occidental como los retos contemporáneos a la democracia constitucional —y lo mismo a nivel de las naciones que a escala internacional o global— muestran la importancia de estudiar los poderes de excepción, en la medida

1 Véase Siles Vallejos (2015, pp. 79 - 82). Véase también Aljovín de Losada (2000, pp. 261 - 300); Rey de Castro Arena (2010, pp. 165 - 180).

2 Véase Rossiter (2011, pp. 37 - 60); Wilde (2010, pp. 138 - 39); Kennedy (2012, pp. 248 - 250).

3 Véase Bendersky (1983, pp. 33 - 34); Rossiter (2011, pp. 59 - 60).

4 Véase también Siles Vallejos (2015, p. 77).

5 Comisión de la Verdad y Reconciliación (2003, pp. 494 - 527).

6 Sobre el modo de operar de los remanentes de Sendero Luminoso en el VRAEM, bajo estado de excepción, véase Basombrío y Rospigliosi (2006, pp. 188 - 189 y 191); Chiabra (2009, pp. 354 - 355); Agüero (2009, pp. 60 - 63). Sobre episodios terroristas recientes protagonizados por Sendero Luminoso en el Vraem, véase Gorriti (abril, 2012, pp. 22 - 23 y pp. 10 - 13 y 74); Jiménez (abril, 2012, pp. 16 - 17 y 90); Gorriti (septiembre, 2015, pp. 28 - 30 y 78); Gorriti (octubre, 2015, pp. 34 - 46).

7 Según Giuseppe Vergottini, el «terrorismo global» es un «terrorismo ubicuo proveniente de lugares indeterminados y desarrollado por sujetos no necesariamente coincidentes con organizaciones de Estados territoriales», a lo que Manuel Carrasco Durán añade que se trata de «un tipo de terrorismo causado por grupos con una estructura que podía hallarse dispersa, potencialmente, en una multitud de lugares [...]». (Vergottini, 2004, p. 24). Además, véase Carrasco Durán (2010, p. 19). Véase también Ackerman (2007, pp. 12 y 25); Pérez Royo (2010, p. 10).

en que los Estados privilegian su uso para hacer frente a la amenaza de la violencia política o el terrorismo, fenómeno que se ha intensificado recientemente.

Parte central de este esfuerzo académico consiste en revisar los antecedentes teóricos de los regímenes de excepción constitucional en los autores clásicos del pensamiento político y jurídico moderno, pues, como se verá en este ensayo, algunas de las características definitorias de los modelos elaborados por autores como Locke y Montesquieu han marcado hondamente el desarrollo constitucional posterior y perduran hasta hoy, o, en todo caso, pueden aún brindar luces sobre la mejor configuración constitucional de los poderes de emergencia.

En la reflexión política y constitucional contemporánea ha sido quizá Carl Schmitt el teórico que ha planteado con más radicalidad el desafío de la excepción. Como se sabe, Schmitt (1998) sostuvo en *Teología Política* que «soberano es aquél que decide sobre el estado de excepción» (p. 21)⁸. Para el profesor germano, las dos cuestiones claves sobre la emergencia política que amenaza con destruir al Estado son, desde luego, la determinación o proclamación de la situación excepcional y la elección de las medidas a adoptar para superarla (Dyzenhaus, 2006, p. 39). La perspectiva decisionista de Schmitt⁹ lo lleva a descartar que pueda anticiparse con claridad el caso de necesidad y las medidas para dominarlo, por lo que afirma que «el supuesto y el contenido de la competencia son entonces necesariamente ilimitados» y que «la Constitución puede, a lo sumo, señalar quién está llamado a actuar en tal caso» (Schmitt, 1998, p. 17).

El llamado a decidir y actuar ante la emergencia suprema es, pues, el soberano, quien se sitúa así más allá de todo límite y, ciertamente, por encima del orden jurídico, aunque, paradójicamente, en los propios términos del profesor alemán, «sin dejar por ello de pertenecer a él» (Schmitt, 1998, p. 17).

Es fácil observar que estas ideas tienden a erosionar las propias bases conceptuales del modelo de Estado de derecho, ya que propugnan la concentración de poderes y la actuación del soberano libre de todo límite, con prescindencia del orden legal. Se trata de un esquema conceptual decisionista, que privilegia la voluntad y decisión del gobernante en desmedro del marco normativo, y que confía la tarea de defensa del Estado —antes que de la Constitución o del pueblo— a quien encarna la noción de soberanía, el hombre fuerte que conduce las riendas del poder estatal.

Con un planteamiento tan extremo, el filósofo de Plettemberg en realidad parecía dejar de lado su anterior aproximación a la cuestión de los poderes constitucionales de emergencia, publicada solo un año antes de *Teología Política*, la cual era considerablemente más matizada. En efecto, en *La dictadura*, libro aparecido en el año 1921, Schmitt había distinguido entre dos modalidades, a saber, la «dictadura comisarial», orientada a salvar la Constitución y que por tanto actuaba bajo su marco, sin procurar el derribamiento del orden jurídico y político del país, y la «dictadura soberana» o revolucionaria, cuyo propósito fundamental, por el contrario, es la instauración de un nuevo orden y una nueva Constitución (Schmitt, 1985, pp. 173 y 181 - 183)¹⁰.

Las diferencias entre ambas posiciones schmittianas han sido analizadas y explicadas por John P. McCormick (1998), quien considera que evidencian la transformación de Schmitt de conservador «particularmente brillante» en «fascista» durante la República de Weimar; no

8 Según John P. McCormick, esta es quizá «la más famosa sentencia», y «ciertamente una de las más infames», en la teoría política alemana (McCormick, 1999 p. 121, traducción propia).

9 Para una aproximación al decisionismo schmittiano, véase Hernando Nieto (2001, pp. 121 - 144); Hernando Nieto (2000, pp. 125 - 168).

10 Véase también McCormick (1998, p. 220); Baño León (2013, pp. XXIX - XXXIV).

obstante lo cual vale la pena rescatar del trabajo de Schmitt sobre los poderes de emergencia desarrollado en aquella época, y especialmente por lo que concierne a la distinción entre dictadura comisarial y soberana, algunos puntos de particular relevancia: la insuficiente atención que el constitucionalismo liberal presta a las excepciones políticas, la necesidad de separar la noción de soberanía de la institución de los poderes de emergencia constitucional, y el imperativo de hacer un distingo constitucional entre quién decide y quién actúa en las situaciones de emergencia (p. 220)¹¹.

Ahora bien, es claro que, a despecho de lo que intenta Ernst-Wolfgang Böckenförde¹², es inevitable vincular el trabajo intelectual de Schmitt con sus propios actos, su reflexión teórica con su trayectoria política, considerando no solo el apoyo que brindó a grupos políticos conservadores durante la República de Weimar; sino, inmediatamente después, su participación en el gobierno nazi. Su oportunismo político llevó a Schmitt a inscribirse en el Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán (NSDAP) y a procurar ser el «jurista del Reich», pese al recelo y desdén inicial que sentía por los plebeyos nazis y sus ideas, así como lo llevó al extremo de publicar «El Führer protege el Derecho», ominoso artículo con el que pretendió justificar la purga perpetrada por el régimen de Adolf Hitler contra Ernst Röhm y sus hombres leales de las SA, conocida como «la Noche de los Cuchillos Largos» (30 de junio de 1934), en la que también fue asesinado Kurt Schleicher, último canciller de la República de Weimar, de quien Schmitt había sido cercano colaborador¹³.

Como quiera que fuere, las dos posturas teóricas de Schmitt, la formulada en *La dictadura*, que admite una modalidad constitucional para el ejercicio de poderes dictatoriales, y la expuesta en *Teología Política*, que deja de lado la posibilidad de sujetar a reglas jurídicas los poderes de excepción, marcan dos polos del debate contemporáneo sobre el régimen excepcional. No parece casual que, en las circunstancias actuales, agobiado el mundo por el fenómeno del terrorismo global —según se ha dicho aquí—, se haya avivado la reflexión académica sobre las propuestas de Schmitt, tomando partido unos autores por un modelo de poderes excepcionales guiado por la idea de Estado de derecho (*Rule of Law*)¹⁴, mientras otros estudiosos se inclinan por un «modelo de medidas extra-legales», ciertamente más próximo a la concepción schmittiana prevaleciente, esto es, la de los poderes ilimitados del soberano, a ejercer por fuera del derecho, frente a las emergencias políticas¹⁵.

En tal sentido, es también indispensable mencionar aquí la reflexión de Giorgio Agamben (2007) sobre las situaciones excepcionales, pues, partiendo de un análisis de las ideas de Schmitt, cuestiona la pretensión de este autor de inscribir el estado de excepción en un contexto jurídico, pretensión que considera presente tanto en *La dictadura* como en *Teología Política* (pp. 72 - 75, 95 y 100). Más bien, tomando como referencia la vieja institución romana

11 Véase también McCormick (1998, pp. 236 - 237).

12 Véase Böckenförde (1998, p. 37).

13 Véase Bendersky (1983, pp. 197 - 198, 204, 212, 216 - 218); Dyzenhaus (1998, pp. 2 - 3); Baño León (2013, pp. LVII - LIX).

14 Véase Dyzenhaus (2006, pp. 17 - 19 y 200); Dyzenhaus (2005, pp. 34 - 37). Véase también Ferrajoli (2011, pp. 101 - 106) y Dworkin (2008).

15 No obstante, no debe perderse de vista que, si bien hay una proximidad entre la tesis de la excepción soberana defendida por Schmitt en *Teología Política* y el «modelo de medidas extra-legales» de Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, estos autores procuran introducir limitaciones y restricciones sobre quien ha de ejercer los poderes de excepción, a la vez que reconocen que el titular de la soberanía es el pueblo representado por el Parlamento, no el Presidente de la República. Véase Gross y Ní Aoláin (2006, pp. 110 - 113 y 160 - 170).

del *lustrum*, Agamben (2007) propone que el estado de excepción no es una forma dictatorial, sino un espacio de vacío jurídico y de suspensión del derecho (pp. 86, 95, 99 y 100).

De particular trascendencia resulta que Agamben (2007), quien tiene muy en cuenta las reacciones de las democracias constitucionales tras los ataques terroristas del 11 de septiembre del 2001 en Estados Unidos de América, considere que el estado de excepción, el cual sitúa «en el límite entre la política y el derecho», y que, según afirma el gran pensador italiano, «se presenta como la forma de aquello que no puede tener forma legal», ha devenido en el «paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea», pese a su naturaleza extrema y paradójica que lo configura como «un umbral de indeterminación entre democracia y absolutismo» (pp. 23, 24, 25, 26 y 27).

Se ve reforzada entonces, a la luz de tales ideas, la necesidad y actualidad de estudiar las instituciones del gobierno de emergencia, y con ello sus más importantes antecedentes en la tradición política y jurídica del pensamiento constitucional —entre los que destacan las obras de Locke y Montesquieu—, puesto que la excepción aparece ya «normalizada»¹⁶ y ha devenido recurso frecuente y aun «paradigma» de gobierno contemporáneo.

Por lo demás, tampoco debe perderse de vista que, como señala el mismo Agamben en el libro que dedica al desafío moral extremo que representan los campos de exterminio nazis, el estudio de los regímenes de excepción permite a la vez profundizar acerca de la calidad del propio Estado constitucional de derecho. En ese sentido, colocado bajo el «paradigma de la situación extrema», el estado de excepción «permite fundar y definir la validez del ordenamiento jurídico normal», pues ha de tenerse en cuenta que «mientras el estado de excepción y la situación normal están separados en el espacio y en el tiempo, como es habitual, permanecen opacos, aunque en secreto se refuerzan mutuamente», no obstante lo cual «tan pronto como se muestra de forma abierta su convivencia, como sucede hoy de forma más frecuente cada vez, se iluminan entre ellos, por así decirlo, desde el interior» (Agamben, 2010, pp. 49 y 50 - 51; Siles Vallejos, 2015, p. 79).

En lo que sigue, el presente ensayo aborda, en primer lugar, la redefinición conceptual de la prerrogativa regia realizada por John Locke, considerando en particular su sujeción a límites impuestos no por el derecho positivo del país, sino por el derecho natural, así como su situación de tránsito hacia una concepción moderna de gobierno de emergencia. Luego de ello, el ensayo se centra en el reexamen crítico que Montesquieu efectuó de los poderes dictatoriales en Roma y Venecia, para, en definitiva, distanciarse de estas experiencias (como también de la prerrogativa inglesa) y optar por un estrecho régimen de excepción, tan solo limitado al arresto temporal de sospechosos. El ensayo se cierra con un acápite final que expone algunas conclusiones.

1. Locke y la prerrogativa regia en el surgimiento de la tradición anglosajona de poderes de excepción constitucional

1.1. Introducción.

Las ideas de John Locke sobre el gobierno de emergencia difieren de aquella tradición republicana de la dictadura constitucional, originada en la Roma clásica y que con tanto celo y cuidado

¹⁶ Sobre el fenómeno de la «normalización de la emergencia», véase, por ejemplo, Ackerman (2008, p. 70); Benazzo (2004, p. 4); Dyzenhaus (2002, pp. 28 - 29); Gross y Ní Aoláin (2006, p. 228 y ss.); Vergottini (2004, p. 23). Véase también Siles Vallejos (2015, p. 78).

defendió Nicolás Maquiavelo, en pleno Renacimiento italiano, a inicios del siglo XVI¹⁷. Ahora bien, pese a no ser un seguidor de la teoría republicana, ni en su forma clásica ni en su versión maquiavélica¹⁸, la reformulación que hizo John Locke de la prerrogativa regia¹⁹, en el marco de una teoría de poderes monárquicos moderados por la actuación del Parlamento bicameral inglés y, al mismo tiempo, por los derechos naturales de las personas y el consentimiento de los súbditos, habría de ser de enorme trascendencia histórica. En efecto, si bien el mundo académico pudo haber descuidado eventualmente la temática de la prerrogativa real²⁰, considerándola quizá de menor importancia en el conjunto del pensamiento político de Locke, es claro que, luego de los ataques terroristas perpetrados el 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos de América, el interés de los estudiosos por este aspecto de su teoría política y constitucional se ha visto multiplicado con toda justificación²¹.

En el debate actual sobre los poderes de emergencia, diversos autores pugnan por re-examinar y poner de su lado las propuestas del gran filósofo inglés, cuyo *Dos Tratados sobre el Gobierno* vio la luz por primera vez en el año 1690, acompañando el reciente ascenso al trono de Guillermo de Orange y su esposa, la desde entonces reina María, quienes sucedieron al depuesto Jacobo II²². Así, Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin (2006) invocan la teoría del poder real de prerrogativa, enunciada por Locke como una de las fuentes principales de su «modelo de medidas extra-legales» para enfrentar las emergencias (p. 123)²³, mientras, a su turno, David Dyzenhaus (2006) critica a Gross y defiende el Estado de derecho como marco legal adecuado para el gobierno de crisis, argumentando que la prerrogativa debe estar siempre sometida a tal principio («rule of law» principle), para lo cual se apoya de manera vigorosa en el constitucionalismo de Dicey (pp. 52 - 53)²⁴. La polémica sobre la naturaleza y el alcance de la prerrogativa regia en el pensamiento de John Locke se proyecta inclusive sobre su ascendiente entre los fundadores de la democracia norteamericana y la presunta inauguración de una tradición constitucional de poderes presidenciales de excepción a ser ejercidos aun sin el respaldo de la ley o contra sus mandatos expresos²⁵.

Como quiera que fuere, una cuestión crucial parece ser la determinación de si para Locke la prerrogativa de la Corona había de estar sujeta a límites fijados por la Constitución o, en todo caso, por el derecho natural. Durante la época en la que vivió John Locke, la restauración de los Estuardos, ocurrida hacia 1658 - 1660²⁶, así como en particular su intolerancia, abusos e «intentonas absolutistas»²⁷, dieron lugar a una intensa lucha política entre los *tories*, partidarios de la prerrogativa regia, y los *whigs*, enemigos declarados de los poderes absolutos del monar-

17 Schmitt (1985, p. 33); Rossiter (2011, p. 15).

18 Véase Pocock (2002, p. 510).

19 Véase Corbett (2006, p. 436).

20 Véase Pasquino (1998, p. 199).

21 Véase Wilde (2010, p. 255).

22 Véase Laslett (1956, pp. 40 y 42); Sabine (1996, p. 402); Chevallier (2011, p. 83); Jardin (1989, pp. 13 y 15).

23 Véase también Gross y Ní Aoláin (2003, pp. 1101 y 1104).

24 Véase también Dyzenhaus (2005, pp. 79 y 80).

25 Véase Gross y Ní Aoláin (2006, pp. 119 y 123); Fatovic (2004, pp. 429 - 444) y Bailey (2004, pp. 732 - 754). Véase también, para anteriores abordajes de estos antecedentes históricos, Weaver (1997, pp. 420 - 446); Monaghan (1993, pp. 12 - 24); Handlin y Handlin (1989, pp. 545 - 556) y Lobel (1989, pp. 1392 - 1395).

26 Véase Pocock (2002, p. 81).

27 Véase Jardin (1989, p. 13). Véase también Gross y Ní Aoláin (2006, p. 119).

ca²⁸. Como se sabe, Locke, ilustre defensor de la libertad frente a la opresión política y enemigo de toda forma de poder absoluto arbitrario²⁹, hizo suyo el partido de los *whigs* e integró el entorno más cercano de lord Ashley, luego conde de Shaftesbury, quien se convertiría en férreo opositor a Carlos II, debiendo ambos marchar al exilio, en Holanda, cuando Shaftesbury, el otrora consejero real, perdió el favor del monarca y la lucha política se hizo más enconada³⁰.

1.2. La Revolución Gloriosa y la Petición de Derecho.

En el año 1685, Jacobo II sucedió en el trono a su hermano Carlos II y se declaró abiertamente católico, desafiando con ello los sentimientos de la mayoría del pueblo inglés, adscrita al credo protestante³¹. Fue, pues, este soberano quien vio surgir y triunfar la Revolución Gloriosa, también llamada «la revolución sin sangre de 1688», la cual produjo el ya referido ascenso a la Corona de Guillermo de Orange y su esposa María, precisamente el yerno y la hija de Jacobo II³². En el meollo de las disputas políticas y religiosas de entonces y, por cierto, imprimiendo un hondo carácter al mismo proceso histórico de las instituciones en Inglaterra, se hallaba el problema de los límites del poder del monarca. De allí que un autor como Pasquale Pasquino (1998) llegue a afirmar que «la cuestión de la prerrogativa del rey fue el tema central del debate constitucional inglés bajo los Estuardos» (p. 199, traducción propia).

En consecuencia, antes de recibir la investidura, los nuevos reyes hubieron de aceptar la célebre *Petición de Derechos* elaborada por el Parlamento, la cual fijó límites al poder real y garantizó las libertades de las personas, al tiempo que establecía un régimen representativo en virtud del cual el Parlamento votaba las leyes y aprobaba los impuestos, además de requerir la autorización de este para el reclutamiento y el sostenimiento de un ejército en el reino durante tiempo de paz³³. En tal sentido, el *Bill of Rights*, del 13 de febrero de 1689, sostuvo de manera solemne que «el último Rey, Jacobo II, con la asistencia de consejeros maliciosos, jueces y ministros empleados por él, intentó subvertir y extirpar la religión protestante y las leyes y libertades de este reino», por lo que los representantes de ambas cámaras, en pronunciamiento conjunto, declararon que «el pretendido poder de suspender las leyes, o su ejecución, por autoridad real sin el permiso del Parlamento es ilegal», que «el pretendido poder de dispensar las leyes, o su ejecución, por autoridad real tal y como ha sido usurpado y ejercido en el pasado es ilegal», y que «la recaudación de dinero para la Corona y para su uso, so pretexto de prerrogativa, sin el consentimiento del Parlamento, por un tiempo más prolongado o en forma distinta de aquella que haya sido o sea decretada, es ilegal», entre otros puntos de máximo interés (Varela Suanzes, 1998, pp. 18 y 20).

Como puede apreciarse, la Revolución Gloriosa y el *Bill of Rights* abolieron la prerrogativa regia de carácter absoluto y extraordinario, que había sido heredada de la tradición política inglesa, con vistas a la supresión de diversas formas de intolerancia y arbitrariedad que practicaron los monarcas de la dinastía Estuardo³⁴. El nuevo régimen político, que reemplazaba al de Jacobo II, considerado despótico, procuraba así entroncar con las reivindicaciones —de impronta republicana— de gobierno mixto y equilibrado, basado en la colaboración del rey, los

28 Véase Chevallier (2011, p. 82); Laslett (1956, pp. 41 - 42 y 45).

29 Véase Sabine (1996, p. 413); Goldwin (2004, p. 484).

30 Véase Chevallier (2011, p. 82). Véase también Goldie (1983, pp. 61 - 62).

31 Véase Sabine (1996, p. 398); Chevallier (2011, p. 82).

32 Véase Sabine (1996, p. 398); Goldie (1983, p. 77).

33 Véase Jardin (1989, p. 13); Varela Suanzes (1998, pp. 18 - 20); Schmitt (1985, p. 73).

34 Véase Pasquino (1998, p. 206, nota 9).

lores y los comunes («los tres estados»), que fueron recogidas en un documento proclamado por la Corona durante el reinado de Carlos I, en el año 1642, el cual llevó por título *Respuesta de su Majestad a las Diecinueve Propositiones de Ambas Cámaras del Parlamento*³⁵.

Ciertamente, la búsqueda de un gobierno moderado, en el que los diversos estados existentes en el país se controlan unos a otros, con la finalidad de preservar las libertades básicas, y de un gobierno representativo, en el que el Parlamento desempeña un papel clave como límite y contrapeso del rey, resultaba incompatible con la prerrogativa absoluta de este. El poder absoluto del monarca, por contraste con su poder ordinario, era entendido, de modo tradicional, según el concepto enunciado por el Chief Justice Baron Fleming en la sentencia emitida en 1606 en el caso *Bate*, en los siguientes términos: «el poder absoluto del Rey no es aquel que es transformado o ejecutado para uso privado, para el beneficio de cualquier persona particular; sino que es sólo aquel que es aplicado para el beneficio general del pueblo y es *salus populi*; en la medida en que el pueblo es el cuerpo y el Rey la cabeza; y este poder es guiado por las normas, que rigen sólo en el *common law*, y es más apropiadamente llamado Política y Gobierno; y en la medida en que la constitución de este cuerpo varía con el tiempo, entonces varía esta ley absoluta, conforme a la sabiduría del Rey, para el bien común» (Oakley, 1968, pp. 323 - 324, traducción propia).

Un año más tarde, en 1607, James Cowell, quien era catedrático de *Civil Law* en la Universidad de Cambridge, describió al rey como «*supra legem* por su poder absoluto» y definió la prerrogativa real, con palabras que adquirirían fama de fórmula canónica, como «aquel poder especial, preeminencia o privilegio que el rey tiene por encima de otras personas y sobre el curso ordinario del *Common Law*» (Oakley, 1968, p. 325)³⁶.

1.3. Los Dos tratados sobre el Gobierno: límites al poder y defensa de la libertad.

Es, pues, como reacción ante tal situación política y cultural del país y, en especial, ante la desmesura y arbitrariedad con que la Corona y sus partidarios entendían la prerrogativa regia, que John Locke compuso los *Dos tratados sobre el Gobierno*. Caracterizado como un «catecismo protestante del anti-absolutismo», en el que el derecho natural se ensambla hábilmente con la Constitución inglesa (Chevallier, 2011, p. 93), el libro sentó, como se sabe, las bases definitorias de la democracia liberal, de esencia individualista, que habría de cristalizar en la historia con las Declaraciones de derechos proclamadas un siglo más tarde en Estados Unidos de América y en Francia³⁷. Con su obra, escrita en lo esencial en los años previos a la Revolución Gloriosa³⁸, Locke se propuso justificar teóricamente el cambio de régimen político que deseaba y que la ascensión al trono de Guillermo y María supuso luego, así como integrar en un cuerpo doctrinario coherente los principios en los que creía y que serían recogidos después por la *Petición de Derechos* de febrero de 1689³⁹.

De ese modo, en el Prefacio del libro, redactado con posterioridad a los eventos revolucionarios de 1688, Locke dice esperar que su exposición sea suficiente para «establecer

35 Véase Pocock (2002, p. 439, traducción propia). Desde luego, la Respuesta de su Majestad a las Diecinueve Propositiones... fue rechazada con vehemencia por los realistas. Véase Goldie (1983, p. 78).

36 Véase también Pasquino (1998, p. 200); Sabine (1996, pp. 400 y 400 - 401) y Dicey (1996, p. 61).

37 Véase Sabine (1996, p. 414); Chevallier (2011, p. 93); Lobel (1989, p. 1392); Weaver (1997, p. 422) y Monaghan (1993, pp. 12 - 14).

38 Véase Laslett (1956, p. 42). Véase también Sabine (1996, p. 402, nota 6).

39 Véase Jardin (1989, p. 16). Véase también Sabine (1996, p. 402).

el Trono de nuestro Gran Restaurador; nuestro actual Rey Guillermo», y para «hacer bueno su Título en el Consentimiento del Pueblo», lo mismo que para «justificar ante el Mundo al Pueblo de Inglaterra, cuyo amor por sus Derechos Naturales y Justos, con su resolución por preservarlos, salvaron a la Nación cuando estaba al borde de la Esclavitud y la Ruina» (Locke, 2012, p. 13). De allí que Locke deseara también mostrar, en particular en el *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, que los reyes de los cincuenta años anteriores habían sido los verdaderos causantes de la revolución, «al intentar ampliar la prerrogativa y gobernar sin parlamento» (Sabine, 1996, p. 411).

En definitiva, entonces, en el núcleo del pensamiento político de John Locke y del sistema constitucional que el filósofo inglés legó a la humanidad, se halla la idea de que el gobierno legítimo es solo aquel que está limitado en sus poderes y que se sostiene sobre el consentimiento de los gobernados, siendo su principio fundamental el que postula que todos los hombres nacen libres (Goldwin, 2004, p. 451). No debe perderse de vista, en tal sentido, que el médico y filósofo formado en Oxford pensaba que el estado de naturaleza se halla regido por la razón y que los derechos naturales de los individuos subsisten en el estado de sociedad para fundar la libertad civil (Chevallier, 2011, pp. 85 y 90). Así, el pacto que da origen a la comunidad política no tiene otra finalidad que garantizar la paz y la seguridad de todos, otorgando protección a la propiedad de cada individuo, concepto amplio que incluía su vida, libertad y bienes⁴⁰.

En la misma línea de pensamiento, si bien Locke consideró que por el pacto social los hombres abandonaban el estado de naturaleza y constituían el gobierno civil, la delegación de poderes que este recibía se entendía sujeta a una limitación muy importante, a saber, aquella consistente en que el ejercicio del poder ha de dirigirse únicamente a la consecución del bien público⁴¹. Todo lo opuesto de la tiranía, la cual, además de ser un régimen violatorio del derecho, «consiste en hacer uso del poder que se tiene, mas no para el bien de quienes están bajo ese poder; sino para propia ventaja de quien lo ostenta» (Locke, 2012, p. 196, párr. 199).

En consonancia con estas ideas, Locke sostuvo igualmente que el gobierno absoluto carecía de legitimidad, pues en tal régimen político no puede existir consentimiento de los hombres⁴². Dicho en sus propios términos, «el poder absoluto y arbitrario, o gobernar sin leyes establecidas, no puede ser compatible con los fines de la sociedad y del gobierno», por lo que resulta obvio que la monarquía absoluta no sólo es irreconciliable con la sociedad civil, sino que «excluye todo tipo de gobierno civil» (Locke, 2012, pp. 105 y 145, párr. 90 y 137).

No obstante, si el consentimiento de los gobernados, el bien público y los derechos naturales de las personas se erigen, en la teoría política y constitucional enunciada por Locke, en la razón de ser y, al mismo tiempo, en los límites infranqueables de la sociedad civil, ¿cómo debe organizarse la distribución del poder para la consecución de tales fines y el respeto de los mencionados límites? La respuesta que dio Locke consistió en una versión peculiar del principio de la separación de poderes, conforme a la cual existirían dos ramas de gobierno: el Poder Legislativo, como órgano de representación del pueblo y encargado de adoptar las decisiones generales en las leyes, y el Poder Ejecutivo, reconocido a la Corona, que se ocuparía de velar por la ejecución de las leyes, mientras la función judicial estaría integrada a la tarea legislativa, y

40 Véase Locke (2012, p. 102, párr. 87). Véase también Jardin (1989, p. 16); Sabine (1996, p. 406); Goldwin (2004, p. 471) y Toyama Miyagusuku (1998, pp. 292 - 293).

41 Véase Goldwin (2004, pp. 454, 472 y 478); Chevallier (2011, p. 91).

42 Véase Chevallier (2011, pp. 87 y 88); Sabine (1996, p. 408); Goldwin (2004, p. 472).

el poder federativo, relacionado a los asuntos externos (guerra y paz, celebración de tratados internacionales), aun cuando conceptualmente distinto, podía quedar en manos del mismo Ejecutivo (Locke, 2012, pp. 151 - 153, párr: 143 y 148)⁴³.

Entre estos órganos, sin embargo, la preeminencia la tendría el Parlamento, definido como el «poder supremo del Estado» y además «sagrado e inalterable» (Locke, 2012, p. 141, párr: 134), aun cuando Locke reconociese la posibilidad de que el rey participara en la elaboración de las leyes⁴⁴. De cualquier manera, en la propuesta lockeana, ambos poderes, Parlamento y Corona, son limitados y, en el ejercicio de cada una de sus diversas funciones, están siempre impedidos de incurrir en tiranía o en absolutismo, ya que ni siquiera el Parlamento, reputado como supremo, tiene el poder de cometer actos arbitrarios, en la medida en que el pueblo, en cuyo nombre ejerce funciones, tampoco posee dicho poder, de suerte que no se lo podría delegar o transmitir (Sabine, 1996, p. 410).

1.4. La prerrogativa regia.

Ahora bien, en la concepción de Locke, aunque el gobierno legítimo está separado en distintos órganos y sujeto a los límites establecidos por la ley, cuya finalidad ha de ser el asegurar los derechos naturales de las personas y el bien público, la acción gubernativa no puede verse únicamente como reducida al estricto cumplimiento de la legalidad. Surgen aquí las limitaciones que, de suyo propio, poseen las leyes, a saber, la imposibilidad en que se encuentran de preverlo todo. La generalidad y abstracción de los mandatos legales, su conocida rigidez, pueden conspirar, en determinados casos, contra lo que es justo y adecuado para el bien público. Por tal razón, y en particular para las situaciones de emergencia que amenazan la vida nacional, cabe decir, con Pasquale Pasquino (1998), que el principio del Estado de derecho «no puede excluir otra modalidad (excepcional) de gobierno que remite a otro principio: *Salus populi suprema lex*» (pp. 201 - 202). Es más, el propio John Locke (2012) invocó este viejo adagio latino y dijo de él que expresaba «regla tan justa y fundamental, que todo el que la respete no estará en peligro de errar» (p. 162, párr: 158).

Sin embargo, ¿en qué consiste exactamente la prerrogativa de la Corona para Locke y, sobre todo, cómo reconciliarla con las restricciones que son esenciales al gobierno moderado que él propugnó? Más allá de las posturas extremas que definen la institución dentro de márgenes muy estrechos o demasiado amplios⁴⁵, lo cierto es que la noción de prerrogativa de Locke implica, de un lado, que las leyes no pueden ofrecer una regla idónea frente a un evento imposible de anticipar⁴⁶, y, de otro lado, que la solución frente a su ocurrencia habrá de ser adoptada por el Poder Ejecutivo, quien obrará para ello sin impedimentos de derecho positivo de ningún tipo⁴⁷. Así, afirma Locke (2012) en el ya citado parágrafo 158 del *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, que «la prerrogativa no es más que un poder que el príncipe tiene para procurar el bien del pueblo, en aquellos casos en los que, debido a sucesos imprevisibles, las leyes inalterables no pueden proporcionar una dirección segura» (p. 162, párr: 158)⁴⁸. Y, poco más adelante, en el capítulo que dedica precisamente a la suprema potestad de la Corona, dirá que

43 Véase también Pasquino (1998, p. 199); Sabine (1996, p. 410); Goldwin (2004, p. 476).

44 Véase Goldwin (2004, p. 476).

45 Véase Ward (2005, p. 733).

46 Véase Wilde (2010, p. 253); Dunn (1969, p. 149).

47 Véase Wilde (2010, p. 255); Corbett (2006, p. 437).

48 Véase también Locke (2012, pp. 164 - 165, párr: 159).

«este poder de actuar a discreción para el bien público, sin hacerlo conforme a lo prescrito por la ley, y aun contra ella en ciertos casos, es lo que se llama “prerrogativa”» (p. 165, párr. 160)⁴⁹.

Por consiguiente, la facultad de proceder según la propia discrecionalidad para hacer frente a las emergencias, que Locke reconoce claramente al rey, supone la concesión de «un poder *extra et contra legem*» (Pasquino, 1998, p. 205). Quiere decir que allí donde las leyes no han regulado nada o sus mandatos son insuficientes y no brindan indicaciones seguras, o inclusive, en ciertos casos, en abierta contradicción de sus estipulaciones expresas, el monarca está legitimado para prescindir por completo de ellas y disponer lo que estime conveniente para el bien público. ¿Equivale esto, sin embargo, a un poder ilimitado? ¿Quiso John Locke conservar el absolutismo de los Estuardos dentro de su sistema político y constitucional? ¿Quiso que el Rey mantuviera la potestad absoluta de pasar por encima de las leyes en aquellos casos cuya existencia él determinaría, en que estuviera amenazada la continuidad de la nación o del Estado? Pues, aunque algunos autores discuten el punto⁵⁰, lo cierto es que no: la prerrogativa regia no es para Locke un poder ilimitado ni procuró el filósofo inglés investir a la Corona con poderes ilegales irrestrictos.

1.5. Sujeción de la prerrogativa al derecho natural.

Ese «poder de ejecución más extenso», esa «reserva de autoridad» en que consiste la prerrogativa, cuya titularidad se atribuye al rey por «necesidad sociológica», según dice John Dunn (1969), queda siempre sometido a los mandatos del derecho natural y es, por lo tanto, un poder jurídico acotado (pp. 148 - 149, traducción propia). El propio Locke, al demarcar el ámbito para la decisión discrecional del monarca, cimenta este punto de vista de modo expreso, pues sostiene que «es adecuado que las leyes mismas deban en algunos casos ceder ante el Poder Ejecutivo, o más aun ante esta *ley fundamental de naturaleza y gobierno* [...]» (2012, p. 375, traducción propia, énfasis añadido)⁵¹. En consecuencia, el estado de excepción, pese a ser colocado por Locke fuera del campo del derecho positivo, es todavía un «espacio legal», en la medida en que está gobernado por el derecho natural⁵². Por esta razón, como ha destacado Marc de Wilde (2010), la cuestión relevante no es si la prerrogativa lockeana tiene naturaleza constitucional o extraconstitucional (en un sentido legalista), sino si está sujeta a restricciones provenientes del derecho natural (pp. 255 - 256)⁵³.

En tal sentido, Pasquale Pasquino (1998) ha hecho notar cómo la teoría política de Locke considera que la sociedad civil y su organización constitucional tienen su origen y base en el estado de naturaleza, es decir, «en la creación divina», de donde se sigue que la sociedad civil carece de fines autónomos y tiene por única función la de estabilizar y garantizar las condiciones de vida establecidas por Dios (p. 204). Por contraste, la prerrogativa, como forma de autoridad prudencial, «tiene su origen y razón de ser en la historia, no en el inmutable orden de la creación divina», por lo que «debe hacer un compromiso con el poder del Derecho y con el gobierno legal en una

49 Véase también Locke (2012, pp. 168 y 169, párr. 164 y 166).

50 Véase Gross y Ní Aoláin (2006, pp. 121 - 123).

51 Véase Locke (2012, en la edición de Peter Laslett, p. 375). Se cita aquí la edición original, ya que la traducción al castellano que se ha venido empleando es inexacta en este pasaje. Véase Locke (2012, pp. 164 - 165, párr. 159).

52 Véase Wilde (2010, pp. 256 - 257); Corbett (2006, pp. 442 - 443); Schmitt (1985, p. 73).

53 Para el debate acerca de si la prerrogativa está sujeta a limitaciones constitucionales o si es inconstitucional y por tanto no se halla sometida a restricciones, véase además, en particular, Weaver (1997, pp. 433 - 434 y 435); Ward (2005, pp. 733, 737 y 739); Corbett (2006, pp. 429 - 430, 440 y 447); Feldman (2008, pp. 562 y 570).

sociedad moderna, de manera que la predictibilidad y la certeza del Derecho aparezcan como las verdaderas condiciones de la libertad y la propiedad» (Pasquino, 1998, p. 205).

Por lo demás, tal como se ha anotado, el poder de prerrogativa también se encuentra limitado por su propósito, que es el de preservar el bien público. De allí que Locke (2012) rechace, de manera categórica, la posibilidad de entender esta actuación discrecional como «un poder arbitrario para hacer cosas que resulten en un daño para el pueblo» (p. 167, párr. 163)⁵⁴. Junto con ello ha de recordarse, desde luego, que la concepción general de gobierno moderado y Estado de derecho que Locke (2012) preconiza supone que el ejercicio del poder por parte del Ejecutivo resulta justificado solo en la medida en que fortalezca la finalidad esencial de la ley, a saber, la preservación de la sociedad política y de los derechos de todos sus miembros (pp. 213 - 215, párr. 222)⁵⁵.

Puede concluirse entonces que, para Locke, el poder de prerrogativa autoriza al rey a actuar de manera ilegal, ya que le permite ir más allá de las leyes y aun contradecirlas o prescindir por completo de ellas, lo que no significa, empero, que tal poder sea arbitrario o carezca de límites, ni tampoco que se halle fuera del campo del derecho y, por ende, sustraído a las regulaciones jurídicas. Su principal vinculación es, sin embargo, no con el derecho positivo, sino con las normas derivadas del derecho natural. Así, pues, la teoría de la prerrogativa regia de John Locke no se configura, en modo alguno, como una tesis absolutista o decisionista⁵⁶.

1.6. La prerrogativa lockeana y el tránsito a una concepción moderna de gobierno de emergencia.

Establecido el carácter limitado jurídicamente de la prerrogativa regia para la teoría política y constitucional de Locke, ¿cuáles son, no obstante, los rasgos específicos que distinguen a su propuesta? Marc de Wilde (2010) ha señalado que el planteamiento del filósofo inglés muestra cierta ambigüedad que se explica históricamente, ya que corresponde a una etapa de transición hacia una concepción moderna de gobierno de emergencia, caracterizada por tres elementos: (i) la ambivalencia del estado de excepción entre derecho y hecho, que permite, empero, la suspensión de los derechos fundamentales; (ii) la definición del objeto del estado de excepción en términos de seguridad y preservación de la vida; y (iii) la «normalización» del estado de excepción, que acarrea la pérdida de sus límites temporales y de su campo específico de aplicación, de manera que amenaza con devenir en «indefinido» (pp. 251, 253 y 258).

En cuanto al primer elemento, Locke sigue siendo premoderno, ya que aún considera evidente la ligazón del gobierno de emergencia al ordenamiento jurídico (a los mandatos del derecho natural, como se ha indicado), aunque, a diferencia de pensadores tradicionales de su tiempo, admite que los derechos fundamentales pueden ser suspendidos como medida para enfrentar las crisis existenciales⁵⁷. Es, sin embargo, respecto de los otros dos factores de la noción moderna de gobierno de crisis que Locke se revela más cercano a la nueva era, entonces todavía en gestación. En consecuencia, efectivamente, define el propósito del estado de excepción como el de garantizar no solo la preservación de la Constitución o el régimen político, sino,

54 Véase también Ward (2005, p. 733); Gross, y Ní Aoláin (2006, p. 120); Sabine (1996, p. 410).

55 Véase también Ward (2005, p. 733); Schmitt (1985, pp. 72 - 73).

56 Véase Pasquino (1998, p. 205). Véase también Corbett (2006, p. 442).

57 Véase Wilde (2010, pp. 257 y 267).

sobre todo, la seguridad y la vida de los gobernados, mientras, a la vez, parece aceptar que el estado de excepción se convierta en parte de la normalidad constitucional⁵⁸.

Pese al enorme valor que tiene la reformulación que hace Locke de la prerrogativa regia en el *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, es claro, sin embargo, que su planteamiento se resiente de ciertas indeterminaciones e insuficiencias. Así, debe mencionarse en primer lugar un rasgo muy notorio, en especial por contraste con lo que ocurría en la dictadura romana clásica y en la obra renacentista de Nicolás Maquiavelo, a saber, la ausencia del mecanismo de la heteroinvestidura. Según lo dicho, el titular de los poderes de emergencia no recibe su nombramiento de otros magistrados, sino que es el mismo rey quien tiene la potestad de decidir si ha de recurrir a sus poderes extralegales⁵⁹. Esta característica, que distingue a la institución de la prerrogativa de la Corona tal como la pensó John Locke, habría de tener enorme influencia a lo largo de la historia posterior hasta llegar a nuestros días.

Por otra parte, un pasaje del libro muestra que Locke no diferencia claramente entre crisis que constituyen una amenaza para la vida de la sociedad (una invasión militar o una guerra civil) y casos excepcionales menores o de algún modo ordinarios, que no suponen un peligro de esa gravedad o dimensiones (como el incendio de una casa que amenaza con propagarse a las residencias vecinas)⁶⁰. De esta incapacidad parece derivar el que Locke no establezca límites precisos al estado excepcional, relativos tanto a su duración como al discernimiento de los hechos que configuran una emergencia en virtud de la cual se autoriza la suspensión parcial del ordenamiento jurídico; como consecuencia, Locke tampoco fija límites estrictos a los poderes de emergencia del Ejecutivo⁶¹. Tales límites existen, según se ha expuesto ya, pero no están especificados, siendo referidos por Locke solo en términos generales. Como señala John Dunn (1969), hay una completa no regulación, pero solo del «modo de ejercicio» de la prerrogativa (p. 150, traducción propia). En correspondencia con estas características, Locke no prevé garantías institucionales contra el abuso de los poderes de emergencia, sino solo «garantías débiles» (*soft guarantees*) (Wilde, 2010, p. 267).

No quiere esto decir, sin embargo, a despecho de lo que afirman Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin (2006), que la prerrogativa lockeana prescindiera de «un concepto de rendición de cuentas crucial» o que no imponga una «ética de la responsabilidad» sobre el uso de los poderes de emergencia por el gobernante, aunque sí es cierto, como se ha advertido ya, que no crea «barreras bastante fuertes contra el fácil empleo de poderes extralegales por las autoridades públicas» (p. 123). Por lo tanto, junto con Marc de Wilde (2010), debe recalcar que para John Locke la prerrogativa del Ejecutivo puede ser juzgada siempre de acuerdo con criterios legales (p. 257).

En efecto, a pesar de las indeterminaciones de su modelo de prerrogativa regia y no obstante que las garantías en las que pensó fueran débiles, es claro que el filósofo inglés procuró desarrollar ciertos criterios objetivos, de naturaleza jurídica, que pudieran evitar la conversión del estado excepcional en pretexto para la comisión de abusos y arbitrariedades. Los más importantes de tales criterios fueron: (i) el doble requisito de «necesidad evidente» para evaluar el evento justificativo de la emergencia y evitar que el gobernante proclame falsamente un estado de crisis; (ii) el requerimiento de que la prerrogativa sea empleada, «manifiesta e

58 Véase Goldwin (2004, p. 457); Wilde (2010, p. 258).

59 Véase Pasquino (1998, p. 202).

60 Véase Locke (2002, p. 165, párr. 159).

61 Véase Wilde (2010, p. 254).

indiscutiblemente», para beneficio del pueblo; y (iii) la dependencia en que se coloca el poder excepcional del príncipe respecto de la «confianza y sinceridad» con la cual ha de cumplir su misión (Locke, 2012, pp. 162 - 163, 165 y 168)⁶².

1.7. Mal uso de la prerrogativa regia y derecho de resistencia del pueblo.

Finalmente, el genio de Locke lo llevó a considerar un punto de suma relevancia, y es el relativo al uso inapropiado de la prerrogativa y las consecuencias que se siguen de él. ¿Qué pasa si el gobernante abusa de su potestad de actuar sin tener en cuenta las leyes, en la búsqueda del bien público, ante situaciones de emergencia? En ese caso, sucede lo mismo que cuando surge la tiranía o cuando el incumplimiento de la misión esencial del príncipe acarrea la disolución del régimen, el pueblo tiene el derecho de resistencia⁶³. Locke, que fue «el más conservador de los revolucionarios» (Sabine, 1996 p. 411), estaba lejos de querer alentar desórdenes y violencias, no obstante lo cual se empeñó en aclarar que, colocado en una situación extrema de opresión y despotismo por el mal uso de la prerrogativa, el pueblo no tendría otro remedio que «apelar a los cielos» y decidir si hay «causa justa» para una rebelión, ya que él posee, «en virtud de una ley que es anterior a todas las leyes positivas de los hombres, y también de autoridad mayor; el derecho de reservarse la última decisión [...]» (Locke, 2012, pp. 170 y 171, párr. 168).

En razón de que el príncipe solo tiene un poder «fiduciario», basado en la confianza (*trust*) conferida por los gobernados⁶⁴, su quebrantamiento o traición trae como consecuencia el derecho del pueblo a resistir el regreso al estado de guerra⁶⁵, pero no con vistas al derribamiento del gobernante legítimo, sino, por el contrario, tan solo con el propósito de preservar la sociedad civil, que se ve amenazada de disolución por los abusos de la prerrogativa regia, la cual, siendo un poder limitado, ha devenido contra toda razón y justicia en poder absoluto.

2. Montesquieu: el velo sobre la libertad y los estados de excepción

2.1. Introducción (a propósito del *bill of atteinder*).

Al igual que Nicolás Maquiavelo y John Locke, Montesquieu se preocupó por las emergencias constitucionales y el gobierno de crisis. Lo hizo, empero, de una manera singular; ya que, a diferencia del pensador florentino, distó mucho de ser un defensor de la dictadura constitucional heredada de la República romana clásica, y, por contraste con el médico y filósofo formado en Oxford (pese a su rendida admiración por la Constitución inglesa), dejó de lado la institución de la prerrogativa regia, para proponer, más bien, una forma de régimen excepcional, ciertamente limitado, que se centrara en el arresto temporal de sospechosos de amenazar al Estado.

Contra una extendida opinión, que los equívocos con que a veces nos sorprende la historia han querido preservar y transmitir, la idea de que «hay casos en los que es forzoso, transitoriamente, echar un velo sobre la libertad, como se tapan las imágenes de los dioses» (Montesquieu, 2002, p. 296, libro XII, cap. 9), no fue formulada por Montesquieu en relación a las crisis constitucionales. En efecto, el Capítulo 19 del Libro XII de *El espíritu de las leyes*, donde esta expresión figura, aunque dedicado a la cuestión de «cómo se suspende el uso de la liber-

62 Véase también Wilde (2010, p. 262).

63 Véase Locke (2012, pp. 170 - 171, párr. 168). Véase también Chevallier (2011, pp. 91 y 92); Jardin (1989, p. 205); Wilde (2010, p. 265).

64 Véase Chevallier (2011, p. 91); Pasquino (1998, p. 205); Goldwin (2004, p. 476); Wilde (2010, p. 265); Sabine (1996, p. 413).

65 Véase Goldwin (2004, p. 479).

tad en la república», no se refiere a las amenazas existenciales contra el Estado ni a los poderes de excepción o dictatoriales del gobernante, sino a la institución inglesa del *bill of attender*, en virtud de la cual el Parlamento aprobaba una ley que, para la preservación de la libertad de todos, privaba de la suya a una persona determinada (Schmitt, 1980, p. 200)⁶⁶.

La asociación entre este pasaje de la célebre obra y los estados de excepción, que se registra ya en la época de la Revolución francesa⁶⁷ y que por largo tiempo se repite acríticamente en el ámbito de la oratoria pública⁶⁸, es posible que se deba no solo a que la frase fue acuñada respecto del gobierno republicano, lo que atrajo la atención de pensadores y políticos liberales, sino también a sus indudables méritos literarios, ya que Montesquieu ofrece aquí una fórmula de gran plasticidad y fuerza sugestiva. Como quiera que fuere, en el comentario que le dedica Destutt de Tracy, a inicios del siglo XIX, se observa una presentación del texto que separa «las ocasiones en que se puede hacer una ley contra un hombre solo» y aquellos «casos en que conviene echar un velo por un momento sobre la libertad, como se cubren las estatuas de los Dioses» (Destutt de Tracy, 1822, p. 156), lo que muestra que estaba ya abonado el terreno para el empleo de la cita fuera de su contexto original.

Con todo, hay algunos elementos del mencionado pasaje que vale la pena poner de relieve, debido a su cercanía con el estado de excepción. En primer lugar, debe ser destacada la naturaleza paradójica de la institución de la que habla Montesquieu, en tanto son «los pueblos más libres que ha habido en la tierra» los que suprimen la libertad con la finalidad ulterior de salvarla⁶⁹ (Montesquieu, 2002, p. 295, libro XII, cap. 19). En segundo lugar, ha de notarse que la medida debe ser meramente «transitoria», lo que introduce una importante limitación de orden temporal a una intervención del poder estatal que, en sí misma, pudiera ser juzgada como arbitraria o despótica. Por último, también debe llamarse la atención acerca de las circunstancias que dan origen a la ley individual del Parlamento que priva de libertad a un sujeto, puesto que tales circunstancias deben configurar un caso de necesidad; de allí que Montesquieu hable de una medida cuya adopción es «forzosa», es decir, que viene impuesta por la situación de hecho presentada.

Es claro que estas tres características del *bill of attender* —su naturaleza contradictoria o paradójica, su temporalidad y su justificación en la necesidad— son manifiestas también en los regímenes de excepción previstos en las constituciones para hacer frente a las amenazas existenciales. Una razón más que concurre a explicar la exitosa aplicación de la figura propuesta por Montesquieu, en el nuevo contexto de lo que Pedro Cruz Villalón (1980) denomina «la protección extraordinaria del Estado» (p. 200)⁷⁰.

66 Cruz Villalón (1980, p. 200).

67 Véase Schmitt (1985, p. 143).

68 Véase Cruz Villalón (1980, p. 200). Véase también Fernández Segado (1977, pp. 2 y 15).

69 En otro pasaje de su obra, Montesquieu muestra su adhesión al viejo principio «La salud del pueblo es la suprema ley» (Montesquieu, 2002, p. 612, libro XXVI, cap. 23). Véase también Pangle (1973, p. 270).

70 Hay que suponer que el *bill of attender* se aprobaría para privar de su libertad a una persona que representara un peligro serio para el Estado, aunque ni el texto de Montesquieu ni las fuentes secundarias consultadas se pronuncian sobre el particular.

2.2. Las dictaduras en Roma y Venecia: ¿determinismo histórico o espíritu de conquista y ambición de poder?

Con ocasión del estudio que dedica al devenir histórico de Roma, y en menor grado al de Venecia, que Montesquieu expone una parte central de su pensamiento acerca de las emergencias constitucionales. Interesado como estaba en dilucidar las causas que llevaron a Roma de la República moderada a la tiranía, el gran filósofo francés examinó con acuciosidad el periodo de las guerras civiles que precedió a la instauración del imperio y, en particular, centró su atención en las dictaduras de Sila y Julio César:

Lo primero que cabe advertir es, sin embargo, el papel limitado que Montesquieu reconoció a estos dictadores, a quienes reputó sometidos a causas generales que excedían sus posibilidades de control individual. Además, como ha observado David W. Carrithers (1991), Montesquieu arriba a conclusiones deterministas acerca del colapso de Roma y su conversión en imperio, pero relaciona este destino con las opciones fundamentales adoptadas por el pueblo y los gobernantes romanos a lo largo de su desarrollo histórico, las cuales habían inicialmente contribuido a gestar la libertad de la República (pp. 151 y 167). En efecto, en *Grandeza y decadencia de los romanos*, obra aparecida en 1734⁷¹ y que de varias maneras anticipa el método y ciertos principios e ideas expuestos luego en *El espíritu de las leyes*⁷², Montesquieu (1962) consideró que, en su etapa final, la República «estaba amenazada de muerte» y que tal sino era inexorable, puesto que «ya no era cuestión más que de saber cómo iba a morir y por quién sería derribada» (p. 67)⁷³.

Ahora bien, aunque aparece aquí una concepción determinista de la historia que atiene sobre todo a procesos generales y colectivos de larga maduración, no es esto equivalente a un ciego fatalismo, ya que Montesquieu pensaba que las causas de los eventos no están determinadas de modo absoluto y que además pueden tomar distintas formas, de suerte que siempre hay espacio para la acción individual y los sucesos impredecibles (Carrithers, 2009, pp. 151 y 167). Procuró, pues, observar las consecuencias de largo alcance del espíritu o temperamento del pueblo romano sin perder de vista las conductas personales significativas, las que quiso entender, empero, en el marco de la tendencia histórica general. En tal sentido, Roger B. Oake (1953) señala que, para Montesquieu, la mayor causa de la caída y ascenso de Roma fue «el carácter de los romanos» (pp. 44 y 58, traducción propia), mientras David Lowenthal (2004) anota que la lección que el pensador nacido en La Brède obtiene de su análisis de la historia romana es que la expansión de una República en tamaño, poder y riqueza resquebraja por fuerza su espíritu y sus instituciones (p. 492).

Así, al examinar el gobierno de Sila en *Grandeza y decadencia de los romanos*, Montesquieu (2002) sostiene que su renuncia a la dictadura, la cual juzga caprichosa, no podía ya devolver la vida a la República, pues sus propias acciones hacían imposible la libertad de Roma (pp. 66 - 67)⁷⁴. Y, unos años más tarde, en un texto ficcional que representa un diálogo entre Sila, poco después de su abdicación a la dictadura, y el filósofo Eucrates, este afirma que «cuando los dioses permitieron que Sila se proclamara impunemente en Roma dictador, desterraron de ella para siempre la libertad», increpando entonces el sabio al magistrado renunciante con estas significativas palabras: «les habéis enseñado [a los capitanes romanos] que había un camino mu-

71 Véase Lowenthal (2004, p. 486); Dumitrescu (2013, p. 36).

72 Véase Oake (1955, p. 58); Jardín (1989, pp. 33 - 34).

73 Véase también Jardín (1989, pp. 33 - 34).

74 Véase también Carrithers (2009, p. 154).

cho más seguro para llegar a la tiranía y conservarla sin peligro») (Montesquieu, 1962, p. 159)⁷⁵. Resultaba, entonces, ya imposible desviar el aciago destino de Roma que se avizoraba tras el gobierno despótico de Sila, quien, sin embargo, representaba «la quintaesencia heroica del carácter romano» (Oake, 1955, p. 45, traducción propia), el mismo carácter que había forjado el engrandecimiento de la patria y permitido la libertad de la República.

Parecidas reflexiones suscita en Montesquieu (1962) el turbulento periodo de Julio César. Su dictadura devino en tiranía, en parte debido a su enorme ambición de poder (la cual es en todo semejante, por lo demás, a la que parece caracterizar a la generalidad de los seres humanos, de tal suerte que, si la República fue ahogada, de ello «no hay que acusar a la ambición de los particulares», sino «al hombre, cada vez más ávido de poder; a medida que lo va consiguiendo, y que lo desea todo sólo porque posee mucho» (pp. 67, 68 y 72)⁷⁶. Pero, al lado de los apetitos personales y del ansia de dominio que parece habitar en el corazón de cada quien, figuran igualmente los factores históricos extraindividuales, las causas generales que subyacen a los acontecimientos políticos y que, como un río subterráneo, marcan el sino de los pueblos. De ese modo, en las luchas entre Julio César y Pompeyo, las individualidades fueron en última instancia irrelevantes, puesto que, de no haber existido dichos héroes, otros hubieran pensado y actuado como ellos «y la república, destinada a perecer, habría sido arrastrada al precipicio por otras manos» (Montesquieu, 1962, p. 72)⁷⁷. Todavía más, Montesquieu (1962) asevera con rotundidad que, tras la muerte de Julio César, ocurrió que «ya no había tirano, pero tampoco libertad, porque las causas que la destruyeron subsistían» (p. 75)⁷⁸.

En buena cuenta, la caída de Roma, su paso de régimen republicano a gobierno tiránico, valiéndose para tal efecto del uso abusivo de la institución dictatorial (con Sila y Julio César), se debió al espíritu romano, el cual se distinguió desde su propio origen por su afán expansionista. Y es que la ampliación continua de sus fronteras fue el objeto específico de Roma⁷⁹, lo que produjo una «cadena militarista» (Oake, 1955, p. 53, traducción propia) que a la postre terminó socavando la virtud y el amor a la patria de soldados y ciudadanos, con la inevitable consecuencia de acabar con la libertad y perder a la República (Montesquieu, 1962, pp. 59 - 61)⁸⁰. En consecuencia, Montesquieu desaprobó el principio de conquista, engaño y crueldad que caracterizó a la política exterior de Roma, estimando que el imperialismo resultante fue, desde sus mismos fundamentos, inmoderado e injusto (Carrithers, 2009, p. 155; Oake, 1952, p. 51). Reacio a la concentración del poder, el gran filósofo francés elogió su división y los frenos y contrapesos que existieron en Roma, observando que «el sistema de la república cambió» en la época de las luchas entre Pompeyo y César, pues se otorgaron «comisiones extraordinarias» a los más poderosos, «lo que aniquiló la autoridad del pueblo y de los magistrados y puso los grandes negocios en manos de uno solo o muy pocos individuos» (Montesquieu, 1962, p. 67). Como indica Carl Schmitt (1985), Montesquieu fue consciente de la importancia de los comisarios extraordinarios para la evolución de la República hacia el «cesarismo» (p. 67).

75 El texto apareció publicado en Mercurio de Francia en el año 1745 y fue incluido por Montesquieu en su edición de 1748 de *Grandeza y decadencia de los romanos* (véase Montesquieu, 1962, p. 153, nota 1).

76 Véase también Oake (1955, p. 47).

77 Véase también Carrithers (2009, p. 154).

78 Véase también Carrithers (2009, p. 156); Oake (1955, p. 54).

79 Véase Montesquieu (2002, p. 245, libro XI, cap. 5). Véase también Dumitrescu (2013, p. 16).

80 Véase también Oake (1952, p. 52).

Debe repararse, por lo tanto, en que para Montesquieu la dictadura es una institución de alcance reducido frente al curso histórico general que venía trazado por el espíritu de un pueblo como el romano, el cual, conviene insistir, se singularizó por su deseo vehemente y continuo de expansión militar. Como indica Paul A. Rahe (2009), la Roma de Montesquieu «es una máquina diseñada para la conquista», en realidad «no un benefactor que confiere paz y prosperidad», sino «un depredador» (p. 33, traducción propia). Así, pues, Montesquieu observó que, lejos de servir como instrumento para la salvación de la patria en peligro, el nombramiento de Sila y César como dictadores favoreció el ejercicio arbitrario del poder y coadyuvó a la debacle final de la República, con la consiguiente instauración de la tiranía. La magistratura extraordinaria de Roma no estaba ya en capacidad de modificar la marcha de los acontecimientos; por el contrario, fue instrumentalizada para los fines del gobierno despótico. Con el agravante de que, como señalara el gran filósofo francés sobre el régimen de Tiberio, punto culminante de esta evolución, «no hay tiranía más cruel que la que se ejerce a la sombra de las leyes y con apariencias de justicia» (Montesquieu, 1962, p. 86)⁸¹.

Desde luego, el pensamiento de Montesquieu sobre la verdadera función cumplida por las dictaduras de Sila y Julio César parece emparentarse con las ideas de Dionisio de Halicarnaso y Apiano de Alejandría acerca de la institución dictatorial de la República romana clásica como «tiranía legalizada», lo mismo que con la figura del «hombre singular» o «médico sabio» imaginada por Maquiavelo, quien, actuando fuera del marco constitucional, también podía llegar a un ejercicio de poder despótico; las cuales han sido expuestas en otro ensayo⁸².

2.3. Gobierno de la aristocracia y dictadura como institución opresiva.

Como quiera que fuere, es al comentar la forma de gobierno aristocrática que Montesquieu realiza un análisis más detallado de las características institucionales de la dictadura. En efecto, según apunta Carl Schmitt (1985), el pensador nacido en La Brède consideró el nombramiento de un dictador como «el estado de excepción esencial de la forma política aristocrática» (pp. 144 y 304, nota 19). En tal sentido, en su obra más famosa sostiene que existe una excepción a la regla que excluye el otorgamiento de una «autoridad exorbitante» o un «poder desmesurado» en una República, otorgamiento que la convierte en una monarquía o «más que una monarquía»: cuando la Constitución del Estado es tal que exige un magistrado dotado de «poder exorbitante», como fue el caso de Roma y sus dictadores y de Venecia y sus inquisidores de Estado, autoridades que el texto califica de «magistraturas terribles que devuelven por la violencia la libertad al Estado» (Montesquieu, 2002, pp. 100 - 101, libro II, cap. 3; 1962, pp. 55 y 56, nota 4)⁸³.

Es, entonces, en las repúblicas aristocráticas, como Roma y Venecia, donde Montesquieu estima recomendable que la Constitución prevea la dictadura (Carrithers, 1991, p. 257; Rahe, 2009, p. 96; Schmitt, 1985, pp. 142). Ello es así porque los Estados gobernados por élites de aristócratas requieren mecanismos defensivos que los puedan resguardar frente a los enemigos interiores que, por su propia naturaleza, tienden a crear. En el caso de Roma, opina Montes-

81 En un prefacio que Montesquieu comenzó a escribir para su libro sobre el ascenso y caída de Roma, indicaba que su propósito era «explicar lo que sucedió en el imperio por lo que había sucedido en la república» (Rahe, 2009, p. 30, traducción propia).

82 Véase Siles Vallejos (2014, pp. 315 - 316).

83 Véase también Pangle (1973, pp. 51 y 121 - 122).

quieu (2002) la magistratura extraordinaria sirve para defender a «los restos de su aristocracia contra el pueblo», mientras en el caso de Venecia para mantener a su aristocracia contra los nobles (p. 101, libro II, cap 3)⁸⁴.

Ahora bien, para entender adecuadamente el planteamiento sobre la dictadura en el gobierno aristocrático que formula el filósofo francés y antiguo presidente del Parlamento de Burdeos⁸⁵, conviene no perder de vista su teoría política general. Al respecto, no solo ha de tenerse en cuenta el ideal de libertad y la defensa del gobierno moderado contenidos en *El espíritu de las leyes*⁸⁶. Tampoco será suficiente con recordar que su mayor fama se cimenta sobre la doctrina de la separación de poderes⁸⁷ y que su más importante herencia es la idea de frenos y contrapesos⁸⁸. En adición a ello, ha de considerarse la especial tipología de las formas de gobierno que propone, pues las tres variantes en que clasifica al gobierno —republicano, monárquico y despótico⁸⁹— suponen ciertos cambios importantes respecto de las tipificaciones tradicionales⁹⁰, ya que, según hace notar Brian C. J. Singer (2009), Montesquieu junta el gobierno de uno y el de muchos bajo una sola «rúbrica», el republicanismo (que comprende tanto al régimen democrático como al aristocrático)⁹¹, mientras, de otro lado, divide en dos formas el régimen de una sola persona, al distinguir la monarquía del despotismo, dependiendo de si el gobernante se ciñe o no a la ley (p. 98).

Cada clase de gobierno tiene su propia naturaleza y su propio principio, existiendo la siguiente diferencia entre uno y otro concepto: «su naturaleza es lo que le hace ser lo que es y su principio lo que le hace actuar», o, dicho con otras palabras, «la una es su estructura particular», en tanto «el otro las pasiones humanas por las que se mueve» (Montesquieu, 2002, p. 106, libro III, cap 1)⁹². En consecuencia, podemos conocer la naturaleza de un régimen político cuando sabemos quién gobierna y cómo lo hace; su principio, en cambio, viene manifestado por los sentimientos que impulsan sus acciones (Fuentes, 2011, p. 55, nota 16; Dumitrescu, 2013, pp. 37 - 38; Lowenthal, 2004, p. 489).

La naturaleza del gobierno republicano es que todo el pueblo posea el poder supremo, como ocurre en la democracia, o que al menos lo posea una parte de él, según sucede en la aristocracia; por contraste, la naturaleza del gobierno monárquico consiste en que el poder corresponda al príncipe, quien sin embargo gobierna conforme a leyes fijas y establecidas, distinguiéndose así de la naturaleza del gobierno despótico, donde una sola persona dirige los destinos del país conforme a sus deseos y caprichos, con prescindencia de la ley⁹³. De acuerdo con las peculiaridades de su naturaleza, cada forma de gobierno tiene un principio distintivo⁹⁴. El del régimen democrático es la virtud, la cual supone patriotismo y amor a las leyes y a la República, exigiendo asimismo igualdad, frugalidad y desprendimiento de sus integrantes; de allí que haya podido decirse que «la característica más atractiva de la democracia es la grandeza moral de sus

84 Véase Carrithers (1991, p. 257).

85 Véase Jardin (1989, p. 27).

86 Véase Lowenthal (2004, p. 506); Jardin (1989, pp. 26 y 41).

87 Véase Spitz (1953, p. 207).

88 Véase Singer (2009, pp. 97 y 107); Dumitrescu (2013, p. 17).

89 Véase Montesquieu (2002, p. 94, libro II, cap. 1).

90 Véase Lowenthal (2004, p. 491); Chevallier (2011, pp. 102 - 103); Jardin (1989, p. 35).

91 Véase Montesquieu (2002, p. 94, libro II, cap. 2).

92 Véase también Pangle (1973, pp. 48 - 51).

93 Véase Montesquieu (2002, pp. 94 y 106, libro II, cap. 1 y libro II, cap. 1). Véase también Pangle (2010, p. 29).

94 Montesquieu (2002, pp. 106 - 114, libro III, cap. 2 - 9).

ciudadanos» (Lowenthal, 2004, p. 490). El principio del gobierno aristocrático es cierto espíritu de moderación que ha de impulsar al estamento nobiliario a mandar de tal modo que se aminoren las desigualdades de poder y riqueza que son inherentes a la Constitución de la aristocracia⁹⁵. En fin, la fuerza motivadora en la monarquía es el honor; sentimiento que requiere el complemento institucional de «poderes intermedios» (nobleza, clero, concejos) que ayuden a evitar los excesos del soberano; y en el régimen despótico, el principio es el temor o la esclavitud de los súbditos⁹⁶.

Pues bien, ¿qué opinaba Montesquieu de estas diferentes formas de gobierno?, ¿creía que unas eran mejores que otras, que había que preferir alguna de ellas? Aunque el filósofo francés, como es de todos conocido, consideró la división y el balance de los poderes como una garantía esencial de la libertad, no asoció sin embargo esta con determinado tipo de régimen gubernativo, sino que pensó que un gobierno fundado en la libertad política podía ser alcanzado mediante distintas formas de Constitución, siempre y cuando fueran moderadas y se caracterizaran por la existencia de equilibrio y armonía entre los tres poderes del Estado (Dumitrescu, 2013, p. 19). De cualquier modo, y a pesar de ciertas discrepancias observables entre los autores sobre las preferencias políticas de Montesquieu —que han llevado a algunos a señalar que no fue republicano⁹⁷ o que la comprensión de su pensamiento requiere tener en cuenta su disgusto por la democracia y su adhesión a privilegios aristocráticos⁹⁸—, cabe anotar, con David Lowenthal (2004), que el otro-
ra magistrado del Parlamento de Burdeos, de entre las cuatro formas de gobierno que estudia, dos de ellas republicanas, «considera claramente a la democracia como la mejor y al despotismo como la peor» (p. 494). Además, por lo que se refiere específicamente a la aristocracia, estima que cuanto más se acerque esta a la democracia, mayor su perfección, mientras que será menos perfecta a medida que se asemeje a la monarquía (Montesquieu, 2002, p. 102, libro II, cap. 3)⁹⁹.

Pero, distando de ser el mejor modelo de gobierno posible, ¿de qué mecanismos habría de servirse el régimen aristocrático para asegurar su estabilidad siempre amenazada, para mantener bajo control cualquier brote de descontento que pudiera derivar en acciones insurreccionales o para defenderse de eventuales peligros externos? De otro lado, ¿qué pensaba Montesquieu de los medios a través de los cuales las élites aristocráticas procuraban preservar la precaria continuidad de su gobierno? La contestación de estas preguntas, sin duda de gran relevancia, habrá de mostrar la entraña del pensamiento de Montesquieu sobre la dictadura y los poderes de excepción.

Fueron, precisamente, los defectos e insuficiencias que caracterizaban al gobierno aristocrático los que llevaron a Montesquieu a aprobar las instituciones del dictador en Roma y los inquisidores de Estado en Venecia, ya que, según anota David W. Carrithers (1991), ambas fueron «completamente capaces de acciones despóticas» y el contexto del uso y aplicación de estas magistraturas exigía someter y aun humillar a patricios orgullosos y con poder (p. 257, traducción propia). El carácter ineludible de la concentración de los poderes y del recurso a la violencia resultaba patente en estos casos y Montesquieu así lo señala, pero no porque deseara necesariamente la preservación de las repúblicas aristocráticas, sino porque su objeto de examen era la cuestión teórica de cómo podía conseguirse este fin, lo mismo que el problema histórico de cómo había sido logrado hasta ese momento en la práctica.

95 Véase Chevallier (2011, p. 106); Jardin (1989, pp. 35 - 36); Lowenthal (2004, p. 491).

96 Véase Sabine (1996, p. 425); Chevallier (2011, pp. 107 y 111); Lowenthal (2004, pp. 492 y 494).

97 Véase Levy (2009, p. 121).

98 Véase Spitz (1953, p. 207). Véase también Boesche (1990, pp. 743 y 758); Sabine (1996, pp. 418 y 422 - 423).

99 Véase también Carrithers (1991, pp. 262 - 263, 265 - 266 y 268); Chevallier (2011, p. 106); Lowenthal (2004, p. 491).

De hecho, según ya se ha indicado en estas páginas, lo que de verdad interesaba al filósofo francés era que los gobiernos, cualquiera que fuese su forma (monárquica o republicana, y, en este último caso, democrática o aristocrática), introdujeran la moderación y se guiaran por ella. Como señala Paul A. Rahe (2009), «moderación fue la consigna de Montesquieu» (p. 36, traducción propia). Por consiguiente, su opinión sobre las magistraturas excepcionales o los mecanismos de dominación opresiva de que había de valerse la aristocracia, opinión que es bastante crítica y que tiene siempre como trasfondo la apuesta por un constitucionalismo fundado en la libertad, ha de encontrarse en argumentos que, bajo una prosa elegante y un estilo primordialmente descriptivo, son en realidad de índole normativa (Levy, 2009, p. 271).

2.4. Diferencias de régimen según modalidad dictatorial.

Al ingresar al análisis más detenido de la dictadura en Roma y la inquisición de Estado en Venecia, Montesquieu observa que existen ciertas desemejanzas importantes entre una y otra. Pese a que ambas son instituciones conservadoras y defensivas, que apuntan en último término a la preservación del régimen aristocrático, y pese a que igualmente ambas son concebidas por el pensador nacido en La Brède como mecanismos de control dirigidos contra amenazas fundamentalmente internas, las diferencias institucionales provienen de las particularidades que ostentan los grupos contra los que se ejercen las mencionadas magistraturas (o, por mejor decir, proceden de las peculiares maneras de obrar de estos grupos), así como de las circunstancias que obligaban al empleo de los poderes extraordinarios. En efecto, puesto que el régimen aristocrático de Roma debía resguardarse de la plebe, la dictadura había de ser de corta duración, ya que el pueblo, sostiene Montesquieu (2002), «obra por arrebatos y no por propósitos», requiriéndose, por otra parte, una magistratura más bien aparatosa e impresionante, en tanto se trataba de «intimidar al pueblo y no de castigarlo», y siendo conveniente que el dictador «no tuviera autoridad sin límites más que en razón de un solo asunto, porque se recurría a él ante un caso imprevisto» (p. 101, libro II, cap. 3)¹⁰⁰.

Como se puede apreciar, aparecen aquí varios elementos claves de la institución dictatorial como magistratura extraordinaria dirigida a salvar el orden republicano, a saber; lo exorbitante del poder del dictador; poder que sin embargo se ve circunscrito a las circunstancias de un mandato específico (un solo mandato: resolver la emergencia), y la imprevisibilidad de la situación que daba origen a la excepción. A ello se añade la necesidad de una acción más bien breve. Montesquieu (2002) insiste en este último factor; al anotar que «hay que compensar, en toda magistratura, la amplitud del poder con la brevedad del mandato», y señalar como plazo prudencial el de un año —el doble del que operaba en la dictadura clásica romana—, con el argumento de que «más tiempo sería peligroso, más breve resultaría contrario a la naturaleza de la cosa» (p. 101, libro II, cap. 3)¹⁰¹.

Por contraste, los inquisidores de Estado venecianos, en razón de tener que lidiar ya no contra el pueblo sino contra los mismos nobles, habían de configurar una magistratura «permanente», al parecer porque las conjuras aristocráticas también lo eran o podían serlo. Además, su accionar había de mantenerse oculto, debido a que los crímenes que castigaba «se fraguan en el secreto y el silencio», y los titulares del cargo debían tener una «inquisición general», esto es, su mandato no debía limitarse a un solo asunto (como en Roma), ya que debía procurar el

¹⁰⁰ Véase también Schmitt (1985, p. 142).

¹⁰¹ Véase también Carrithers (1991, p. 254); Schmitt (1985, p. 142).

impedir no solo los males conocidos sino también los desconocidos. Un último rasgo diferencial era que los inquisidores de Estado de la República veneciana se establecían para aplicar castigos efectivamente, no solo para amenazar con ellos. (Montesquieu, 2002, p. 101, libro II, cap. 3)

Vale la pena recalcar que el Capítulo 8 del Libro V de *El espíritu de las leyes*, junto con confirmar que el inquisidor de Estado veneciano podía ser permanente —una clara diferencia con toda la tradición de la dictadura republicana—, menciona que no estaba sujeto a formalidades de ninguna clase, como sí lo estaba en cambio el Consejo de los Diez, ante el cual reportaba, añadiendo que el gobierno aristocrático de Venecia necesitaba «resortes muy violentos» (p. 40)¹⁰². En armonía con estas ideas, Montesquieu observó que, para asegurar la estabilidad constitucional de la Serenísima República, sus gobernantes no depositaban toda su confianza en la inclinación hacia la virtud o moderación que debía haber en el estamento nobiliario, sino que, más bien, la nobleza debía ser «forzada a ser libre», lo que se conseguía por la presencia de «magistraturas tiránicas» que infundían un estado de «miedo continuo» (Carrithers, 1991, p. 257). En estos casos, es necesario tener, dice Montesquieu (2002), sea de modo permanente, sea temporal, «un magistrado que haga temblar a los nobles...» (p. 143, libro V, cap. 8)¹⁰³.

En definitiva, entonces, Montesquieu consideró las magistraturas excepcionales y exorbitantes de Roma y Venecia como necesarias para la conservación del Estado, dadas sus peculiares características que las obligaban a actuar contra el pueblo y los nobles, respectivamente. No obstante, a la vez juzgó que se trataba de instituciones tiránicas y susceptibles de emplear gran violencia. Por esta razón las desestimó como parte de su modelo de gobierno limitado, fundado en la división de poderes y en los frenos y contrapesos como medio de garantizar la libertad política. Al mismo tiempo, según se dijo al inicio de esta parte del ensayo, descartó la prerrogativa regia, propia del orden constitucional inglés que tanto admiró, como institución para hacer frente a las emergencias que amenazaran la existencia del Estado.

2.5. El régimen de excepción limitado al arresto temporal de sospechosos.

En un pasaje poco comentado de su obra más aclamada, el filósofo francés centra su atención en Inglaterra como «pueblo libre», con la finalidad de examinar los efectos que se derivan de su Constitución, esto es, el carácter que ella forma o las costumbres que resultan (Montesquieu, 2002, p. 417, libro XIX, cap. 27). Jean-Jaques Chevallier (2011) dice de este pasaje que es «el otro gran “capítulo inglés” de *El espíritu de las leyes*» (p. 128). Aquí Montesquieu (2002) examina el surgimiento del terror «con motivo de la perturbación de las leyes fundamentales», con lo que parece aludir a crisis extremas, e indica que tal terror «sería sordo, funesto, atroz, y causaría catástrofes», con la consecuencia de que «se vería pronto una calma horrorosa, durante la cual todo se congregaría contra la voluntad vulneradora de las leyes»; todavía más, si la amenaza procediera de alguna potencia extranjera que pusiera en riesgo la fortuna y la gloria del Estado, «todos secundarían al Poder Ejecutivo, cediendo los intereses menores ante los grandes» (p. 419, libro XIX, cap. 27). La gravedad de la situación sería tal que, pese a la necesidad de hacer enormes sacrificios de riquezas, comodidad e intereses para superar la emergencia, la nación involucrada, fundada en su prodigioso amor a la libertad —una libertad, ciertamente, verdadera—, admitiría tales sacrificios con ánimo

¹⁰² Véase también Carrithers (p. 258, texto principal y nota 28).

¹⁰³ Véase también Carrithers (1991, p. 257).

resuelto, de manera que «las cargas serían más pesadas que el sentimiento de las mismas cargas» (p. 420, libro XIX, cap. 27)¹⁰⁴.

El pasaje, muy escueto, parece resentirse de ciertas ambigüedades conceptuales y carece de precisiones acerca de los límites de la respuesta institucional a las crisis que esboza, no obstante lo cual lo lógico es interpretarlo a la luz de las ideas generales de su autor; para quien, como se ha dicho, el mejor gobierno es el limitado, con separación de poderes y controles mutuos entre los órganos públicos. Por lo tanto, si bien analizado de manera aislada pudiera llevar a creer que Montesquieu pensó en una concesión amplia de poderes extraordinarios al gobernante de una nación libre que tuviera que enfrentar una amenaza existencial (¿una especie de «plenos poderes» o de innominada prerrogativa regia?), su lectura en relación sobre todo con el Libro XI de *El espíritu de las leyes* conduce por un camino distinto.

Pues, precisamente al abordar el estudio de la Constitución inglesa, Montesquieu (2002) sostiene, con palabras célebres, que «es una experiencia eterna que todo hombre dotado de poder es proclive a abusar de él, extendiéndolo hasta donde encuentra límites», de donde se sigue la necesidad de que «el poder refrene al poder» (p. 244 y 245, libro XI, cap. 4)¹⁰⁵. Esta visión mecanicista, conforme a la cual el filósofo francés parece trasladar a la esfera de la política los descubrimientos de Newton en el campo de la física¹⁰⁶, supone comprender el poder «en términos de relaciones de fuerza opuestas» (Singer, 2009, p. 100, traducción propia)¹⁰⁷. Dado que Montesquieu tiene una idea de poder como «fuerza sola, sin otra finalidad que su sola expansión indefinida», surge como consecuencia «la necesidad de dividir el poder contra sí mismo, balanceando fuerza contra fuerza, en orden a impedir al poder la realización de su vocación despótica» (Singer, 2009, p. 97, traducción propia). Y es que, para Montesquieu (2002), el despotismo no es solo una clase de gobierno, sino la más difundida y corriente (p. 150, libro V, cap. 14), expresándose en todo el ámbito de lo político debido a que «dondequiera que hay sociedad, hay poder, y dondequiera que hay poder, el régimen despótico es siempre posible» (Singer, 2009, p. 99, traducción propia)¹⁰⁸.

Desde luego, parece también harto significativo que sea justamente el afamado Capítulo 6 del Libro XI de *El espíritu de las leyes* —el cual Montesquieu (2002) dedica al análisis de los aspectos institucionales de la Constitución inglesa y donde formula la teoría de la división de poderes— el que plantee en términos más comprensivos, aunque no con menor brevedad, cuáles han de ser los mecanismos para someter el peligro en que el Poder Legislativo pudiera estimar que se encuentra, a causa de «alguna conjura secreta contra el Estado o alguna inteligencia con enemigos exteriores», en cuyo caso «podría permitir al Poder Ejecutivo, por un tiempo reducido y limitado, mandar prender a los ciudadanos sospechosos, quienes no perderían temporalmente la libertad más que a fin de conservarla para siempre» (p. 248, libro XI, cap. 6).

104 Véase también Chevallier (2011, pp. 128 y 129).

105 No debe perderse de vista, por lo demás, que para el pensador de La Brède, Inglaterra es una forma de república que «se encubre con formas de monarquía» (Montesquieu, 2002, p. 156, libro V, cap. 19). Véase también Pangle (2010, p. 82; 1973, p. 114).

106 Véase Jardin (1989, p. 31); Lowenthal (2004, p. 487).

107 Véase también Lowenthal (2004, p. 487).

108 Véase también Jardin (1989, p. 38). Thomas L. Pangle hace notar que «prácticamente todos los que alguna vez han comentado *El Espíritu de las Leyes* han reconocido que el despotismo sirve como el horrible polo negativo que brinda la más clara orientación para la brújula moral de todo el trabajo». (Pangle, 2010, p. 28, traducción propia).

Varios son los elementos que conviene destacar de la propuesta de gobierno de crisis que Montesquieu delinea aquí con singular concisión. Ante todo, la titularidad de la declaración y del otorgamiento de poderes extraordinarios corresponde en exclusiva al Poder Legislativo. Él tiene la facultad de habilitar a quien ejerce la potestad ejecutiva. Solo él juzga si existe una situación de emergencia, la cual debe ser de «peligro». De otro lado, lo que en la actualidad se llamaría las causales o supuestos habilitantes, ciertamente de naturaleza extraordinaria, son dos: (i) una «conjura secreta contra el Estado»; (ii) la «inteligencia con enemigos exteriores». Parecen, pues, supuestos de conspiración interna y traición, que resulta razonable poner en relación con actos de sedición o guerra externa.

Un tercer elemento es que el titular de los poderes extraordinarios es, desde luego, el Poder Ejecutivo, lo que no es en sí mismo una novedad, pero sí es remarcable que, en el esquema presentado, al igual que en la tradición de la dictadura republicana, se encuentran separados los poderes de instaurar el estado de excepción y de ejercer los poderes extraordinarios. En adición a ello, debe notarse que el mandato que el Gobierno recibe consiste propiamente en una habilitación o permiso (de lo que, al menos desde un punto de vista analítico, se sigue que podría no emplearlo, si acaso cesa la justificación existente para su concesión).

También importa poner de relieve el plazo, que no aparece determinado, pero sí cuenta con una clara indicación genérica de brevedad: los poderes excepcionales deben ser ejercidos únicamente «por un tiempo reducido y limitado». En cuanto se refiere al contenido de la potestad concedida, esta se halla ciertamente restringida y acotada: ella consiste solo en «mandar prender a los ciudadanos sospechosos». Se trata, en consecuencia, de una facultad de arresto extraordinario por meras sospechas, lo que remite a las instituciones, de origen inglés, de la detención preventiva y la suspensión del *habeas corpus* (Cruz Villalón, 1980, pp. 248 - 250). Por lo demás, con un giro estilístico claro al autor —que no suprime sino que, más bien, enfatiza la paradoja—, Montesquieu explicita que se trata de suprimir temporalmente la libertad, pero «a fin de conservarla para siempre».

Como puede observarse, el sucinto fragmento de Montesquieu en que, junto con el análisis institucional de la Constitución de Inglaterra, esboza las respuestas estatales frente a las emergencias que amenazan con desestabilizar el régimen político, reviste, en todo lo que fuere posible, las mismas características de la teoría política y constitucional del filósofo nacido en La Brède. El gobierno de emergencia deberá, por lo tanto, hallarse sujeto también a limitaciones que impidan su uso abusivo, el cual a la postre podría acarrear la conversión del régimen moderado en despotismo y tiranía. Algo que podría perfectamente ocurrir, según observó Montesquieu al estudiar el devenir histórico de las repúblicas aristocráticas de Roma y Venecia. Frente a ello, como recalca Paul A. Rahe (2009), «Montesquieu está persuadido de que “leyes extremas”, aun cuando fueren desplegadas “por el bien”, casi siempre “dan nacimiento al mal extremo” y de que es la moderación la que gobierna a los hombres y no el exceso» (p. 76, traducción propia).

La honda huella que el pensamiento de Montesquieu hubo de dejar en el liberalismo democrático posterior incluirá, con toda razón, sus consideraciones sobre las instituciones de emergencia y el gobierno de crisis. Aunque surgirán disputas acerca del sentido y alcance de su legado intelectual en este terreno, también aquí resultará atinada la calificación que, pocas décadas más tarde, le otorgará James Madison, como «el oráculo que es siempre consultado y citado» (Dumitrescu, 2013, p. 23; Fuentes, 2011, p. 48; Lay Williams 2010, p. 526).

3. Conclusiones

Las principales conclusiones de la revisión del pensamiento constitucional de Locke y Montesquieu sobre las emergencias políticas y los poderes de excepción de los que han de estar investidos los gobernantes, que este ensayo propone, son las siguientes:

- (1) El Segundo tratado sobre el gobierno civil, de John Locke (1690), y El espíritu de las leyes, de Montesquieu (1748), establecen las bases teóricas del emergente Estado liberal de derecho, propio de la modernidad política, y, como parte de este esfuerzo fundacional, esbozan también los lineamientos primordiales de dos modelos de poderes de excepción constitucional: uno, propio del régimen político inglés; el otro, característico de la forma de gobierno de Francia.

Estos modelos de gobierno de emergencia, a implementar ante el desafío de la violencia política (guerras en el frente externo, sublevaciones internas), si bien ocupan un espacio marginal en las obras de Locke y Montesquieu y muestran cierta vaguedad o indeterminación, tienen gran relevancia teórica y práctica, puesto que suponen, precisamente, la suspensión excepcional del orden político-constitucional de la normalidad, puesto que han tenido un gran impacto histórico en el constitucionalismo occidental.

- (2) En particular, ciertos principios y rasgos de la prerrogativa real y del régimen de excepción consistente en el arresto temporal de sospechosos, en ambos casos sujetos a límites propios de la naciente legitimidad popular y la división de poderes, se perfilan como esenciales y perduran, de distinta manera y en diferentes dosis o combinaciones, en los ordenamientos constitucionales contemporáneos nacidos de las experiencias revolucionarias norteamericana y francesa de fines del siglo XVIII.

Dichos principios y rasgos que, decantados por la experiencia histórica, pasan a formar parte del caudal teórico-institucional de la Constitución de emergencia, son: la finalidad de defender la Constitución vigente y restaurar el orden de la normalidad constitucional, la limitación temporal, la heteroinvestidura del titular de los poderes excepcionales o la diferencia entre la autoridad que declara la excepción y la que ejerce los poderes de emergencia (únicamente en el planteamiento de Montesquieu), la preocupación por introducir límites y controles a la arbitrariedad, y la protección de los derechos fundamentales, incluso de aquellos sometidos a suspensión.

- (3) Para Locke, el poder de prerrogativa autoriza al Rey a actuar de manera ilegal, ya que le permite ir más allá de las leyes y aun contradecirlas o prescindir por completo de ellas, lo que no significa, empero, que tal poder sea arbitrario o carezca de límites, ni tampoco que se halle fuera del campo del derecho y, por ende, sustraído a las regulaciones jurídicas. Su principal vinculación es, sin embargo, no con la ley del derecho positivo, sino con las normas derivadas del derecho natural. Así, pues, la teoría de la prerrogativa regia de John Locke no se configura, en modo alguno, como una tesis absolutista o decisionista.

- (4) Locke no prevé garantías institucionales contra el abuso de los poderes de emergencia, sino, como indica Marc de Wilde, solo «garantías débiles» (soft guarantees).

Ello no quiere decir, sin embargo, a despecho de lo que afirman Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, que la prerrogativa lockeana prescinda de «un concepto de rendición de cuentas crucial» o que no imponga una «ética de la responsabilidad» sobre el uso de los poderes de emergencia por el gobernante, aunque sí es cierto que no crea «barreras bastante fuertes contra el fácil empleo de poderes extra-legales por las autoridades públicas». Por lo tanto, junto con Marc de Wilde, debe recalcar que para John Locke la prerrogativa del Ejecutivo puede ser juzgada siempre de acuerdo con criterios legales.

- (5) Montesquieu consideró las magistraturas excepcionales y exorbitantes de Roma y Venecia —la dictadura republicana y la inquisición de Estado, respectivamente— como necesarias para la conservación de la organización estatal, dadas sus peculiares características que las obligaban a actuar contra el pueblo y los nobles, en cada caso. No obstante, a la vez juzgó que se trataba de instituciones tiránicas y susceptibles de emplear gran violencia. Por esta razón las desestimó como parte de su modelo de gobierno limitado, fundado en la división de poderes y en los frenos y contrapesos como medio de garantizar la libertad política. Al mismo tiempo, descartó la prerrogativa regia, propia del orden constitucional inglés que tanto admiró, como institución para hacer frente a las emergencias que amenazaran la existencia del Estado.
- (6) El sucinto fragmento de *El espíritu de las leyes* en que, junto con el análisis institucional de la Constitución de Inglaterra, Montesquieu esboza las respuestas estatales frente a las emergencias que amenazan con desestabilizar el régimen político, reviste, en todo lo que fuere posible, las mismas características de la teoría política y constitucional del filósofo nacido en La Brède. El gobierno de emergencia deberá, por lo tanto, hallarse sujeto también a limitaciones que impidan su uso abusivo, el cual a la postre podría acarrear la conversión del régimen moderado en despotismo y tiranía.
- (7) Las limitaciones en que pensó Montesquieu incluyen la atribución en exclusiva al Poder Legislativo de la titularidad de la declaración del estado excepcional y del otorgamiento de poderes extraordinarios, de suerte que quien ejerce dichos poderes extraordinarios —esto es, el Ejecutivo— no puede decidir por sí mismo asumirlos, sino que debe esperar la habilitación del órgano de representación popular. También le importó a Montesquieu el imponer un límite temporal, pues, si bien el plazo no aparece determinado, sí cuenta con una clara indicación genérica de brevedad: los poderes excepcionales deben ser ejercidos únicamente «por un tiempo reducido y limitado».

Pero más importante que todo ello, quizá, es el contenido de la potestad concedida, ya que esta se halla ciertamente restringida y acotada, consistiendo solo en «mandar prender a los ciudadanos sospechosos». Se trata, en consecuencia, de una facultad de arresto extraordinario por meras sospechas, lo que remite a las instituciones, de origen inglés, de la detención preventiva y la suspensión del *habeas corpus*. Con un giro estilístico caro al autor —que no suprime sino que, más bien, enfatiza la paradoja—, Montesquieu explicita que se trata de suprimir temporalmente la libertad, pero «a fin de conservarla para siempre».

REFERENCIAS

- Ackerman, B. (2007). *Antes de que nos ataquen de nuevo: la defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*. Barcelona: Península.
- Agamben, G. (2007). *Estado de excepción*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.
- Agamben, G. (2010). *Lo que queda de Auschwitz* (2ª ed.). Valencia: Pre-Textos.
- Agüero, J. (2009). Situación de derechos humanos en la zona del VRAE - Vizcatán. En Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, *Informe anual 2008: El difícil camino hacia la ciudadanía*. Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.
- Aljovín de Losada, C. (2000). *Caudillos y constituciones: Perú 1821-1845*. Lima: Instituto Riva Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Fondo de Cultura Económica.
- Bailey, J. (diciembre, 2004). Executive Prerogative and the "Good Officer" in Thomas Jefferson's Letter to John Colvin. *Presidential Studies Quarterly*, 34(4), pp. 732 - 754.
- Baño León, J. (2013). Carl Schmitt: la autoridad del poder (Estudio preliminar). En C. Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*. Madrid: Tecnos.
- Basombrío, C. y Rospigliosi, F. (2006). *La seguridad y sus instituciones en el Perú a inicios del siglo XXI: reformas democráticas o neomilitarismo*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Benazzo, A. (2004). *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- Bendersky, J. (1983). *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*. Nueva Jersey: Princeton University Press.
- Böckenförde, E.-W. (s. f.). The Concept of the Political: A Key to Understanding Carl Schmitt's Constitutional Theory. En D. Dyzenhaus (ed.), *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Durham y Londres: Duke University Press.
- Boesche, R. (diciembre, 1990). Fearing Monarchs and Merchants: Montesquieu's Two Theories of Despotism. *The Western Political Quarterly*, 43(4), pp. 741 - 761.
- Carrasco Durán, M. (2010). Medidas antiterroristas y Constitución, tras el 11 de septiembre de 2001. En J. Pérez Royo (dir.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Carrithers, D.W. (abril - junio, 1991). Not so Virtuous Republics: Montesquieu, Venice, and the Theory of Aristocratic Republicanism. *Journal of the History of Ideas*, 52(2), pp. 245 - 268.
- Carrithers, D.W. (2009). Montesquieu and Tocqueville as Philosophical Historians: Liberty, Determinism, and the Prospects for Freedom. En R. E. Kingston (ed.), *Montesquieu and his Legacy*. State University of New York Press.

- Chevallier, J. J. (2011). *Las grandes obras políticas desde Maquiavelo hasta nuestros días*. Bogotá: Temis.
- Chiabra, R. (2009). *La seguridad nacional en el siglo XXI: políticas y estrategias*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Comisión de la Verdad y Reconciliación. (2003). Estados de emergencia, detenciones ilegales y acciones de garantía. En *Informe Final (Perú: 1980-2000) Tomo VI*. Lima: Comisión de la Verdad y Reconciliación.
- Corbett, Ross J. (junio, 2006). The extraconstitutionality of Lockean Prerogative. *The Review of Politics*, 68(3).
- Cruz Villalón, P. (1980). *El estado de sitio y la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Destutt de Tracy, A.-L.-C. (1822). *Comentario sobre El Espíritu de las Leyes de Montesquieu*. Madrid: Imprenta de D. Fermín Villalpando.
- Dicey, A. V. (1996). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8ª ed.). Florida: Gaunt Inc.
- Dumitrescu, M. (2013). Rational Structures of Politics in Montesquieu's *The Spirit of the Laws*. Part I: The Key Elements Legitimizing the Power and its Sources. *Agathos*, 4(1).
- Dumitrescu, M. (2013). Rational Structures of The Politics in Montesquieu's *The Spirit of the Laws*. Part II: The Separation of the Three State Powers - The Essence of Citizens' Liberty. *Agathos*, 4(2), pp. 15 - 24.
- Dunn, J. (1969). *The Political Thought of John Locke. An Historical Account of the Argument of the «Two Treatises of Government»*. Cambridge University Press.
- Dworkin R. (2008). Why it was a great Victory. *The New York Review of Books*, 55(13).
- Dyzenhaus, D. (1998). *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Durham y Londres: Duke University Press.
- Dyzenhaus, D. (1998). Why Carl Schmitt? (Introduction). En D. Dyzenhaus (ed.), *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Durham y Londres: Duke University Press.
- Dyzenhaus, D. (2002). The Permanence of the Temporary: Can Emergency Powers be normalized? En J. R. Daniels, P. Macklem y K. Roach (eds.), *The Security of Freedom: Essay on Canada's Anti-Terrorism Bill*. University of Toronto Press.
- Dyzenhaus, D. (2005). The State of Emergency in Legal Theory. En M. Hor, V. Ramraj y K. Roach (eds.), *Global Anti-Terrorism Law and Policy*. Cambridge University Press.
- Dyzenhaus, D. (2006). *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*. Cambridge University Press.
- Fatovic, C. (julio, 2004). Constitutionalism and Presidential Prerogative: Jeffersonian and Hamiltonian Perspectives. *American Journal of Political Science*, 48(3), pp. 429 - 444.
- Feldman, L. C. (agosto, 2008). Judging Necessity: Democracy and Extra-Legalism. *Political Theory*, 36(4), pp. 550 - 557.

- Fernández Segado, F. (1977). *El estado de excepción en el Derecho Constitucional español*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Tomo II. Madrid: Trotta.
- Fuentes, C. (2011). Montesquieu: teoría de la distribución social del poder. *Revista de ciencia política*, 31(1), pp. 44 - 61.
- Goldie, M. (1983). John Locke and Anglican Royalism. *Political Studies*, XXXI(1), pp. 61 - 85.
- Goldwin, R.A. (2004). John Locke. En L. Strauss y J. Cropsey (comps.), *Historia de la filosofía política*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Gorriti, G. (abril, 2012). El Epílogo. *Caretas* (2228), pp. 22 - 23.
- Gorriti, G. (abril, 2012). Sangre y contragolpe. *Caretas* (2228), pp. 10 - 13 y 74.
- Gorriti, G. (septiembre, 2015). El combate en Virgen Ccasa. *Caretas* (2403), pp. 28 - 30 y 78.
- Gorriti, G. (octubre, 2015). La Mochila. *Caretas* (2407), pp. 34 - 36.
- Gross, O. (marzo, 2003). Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional? *The Yale Law Journal*, 112(5) pp. 1011 - 1134.
- Gross, O. y Ní Aoláin, F. (2006). *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*. Nueva York: CUP.
- Handlin, O. y Handlin, L. (setiembre, 1989). Who read John Locke? Words and Acts in American Revolution, *American Scholar*, 58(4), pp. 545 - 556.
- Hernando Nieto, E. (2000). La decisión y la política en la teoría schmittiana. En E. Hernando Nieto, *Pensando peligrosamente: El pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Hernando Nieto, E. (2001). Entre la excepción y la regla: El Decisionismo Jurídico frente a la Escuela de Frankfurt. En E. Hernando Nieto, *Deconstruyendo la legalidad. Ensayos de teoría legal y teoría política*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú y Fundación Academia Diplomática del Perú.
- Jardin, A. (1989). *Historia del liberalismo político. De la crisis del absolutismo a la Constitución de 185*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Jiménez, B. (abril, 2012). Las otras armas. *Caretas* (2229), pp. 16 - 17 y 90.
- Kennedy, E. (2012). *Carl Schmitt en la República de Weimar. La quiebra de una Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Laslett, P. (1956). The English Revolution and Locke's "Two Treatises of Government". *Cambridge Historical Journal*, 12(1), pp. 40 - 55.
- Lay Williams, D. (abril, 2010). Political Ontology and Institutional Design in Montesquieu and Rousseau. *American Journal of Political Science*, 54(2), pp. 525 - 542.
- Levy, J.T. (2009). Montesquieu's Constitutional Legacies. En R.E. Kingston (ed.), *Montesquieu and his Legacy*. State University of New York Press.

- Lobel, J. (mayo, 1989). Emergency Power and the Decline of Liberalism. *The Yale Law Journal*, 98(7), pp. 1385 - 1433.
- Locke, John. (2012). *Two Treatises of Government* (Peter Laslett, ed.). Cambridge University Press.
- Locke, John. (2012). *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (Trad. C. Mellizo). Madrid: Alianza Editorial.
- Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la Constitución* (2ª ed.). Barcelona: Ariel.
- Lowenthal, D. (2004). Montesquieu. En Leo Strauss y J. Cropsey (comps.), *Historia de la filosofía política*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- McCormick, J. P. (1998). The dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers. En D. Dyzenhaus (ed.), *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Durham and London: Duke University Press.
- McCormick, J. P. (1999). *Carl Schmitt's Critique of Liberalism. Against Politics as Technology*. Cambridge University Press.
- Monaghan, H.P. (enero, 1993). The Protective Power of the Presidency. *Columbia Law Review*, 93(1), pp. 1 - 74.
- Montesquieu (2002). *El espíritu de las leyes*. Madrid: Ediciones Istmo.
- Montesquieu (1962). *Grandeza y decadencia de los romanos* (4ª ed.). Madrid: Espasa-Calpe.
- Montesquieu (1962). Diálogo de Sila y Eucrates. En Montesquieu. *Grandeza y decadencia de los romanos* (4ª ed.). Madrid: Espasa-Calpe.
- Oake, R. B. (enero, 1955). Montesquieu's Analysis of Roman History. *Journal of the History of ideas*, 16(1).
- Oakley, F. (julio, 1968). Jacobean Political Theology: The Absolute and Ordinary Powers of the King. *Journal of the History of Ideas*, 29(3), pp. 323 - 346.
- Pangle, T. L. (1973). *Montesquieu's Philosophy of Liberalism. A Commentary on The Spirit of the Laws*. The University of Chicago Press.
- Pangle, T. L. (2010). *The Theological Basis of Liberal Modernity in Montesquieu's "Spirit of the Laws"*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Pasquino, P. (abril, 1998). Locke on King's Prerogative. *Political Theory*, 26(2), pp. 198 - 208.
- Pérez Royo, J. (2010). La democracia frente al terrorismo global. En J. Pérez Royo (dir.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Pocock, J. (2002). *El momento maquiavélico. El pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica*. Madrid: Tecnos.
- Rahe, P. A. (2009). *Montesquieu and the Logic of Liberty*. New Haven y Londres: Yale University Press.
- Rey de Castro Arena, A. (2010). *Republicanism, nación y democracia. La modernidad política en el Perú, 1821-1846*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

- Rossiter, C. (2011). *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies* (7^a ed.). New Jersey: Transaction Publishers.
- Sabine, G. (1996). *Historia de la teoría política*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Schmitt, C. (1985). *La dictadura*. Madrid: Alianza Editorial.
- Schmitt, C. (1998). *Teología Política*. Buenos Aires: Struhart.
- Siles Vallejos, A. (noviembre, 2014). La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional. *Derecho PUCP*, (73), pp. 411 - 424.
- Siles Vallejos, A. (2015). La emergencia... en el corazón del constitucionalismo peruano: paradojas, aporías y normalización. *Themis*, (67), pp. 73 - 84.
- Singer, B. C. J. (2009). Montesquieu on Power: Beyond Checks and Balances. En R. E. Kingston (ed.), *Montesquieu and his Legacy*. State University of New York Press.
- Spitz, D. (abril, 1953). Some Animadversions on Montesquieu's Theory of Freedom. *Ethics*, 63(3), pp. 207 - 213.
- Thiemann, R. F. (2009). Montesquieu and the Future of Liberalism. En R. E. Kingston (ed.), *Montesquieu and his Legacy*. Nueva York: University of New York Press.
- Toyama Miyagusuku, J. (1998). El derecho de propiedad en John Locke. *Pensamiento Constitucional*, 5(5), pp. 287 - 302.
- Varela Suanzes, J. (1998). *Textos básicos de la historia constitucional comparada*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Vergottini, G. (2004). La difícil convivencia entre libertad y seguridad. Respuesta de las democracias al terrorismo. *Revista de Derecho Político*, (61), pp. 13 - 36.
- Ward, L. (noviembre, 2005). Locke on Executive Power and Liberal Constitutionalism. *Canadian Journal of Political Science*, 38(3), pp. 719 - 744.
- Weaver, D. R. (abril, 1997). Leadership, Locke, and the Federalist. *American Journal of Political Science*, 41(2), pp. 420 - 446.
- Wilde, M. (2010). Locke and the State of Exception. Towards a Modern Understanding of Emergency Government. *European Constitutional Law Review*, 6, pp. 249 - 267.
- Wilde, M. (marzo, 2010). The state of emergency in the Weimar Republic Legal disputes over Article 48 of the Weimar Constitution. *Legal History Review*, 78(1-2), pp. 135 - 158.

COMENTARIOS

Betzabé Marciani Burgos
Profesora del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Quiero comenzar agradeciendo al Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ - DAD) por la invitación que amablemente me extendieron para comentar el cuaderno de mi colega y amigo, Abraham Siles. Este es un trabajo que se enmarca en una investigación más extensa y que está vinculada a su futura tesis doctoral. Además, debo decir que el artículo del profesor Siles es un punto de partida que anticipa, desde ya, lo que será una excelente tesis.

Quizá debería empezar haciendo mención —como se estilaba— a las virtudes del trabajo. Sin embargo, como el propósito de realizar estos comentarios no es únicamente alabar el trabajo sino también proponer algún tipo de crítica, que es lo que procederé a hacer en las líneas siguientes.

Un aspecto resaltante desde el punto de vista formal es la rigurosidad y exhaustividad de la investigación en cuanto al manejo de fuentes, además de la calidad de la redacción. Me gustaría destacar que nos encontramos frente a una investigación histórica que va más allá de la mera mención de datos, pues establece un diálogo entre los aportes de los padres fundadores del liberalismo (Locke y Montesquieu) y los sucesos actuales, tanto en la filosofía política como en el derecho constitucional en relación con los regímenes de excepción o poderes de excepción que se configuran en el contexto de inseguridad y terrorismo global.

Las reflexiones que aparecen al inicio del trabajo son iluminadoras debido a que no solo describen las tesis de Locke y Montesquieu, sino que buscan corregir las distorsiones que los defensores de los poderes amplios de excepción han hecho respecto de estas tesis. Siles resalta justamente estas lecturas distorsionadas de ciertas frases o partes de estos trabajos de los autores clásicos.

Asimismo, Abraham Siles señala que muchas de estas discusiones nos acercan al eterno debate de las relaciones que existen —o deberían existir— entre derecho, ética y política. Como señala Luigi Ferrajoli, en el marco de un Estado constitucional de derecho esto ya no debería ser materia de discusión, dado que el constitucionalismo ha dejado claramente establecidos los rigurosos límites que se establecen al poder del soberano y al uso de los poderes de excepción.

Aunque, como afirma el profesor Siles, en los hechos, lo anterior no es tan cierto, y el caso del Perú es bastante ilustrativo. En su artículo, por ejemplo, se ha referido a las situaciones que se presentan a raíz de los desafíos de la criminalidad y los rezagos del terrorismo que todavía existen en nuestro país.

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/betzabe-marciani-burgos/>

En todo caso, y partiendo de lo planteado por Ferrajoli, creo que esto se encontraba bastante regulado en el Estado constitucional de derecho. No obstante, en el ámbito global de las relaciones internacionales, vivimos todavía, como enuncia el autor citado, un «vacío de derecho público» que determina que los criterios deben estar sometidos a la fuerza y no a la legalidad. Esto, como hemos visto muchas veces, no tiene la pretensión de someterse a la legalidad en el futuro. En todo caso, como dice Siles, no es casual que «agobiado el mundo por el fenómeno del terrorismo global, se haya avivado la reflexión académica sobre las propuestas de Schmitt» —de quien hace una interesante aunque breve reflexión—, de forma que algunos autores hoy prefieren dejar de lado el modelo de Estado de derecho y optan por un «modelo de medidas extra-legales», o, en otras palabras, por un modelo de poderes ilimitados del soberano frente a las emergencias políticas y que más bien se distancian del modelo de Estado de derecho reglado.

Como uno de los propósitos de estos comentarios es la sana crítica y no la adulación, me veo compelida a realizar alguna crítica. Hacia el final, el autor nos deja en suspenso respecto del tema inicial de este diálogo que él establece entre el pasado y el presente. Entonces, se cierra el desarrollo de los autores —Locke y Montesquieu— y nos quedamos sin saber lo que ocurre hoy en día y cómo es que estas reflexiones se reflejan en los hechos actuales. Yo me imagino, dado que conozco el trabajo del profesor Siles, que esto se debe a que está reservando un desarrollo más extenso para su tesis doctoral.

En este punto, me gustaría realizar unos breves comentarios en relación con los dos modelos que propone el autor. Por una cuestión de preferencias personales, sin duda, el modelo que me ha resultado más atractivo es el de John Locke. De la mano de ciertos autores, Siles describe el modelo de Locke de la siguiente manera: este puede ser caracterizado como «un catecismo protestante del antiabsolutismo, en el que el derecho natural se ensambla hábilmente con la constitución inglesa». De este modo, el poder del soberano tiene como justificación y límite el respeto de los derechos naturales del individuo.

El profesor Siles se ha referido a esto, como sabemos, en el marco de la teoría contractualista que propone Locke, en el que los derechos naturales son la razón de ser de este contrato social, pero también el límite del poder que se delega al soberano. Ello supone que, en casos extremos, se autorice el derecho de resistencia de los súbditos ante regímenes tiránicos que vulneren los derechos naturales.

En torno a estas potestades de excepción, en el texto se desarrolla la llamada prerrogativa regia, y uno de los temas que me pareció interesante es la distinción que se establece entre lo ilegal y lo arbitrario, porque, en un momento determinado, dada una situación de necesidad —y que es absolutamente excepcional—, el juez no solamente puede ir más allá de la ley en los casos de vacío legal, sino que, incluso, puede ir en contra de la ley, aunque su poder no es absoluto, y, en ese sentido, no es arbitrario.

De esta manera, cabe hacernos la siguiente pregunta: ¿por qué y cómo el soberano podría ir más allá de la ley o aun contra su texto? Locke llamaba la atención sobre algo que ahora a nosotros nos resulta claro. Ello debido a los límites que son inherentes a la capacidad de regulación de la ley, como lo son su generalidad y la incapacidad de abarcar todos los posibles casos de excepción futura. De cualquier modo, este comportarse al margen o incluso en contra de la ley no supone incurrir en arbitrariedad, ya que esta manera de actuar debe estar guiada por la consecución del bien común y tiene como límite el respeto de los derechos naturales del individuo. Locke señalaba que si bien existen estas potestades del

soberano terminan cayendo dentro de lo ilegal, no se encontrarían dentro de lo arbitrario debido a los límites señalados anteriormente. Por eso, hoy hablamos de principios, porque en aquello que no está regulado por las leyes, los principios pueden entrar a llenar el vacío o hacer una interpretación extensiva de la regla.

Pasando al análisis de la postura de Montesquieu, aun cuando acepta la figura del «arresto temporal de sospechosos», su cariz liberal lo lleva a señalar que existen límites, aunque todavía vagos como en el caso de Locke, y que están representados por la necesidad y temporalidad. Por ello, en cualquiera de las formas de gobierno que dicho autor desarrolla en su conocida tipología —república, ya sea democrática o aristocrática, o monarquía—, ensalza la moderación en el uso del poder; virtud a la que responde también a su conocida tesis de la separación de poderes.

No quiero finalizar mis comentarios sin antes reiterar que es un texto muy riguroso y que —considero— debe ser leído por todos aquellos que están interesados en estos temas, ya que transita no solo por la filosofía política, sino también por el derecho constitucional y la filosofía del derecho, sin duda. Los invito a leer el texto del doctor Siles y agradezco una vez más la oportunidad al CICAJ - DAD.

RESPUESTA DEL AUTOR

Ante todo, mi agradecimiento a mi querida colega y amiga, la doctora Betzabé Marciani, por tomarse el tiempo de escribir los comentarios referidos a mi texto. Recibo las críticas que ella me formula, y que cualquiera me formule, con la mayor apertura. Quiero hacer, a manera de comentario final, una observación, justamente, respecto a esta invocación de la obra de Schmitt y lo que la profesora Marciani denomina una especie de diálogo —aunque inconcluso— entre el pasado y el presente que encuentra en mi texto.

Schmitt tiene dos textos muy importantes acerca de la dictadura y los poderes de excepción, los cuales son *La Dictadura* (1921) y *Teología Política* (1922). En *La Dictadura*, Schmitt propone dos modelos de régimen dictatorial. El primero es la dictadura comisaria, que busca mantenerse dentro del marco constitucional para salvar la constitución. Usa de esta manera el término «dictadura» en su sentido clásico, originado en la Roma Republicana, el cual no presenta una connotación negativa —sentido compartido por Maquiavelo y Schmitt—, a diferencia de lo que ocurre ahora. El segundo es la dictadura soberana o revolucionaria, que intenta instaurar un nuevo orden constitucional. Schmitt hace esta distinción en la primera de sus obras mencionadas.

En *Teología Política* ya no observaremos esta diferenciación. Schmitt señalará que el soberano será el encargado de decidir sobre el estado de excepción. Como bien dice McCormick, esta es una de las frases más famosas de la teoría política en Alemania y, probablemente, también una de las más infames, debido a que sitúa al soberano por encima de cualquier límite y por encima de la legalidad. De esta manera, frente a una emergencia —una guerra o la subversión interna— el soberano será quien decida; resultando ser esta una tesis decisionista más que una de Estado de derecho.

Actualmente, después de los ataques del 11 de setiembre de 2001 en los Estados Unidos de América hasta los recientes ataques del Estado Islámico, persiste este desafío del terrorismo global o terrorismo internacional y, entonces, la academia de las democracias constitucionales llamadas avanzadas ha empezado a revisar los antecedentes y diversos autores buscan poner de su lado a Locke o Montesquieu.

En la academia estadounidense, autores como Oren Gross, Fionnuala Ní Aoláin, Mark Tushnet o Bruce Ackerman procuran ampliar los poderes extraordinarios para enfrentar el desafío del terrorismo. Es muy interesante, por ejemplo, la manera como Gross y Ní Aoláin intentan establecer una especie de estirpe académica y tratan de conectarse con Locke. En ese sentido, estos autores sostienen que en Locke existe la prerrogativa que le permite al soberano salirse del derecho, por lo que las respuestas ante las emergencias han de quedar sujetas a limitaciones de naturaleza política y moral, pero no jurídica. Así, critican a Locke, señalando que su planteamiento carece de un principio de responsabilidad, lo que, como trato de explicar en mi artículo, es errado.

Detrás de críticas como estas subyace la idea, si se me permite jugar con una frase de Jorge Luis Borges, de que cada autor inventa a sus precursores. En otras palabras, cada uno lee

en los autores del pasado lo que seguramente más le interesa ahora, o, en todo caso, desde una perspectiva que favorece a su propio punto de vista. No obstante, es interesante —insisto— revisar estos antecedentes, para corregir las distorsiones o para mostrar el uso que se les da desde distintos puntos de vista, los cuales no son ilegítimos, sino que son objeto —y deben serlo— de discusión académica para establecer qué es admisible y qué no lo es.

Lo que sí podemos decir es que estas tesis políticas o sociológicas, que confrontan al normativismo del Estado de derecho (defendido por autores como David Dyzenhaus, Ronald Dworkin o Luigi Ferrajoli) afirmando que no es el derecho el que debe establecer los límites al ejercicio de poderes extraordinarios frente al desafío del terrorismo, sí buscan establecer límites, además de un sistema de rendición de cuentas, solo que de naturaleza política. Considero que lo anteriormente descrito, en un país como Perú o, incluso, en las democracias avanzadas, no es el modelo adecuado, sino que deben intervenir el principio del Estado constitucional de derecho, el imperio de la ley y el rol de protección y control de los jueces; y que, en todo caso, debe encontrarse presente el sistema de rendición de cuentas. Asimismo, considero que deben existir controles políticos a través del Parlamento o de la propia ciudadanía, mas no como alternativa, sino como complemento de las tesis normativistas o de Estado de derecho.

EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL Y SUS POSIBILIDADES COMO HERRAMIENTA PARA EL LITIGIO ESTRATÉGICO DE DERECHO PÚBLICO. UNA MIRADA A LAS JURISPRUDENCIAS COLOMBIANA Y PERUANA

Beatriz Ramírez Huaroto
Maestría en Derecho Constitucional, PUCP

Categoría Egresados

El trabajo analiza el uso que se ha dado a la categoría del estado de cosas inconstitucional (ECI) en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y del Tribunal Constitucional peruano, y compara las similitudes y diferencias en la aplicación de la figura en ambos casos. Complementariamente, analiza si el ECI puede ser un instrumento idóneo para el litigio estratégico, definido como el reclamo judicial en la forma de acciones individuales o colectivas que buscan la transformación estructural de instituciones del Estado en pos del respeto de derechos y valores democráticos consagrados en la Constitución.

La investigación concluye que el Tribunal Constitucional peruano ha empleado de forma errática y restringida la figura del ECI en sus sentencias. Asimismo, plantea que estas en los casos de declaración de ECI deberían, dentro del marco teórico del litigio estratégico, implementar el denominado modelo de reforma estructural para responder frente a situaciones de lesión de los derechos fundamentales, los cuales tienen bases estructurales vinculadas con el funcionamiento, gestión y organización de las distintas entidades que conforman el Estado. A la fecha, las sentencias de ECI del Tribunal peruano no se ajustan a este modelo.

I. Introducción

La figura del estado de cosas inconstitucional (ECI) es uno de los aportes del constitucionalismo colombiano a la jurisprudencia internacional protectora de derechos fundamentales (Rodríguez 2009, p. 435). A través del ECI, la Corte Constitucional ha abordado situaciones en las que «concurren la violación masiva de derechos fundamentales, las deficiencias estructurales para su atención y la falta de voluntad de las autoridades estatales en todo o en parte del territorio nacional, de forma tal que, ante esa situación, se puede generar una gran proliferación de tutelas, con graves consecuencias para la congestión de los despachos judiciales» (Plazas, 2009, p. 244). Además del dictado de órdenes para cautelar los derechos de los/as accionantes, la Corte declara una situación estructural que lesiona derechos de un número amplio y hasta indeterminado de personas que no son parte del proceso, de forma que el fallo tiene un efecto preventivo general que transforma un desperfecto estructural (Vargas, 2003, p. 214).

Esta innovación jurisprudencial se inserta en el marco de una corriente más amplia de activismo judicial que, en sus raíces estadounidenses, se ha denominado como Litigio de Derecho Público, modelo que propicia la transformación de fallas estructurales en entidades gubernamentales que se han hecho resistentes a otras formas de control político; no obstante, la persistencia de la falta de un adecuado desempeño en las mismas, además de otras formas de control, no han logrado el objetivo de reformarlas para cesar la violación de derechos que producen (Sabel y Simon, 2004, p. 1062). De fondo, el ECI se inserta en el debate sobre los roles que debe perseguir la justicia, con énfasis en lo constitucional, en un Estado democrático: implica un modelo que se abre a la participación activa —aunque residual— de la judicatura en la construcción de la democracia.

En la medida en que la figura del ECI ha sido acogida en la jurisprudencia peruana por parte del Tribunal Constitucional con referencia explícita a sus raíces originarias (Naupari, 2009, pp. 340 - 355), es relevante analizar los términos en que esta incorporación se ha dado para tener un claro balance de sus limitaciones y posibilidades. En un país como el Perú, en el que la falla de las instituciones públicas en sus obligaciones de garantizar los derechos de ciudadanas y ciudadanos es recurrente, una figura como el ECI cobra mayor interés como herramienta para posibilitar cambios en un *statu quo* injusto, un cambio que sería posible desde una demanda individual ante la jurisdicción constitucional que podría transformar el escenario de balance de poderes para que las entidades públicas sean puestas bajo el examen de modo que cumplan con las reformas necesarias para asegurar derechos.

Al estudio de la forma en que se ha delineado el ECI en la jurisprudencia constitucional colombiana, a cómo se ha incorporado en la jurisprudencia peruana, a una revisión sobre el marco teórico que le serviría de sustento, y a la reflexión sobre sus limitaciones y posibilidades en el Perú, se ha enfocado este trabajo de investigación¹. No se pretende realizar una contribución doctrinal a la figura, ni profundizar en el debate sobre el rol de la justicia en el Estado de derecho que le sirve de marco, aunque sobre esto último se hace una breve referencia. El objetivo del trabajo es analizar si en el Perú se han aprovechado los recursos de transformación social que ofrece, realizando un juicio crítico sobre el uso realizado por el Tribunal Constitucional peruano.

2. El estado de cosas inconstitucional en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia²

Clara Inés Vargas, integrante de la Corte Constitucional de Colombia entre 2001 y 2009, reflexionaba en un artículo (2003) que este órgano había creado algunas reglas y subreglas

¹ El trabajo parte de la revisión de las sentencias sobre el ECI tanto en Colombia como en el Perú hasta diciembre de 2015, selección que se realizó con la ayuda de buscadores electrónicos en las páginas web de la Corte Constitucional de Colombia y del Tribunal Constitucional peruano. El análisis desde la jurisprudencia se ha complementado con la revisión doctrinal pertinente. En el caso colombiano existe abundante literatura, mucha disponible en la web, de modo que se ha priorizado la revisión de los estudios que plantean una mirada general de la figura, dejando en un segundo plano aquellos que comentan alguna de las sentencias en particular. En el caso peruano, la posición ha sido contraria: ante la falta de doctrina sobre el tema de estudio se han citado artículos de opinión publicados en revistas jurídicas nacionales. Para la información acerca del litigio de derecho público se ha revisado las versiones originales de los trabajos emblemáticos en el área, los que fueron identificados por las referencias a los mismos en otros trabajos de investigación revisados.

² Para la selección de las sentencias se recurrió a los trabajos de Clara Inés Vargas (2003), Mauricio Plazas (2006), Juan Felipe Aguilar, Viviana Bohórquez y Claudia Santamaría (2006), Julián Tolé (2009) y César Rodríguez (2009). Además, se han considerado los trabajos de investigación de Leonardo García Jaramillo (2011), Lois Alicia Rojas Camacho (2012), Sonia Patricia Cortés Zambrano (2012), Juan Camilo Rivera Rugeles (2012), Luis Ricardo Gómez Pinto (2012), Daniel Bonilla Maldonado (2013) y Libardo José Ariza (2013).

constitucionales para solucionar casos concretos que pueden o no ajustarse del todo a los esquemas dogmáticos manejados por autores del derecho constitucional contemporáneo, pero que «responden a un compromiso ético del juez constitucional por no permanecer indiferente e inmóvil frente a diversas situaciones estructurales, que se interrelacionan entre sí lesionando de manera grave, permanente y continua numerosos derechos inherentes al ser humanos» (p. 206). En esta línea se inscribe el ECI, «pequeña» línea jurisprudencial de la Corte Constitucional por la que esta instancia ha fundamentado fallos «en justicia» en razón del mandato que le confiere la Constitución (Gómez, 2012, p. 40).

La figura de la ECI es una creación jurisprudencial que no tiene asidero normativo en la Carta Constitucional colombiana ni en legislación de desarrollo (Plazas, 2009, p. 255; Rojas, 2012, p. 27). Por tanto, el análisis de esta figura se ciñe exclusivamente a lo que sobre ella la jurisprudencia colombiana ha delineado y a lo que la doctrina ha analizado a partir de las sentencias emitidas.

El ECI ha sido abordado desde sus implicancias procesales, como parte de los fallos modulados de tutela, definidos como aquellos casos en los que los «efectos *no* son los que por regla general se les concede a la decisiones de la Corte Constitucional, sino que, por el contrario, constituyen excepciones frente a esta» (Rivera, 2012, p. 31). Desde el análisis de sus implicancias materiales, se señala que ha sido un instrumento de «injerencia y participación en las políticas públicas económicas» desde la que se ha reelaborado los postulados tradicionalistas de la política económica colombiana (Gómez, 2012, p. 40, p. 83).

Esta figura se inserta en el debate del constitucionalismo moderno acerca de los límites de las decisiones judiciales en el marco de la separación de poderes, debate en el que las cortes como la colombiana y otras del sur global marcan una pauta que presenta peculiaridades respecto de las cortes tradicionalmente consideradas como referentes, las del Norte (Bonilla, 2013, p. 3, pp. 21 - 23). Construcciones como el ECI trascienden las barreras del formalismo jurídico característico de los ordenamientos latinoamericanos (Bonilla, 2013, p. 9). Se afirma que forma parte de una tendencia incipiente neoconstitucionalista en Latinoamérica y otras regiones del sur global, un constitucionalismo progresista (Rodríguez y Rodríguez, 2015, p. 24). Uno de los puntos que la ubican en el llamado «neoconstitucionalismo» o «constitucionalismo basado en derechos» es la apuesta por una constitución material en lugar de una constitución formal, una constitución que incluye mecanismos para asegurar que los derechos no sean retóricos sino mandatos regulatorios con eficiencia real (García, 2011, p. 90; Uprimny 2011, p. 1601).

El ECI implica un quiebre respecto de la concepción tradicional de la separación de poderes, que defiende una actitud pasiva de parte de los órganos judiciales cuando aplican la Constitución. Está amparado en una actitud política de la Corte frente a la necesidad de que el Derecho sirva al propósito de mejorar las condiciones de vida de las poblaciones más desventajadas del país, lo que implica que la judicatura constitucional lidere una voz institucional frente a la desatención legislativa (Ariza, 2013, p. 131). Gargarella (2013) sostiene que la concepción «estricta» de la separación de poderes que rechaza cualquier clase de interferencia entre una y otra rama del poder fue abandonada hace mucho para ser reemplazada por un sistema de pesos y contrapesos. Por ello, anota que el debate debe centrarse en las modalidades, alcance y los límites de la intervención (pp. 280 - 281).

Durante muchos años los derechos, principalmente sociales, no fueron implementados por los gobiernos, y la judicatura mostró oposición a su judicialización (Gargarella, 2011, p. 1539); así es posible constatar que han existido «cláusulas inactivas» en la Constitución (Gargarella, 2011, p. 1551). No obstante, en las últimas décadas se ha dado un fortalecimiento de la judicatura con

miras a la protección y garantía de los derechos humanos y para el control de los posibles actos arbitrarios del poder político, que es parte del proceso contemporáneo del constitucionalismo colombiano y de la región. Este proceso ha rediseñado el sistema político para lograr un mejor balance entre las instituciones de gobierno (Uprimny, 2011, pp. 1596 - 1597).

El ECI se ancla en una concepción de democracia basada en la deliberación pública y el control horizontal entre los órganos del poder público. En ese modelo, por lo tanto, el ECI no erosiona la democracia, sino que la fortalece (Rodríguez y Rodríguez, 2015, p. 38). De igual modo, pueden identificarse tres concepciones de democracia: una vinculada a la idea rousseauniana que exige la no intervención judicial, pues se requiere un «gobierno por el pueblo y para el pueblo» y no el gobierno de una élite judicial; otra de raíz hamiltoniana o pluralista que decanta que la misión de la judicatura es salvaguardar la Constitución sin reemplazar la voluntad del pueblo; y una concepción de la democracia deliberativa que sostiene que las decisiones públicas deben adoptarse en un marco de debate colectivo con la intervención de todas las partes potencialmente afectadas (Gargarella, 2013, pp. 282 - 285). En este último concepto, el ECI tiene plena cabida.

Se parte de que una situación de bloqueo institucional que compromete derechos constitucionales por la ausencia de políticas públicas o la deficiencia en las mismas no es propia de una democracia que se precie de ser tal, por lo que la judicatura puede intervenir para coadyuvar a un funcionamiento apropiado del Estado que proteja derechos (Rodríguez y Rodríguez, 2015, p. 38). Esto se enmarca en un constitucionalismo aspiracional y transformador con una importante matriz igualitaria, con el reto de profundizar la democracia en un contexto de exclusión de índole diversa (Uprimny, 2011, p. 1600).

Las críticas contra la intervención judicial activa que está en la base del ECI se concentran en su origen no democrático, que menoscabaría la legitimidad derivada de la voluntad popular al no tener sujeción a control alguno de la ciudadanía. A esto se suma una alegada afectación del proceso de debate público y de la movilización social como los canales para la toma de decisiones públicas (Gargarella, 2013, pp. 279 - 280; Rodríguez y Rodríguez, 2010, p. 17, pp. 34 - 35, pp. 37 - 39; 2015, 227 - 228). Sobre esto se contraargumenta que «la transparencia y la responsabilidad gubernamentales no pueden garantizarse solo mediante mecanismos electorales»; en este sentido, la rendición de cuentas democrática no solo consiste en el control electoral, de los medios de comunicación y otros actores de la sociedad civil (rendición vertical), sino que debe considerarse un control entre instituciones estatales (rendición horizontal) en la que la judicatura es un agente principal respecto de los poderes ejecutivo y legislativo (Rodríguez y Rodríguez, 2010, pp. 35 - 37; 2015, pp. 229 - 230).

Asimismo, se ha señalado que la judicatura no cuenta con herramientas para desarrollar e implementar políticas apropiadas de reformas sociales debido a su falta de visión para la planificación a largo plazo, información técnica y poder coercitivo (Gargarella, 2013, p. 279; Rodríguez y Rodríguez, 2015, p. 228). Sobre esto se contraargumenta que, en el modelo dialógico que, como se verá, plantea el ECI, la capacidad necesaria no es la de diseñar y/o ejecutar políticas públicas, sino de moderar y dar impulso al proceso de solución reforzando una actitud colaborativa de las partes y creando un espacio público de comunicación para facilitar el flujo de la información y potenciar la intervención amplia de actores (Rodríguez y Rodríguez, 2010, pp. 52 - 57; 2015, pp. 233 - 234). Cépeda (2011) precisa en esa línea que la Corte Constitucional de Colombia, en los casos estructurales como los de estado de cosas inconstitucional, ejerce un «activismo prudente» porque la Corte no trata de resolver el problema, sino que facilita que las entidades competentes asuman su responsabilidad respetando competencias asignadas y las

restricciones presupuestarias (p. 1704). Gargarella (2013) señala que el ECI se enmarca en una concepción de «justicia dialógica» (pp. 291 - 292).

2.1. Un balance de la jurisprudencia constitucional colombiana.

En una primera fase de la jurisprudencia, la Corte Constitucional delineó los requisitos para la declaración de existencia y superación de un ECI, pero esta tarea solo se completó con claridad con la sentencia T-025/2004, la última de su género (Rodríguez, 2009, p. 442). El ECI es una figura, por tanto, que ha tenido un desarrollo jurisprudencial gradual, no exento de inconsistencias: no todos los casos de ECI en Colombia cumplen las características esbozadas por la jurisprudencia y revisados por la doctrina y, además, existen casos en que a pesar de cumplirlas la Corte no ha declarado ECI (Rodríguez, 2009, pp. 437 - 447).

Dos son las sentencias especialmente relevantes para la definición de la figura. En la SU-090/2000 la Corte agrupó en dos los requisitos básicos del estado de cosas inconstitucional: (1) que se presente una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas que pueden recurrir a la tutela para defender sus derechos, congestionando consecuentemente los despachos judiciales y (2) que la causa de la vulneración de derechos no sea imputable solo a una entidad demandada, sino que hayan detrás factores estructurales. Ambas características pueden ser identificadas como condiciones de resultado y de proceso, respectivamente. En la T-025/2004, la Corte tomó como punto de partida ambos criterios y los dividió en cinco situaciones indicativas presentes en la jurisprudencia previa (Rodríguez, 2009, pp. 444 - 446). Se puede entender el conjunto de requisitos conforme la siguiente tabla:

Tabla I

Condiciones de proceso y resultado para la declaratoria de ECI

Condición de proceso: fallas estructurales	Condición de resultado: violación masiva y reiterada de derechos	SU-090 de 2000
Prolongada omisión de autoridades competentesV	Presentación masiva de tutelas	T-025 de 2004
Adopción de prácticas inconstitucionales		
Ausencia de medidas legislativas, administrativas o presupuestales		
Necesidad de intervención de varias entidades en acciones conjuntas y coordinadas que demandan un esfuerzo presupuestal importante		

Nota: Adaptado de “Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional”, por C. Rodríguez Garavito (Ed.), 2009, *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, pp. 434 - 492.

En la medida en que se defienda la excepcionalidad de la declaración de ECI, ambas condiciones y todos los indicadores esbozados deben estar presentes en el caso bajo análisis. Como contraparte, si en un caso se encuentran presentes las condiciones e indicadores, entonces debería darse una declaración de ECI para conservar la coherencia argumentativa (Rodríguez, 2009, pp. 446 - 447)³.

Una nota adicional es desarrollada en la jurisprudencia como parte de la fundamentación de la figura. Para aquellos casos en que las vulneraciones de derechos obedecían a un conjunto amplio de personas, como se mencionó en la primera sentencia de ECI, la SU-559 de 1997, la Corte Constitucional recurrió previamente a dos instituciones procesales en el trámite de las acciones de tutela: la acumulación de procesos (lo que permite abordar en una misma sentencia varias acciones de tutela que presentan supuestos fácticos similares) y la reiteración de jurisprudencia (por la que se aplica a un caso la regla establecida en uno precedente en el que ya se había estudiado el problema jurídico planteado), pero ambas figuras implican la presentación de demandas, y solo permitían estudiar los hechos particulares expuestos por las partes del proceso; además, no justificaban la ampliación de los efectos del fallo a otras personas que no hubieran presentado demandas, ni permitían emitir órdenes complejas (Tolé, 2006, p. 302; Rivera, 2012, pp. 66 - 67). Frente a eso se creó la figura del ECI para situaciones de vulneración de derechos fundamentales con carácter general (en tanto afectan a una multitud/pluralidad de personas), pero en la que las causas de los problemas son de naturaleza estructural (porque la vulneración no se origina de manera exclusiva en la autoridad demandada, sino que la solución exige la acción mancomunada de distintas entidades estatales) (Tolé, 2006, pp. 302 - 303; Rivera, 2012, p. 66).

A la luz de las sentencias revisadas y de la doctrina especializada, se anotan algunos rasgos del ECI en la jurisprudencia colombiana.

2.1.1. La vulneración masiva, generalizada y grave de derechos constitucionales.

La vulneración masiva y generalizada de derechos son rasgos esenciales del ECI a lo largo de todo su desarrollo jurisprudencial. Vulneración masiva en tanto se afecta a una multitud de personas. Vulneración generalizada no solo porque afecta a un número significativo de personas, sino porque se trata de acciones u omisiones que se repiten^{4,5}, lo que concurre con la gravedad de la

3 Rodríguez (2009) defiende la excepcionalidad de la figura por tres razones. La primera es que la figura implica una alta intervención de la Corte en procesos de políticas públicas que involucran al Ejecutivo y al Congreso, con lo que conviene tener presente los argumentos de separación de poderes. La segunda razón es que la Corte Constitucional tiene capacidades limitadas para hacer de forma paralela un seguimiento adecuado de las declaraciones de ECI, y esta labor es indispensable para asegurar su efectividad. La última razón es que cada ECI tiene un costo político para la Corte que merma su capital y lo desgasta en la medida de que no se logre la superación del ECI: se instalaría razonablemente la imagen de la Corte como una institución también ineficaz (pp. 438 - 439).

4 Los indicadores de prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos, adopción de prácticas inconstitucionales, y no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos, criterios esbozados en la sentencia T-025/2004, tienen como correlato la reiteración en la violación de los derechos.

5 Sobre la violación generalizada de derechos, Naupari (2009) señala, siguiendo las reflexiones del colombiano Luis Carlos Alzate Ríos, que «no basta que el acto lesivo se concrete en un solo acto, sino que se requiere para la configuración de un conjunto de hechos, acciones u omisiones» y que la declaración de ECI «se produce ante una vulneración constate de derechos fundamentales por parte de la autoridad o por una deficiencia o inactividad de políticas públicas que resulta lesiva de derechos fundamentales» (pp. 341 - 342). Analizando los requisitos enume-

vulneración de derechos, característica a la que se hace referencia dispersa en la jurisprudencia. Aquí se enfatiza la dimensión y extensión del daño a los derechos (Ariza, 2013, p. 142).

2.1.2. Protección de todos los derechos.

El ECI protege todos los derechos, tanto los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) como los clásicos civiles y políticos. Ha sido declarado para proteger DESC como la protección de los derechos de los pensionistas, la salud de la población carcelaria, o los derechos básicos de la población desplazada. También se ha declarado para proteger derechos civiles y políticos, como la vida de los defensores de derechos humanos o la tutela del derecho a la igualdad de los aspirantes a la carrera notarial. No obstante, un sector de la doctrina asocia la figura únicamente con la protección de los DESC (Ariza, 2013, p. 130, pp. 135 - 144).

2.1.3. Existe una falencia estructural de modo que la resolución del problema compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones, y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante.

Este es en la jurisprudencia, junto con la vulneración de derechos de múltiples personas, el otro rasgo esencial en las declaraciones de ECI: se presupone una problemática estructural estatal, un bloqueo institucional frente al que la Corte toma funciones de creación de política pública, colocación de recursos e implementación de derechos que en un modelo convencional de poderes pertenece al Poder Legislativo (Ariza, 2013, p. 129). El bloqueo puede surgir de la falta de coordinaciones burocráticas generales, incapacidad de los organismos estatales entendida como recursos y experiencia técnica, o puede provenir también de la presión de grupos de poder que dirigen el proceso público en perjuicio de los intereses de ciertos sectores de la sociedad (Rodríguez y Rodríguez, 2015, pp. 230 - 231). Se trata de barreras institucionales o ineficiencia estatal (Ariza, 2013, p. 144).

No se trata de la violación de derechos fundamentales como producto de acciones individuales, sino del mal funcionamiento del Estado en su conjunto, el mismo que es estructural e histórico de forma que requiere medidas de envergadura estructural (Ariza, 2013, p. 142).

No obstante, como se indicó previamente, existen fallos de tutela que no son de ECI y que, sin embargo, ordenan «la adopción de políticas públicas, planes o políticas que están llamados a beneficiar a un número plural de personas diferentes» de quienes accionan. En estos casos «se trata de fallos en los que se ordena adoptar, diseñar y ejecutar una política pública, programa o plan de acción», «las órdenes que se emiten se dirigen a autoridades privadas o públicas», se «otorga un plazo a la autoridad a la que le corresponda acatar lo ordenado» y «la Corte establece cuál es la finalidad que debe satisfacer la política, plan o programa que se ordena diseñar, sin señalar específicamente los medios que se deban seguir para alcanzarla», pues esa elección se suele dejar a las autoridades encargadas de cumplir dicha orden (Rivera, 2012, pp. 57 - 65). Por ejemplo, respecto de la sentencia T-760/2008 sobre política pública de atención en salud por fallas de regulación y de funcionamiento del sistema, en la que la Corte dictó órdenes y estableció un proceso de seguimiento, considera que debió ser declarado un ECI. Las fallas estructurales del sistema de salud pública ocasionaron la «presentación de cien mil acciones de tutela anuales» en las que las personas solicitaban que se ordenase a los presta-

rados por la Corte en la sentencia T-025 de 2004, Naupari (2009) destaca también que el acto lesivo no es único y que, además, debe ser evidente y prolongado (p. 345).

dores públicos y privados la entrega de servicios o medicamentos que les habían sido negados (Rodríguez y Rodríguez, 2015, p. 22). La sentencia T-760 de 2008 es considerada como un caso de litigio estructural en salud (Cano, 2015, pp. 114 - 115; Parra y Yamín, 2013, pp. 2591 - 2595, pp. 2645 - 2649; Gargarella, 2013, pp. 290 - 291).

Autores como Plazas señalan que debió ser una declaratoria de ECI; en el mismo sentido se pronuncia Rodríguez (2009) (p. 437, p. 447) y García (2011) (p. 94). Rivera (2012) destaca en extenso la relevancia de la sentencia comparándola con la importancia de la declaración de ECI en materia de desplazamiento forzado (pp. 93 - 104)⁶, lo mismo que Vargas (2011) que señala que ambos casos «se constituyen en una nueva modalidad de sentencias para proteger derechos fundamentales, y se han denominado “estructurales”, en cuanto el juez constitucional interviene de manera directa para la solución de problemas sociales que son de orden estructural» (p. 32). Cépeda (2011) subraya que en la sentencia se hizo énfasis no en un aspecto, sino en el sistema de salud en su conjunto; en esa medida la califica como una «decisión sectorial sistémica», en oposición a una «decisión intersectorial sistémica» como la de desplazamiento forzado (p. 1702). Como se trata de un problema estructural, puede concluirse con los autores citados que los hechos materia de análisis ameritaban bien una declaración de ECI que no se produjo, lo que revela una falla en la coherencia argumentativa de la Corte⁷ 8.

Tanto en las sentencias de ECI como en otras que sin serlo inciden en políticas públicas a partir de ciertas situaciones concretas que se demandan en tutelas, la Corte Constitucional ahonda para establecer las causas que generan la vulneración masiva de derechos. Una vez identificadas las fallas estructurales, la Corte dicta órdenes mediante las que se pretende que las autoridades estatales responsables adopten medidas para dar cumplimiento a las normas existentes o diseñar e implementar un programa que sirva para hacer frente a los problemas y que tengan un impacto presupuestal. Además, la Corte acompaña el proceso de cumplimiento de las órdenes impartidas (Rivera, 2012, pp. 104 - 106), al menos esa característica se ha consagrado en la última declaración.

2.1.4. La ECI presupone reiteración de un problema previamente diagnosticado y que hubiera sido materia de varias tutelas.

Este elemento está en relación con la generalización de la violación de derechos. Bonilla (2013) señala que se declara ECI cuando la Corte recibe un considerable número de tutelas sobre un tema que afecta a un considerable número de personas. El uso amplio de las tutelas es un indicador de que un sector estatal está violando derechos y, en atención a la eficiencia, la Corte acumula casos similares para resolver en una sola decisión (pp. 141 - 142). Por ello, se destaca también que la declaratoria del ECI no es inmediata, sino que se analiza el impacto de anteriores sentencias de tutela hasta que detecta un problema estructural. Este requisito se cumplió en todas las sentencias de ECI menos en la T-590/1998.

6 Juan Camilo Rivera cuenta con otro trabajo en el que analiza el control judicial de las políticas tomando como ejemplo empírico la sentencia T-760/2008 (Quinche y Rivera 2010).

7 Rodrigo Uprimny (2007) analiza varias sentencias constitucionales colombianas que considera ejemplos de cómo la Corte Constitucional ha intervenido en políticas a favor de poblaciones estigmatizadas y en políticas económicas para la protección de derechos sociales; no todas las sentencias son declaratorias de ECI, lo que refuerza la conclusión de que la Corte se ha pronunciado en casos estructurales, con las repercusiones asociadas a esto, sin declarar necesariamente ECI.

8 Sobre la incidencia de la acción de tutela en la implementación de políticas públicas, véase Castillo (2009).

2.1.5. La impartición de órdenes con cronogramas para el cumplimiento.

Para Aguilar, Bohorquez y Santamaría (2006) «en el estado de cosas inconstitucional la Corte, aprovechándose de la revisión de fallos de tutela, se arroga *nuevas facultades* que no están expresamente en el ordenamiento jurídico, con el ánimo de proteger los derechos fundamentales. Estos poderes se refieren especialmente a las órdenes impartidas a todas las autoridades estatales y a prevenir a todas las personas que habitan en Colombia para que se protejan los derechos vulnerados y en algunos casos a vigilar por sí misma el cumplimiento de tales mandatos [cursivas nuestras]»⁹.

En las sentencias de ECI, la Corte imparte:

[...] órdenes perentorias a las autoridades, con plazos precisos para su acatamiento, que complementa y/o desarrolla con autos para delimitar el alcance de sus mandatos y de las obligaciones de sus destinatarios. Órdenes que, bueno es advertirlo, si bien nominalmente son de una u otra índole, difieren en alto grado de las que usualmente caracterizan a las sentencias de tutela y a las llamadas sentencias unificadoras, porque no tienen un alcance individual sino que suelen ser de muy amplio contenido, hasta el punto de adquirir características propias de los actos que definen y orientan las políticas públicas. (Plazas 2009, p. 245)

Este es uno de los aspectos de mayor debate en la figura. Por ejemplo, Plazas enfatiza a lo largo de su trabajo las suspicacias que suscitan las declaraciones del ECI y, aunque apoyando el desarrollo jurisprudencial, hace hincapié en la necesidad de «reparar en que esa función [la de velar por la eficacia de los derechos] no se puede traducir en el desplazamiento, así sea temporal o parcial, de otras ramas de poder público, porque se desquician sus alcances y se pierde su horizonte» (Plazas, 2009, p. 266). Para Ariza (2013), el contenido y la extensión de los remedios corresponden al Poder Legislativo en un sistema tradicional de separación de poderes, ya que implican el diseño de políticas públicas, reformas institucionales y disposición de recursos (p. 142). Cépeda (2011) señala que si bien la judicatura no puede reemplazar a la autoridad competente en diseño e implementación de políticas públicas, la Corte ordena que quien tenga dicha responsabilidad defina objetivos, desarrolle políticas y regulaciones y construya capacidad institucional, y lo hace apoyándose en una racionalidad basada en derechos (p. 1703).

Las órdenes dictadas por la Corte han evolucionado con el desarrollo de la figura. Cabe anotar que en la primera sentencia de ECI, la Corte se limitó a comunicar la sentencia a algunas autoridades concretas del Poder Ejecutivo para que en un «tiempo razonable» adoptaran medidas. A partir de la tercera sentencia de ECI, y las siguientes referidas a tema carcelario, la Corte ha precisado sus órdenes y ha definido mejor el tiempo de ejecución de las mismas. No obstante, existe un quiebre en la sentencia T-025/2004 sobre desplazamiento forzado porque las órdenes dejaron de ser precisas para ser más bien generales con cargo a que fueran, efectivamente, precisadas durante el proceso de seguimiento de la sentencia. Cépeda (2011) destaca que las órdenes con regulación precisa han resultado obstáculos y por eso es preferible un régimen abierto en tanto la Corte no cuente con evidencia suficiente (p. 1704).

⁹ Sobre la función creadora de la Corte Constitucional puede revisarse el texto Clara Inés Vargas (2011); la autora da cuenta de que las sentencias innovadoras de esta instancia jurisdiccional también se dan en el marco del control de constitucionalidad.

2.1.6. El seguimiento de la sentencias.

La Corte, desde las primeras formulaciones del ECI, ha dispuesto actuaciones de seguimiento con el objetivo de asegurar la efectividad de sus fallos (Rivera, 2012, p. 69). Si bien desde la primera sentencia de ECI se comunicó la misma a algunos órganos de control con fines de seguimiento, este aspecto ha sido perfeccionado gradualmente: en la segunda sentencia de ECI, la T-068 de 1998, se encargó el seguimiento a la Defensoría del Pueblo para que rindiera informe ante la Corte sobre la materia. Además, en la T-439/1998, como parte del seguimiento de la T-068 de 1998, pues se trataba del mismo tema, se pidió a la Procuraduría que investigara la conducta de quienes dieron lugar a una repetida violación de derechos. En la sentencia T-606, también de 1998, se explicitó por primera vez instancias precisas de vigilancia que incluían al juzgado de primera instancia, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, y se emitió una orden para los casos de desacato de la sentencia.

No obstante, no fue hasta la sentencia T-025 de 2004 sobre desplazamiento forzado que la Corte dio un cambio jurisprudencial al asumir por sí misma la competencia posprovidencia con lo que se generó un proceso de seguimiento más integral que el de las sentencias anteriores que ha sido de carácter público y participativo: «la Corte parece haber pasado por un proceso de aprendizaje interno sobre cómo diseñar remedios y formas de seguimiento» (Rodríguez, 2009, p. 445). Rivera (2012) resalta que la facultad de seguimiento desde la propia Corte sigue el ejemplo de órganos de justicia de países como los Estados Unidos de Norteamérica, la India y Canadá que también se involucraron en la supervisión del cumplimiento de sus sentencias en tanto la ejecución de las mismas es gradual (p. 88).

En la sentencia T-025 de 2004, la Corte empleó tres mecanismos de supervisión: la remisión periódica de informes por parte de diferentes autoridades públicas, los autos de seguimiento que consisten en nuevos pronunciamientos judiciales por los que la Corte valora la información que recibe acerca del cumplimiento, y las audiencias públicas en las que funcionarios estatales rinden cuentas a la Corte de las gestiones realizadas y en las que participan organizaciones de sociedad civil, así como organismos internacionales y de cooperación internacional (Rivera, 2012, pp. 88 - 93). En este tipo de mecanismos de seguimiento se abre un diálogo entre los tribunales (que dictan la sentencia), los responsables competentes (encargados de cumplir las órdenes emitidas) y las personas afectadas (beneficiarias de las órdenes emitidas), diálogo que se produce incluso desde antes de la emisión de la sentencia y continúa durante su ejecución (Rivera, 2012, p. 70). Como se verá en el último apartado, existe evidencia de que el monitoreo es uno de los elementos centrales en la efectividad de las sentencias de ECI en Colombia y, por ello, la sentencia sobre desplazamiento forzado muestra mayor impacto.

2.1.7. Los fundamentos de la figura

La Corte ha formulado tres argumentos distintos para respaldar sus declaratorias de ECI. El primero, expresado desde la primera sentencia de ECI en 1997, ha sido el cumplimiento de un mandato constitucional de colaboración armónica entre los poderes públicos que se desprende del artículo 113 de la Constitución colombiana¹⁰, lo que le autoriza a notificar a las autoridades

10 Constitución Política de la República de Colombia de 1991. «Artículo 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines».

competentes de la existencia de un estado de cosas violatorio de la misma. El segundo argumento, también presente en la primera sentencia de ECI de 1997, ha sido racionalizar el uso de la acción de tutela de forma que se eviten múltiples pronunciamientos sobre un mismo asunto que congestionan el sistema de justicia y para que se minimice la posibilidad de fallos contradictorios. Por último, el tercer argumento, esbozado por primera vez en la sentencia de ECI de 1998 sobre cárceles, ha sido el de proteger a minorías olvidadas que difícilmente tienen acceso a organismos políticos y respecto de las cuales se requiere una protección especial (Rivera, 2012, pp. 67 - 68).

3. El ECI en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano¹¹

La figura del ECI tiene acogida en el Perú a imitación de la labor de la Corte Constitucional colombiana, también sin asidero normativo, como creación jurisprudencial (Naupari, 2009, pp. 340 - 355). Se dedica este apartado al estudio del ECI en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

3.1. Mirada comparativa entre el ECI de la jurisprudencia peruana respecto de la jurisprudencia colombiana.

El Tribunal Constitucional peruano ha declarado ECI a propósito de seis sentencias. Como se aprecia en la tabla adjunta, a diferencia de las declaraciones de ECI por parte de la Corte Constitucional de Colombia, las declaraciones del Tribunal Constitucional no siguen en la mayor parte de los casos las mismas características.

A continuación, se detalla la información que se sintetiza en el cuadro precedente respecto de los mismos rasgos delineados para comentar la figura colombiana:

¹¹ Para la selección de las sentencias que se analizan en este apartado se ha hecho una búsqueda avanzada en los contenidos de la página web del Tribunal Constitucional peruano con los términos estado de cosas inconstitucional y estado de cosas inconstitucionales.

Tabla 2

Análisis de las sentencias declaratorias de ECI del Tribunal Constitucional peruano a la luz de los requisitos de la jurisprudencia colombiana

Casos / Características	Arellano Serquén	Yarlequé Torres	Express Cars S.C.R.L. e Importadora y Exportadora A.S.S.C.R.L.
1. La vulneración masiva, generalizada y grave de derechos constitucionales	±	☑	±
2. Protección de todos los derechos	☑	☑	☑
3. La resolución del problema compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones, y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante	×	☑	×
4. El ECI presupone reiteración de un problema previamente diagnosticado y que hubiera sido materia de varias tutelas	☑	☑	×
5. La impartición de órdenes con cronogramas para el cumplimiento	☑	±	±
6. El seguimiento de las sentencias	☑	×	×
7. Los fundamentos de la figura	Procesal (superar efectos interpartes y reducir demandas)	Procesal (superar efectos interpartes y reducir demandas)	Procesal (superar efectos interpartes y corregir la inconstitucionalidad de una norma)
	Material (reforzar la dimensión objetiva de los DDFF)	Material (reforzar la dimensión objetiva de los DDFF)	

Nota: Tabla elaborada con información de las sentencias del Tribunal Constitucional

ONP	Ley Universitaria ¹²	Marroquín Soto
☒	☒	±
☒	☒	☒
☒	☒	☒
☒	×	☒
☒	±	±
☒	×	☒
Procesal (superar efectos interpartes y reducir demandas)	Material (resolver un problema complejo)	Procesal (superar efectos interpartes y reducir demandas)
Material (resolver un problema complejo y reforzar la dimensión objetiva de los ddff)		Material (resolver un problema complejo y reforzar la dimensión objetiva de los ddff)

12 En la sentencia sobre la Ley Universitaria en los Expedientes N° 0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 0007-2015-PI/TC, de 10 de noviembre de 2015, se hizo referencia al estado de cosas inconstitucional declarado previamente sin desarrollo de la figura.

3.1.1. La vulneración masiva, generalizada y grave de varios derechos constitucionales.

Como se ha señalado, en el caso colombiano, la vulneración masiva alude a una afectación a una multitud de personas y es un elemento central en las declaraciones de ECI por parte de la Corte Constitucional. En los casos relativos a pagos de beneficios a docentes (Arellano Serquén), determinación de pensiones (Yarlequé Torres) y el de la mala calidad en la educación universitaria (Ley Universitaria), este rasgo se aprecia de forma clara, pues se trata de afectaciones a grupos amplios de personas. No obstante, puede cuestionarse si en los otros casos, como los de los participantes en procesos de selección ante el CNM, las empresas afectadas por el régimen de percepciones y las personas con enfermedades mentales reclusas en penales, se trata de vulneraciones masivas en estricto.

Cavalié, sin referirse a una violación masiva, sostiene que en el ECI peruano se requiere como presupuesto objetivo que se afecte uno o varios derechos en un universo determinado o determinable de personas, y señala que el requisito se cumple tanto en los casos Arellano Serquén como Yarlequé Torres, pues «si bien [el Tribunal] no enumeraba exactamente quiénes eran los afectados, los elementos objetivos del caso permitían concluir que dicha situación podía afectar o afectaba a un grupo de personas» (Cavalié, 2010, p. 69).

Respecto al elemento de violación generalizada, que más allá de la multiplicidad de afectados se entiende en Colombia como de acciones u omisiones que se repiten, que son constantes, en la primera sentencia de ECI —como se ha señalado— el Tribunal Constitucional peruano señaló que este podía declararse ante actos individuales en los que mediara una interpretación inadmisibles en términos constitucionales por parte de un órgano público de una norma, sea ley o reglamento (sentencia en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC, numeral 19). Naupari señala por eso que «en el Perú existe una mayor apertura para su establecimiento [el del ECI], ello por dos motivos: (i) es plausible que un único acto —y no así un conjunto de ello[s]— determine la existencia de un estado de cosas inconstitucionales; (ii) no es necesario que se produzca una vulneración “masiva” de derechos fundamentales, y que basta que la lesión del derecho fundamental de una persona individual se produzca en virtud de una interpretación errónea e inconstitucionalmente inadmisibles, para que se puede declarar legítimamente el estado de cosas inconstitucional» (Naupari, 2009, pp. 350 - 351). Esto abonaría a señalar que el requisito de afectación masiva y repetida de los derechos, presente en la jurisprudencia colombiana, no se sigue necesariamente en el país.

La gravedad de la violación de derechos no es un elemento al que se haya hecho especial mención en la jurisprudencia peruana.

3.1.2. Protección de todos los derechos.

En el Perú se han garantizado por medio del ECI tanto derechos civiles y políticos como derechos económicos sociales y culturales: los derechos de acceso a la información, el derecho a la seguridad social, el derecho a la educación universitaria de calidad y el derecho a la integridad personal y a la salud mental.

También se ha hecho referencia a la vigencia y defensa del sistema de fuentes en relación a los procesos de cumplimiento en que se declaró ECI y, asimismo, al principio de reserva de ley en materia tributaria por el ECI relacionado a la inconstitucionalidad por vicios formales de una norma. Esto es una diferencia respecto de la jurisprudencia colombiana dado que allí el ECI está ligado íntimamente a la defensa de derechos considerados fundamentales.

3.1.3. Existe una falencia estructural de modo que la resolución del problema compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones, y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante.

Este, como se ha señalado, es el segundo elemento central en la declaratoria de ECI en la jurisprudencia colombiana, pero en el Perú no se ha cumplido en todos los casos. En el caso Arellano Serquén y en el de las empresas Express Cars S.C.R.L. e Importadora y Exportadora A.S. S.C.R.L., se requería la intervención de una sola instancia pública y el problema se resolvía con una aplicación distinta de la ley y la emisión de una nueva norma legal sin los vicios de la precedente, respectivamente. No existía la complejidad asociada al ECI del caso colombiano. Solo en los otros cuatro casos existía un problema que puede calificarse de carácter estructural, puesto que la solución exigía la acción mancomunada y coordinada de distintas entidades estatales, con un desembolso presupuestal asociado.

3.1.4. El ECI presupone reiteración de un problema previamente diagnosticado y que hubiera sido materia de varias tutelas.

Esta característica se cumple solo en las declaratorias de ECI de los casos Arellano Serquén, Yarlequé Torres, ONP y Marroquín Soto, cuatro de las seis circunstancias en las que se ha declarado un ECI en el Perú. Los otros dos casos, ligados a la inconstitucionalidad de normas, no tenían pronunciamientos previos. En Colombia, como se anotó en el capítulo previo, solo en el caso de los defensores de derechos humanos (sentencia T-590/1998) se declaró ECI sin que hubiera tutelas previas sobre la materia.

Asimismo, se ha señalado que en Colombia es un rasgo del ECI la omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos. No obstante, mientras que en ese país se trata de negligencia y omisión de los entes estatales en el cumplimiento de sus funciones establecidas, en el Perú también se ha incluido los supuestos de incorrecta interpretación de las normas para casos individuales.

3.1.5. La impartición de órdenes.

Solo en dos sentencias peruanas declaratorias de ECI se han dictado órdenes precisas (casos ONP y Ley Universitaria). En los demás casos se han dado órdenes de carácter general, tanto para el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Poder Judicial y los órganos constitucionales autónomos, sin plazos exactos. No solo se han emitido órdenes sino exhortaciones, que tienen el carácter de recomendaciones también generales y no inquisitivas.

Naupari (2009), comentando la sentencia en el caso Arellano Serquén, hace énfasis en la mención a un «plazo razonable» que se anota para que los órganos públicos realicen o dejen de realizar la acción u omisión violatoria de derechos. En su opinión, el propio TC debe establecer «un plazo específico para que los poderes públicos corrijan su accionar considerado como inconstitucional y no deje al juez [o jueza] de ejecución del caso en que se produjo la declaratoria de estado de cosas inconstitucional, la labor de interpretar qué debe entenderse [...], ya que ello generaría una situación de incertidumbre jurídica respecto de los derechos fundamentales tanto del demandante como de aquellos que se encuentran en una situación análoga» (p. 351). Esto en atención de que «si bien el “estado de cosas inconstitucional” pretende atender fundamentalmente a la dimensión objetiva del derecho

constitucional lesionado, ello no puede suponer en modo alguno un desconocimiento de que el amparo tiene por finalidad tutelar la dimensión subjetiva del mismo» (p. 352).

3.1.6. El seguimiento de la sentencia.

Solo en tres casos —Arellano Serquén, ONP y Marroquín Soto— se ha mencionado expresamente instancias de seguimiento: en la primera fue el juzgado de primera instancia y, en las otras dos, la Defensoría del Pueblo quienes debían rendir informes ante el Tribunal. No existe en la página web de la Defensoría del Pueblo información que dé cuenta de que se hayan elaborado los informes solicitados por el Tribunal¹². El seguimiento del cumplimiento de las órdenes es uno de los aspectos que está pendiente de perfeccionamiento en la jurisprudencia nacional (Vásquez, 2010, p. 147).

3.1.7. Los fundamentos de la figura.

Como puede apreciarse de las sentencias reseñadas, el Tribunal Constitucional peruano ha declarado el ECI sobre la base de tres principales justificaciones:

- (a) Trascender los alcances inter partes de las sentencias en los procesos constitucionales. En cinco de las seis sentencias analizadas (todas menos el caso ONP), la justificación de la declaración del estado de cosas inconstitucional estuvo ligada a la modulación de los efectos de la sentencias y a la necesidad de evitar nuevas demandas semejantes.
- (b) Reforzar el reconocimiento y la vigencia de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. En cuatro de las sentencias, se ha mencionado la importancia de este aspecto (Arellano Serquén, Yarlequé Torres, ONP y Marroquín Soto).
- (c) Resolver problemas complejos. Solo en los tres últimos casos (ONP, Ley Universitaria y Marroquín Soto) se ha mencionado la complejidad de los problemas que se abordan, rasgo que es esencial en el ECI de la jurisprudencia colombiana.

3.2. Un balance sobre el ECI en la jurisprudencia constitucional peruana.

Una mirada comparada entre el caso colombiano y el peruano es posible gracias a que el Tribunal del Perú ha decidido adoptar esta construcción. Colombia y Perú comparten en lo sustancial un contexto semejante: son democracias en proceso de consolidación, con importantes niveles de desigualdad, con historias marcadas por violencia y con alta diversidad cultural. No obstante, es evidente que la Corte de Colombia ha tenido un significativo rol para hacer realidad los derechos reconocidos en su Constitución, un papel que la Corte peruana aún no ha tenido en la misma medida (Bonilla, 2013, pp. 26 - 29).

El empleo de la declaración de ECI por el Tribunal Constitucional peruano tiene características particulares. Como nota inicial se anota que no en todos los casos en que se ha mencionado la categoría se ha hecho una declaración de la misma en realidad: el Tribunal de Perú ha hecho uso de la expresión «estado de cosas inconstitucional» en ocasiones exclusivamente pa-

¹² Los informes elaborados por la Defensoría del Pueblo están disponibles en su página web <http://www.defensoria.gob.pe/informes-publicaciones.php>. Consulta: 29 de abril de 2013.

rar nombrar situaciones de incumplimiento de sentencias constitucionales¹³, la vigencia de una norma legal inconstitucional¹⁴ y la omisión del cumplimiento de normas legales¹⁵, con ocasión de la modulación de estos *inter partes*¹⁶, como una herramienta para la ejecución de sentencias constitucionales y la represión de actos homogéneos¹⁷, y a propósito de la procedencia de las demandas¹⁸. En última instancia, se ha declarado ECI ante resoluciones judiciales que contradicen una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁹.

Entrando al análisis de fondo, mientras que en Colombia dos son las condiciones esenciales de la figura —a saber, que la vulneración de derechos fundamentales sea de carácter general (en tanto afecta a una multitud de personas) y el que las causas de los problemas sean de naturaleza estructural (porque la vulneración no se origina de manera exclusiva en la autoridad demandada, sino que la solución exige la acción mancomunada de distintas entidades estatales)— en el Perú la utilidad de la figura del ECI se ha enfocado en la modulación de los efectos de sentencia, lo que se aprecia no solo en las sentencias en que se ha declarado la misma, sino en las otras en las que se han precisado sus alcances²⁰. Este recorte de la dimensión de la figura implica una restricción de sus potencialidades, pues el acento no se pone en la posibilidad de intervención judicial en la solución de problemas sociales estructurales, sino en la persecución de la descongestión de la carga de la jurisdicción constitucional que se diagnostica como un problema²¹.

-
- 13 Tribunal Constitucional del Perú. Resolución en el Expediente N° 00710-2004-AC/TC, de fecha 19 de agosto de 2004, fundamento 5; y Resolución en el Expediente N° 02376-2003-AC/TC, de fecha 13 de julio de 2004, fundamento 4.
- 14 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 08353-2006-HC/TC, de fecha 9 de abril de 2007, fundamento 5.
- 15 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 00033-2010-PI/TC, de fecha 10 de abril de 2012.
- 16 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 04878-2008-PA/TC, de fecha 20 de marzo de 2009, fundamentos 15-16 y Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 05287-2008-PA/TC, de fecha 4 de septiembre de 2009, fundamento 12. Tribunal Constitucional del Perú. Resolución de aclaración en el Expediente N° 00006-2008-PI/TC, de fecha 25 de septiembre de 2008. Tribunal Constitucional del Perú. Resolución de aclaración en el Expediente N° 00006-2008-PI/TC, de fecha 25 de septiembre de 2008, fundamento 4. Tribunal Constitucional del Perú. Resolución de aclaración en el Expediente N° 00006-2008-PI/TC, de fecha 25 de septiembre de 2008. Tribunal Constitucional del Perú. Resolución de aclaración en el Expediente N° 05761-2009-PHC/TC, de fecha 2 de junio de 2010.
- 17 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 04119-2005-PA/TC, de fecha 29 de agosto de 2005. Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 04878-2008-PA/TC, de fecha 20 de marzo de 2009, fundamentos 17, 25, 34 y Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 05287-2008-PA/TC, de fecha 4 de septiembre de 2009, fundamentos 19 y 21.
- 18 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 03116-2009-PA/TC, de fecha 10 de agosto de 2009.
- 19 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 01722-2011-PA/TC, de fecha 11 de julio de 2013.
- 20 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 04878-2008-PA/TC, de fecha 20 de marzo de 2009, fundamentos 15-17; sentencia en el Expediente N° 05287-2008-PA/TC, de fecha 4 de septiembre de 2009, fundamento 12; y sentencia en el Expediente N° 04611-2007-PA/TC, de fecha 9 de abril de 2010, fundamento 23. En ninguna de estas se declaró ECI, pero el Tribunal desarrolla el alcance de la figura.
- 21 Esto se menciona expresamente en las sentencias de los casos Arellano Serquén (Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC, de fecha 6 de abril de 2004, fundamento 18) y Yarlequé Torres (Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 03149-2004-AC/TC, de fecha 20 de enero de 2005, fundamento 6). Inciden en la importancia de evitar la reiteración de demandas la Resolución de aclaración en el Expediente N° 00006-2008-PI/TC, de fecha 25 de septiembre de 2008, fundamento 5; la Sentencia en el Expediente N° 04878-2008-PA/TC, de fecha 20 de marzo de 2009, fundamento 25; y la Sentencia en el Expediente N° 05287-2008-PA/TC, de fecha 4 de septiembre de 2009, fundamento 19.

El Tribunal Constitucional peruano solo reconoce dos tipos de efectos en la sentencias: *inter partes* y *erga omnes*²² y en esa dicotomía el ECI se delinea como única alternativa para hacer una excepción a los efectos *inter partes* propios de los procesos constitucionales de libertad. No obstante, existe diversidad de supuestos cuya atención trasciende a lo individual, y que van más allá de bienes de carácter colectivo. Hay causas de titularidad individual cuyo ejercicio implica aspectos colectivos, u omisiones o actos que tienen alcance individual y colectivo, y que requieren remedios de este último tipo. Para casos como estos se requiere de instrumentos procesales e intervenciones judiciales acordes con la titularidad de los derechos, los alcances de la afectación o los alcances del remedio (CELS 2008, pp. 33 - 34).

En la jurisprudencia colombiana se reconocen por lo menos tres clases de fallos modulados de tutela (Rivera, 2012, p. 40; Botero, 2009, pp. 149 - 151). Se hace mención a las sentencias con efectos *inter pares*, en las que la Corte Constitucional dirige una orden a jueces y juezas, de primera y segunda instancia en las acciones de tutela, para que apliquen la misma solución decretada por esta instancia cuando se esté ante casos semejantes. Se han emitido estas sentencias para que no se aplique una norma considerada inconstitucional y para que se dé cumplimiento a un precedente, declarando la nulidad de los actos ejecutados sin seguir sus preceptos (Rivera, 2012, pp. 41 - 43; Botero, 2009, p. 149; Amado, 2009, p. 125). Además, la Corte Constitucional ha delineado sentencias con efectos *inter comunis* que «abarcan a personas que no han sido parte en el proceso pero que se encuentran en una situación fáctica análoga a la de quienes sí ejercieron este mecanismo» (Rivera, 2012, p. 45); al grupo se le ha vulnerado el mismo derecho, en condiciones similares, como consecuencia de un mismo hecho generador; ocasionado por la misma parte demandada respecto de la cual se tienen las mismas pretensiones (Rivera 2012, p. 46; Botero, 2009, pp. 149 - 150; Amado, 2009, p. 126). Existen casos en que los efectos se han extendido a grupos de personas, pero la sentencia no ha explicitado los alcances *inter comunis* (Rivera, 2012, pp. 47 - 50). En ninguno de estos casos —sentencias *inter pares* e *inter comunis*— es un elemento la complejidad de las órdenes dirigidas a distintas autoridades que distingue al estado de cosas inconstitucional, el tercer tipo de sentencias que se reconocen en Colombia, empleadas más bien para casos difíciles en los que se enfrentan problemas complejos. Por eso, la Corte Constitucional, a diferencia del Tribunal Constitucional peruano, no declara ECI solo en función de la modulación de los efectos de la sentencia, sino que la pertinencia de la figura se evalúa en la calificación estructural del problema que lo motiva, pues para la sola extensión de efectos a otras personas no intervinientes en el proceso existen otras alternativas.

Un aspecto importante en la justificación del ECI en el Perú es la determinación de su relación con la doctrina constitucional (artículo VI del Código Procesal Constitucional), y el precedente constitucional (artículo VII del Código Procesal Constitucional).

En las sentencias de los casos Yarlequé Torres²³, ONP²⁴ y Marroquín Soto²⁵ se relacionó la expansión de los efectos con la vinculatoriedad de las interpretaciones del Tribunal según

22 Tribunal Constitucional del Perú. Resolución de aclaración en el Expediente N° 05761-2009-PHC/TC, de fecha 2 de junio de 2010, fundamento 11.

23 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 03149-2004-AC/TC, de fecha 20 de enero de 2005, fundamento 14.

24 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 05561-2007-PA/TC, de fecha 24 de marzo de 2010, fundamento 37.

25 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 03426-2008-PHC/TC, de fecha 26 de agosto de 2010, fundamento 32.

lo establecido en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional²⁶. Este artículo recoge lo que se ha denominado doctrina o jurisprudencia constitucional (Abad, 2008, p. 655) que incluye las interpretaciones de la Constitución realizadas por el Tribunal en todos los procesos, las interpretaciones de las leyes en el marco de los procesos de control de constitucionalidad y las procripciones interpretativas de las leyes²⁷.

No obstante, en otra oportunidad el Tribunal ha relacionado el ECI con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional²⁸. Así ha señalado:

b) El estado de cosas inconstitucional

59. El Tribunal Constitucional ha recurrido a esta directiva para dejar sentada una decisión con alcances generales cuando se ha verificado una práctica de renuencia sistemática y reiterada, que constituye una situación o comportamiento contrario a la Constitución (STC N.º 3149-2004-AC/TC), y que debe ser erradicado a fin de evitar una sistemática vulneración de los derechos fundamentales de un sector de la población. *Para ello, el Tribunal Constitucional debe establecer, además, que el sustento del precitado estado, así como los fundamentos que permiten su superación, constituyan precedente vinculante, conforme lo dispone el artículo VII del Título Preliminar del CPC* [las cursivas son nuestras]²⁹.

Úrsula Indacochea pone el acento en la necesidad de evaluar la conveniencia de adoptar el ECI en el Perú «como una forma distinta de extender los límites subjetivos de la sentencia constitucional, frente a otras técnicas alternativas que se encuentran reguladas y más desarrolladas en nuestro medio, como es el caso del precedente vinculante recogido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional» y señala que se debiera «establecer claramente en qué casos debiera proceder uno u otro mecanismo» (Indacochea, 2010, p. 85). Un precedente se emite en una sentencia con autoridad de cosa juzgada en la que el propio Tribunal indica de forma expresa y precisa la regla jurídica que, además de ser necesaria para resolver el caso concreto, tendrá efectos generales y que será parámetro normativo para resolver procesos futuros homólogos (Abad, 2008, pp. 658 - 660)³⁰.

En la sentencia referida, el Tribunal indica que para definir los alcances generales de la decisión se debe establecer que el sustento y los mandatos para la superación de la declaración

26 Código Procesal Constitucional. Artículo VI. Control Difuso e Interpretación Constitucional. "[...] Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional".

27 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 04853-2004-PA/TC, de fecha 19 de abril de 2007, fundamento 15. César Landa cita también como jurisprudencia en relación a la doctrina constitucional la Sentencia en el Expediente N° 0041-2004-PI/TC, fundamentos 33-34, pp. 95 - 96).

28 Código Procesal Constitucional. Artículo VII.- Precedente. «Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente».

29 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 04119-2005-PA/TC, de fecha 29 de agosto de 2005, fundamento 59.

30 Sobre el precedente constitucional vinculante, César Landa cita las Sentencias en el Expediente N° 3741-2004-PA/TC, fundamento 49 y en el Expediente N°0024-2003-PI/TC (2010, pp. 86 - 90).

de ECI son precedentes vinculantes; aspecto que, por demás, no se ha cumplido en ninguna de las seis declaratorias de ECI dictadas a la fecha en el Perú. En otra oportunidad posterior, empero, ha señalado que tanto las sentencias que contienen precedentes vinculantes como las sentencias que declaran el ECI tienen efectos *erga omnes* equiparándolas:

11. Así, las sentencias constitucionales pueden tener los siguientes efectos personales: a) *El efecto general o erga omnes*: Que son en torno a los fallos del control abstracto de las normas sometidas a un proceso de inconstitucionalidad; o proceso competencial; esto es, se trata de aquellas sentencias que giran en torno a lo que, por razones pedagógicas se pueden calificar de sentencias que defienden la *parte orgánica de la Constitución*; aquí caben, aunque de suyo excepcionales, ubicar a las sentencias que contienen *precedentes vinculantes* y las sentencias que declaran *el estado de cosas inconstitucionales* [...] ³¹.

En relación a la adjudicación de efectos *erga omnes* a la sentencia de ECI, el Tribunal ha precisado que solo puede tener lugar en los procesos de tutela de derechos y no en los procesos de inconstitucionalidad ³². Pese a ello, en la sentencia en el Expediente N° 00017-2008-PI/TC de junio de 2010, el Tribunal Constitucional declaró ECI de carácter estructural en el sistema educativo universitario, en el marco de un proceso de inconstitucionalidad; para ello se basó tanto en la inconstitucionalidad de normas legales, que regulaban el sistema universitario, como en la situación de hecho referida a la calidad de la enseñanza (fundamentos 210 - 217).

En la jurisprudencia se ha asociado el ECI con la represión de los actos homogéneos, figura contemplada en artículo 60 del Código Procesal Constitucional ³³. Esta es una nueva institución introducida por el Código que procede en los casos en que la parte vencedora en un proceso de amparo se ve nuevamente afectada en sus derechos fundamentales por actos similares a los que ya fueron objeto de pronunciamiento y siempre que los derechos afectados sean sustancialmente los mismos (Abad, 2008, pp. 247 - 249) ³⁴. Naupari (2009), al preguntarse por el sustento del ECI, acogido con anterioridad a la vigencia del Código, señala que en el ámbito procesal el Tribunal parece haberlo asimilado parcialmente a la represión de actos homogéneos, posición con la que concuerda (pp. 352 - 354). Conforme a la jurisprudencia constitucional ³⁵, pueden demandar la represión de actos lesivos homogéneos aquellas personas que, sin haber participado en el proceso, se encuentre en una situación igual a la considerada como un ECI y

31 Tribunal Constitucional del Perú. Resolución de aclaración en el Expediente N° 05761-2009-PHC/TC, de fecha 2 de junio de 2010, fundamento 11.

32 Tribunal Constitucional del Perú. Resolución de aclaración en el Expediente N° 00006-2008-PI/TC, de fecha 25 de septiembre de 2008, fundamentos 4-6.

33 Código Procesal Constitucional. Artículo 60.- Procedimiento para represión de actos homogéneos. «Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución. Efectuado el reclamo, el juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. La resolución es apelable sin efecto suspensivo. La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviniente».

34 César Landa (2010) cita la sentencia en el Expediente N° 05287-2008-PA/TC, fundamentos 2-29, como referente en materia de represión de actos homogéneos (Landa, 2010, pp. 263 - 283).

35 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 04878-2008-PA/TC, de fecha 20 de marzo de 2009, fundamentos 17, 25, 34 y Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 05287-2008-PA/TC, de fecha 4 de septiembre de 2009, fundamentos 19 y 21.

que, por tanto, estén afectadas porque la situación vuelve a repetirse. Recuérdese que un presupuesto de la represión de los actos lesivos homogéneos es que la sentencia original se haya cumplido, pues de no haberse producido esto, entonces, la figura no procede, sino que deben aplicarse los mecanismos coercitivos previstos en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, como multas fijas o acumulativas e, incluso, disponer la destitución del responsable. El mismo Tribunal ha hecho en tres de las declaraciones de ECI (Arellano Serquén³⁶, Yarlequé Torres³⁷ y ONP³⁸) una mención explícita a que se disponga la apertura de un proceso penal por desacato si es que llegase a cualquier órgano de jurisdicción constitucional un caso análogo posterior a la declaratoria de ECI.

La represión de actos homogéneos es una herramienta procesal para garantizar la obligatoriedad de las sentencias constitucionales y, en ese extremo, se le vincula con el ECI en la jurisprudencia. Se ha sostenido que «el trasfondo del estado de cosas inconstitucional es garantizar la ejecución correcta y oportuna de las sentencias constitucionales, esto es garantizar el derecho a la ejecución de sentencias, el mismo que es parte integrante del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva» (Naupari, 2009, pp. 252 - 253). En dos de las seis sentencias en que se ha declarado ECI en el Perú a la fecha (Yarlequé Torres³⁹ y ONP⁴⁰), se ha hecho mención a la relación del ECI como medio o herramienta para reforzar el cumplimiento de las sentencias constitucionales, y esta relación se ha repetido en una de las sentencias accesorias en las que se desarrolla la figura⁴¹. Este uso de la técnica, también de índole procesal, refleja una problemática extendida en la jurisdicción constitucional peruana, para lo cual se acude instrumentalmente a la declaración de estado de cosas inconstitucional. Este uso de la figura presupone, además, que, contrario a la prédica de la jurisprudencia que relaciona la figura del ECI con la descongestión procesal, se entablará una nueva demanda.

Por último, cabe mencionar que el Tribunal ha hecho referencia al ECI en relación a los supuestos para ingresar al análisis de fondo de demandas que han sido rechazadas liminarmente de forma indebida⁴². Este extremo está en relación nuevamente con el cumplimiento de las sentencias constitucionales, pues se refiere a aquellos casos en los que se haya declarado previamente ECI y, pese a esto, ante la presencia de una nueva demanda, el juez o jueza constitucional de instancia hubiera rechazado la demanda. Aquí también el Tribunal analiza la situación en la que, de forma posterior a la declaración de un ECI, pueda presentarse una demanda sobre la misma acción u omisión cuestionada previamente, lo que —como se ha mencionado— entra en conflicto con el objetivo de la declaración de ECI destacado por el TC de que no se inter-

36 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC, de fecha 6 de abril de 2004, fundamento 21.

37 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 03149-2004-AC/TC, de fecha 20 de enero de 2005, fundamento 15.

38 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 05561-2007-PA/TC, de fecha 24 de marzo de 2010, fundamento 38.

39 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 03149-2004-AC/TC, de fecha 20 de enero de 2005, fundamento 9.

40 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 05561-2007-PA/TC, de fecha 24 de marzo de 2010, mandato resolutive 2.

41 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 04119-2005-PA/TC, de fecha 29 de agosto de 2005, fundamentos 58 - 59.

42 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 03116-2009-PA/TC, de fecha 10 de agosto de 2009, fundamento 3.

pongan nuevas demandas sobre las mismas violaciones de derechos para evitar la congestión judicial. El último caso de ECI en el Perú está íntimamente vinculado, ya que se declaró con ocasión del incumplimiento de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por medio de resoluciones judiciales. El Tribunal señaló que el ECI ha permitido «procurar una mejor tutela en la restitución de [...] derechos» y que en el caso bajo análisis era necesaria su declaración «dada la connotación de las obligaciones internacionales que mantiene el Perú como país firmante de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos». Por ello, ordenó «anular los efectos de las resoluciones cuestionadas y ordenar al juez de ejecución que emita nueva resolución»⁴³.

4. El litigio estratégico de derecho público y el ECI

4.1. Definición de litigio estratégico de derecho público.

El litigio estratégico de derecho público puede ser definido como «el reclamo judicial en la forma de acciones individuales o colectivas que buscan la transformación estructural de instituciones del Estado en pos del respeto de derechos y valores democráticos consagrados en la Constitución» (Bergallo, 2005, p. 1). Con esta forma de litigio se recurre a los tribunales «en búsqueda de nuevos espacios de participación de cambios sociales» (Bergallo, 2005, p. 1).

Tiene sus antecedentes en los Estados Unidos de Norteamérica. Concretamente sus antecedentes están en el litigio desarrollado por el movimiento por los derechos civiles que «revalorizó los remedios al estilo de las *injunctions* y dio forma a lo que se dio en llamar *structural injunctions* o la *civil rights injunction*» (Bergallo, 2005, p. 5). «Como género del litigio constitucional, la reforma estructural tuvo su origen en la era de la Corte Warren de los años cincuenta y sesenta y en el extraordinario esfuerzo de llevar a la práctica la regla central del fallo *Brown v. Board of Education*», lo que «requirió que las cortes transformaran radicalmente el *statu quo* y emprendieran la reconstrucción de la realidad social» (Fiss, 2007, p. 23). No obstante que la práctica del litigio estructural tiene sus antecedentes en el derecho estadounidense, tiene plena vigencia en otros tribunales del *common law* como la Corte Suprema de India y la Corte Constitucional de Sudáfrica (Rodríguez, 2011, p. 1671; 2009, p. 436). Además, en América Latina se ha seguido la «tendencia internacional hacia el protagonismo de [la justicia constitucional] en la realización de derechos en casos estructurales», con un «neoconstitucionalismo progresista» que se ha acogido en países como Brasil, Costa Rica, Colombia y Argentina⁴⁴ (Rodríguez, 2011, pp. 1672 - 1673; 2009, p. 436).

Owen Fiss denomina esta forma de adjudicación como «modelo de reforma estructural», «forma de adjudicación caracterizada por la naturaleza constitucional de los valores públicos y [...] por el hecho de implicar un encuentro entre la judicatura y las burocracias estatales. El juez intenta que nuestros valores constitucionales cobren significado en el funcionamiento de estas organizaciones. Así, la reforma estructural confirma el carácter burocrático del Estado Moderno, mediante la adaptación de formas procedimentales a la nueva realidad social» (Fiss, 2007, p. 23)⁴⁵.

43 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 01722-2011-PA/TC, de fecha 11 de julio de 2013, fundamento 33.

44 Un análisis detallado de la jurisprudencia argentina se encuentra en el trabajo de Paola Bergallo (2005, pp. 10 - 20).

45 La adjudicación es para Fiss (2007) el proceso judicial, «la actividad mediante la cual los valores contenidos en un texto jurídico dota de autoridad, tal como la Constitución, son provistos de significado concreto y expresión» (p. 78).

Este modelo de adjudicación se fundamenta en que el funcionamiento de las organizaciones a gran escala, y no solo los particulares, afectan de manera importante la calidad de la vida social, y presupone que los valores constitucionales no pueden ser asegurados a menos que se reforme la estructura de esas organizaciones (Fiss, 2007, p. 78). Por ello, en el juicio estructural, el juez o jueza «asume la tarea de reorganizar una organización pública a fin de eliminar la amenaza que los arreglos institucionales vigentes implican para valores de dimensión constitucional» (Fiss, 2007, p. 23, pp. 37 - 38).

La reforma estructural, acorde con el concepto de litigio estratégico, se define en oposición de un modelo que Fiss (2007) denomina como de resolución de conflictos, que representa el esquema tradicional de litigio. Para la evolución del modelo tradicional al nuevo se «requirió la revisión de conceptos procesales tradicionales relativos a la estructura de las partes, la expedición de nuevas normas para la regulación del comportamiento judicial y formas renovadas de enfocar la relación entre derechos y remedios» (p. 24). Las «innovaciones procedimentales» tuvieron la misión de responder a la necesidad de «enfrentar una nueva unidad del derecho constitucional: la burocracia estatal» (p. 25). Este autor describe la transformación atendiendo a varias variables (pp. 38 - 49) que se resumen a continuación:

Tabla 3

Caracterización de Owen Fiss de las diferencias entre modelos de adjudicación

	Modelo de resolución de conflictos	Modelo de reforma estructural
Centro del proceso	Daño individual	Condición social
Parte demandante	Víctima es individual Beneficiario/a = Víctima: individual	Víctima es grupo de personas que existen con independencia del proceso y comparten una situación de vulnerabilidad. Beneficiario/a no siempre es igual a la víctima y es grupal.
Parte demandada	Quien es demandado/a es quien causó el daño	En tanto el centro de la discusión son condiciones sociales y las dinámicas burocráticas que las ocasionan, desaparece la lógica del daño que presupone intención o voluntad.
Posición del órgano judicial	Declarar qué parte tiene razón Función pasiva	Resolver un problema complejo Función activa
Remedios	Etapas cortas El remedio está diseñado para corregir o prevenir un evento directo y la función judicial se agota con el fallo.	Etapas central y larga Implica una relación continua entre la justicia y la(s) institución(es) demandada(s) para la creación y diseño del remedio. La jurisdicción del tribunal dura tanto persista el problema. Ciclos sucesivos de remedios suplementarios en relación de supervisión de largo plazo.

Nota: Adaptado de *El derecho como razón pública*, por O. Fiss, 2007.

Para Fiss (2007), el modelo de resolución de conflictos se denomina tal porque los tribunales son concebidos como la institucionalización de una parte extraña que resuelve el litigio. En eso consiste, pues, la función judicial (p. 80). Él señala que este modelo presupone «un universo sociológicamente empobrecido que no da cuenta de los grupos sociales y de las instituciones burocráticas» (Fiss, 2007, p. 80). La estructura de las partes de este esquema refleja también «un sesgo individualista» (Fiss, 2007, p. 80): una visión triangular en la que el juez tiene una función pasiva. Implica, además, una unidad de funciones en las partes tanto demandantes como demandadas: «el demandante es, al mismo tiempo, víctima, beneficiario del remedio y portavoz. De manera similar, el demandado opera como causante del daño, soporta los gastos y las cargas derivadas del remedio y, también, es portador de sus propios intereses» (Fiss, 2007, p. 80). El modelo tradicional de adjudicación «privatiza los valores» que, en realidad, son públicos y presupone «que sin la intervención de los tribunales u otras agencias estatales la sociedad se encuentra en un estado de armonía natural» (Fiss, 2007, pp. 81 - 82). El objetivo del modelo consiste en «retornar a un estado de normalidad; por ello, el remedio es aislado y tiene corta duración, en tanto solo persigue el restablecimiento del mundo que existía previamente al conflicto» (Fiss, 2007, p. 83). Fiss agrega que este modelo «produce un aislamiento institucional de la judicatura porque los tribunales no son concebidos como parte integral del Estado» (Fiss, 2007, p. 83). Finalmente, la forma de adjudicación propia del modelo de resolución de conflictos sería coherente con la teoría del contrato social en la que el objetivo principal del Estado era la seguridad, el desarrollo de condiciones para que los individuos realicen transacciones comerciales y satisfagan necesidades: un Estado mínimo en el que el Poder Judicial tiene una posición minimalista también (Fiss, 2007, p. 87).

Por su parte, el modelo de la reforma estructural «desafía [la] forma triangular; toda vez que involucra una multiplicidad de partes y es probable que los grupos u organizaciones que participan en el proceso estén internamente divididos en torno a las cuestiones en discusión. El antagonismo no es binario; en lugar de ello, el juicio estructural comporta un conjunto de perspectivas e intereses en competencias organizados en torno a un cierto número de cuestiones y a una única institución con capacidad de decidir: el juez» (Fiss, 2007, p. 80). Respecto a la composición de las partes, Fiss (2007) señala que resultan fragmentadas, en oposición al modelo de contraste. El rol de la judicatura es distinto también: no pasivo, sino activo en razón de que la tarea de reestructurar una organización es compleja y difícil (p. 81). En la reforma estructural, la Constitución se define como un «conjunto de valores», «el núcleo de [la] moralidad pública» que fundamenta esta forma de litigio enfocada en «dar significado concreto a esa moralidad en el contexto del Estado burocrático» (Fiss, 2007, p. 82). A diferencia de la presunción de un estado de armonía extraproceso, «el litigio estructural niega esa afirmación y cuestiona la justicia del *statu quo*» (Fiss, 2007, p. 82). Además, en esta forma de litigio el objetivo es «crear un nuevo *statu quo*, más acorde con [los] ideales constitucionales» (Fiss, 2007, p. 83). A diferencia del aislamiento institucional de la judicatura que produce el modelo de resolución de conflictos, en el modelo de reforma estructural los tribunales son entendidos «como una fuente coordinada de poder estatal y como parte integral del sistema político en toda su extensión» (Fiss, 2007, p. 83). Por último, el modelo estructural tiene su correlato con un modelo de Estado posterior al *New Deal* estadounidense y la Segunda Guerra Mundial, un Estado que es «participante activo de nuestra vida social mediante la provisión de servicios esenciales y la estructuración de los términos mismos de nuestra existencia», se trata de «un Estado comprometido con el mejoramiento del bienestar de la ciudadanía» (Fiss, 2007, p. 87).

Un teórico del litigio de público es Abram Chayes. En su trabajo *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, fue el primero en sistematizar las características del modelo que entiende al

litigio como un «vehículo para resolver disputas entre partes privadas acerca de derechos privados» (Chayes, 1976, p. 1282). «Las características del litigio de derecho público, en oposición, son bien distintas al modelo tradicional. Las partes de estos reclamos son plurales y amorfas, sujetas a cambios en el curso del proceso. La tradicional relación de adversarios es reemplazada por procesos de negociación en cada punto. El juez es la figura dominante en la organización y el guía del caso, pero entre una amplia variedad de actores. Jueces y juezas son creadores/as y administradores de complejas formas de remedios que despliegan efectos en personas que no son parte del proceso y el proceso requiere que el juez/a continúe envuelto en la administración y la implementación» (Chayes, 1976, p. 1284)⁴⁶.

Chayes caracteriza el contraste entre los dos modelos de litigio de la siguiente forma:

Tabla 4

Caracterización de Abram Chayes de las diferencias entre modelos de litigio

Modelo de resolución de conflictos	Modelo de reforma estructural
La demanda en bipolar: las partes	El rango de la controversia es delineado por la Corte y las partes. La estructura de las partes no es rígidamente bilateral, sino amplia, difusa y amorfa.
Litigio es retrospectivo: la controversia es sobre eventos producidos.	Litigio es predictivo y legislativo: la controversia es sobre hechos continuados.
El derecho y el remedio son interdependientes. El remedio está en relación con el daño causado por la parte demandada.	El remedio no es concebido como una compensación por un hecho pasado en una forma derivada de una responsabilidad por el daño causado. El remedio es para el futuro, diseñado <i>ad hoc</i> , flexible y amplio. El remedio no es impuesto, sino negociado.
El impacto de la sentencia es entre las partes.	El impacto de la sentencia es para muchas personas que no participan en el proceso.
El proceso es iniciado por las partes y controlado por las partes. El/la juez/a es un árbitro neutral a sus interacciones.	La sentencia no termina la intervención judicial: la implementación requiere de la continuación de la intervención de la Corte. El/la juez/a no es pasivo/a, es activo/a con responsabilidad no solo por la evaluación de los hechos, sino por la organización e influencia del litigio para asegurar un resultado viable.

Nota: Adaptado de *The Role of The Judge in Public Law Litigation* por A. Chayes, 2010, pp. 1282 - 1283, 1302

46 Paola Bergallo (2005), citando a Chayes, señala lo siguiente: «A diferencia del litigio bipolar tradicional, las partes de estos reclamos son plurales y amorfas e incluyen combinaciones de particulares, defensores públicos y una variedad de organizaciones de la sociedad civil con distintos grados de representatividad del universo de los "los afectados". Además, los casos involucran la interferencia judicial en cuestiones de organización y operación de la administración pública [...]. Desde la perspectiva remedial a implementarse, la nueva modalidad de litigio no supone la compensación de daños pasados y acotables a las partes, sino la transformación hacia el futuro de prácticas institucionales a través del diseño ad hoc de soluciones cuyas consecuencias excederán, en la mayoría de situaciones, el impacto en las partes presentes ante el juez. La preeminencia de las intervenciones remediales en la forma de órdenes de hacer u omitir hacer en lugar de la compensación por daños, y la multiplicidad de formas que esas intervenciones de los jueces parecen adoptar constituyen una de las características específicas de esta nueva modalidad en el control judicial del accionar del Estado» (p. 18).

De forma complementaria, Charles F. Sabel y William H. Simon (2004) ponen el énfasis en los remedios del litigio de derecho público y plantean que se ha dado una transformación desde un modelo remedial de intervención en la administración pública del estilo comando y control, modelo estereotipado que consiste en un régimen de reglas fijas y específicas dadas por una autoridad central que prescribe los procedimientos de la entidad regulada, a un modelo que denominan como experimental y que enfatiza (i) la continua participación de otros agentes, (ii) continua revisión de los remedios que son estándares generales que expresan metas que las partes esperan alcanzar; remedios que son acordados con un amplio margen de discrecionalidad y que son provisionales y sujetos a constante revisión y ajuste, (iii) y transparencia (pp. 1016, 1019). Estos autores señalan que, en el modelo actual, la judicatura está a la vez, más y menos envuelta en la transformación de las entidades públicas que cuando Chayes escribió, casi tres décadas atrás. Así, Sabel y Simon (2004) afirman que está más involucrada porque los remedios experimentales contemplan un proceso permanente de ramificación, participación y revisión; menos involucrada porque las reglas establecidas lo son por los involucrados (pp. 1019 - 1020).

Las órdenes o mandamientos judiciales (*injunctions*) son el instrumento por el cual jueces y juezas emiten sus directivas en el litigio estructural (Fiss, 2007, p. 23), son «el mecanismo formal a través del cual el juez dirige la reconstrucción de una organización burocrática» (Fiss, 2007, p. 78). Las *structural injunctions* u órdenes estructurales del derecho estadounidense «persiguen concretar la reorganización de una institución social» y reparar a través de dicha reforma organizacional el daño que la propia estructura de las agencias públicas puede producir al violar ciertos derechos constitucionales (Bergallo, 2005, pp. 18 - 19). Paola Bergallo señala que en los Estados Unidos, la evolución de las órdenes estructurales en los últimos cuarenta años ha atravesado diversas etapas. Siguiendo a Fiss, precisa que «en la primera década del litigio del movimiento por los derechos civiles (1954-1964) las órdenes estructurales constaban de dos partes: una prohibición amplia («no discriminar por raza,» «no mantener un sistema educativo dual/segregado») y un requerimiento a las autoridades educativas para que presentaran un plan para la transformación del sistema [...]». Luego, en las décadas siguientes a 1964, se desarrolló un modelo de intervención remedial con un grado un poco mayor de especificidad en el que desde una autoridad central se daban instrucciones de acción más delimitadas (Bergallo, 2005, pp. 19 - 20). En concordancia con los planteamientos de Sabel y Simon, Bergallo (2005) reitera que en las últimas décadas del litigio norteamericano «se ha observado un viraje de esta última modalidad remedial hacia soluciones experimentales que combinan formas más flexibles y provisionales de regulación en las que las partes tienen mayor discreción y colaboran en un proceso de aprendizaje y reconstrucción» (p. 20).

Charles Sabel y William Simon caracterizan así las diferencias entre los estilos de comando-control y el experimental, cuya evolución no es lineal, pues algunos remedios contemporáneos tienen aún el estilo comando-control, aunque la dirección general de evolución está delineada:

Tabla 5

Caracterización de Sabel y Simon de los modelos de remedios en el litigio estructural de derecho público

Modelo de comando-control	Modelo experimental
Un esfuerzo por anticipar y expresar todas las directivas necesarias para inducir el cumplimiento en una sentencia única, comprensiva y difícil de cambiar.	La sentencia ofrece descripciones generales de las metas, prescripciones para medir sus progresos y compromisos para poner información a disposición.
Evaluación del cumplimiento en términos del ajuste de la parte demanda a las prescripciones detalladas de conducta de la sentencia, que son normas de procesos que determinan la conducta como un medio	Evaluación del cumplimiento en términos del ajuste de la parte demanda a las prescripciones detalladas de conducta de la sentencia, que son normas de procesos que determinan la conducta como un medio para el logro de los objetivos.
Un rol directivo fuerte de la judicatura en la formulación de los remedios.	Un rol directivo de la judicatura en la formulación de los remedios, pero una presencia menos directiva que en el pasado.

Nota: Tabla elaborada con información tomada de Sabel y Simon, 2004, pp. 1021 - 1022, 1071.

Como se ha mencionado, la definición de los remedios en la tendencia experimental tiene tres rasgos centrales:

- (a) La negociación de los stakeholders. La negociación entre las partes y otros actores interesados es un aspecto central de este nuevo modelo. La deliberación de las partes busca alcanzar un consenso que redunde en beneficio general. Incluso cuando no se alcance consenso, el diálogo constituye su aporte fundamental.
- (b) El carácter provisional y fluido de la intervención remedial. La flexibilidad y provisionalidad de las decisiones remediales son herramientas para lidiar con las restricciones de información disponible en la etapa de diseño y con los problemas posteriores de articulación del accionar estatal al momento de la implementación de las decisiones remediales.
- (c) Transparencia. Las políticas y normas operativas propuestas por las partes deben ser explícitas y públicas e, idealmente, deben estar acompañadas por un acuerdo sobre las medidas y procedimientos para evaluar su cumplimiento. Los resultados, asimismo, deben ser públicos (Sabel y Simon, 2004, pp. 1067 - 1073; Bergallo, 2005, pp. 21 - 22).

Esta forma de litigio estratégico tiene la pretensión de desestabilizar y exponer a las organizaciones públicas que de forma permanente fallan en cumplir con sus obligaciones y se aíslan de los procesos regulares políticos de rendición de cuentas (Sabel y Simon, 2004, p. 1020, 1062). Así se crean oportunidades de un aprendizaje colaborativo y de rendición democrática de cuentas (Sabel y Simon, 2004, p. 1101).

Owen Fiss (2007) da cuenta de un retroceso en el litigio de derecho público desde mediados de los años setenta, retroceso asociado a una nueva posición de la Corte Suprema

encabezada por Warren Burger; tiempo desde el que se puso en debate el modelo de adjudicación del litigio estructural. Esa puesta en debate —anota, sin embargo— ha sido la oportunidad para esbozar respuestas de defensa de la estrategia (pp. 25 - 26). En relación con las críticas al modelo de litigio estructural, este autor señala que los derechos que conforman su núcleo «contienen valores públicos que deben ser provistos de significado concreto y armonizados con la estructura general de la Constitución» (Fiss, 2007, p. 31) y, para ello, la labor judicial goza de dos características que la cualifican. Lo primero sería que los jueces y juezas intervengan en un entorno de diálogo en el que la agenda les es puesta por los litigantes, en el que no controlan por completo a quienes deben escuchar; en el que tienen que dar una respuesta justificada por la que son responsables (Fiss, 2007, pp. 33 - 34). Lo segundo sería la independencia judicial frente a las partes del proceso, pero también de la política, «entendida esta como el proceso mediante el cual las personas expresan sus preferencias» (Fiss, 2007, p. 34). No obstante, también reconoce lo que denomina «amenaza obvia para la integridad del proceso judicial» que sería la «burocratización de la judicatura» que alude a la tendencia creciente de las instancias judiciales de rodearse de instituciones adjuntas para el seguimiento de los remedios que conforman una burocracia auspiciada desde la función judicial, con lo que cabe el riesgo de que la judicatura llegue a tener los mismos problemas de las instituciones que pretenden regular (Fiss, 2007, p. 85). Además, el autor reconoce que este modelo es «una amenaza para la independencia judicial», lo que viene dado por la relación que se desarrolla entre la judicatura y la institución a reformar; así como las «maniobras políticas que, de modo inevitable, derivan de las ambiciones propias del proceso de diseño del remedio en la reforma estructural» de modo que «no sería sorprendente que la judicatura se viera sujeta a las mismas fuerzas que afectan al poder estatal en general» (Fiss, 2007, p. 86).

Sabel y Simon (2004) señalan que, pese a las críticas, las Cortes han seguido jugando un rol crucial en la reforma estructural, y señalan que no hay evidencia de que la actividad judicial de litigio público se haya reducido, aunque sí destacan que sus formas particulares de actividad han evolucionado, sobre todo en el cambio de los remedios (pp. 1018 - 1019). Estos autores consideran que el modelo experimental responde mejor a las críticas al litigio de derecho público que el modelo remedial previo. Se atenúa la crítica a la discreción de los remedios que pueden ser inefectivos dado que el modelo remedial enfatiza en el diálogo colaborativo, la provisionalidad y la transparencia. Se atenúa la crítica desde la separación de poderes, pues el modelo remedial experimental sugiere un rol de la judicatura que puede ser denominado como de refuerzo de la responsabilidad de los órganos públicos: la intervención judicial se da en escenarios no favorables al cambio, en los que la judicatura es propicia; y en la implementación de los remedios se favorece la labor legislativa y no se usurpan responsabilidades ejecutivas. Con eso se superan, además, tanto las críticas a la falta de capacidades gerenciales judiciales como a la falta de legitimidad política de la judicatura.

Indican Sabel y Simon (2004) que este modelo remedial supera los problemas de atribución de responsabilidades institucionales porque se centra en una variable objetiva —las fallas de funcionamiento de la institución— y porque, siguiendo los mecanismos de gestión corporativa privada, propone procesos de monitoreo, con participación y comparación en lugar de mecanismos de sanción, lo que genera menos resistencias. Por último, los autores enfatizan que el modelo experimental contribuye a superar el problema de la representación de los intereses en tanto la participación es una característica central del remedio mismo y los actores relevantes no tienen que estar definitivamente identificados en el principio, sino que,

en tanto que en el curso de la implementación los remedios pueden variar; nuevos actores pueden intervenir. Al cuestionar el *statu quo*, los tribunales intervienen abriendo las instituciones a la participación de actores previamente marginados y clarifican el camino para redefinir relaciones con los actores más consolidados (pp. 1082 - 1101). En suma, en su opinión, el litigio de derecho público, con su nueva modalidad remedial, ha pasado el examen crítico generando respuestas a las preguntas que sus defensores no pudieron responder y que sus detractores no imaginaban como superables (p. 1021)⁴⁷.

Paola Bergallo (2005) sistematiza en tres rubros las críticas al litigio de derecho público. Una de las vetas de discusión del litigio de derecho público es la de la legitimidad del activismo judicial, crítica ligada a la objeción contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad por un supuesto carácter antidemocrático de su intervención y que tiene su base argumentativa en la violación de principios como la separación de poderes o de valores como el autogobierno (p. 6). Otro ámbito de debate ha girado en torno a la interpretación judicial del principio igualitario y de los derechos sociales, económicos y culturales, en lo referente a su exigibilidad judicial asociada a su constitucionalización (Bergallo, 2005, pp. 6 - 7). Por último, otra veta de discusión, que la autora centra en Argentina, es la falta de idoneidad de las herramientas procesales para estimular la acción judicial como agente de transformación social (Bergallo, 2005, p. 7). Para Bergallo (2005) los tres ejes argumentativos planteados asumen tres tipos de separaciones inviables que empobrecen y constriñen las implicancias prácticas del debate sobre el rol del poder judicial. Las posturas identificadas en primer lugar «asumen una atribución rígida de funciones constitucionales a los tres poderes y presentan al poder judicial como interfiriendo con las potestades claramente atribuidas a las otras ramas, en lugar de reconocer la complejidad de las relaciones inter-poderes presente en la operación cotidiana de los mismos y las ventajas de un modelo dialógico de interacción [...]». El segundo tipo de argumentos, olvida que «[s]i los derechos han sido diseñados para funcionar en el mundo real, su contenido está inextricablemente vinculado a consideraciones pragmáticas respecto de su exigibilidad y operación». Por último, la tercera vertiente de reflexiones se centra en «diseñar procedimientos judiciales complejos —y alejados del modelo tradicional del litigio como espacio de resolución de controversias bipolares— sin evaluar los remedios judiciales que se podrían requerir en el marco de nuevas formas procedimentales». La autora justifica la necesidad de «re-enfocar los debates sobre el rol del poder judicial en el litigio de derecho público hacia los aspectos remediales de la función judicial frente al mismo» (Bergallo, 2005, pp. 8 - 10).

En concordancia con Sabel y Simon, Bergallo (2005) señala que el nuevo modelo de litigio de derecho público, y el tipo de práctica remedial que este supone, pueden resultar más efectivos en la inducción del cumplimiento de obligaciones jurídicas por parte del Estado por varias razones (p. 22). En primer lugar, el modelo brinda mejores elementos para el cuestionamiento de la legitimidad de la interferencia judicial con espacios reservados a la política y el juego de principios mayoritarios pues propone:

[U]n modelo deliberativo en el que el demandante y los funcionarios de la administración pública negocian la mejor solución posible en condiciones de provisionalidad y transparencia

47 Chayes (1976) hace también referencia en su trabajo a las críticas sobre la adecuación de las resoluciones judiciales para las funciones del litigio público, sobre el problema de la representación y el problema de la legitimidad judicial (pp. 1304 - 1316).

bajo el arbitraje del juez o sus funcionarios delegados. De esta forma, los jueces no tienen por qué tener la última palabra en el diseño de la figura remedial [...]. En la medida en que esta deliberación es posible, el modelo experimental reconoce además la compleja interacción entre los poderes y los matices de su legitimidad, características que los objetores de la legitimidad de la interferencia judicial suelen soslayar (Bergallo, 2005, p. 23).

Complementariamente, la transparencia que es propia del modelo da insumos para la generación del *accountability*. «[S]e incorpora al ámbito del litigio judicial un componente clave de la legitimidad democrática de las otras ramas del gobierno que frecuentemente no existe en la acción de los jueces y los demandantes: el fenómeno de rendición de cuentas al público, o al menos, la potencialidad de tal rendición» (Bergallo, 2005, p. 24).

Adicionalmente, frente a los cuestionamientos a la capacidad institucional del Poder Judicial el modelo experimental ofrece ventajas. Siguiendo a Schuck, Bergallo señala que entre los obstáculos básicos enfrentados por jueces y juezas al momento de diseñar e imponer eficazmente remedios estructurales, están «los problemas de información, poder de comunicación, incentivos y la dificultad para lograr apoyo político y público a las medidas propuestas» (Bergallo, 2005, p. 26). Frente a ello, Bergallo (2005) señala que la propuesta experimental puede ser una opción frente a la precariedad del marco institucional en el que se diseñan e implementan políticas públicas en la administración, pues operaría como un incentivo para su cambio (p. 27). Además, remonta restricciones comunicacionales en la medida que presupone un involucramiento de la administración en la negociación del mejor remedio judicial (Bergallo, 2005, p. 28). El estilo remedial podría favorecer un mejor cumplimiento del resultado del litigio por parte de la administración en la medida que involucra a los agentes de la administración en la etapa de diseño de las órdenes generadas en el marco del litigio; en esa medida es más eficaz que las tradicionales medidas como el desacato o la imposición de multas pecuniarias a los funcionarios públicos cuyo cumplimiento también es precario. Igualmente, del diálogo generado entre las partes y los funcionarios públicos podría producirse un «mayor apoyo político y movilización social para las causas que el litigio de derecho público intenta promover» (Bergallo, 2005, pp. 28 - 29).

4.2. El litigio estratégico de derecho público y la ECI: puntos de conexión.

El ECI colombiano es entendido como una forma de litigio en casos estructurales (Rodríguez, 2011, p. 1671) de modo que es evidente la vinculación de esta figura con el marco teórico presentado. Un caso estructural es aquel en que se afecta a un gran número de personas por sí mismas o mediante organizaciones que las representan, que involucran a varios órganos públicos responsables de fallas persistentes de la política pública que contribuyen a violaciones de derechos, y que implican requerimientos judiciales de carácter estructural (Rodríguez y Rodríguez, 2010, p. 16; 2015, p. 25).

Como se ha desarrollado, el litigio estructural de derecho público se plantea cuando el Estado está fallando en satisfacer estándares mínimos de adecuado desempeño afectando los derechos de las personas y cuando esta irregularidad es inmune a los mecanismos convencionales de control político para corregirlo (Sabel y Simon, 2004, p. 1062).

Así se ha destacado que tanto en la doctrina del ECI como en la discusión comparada, los casos estructurales están marcados por un fracaso generalizado de política pública que causa una masiva y reiterada violación de derechos y por un bloqueo del proceso político o institucional que se muestra resistente a mecanismos de ajuste y corrección convencionales

de las políticas. El primer rasgo se asocia con falta de resultados aceptables y el segundo implica fallas en el proceso de las políticas públicas (Rodríguez y Rodríguez, 2010, p. 40).

A la luz de las consideraciones revisadas en los apartados anteriores sobre el ECI y el litigio de derecho público en su modalidad de reforma estructural, puede establecerse la siguiente comparación:

Tabla 6

Tabla comparativa de las conexiones entre el litigio de derecho público y el ECI

Litigio de derecho público	
La estructura de las partes no es rígidamente bilateral, sino amplia, difusa y amorfa.	Existe una vulneración masiva, generalizada y grave de derechos constitucionales.
El remedio es para el futuro, diseñado <i>ad hoc</i> , complejo.	La resolución del problema compromete la intervención futura de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones, y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante.
El remedio no es impuesto, sino negociado.	En la sentencia se emiten órdenes para las autoridades públicas: en algunos casos se han incluido cronogramas para el cumplimiento.
El impacto de la sentencia es para muchas personas que no participan en el proceso.	Se superan los efectos inter-partes de una sentencia tradicional.
La sentencia no termina la intervención judicial: la implementación requiere de la continuación de la intervención de la Corte.	El seguimiento de las sentencias de ECI ha evolucionado gradualmente con el desarrollo de la figura
El/la juez/a no es pasivo, es activo/a con responsabilidad no solo por la evaluación de los hechos, sino por la organización e influencia del litigio para asegurar un resultado viable.	

Nota: Elaboración propia.

4.3. Apuntes sobre los remedios judiciales apropiados para propiciar reformas estructurales en los casos identificados del ECI en Colombia.

Como se ha apuntado, los remedios derivados de una declaración del ECI son la herramienta más poderosa de la figura. Por eso es relevante el estudio de sus efectos para medir su real valor.

En una aproximación al litigio público de derecho público se impone la necesidad de generar investigación empírica cuantitativa y cualitativa sobre los remedios empleados y su eficacia (Bergallo, 2005, p. 30). El objetivo de un ECI es práctico: debe servir para «resolver un problema concreto», para «impulsar al aparato estatal para que diseñe, implemente, financie y evalúe las políticas públicas necesarias para cesar la violación masiva de derechos que dio lugar a dicha declaratoria», debe «promover las condiciones que lo hagan innecesario» (Rodríguez, 2009, p. 438 - 439).

César Rodríguez Garavito señala que hay cuatro tipos de efectos que una sentencia puede producir (Rodríguez, 2011, pp. 1679 - 1680; Rodríguez y Rodríguez, 2010, pp. 24 - 25; 2015, p. 41):

- (a) Los efectos directos son aquellos que incluyen los mandatos judiciales que afectan a los participantes del caso: litigantes, beneficiarios y las agencias estatales involucradas.
- (b) Los efectos indirectos son aquellos que incluyen toda clase de consecuencias que, sin ser establecidas en la sentencia, se derivan de la decisión y no solo afectan a las partes, sino a otros actores sociales.
- (c) Los efectos materiales son aquellos palpables, los cambios tangibles en la conducta de los grupos y personas involucradas.
- (d) Los efectos simbólicos consisten en el cambio de ideas, percepciones y construcciones sociales acerca de la materia de litigio en discusión; implican cambios culturales o ideológicos en el imaginario social.

Tabla 7

Tipos y ejemplos de los efectos de una decisión judicial

Directo		Indirecto
Material	Diseño de una política pública.	Formación de nuevos actores/as en el debate para influenciar en el problema puesto a debate.
Simbólica	Redefinición y percepción del problema como una violación de derechos humanos.	Transformación de la opinión pública acerca de la urgencia del problema y su gravedad.

Nota: La tabla fue elaborada con los datos de Rodríguez, 2010, p. 24; 2011, p. 1679; y 2015, p. 41.

Así se pueden identificar siete efectos de las sentencias: de desbloqueo (directo y material), social/socioeconómico (indirecto y material/simbólico), deliberativo o participativo (directo y material/simbólico), de políticas públicas (directo y material), coordinador (directo/indirecto y material) y creador o de reestructuración del marco (indirecto y material/simbólico). (Rodríguez y Rodríguez 2010, pp. 64 - 65; 2015, pp. 44 - 48).

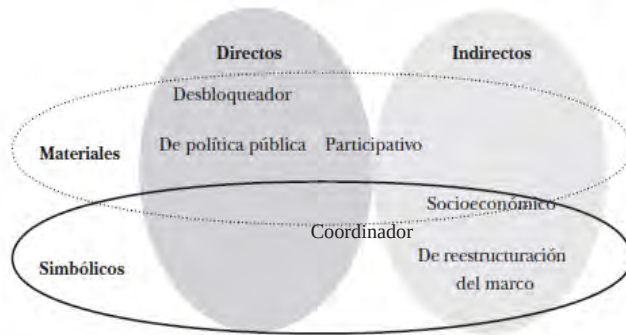


Figura 1. Distribución de los efectos en la tipología directa-indirecta, material-simbólico. Adaptación propia de *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribulantes sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Rodríguez y Rodríguez, 2015, p. 438.

En general, el autor señala que no existen muchas investigaciones que enfaticen en la eficacia de los remedios dispuestos por las decisiones judiciales progresistas luego de su emisión (Rodríguez, 2011, p. 1674; Rodríguez y Rodríguez, 2010, p. 20; 2015, pp. 40 - 42). No obstante, los enfoques existentes son de dos tipos. Algunos estudios se concentran en los efectos directos y materiales de las decisiones judiciales. Desde una perspectiva neorrealista que ve al Derecho como un conjunto de normas que regulan la conducta humana, aplican un test estricto para medir el impacto de las decisiones judiciales: una sentencia es efectiva solo si ha producido un cambio observable en la conducta de las partes directamente identificadas (Rodríguez, 2011, p. 1677, 1681; Rodríguez y Rodríguez, 2010, pp. 22, 26; 2015, pp. 40 - 42). Otros estudios en cambio, que se inspiran desde una concepción constructivista en la relación entre el Derecho y la sociedad, critican la posición neorrealista pues señalan que las decisiones judiciales generan transformaciones sociales no solo cuando inducen cambios en la conducta de los grupos e individuos directamente involucrados en el caso, sino también cuando producen transformaciones indirectas en las relaciones sociales o cuando cambian las percepciones y legitimidad acerca de las pretensiones demandadas; contemplan entonces los cuatro tipos de efectos presentados (Rodríguez, 2011, pp. 1678, 1681; Rodríguez y Rodríguez, 2010, pp. 22 - 23, 26; 2015, pp. 40 - 42).

La primera aproximación privilegia investigación cualitativa; la segunda aproximación privilegia técnicas tanto cuantitativas como cualitativas que incluyen el análisis de indicadores sociales, la medición de la cobertura de prensa antes y después de la sentencia, y entrevistas en profundidad con diversidad de actores: funcionarios públicos, activistas e integrantes de la población beneficiaria (Rodríguez, 2011, p. 1679; Rodríguez y Rodríguez, 2015, pp. 40 - 41).

Las diferencias conceptuales son relevantes pues de un examen a través de una visión neorrealista se puede concluir que una sentencia tuvo ningún o poco impacto y fue, por tanto, inefectiva, mientras que desde una perspectiva constructivista se miden impactos a niveles más amplios y se puede concluir que una sentencia fue efectiva (Rodríguez, 2011, p. 1681).

Para su análisis Rodríguez (2011) retoma las diferencias en el litigio público con relación de los remedios: presenta el modelo experimental —que él denomina como dialógico—, abierto a la deliberación democrática para la determinación de los remedios, frente a un mode-

lo de intervención judicial fuerte, al estilo comando-control de Sabel y Simon —y que él califica como «monológico»—, originado en el activismo judicial norteamericano entre 1950 y 1980, de una intervención judicial más cerrada (pp. 1688 - 1691).

En una concepción «dialógica» de las decisiones judiciales en el litigio estratégico, este autor identifica tres rasgos: (i) el contenido sustantivo, (ii) los remedios y (iii) los mecanismos de monitoreo. Lo primero se refiere a la declaración de derechos violados, lo que es crucial sobretudo en los DESC pues se suele dudar de su justiciabilidad, aunque anota que el activismo judicial no incurre en este recorte ni siquiera en su modalidad «monológica». En donde se encuentran las principales diferencias entre ambos modelos es en el segundo componente, el de los remedios, pues mientras que la versión «monológica» involucra órdenes precisas, orientadas a resultados, la versión dialógica define marcos y metas amplias y, en línea con el principio de separación de poderes, coloca la carga de diseñar e implementar políticas en los órganos públicos. En el componente tercero, el del monitoreo, los tribunales en ambas tendencias retienen la competencia para supervisar la implementación de las decisiones; no obstante, la tendencia «dialógica» abre el proceso a la discusión abierta y, a diferencia de su contraparte, asume que el detalle de las soluciones se alcanza progresivamente en el proceso de monitoreo, y no en la decisión misma. Conforme a esta clasificación, el modelo de decisiones dialógicas en casos estructurales debería afirmar con claridad la justiciabilidad de los derechos (derechos fuertes), dejar las decisiones políticas a los órganos públicos con un mapa claro de medición de los progresos (remedios moderados) y poner gran énfasis en el monitoreo de las órdenes con mecanismos amplios de participación (monitoreo fuerte) (Rodríguez, 2011, pp. 1691 - 1692). Los dos primeros rasgos son trabajados por Mark Tushnet para medir el activismo judicial en su obra *Weak Courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in Comparative Constitutional Law* de 2009; el elemento de seguimiento no es considerado por este autor (Rodríguez y Rodríguez, 2015, p. 30).

Con esta clasificación, el autor hace un análisis de tres sentencias emblemáticas de Colombia: la tercera declaración de ECI respecto a la problemática carcelaria (T-153 de 1998), la última declaración de ECI sobre desplazamiento forzado (T-025 de 2004) y la sentencia de reforma estructural del sistema de salud (T-760 de 2008) que no fue declarada ECI pero que, como se ha indicado, según los criterios que delinean la figura y según la doctrina colombiana citada, debió serlo. Del análisis de las variables de contenido sustantivo, remedios y monitoreo, el autor concluye que el mayor impacto ha sido el conseguido por la sentencia T-025 de 2004 que tiene una combinación de fuerte declaración de derechos, una formulación moderada de remedios y un monitoreo fuerte; con un impacto moderado le sigue la sentencia T-760 de 2008 con una declaración de derechos fuerte, una formulación moderada de remedios, pero un proceso de seguimiento débil⁴⁸; en último lugar queda la sentencia T-153 de 1998 con una declaración de derechos fuerte, una declaración de remedios fuerte y un monitoreo débil (Rodríguez, 2011, p. 1693 - 1695; Rodríguez y Rodríguez, 2015, pp. 215 - 219).

48 Los registros de seguimiento de la sentencia están disponibles en una web especial diseñada para tal efecto: <http://seguimientot760.corteconstitucional.gov.co/>. Consulta: 31 de mayo de 2015. César Rodríguez y Diana Rodríguez (2015) sostienen que si bien en la T-360 de 2008 se dispuso un proceso de seguimiento ambicioso semejante al de la sentencia T-025 de 2004 sobre desplazamiento forzado, el mismo «perdió fuerza con rapidez» porque, a seis años de la decisión, si bien el proceso continúa se trata de «una serie de informes puramente formales de los organismos públicos a la Corte» (pp. 215 - 216).

De este análisis se desprende que una apuesta por remedios de corte del tipo experimental tiene mejores resultados que una formulación del modelo *comando-control* (modelo «dialógico» versus modelo «monológico» en los términos de Rodríguez). El autor esboza dos posibles razones para ello. La primera es que se neutraliza la resistencia política pues los efectos indirectos del fallo en los medios y en la población en general operan como un mecanismo de presión y porque en el diálogo se forman coaliciones de soporte de la decisión de la Corte que trabajan por el cumplimiento. La segunda es que se fortalece la capacidad institucional para el cumplimiento en tanto que las agencias estatales involucradas participan en el proceso remedial y porque una serie de actores organizados contribuyen con su conocimiento especializado (Rodríguez, 2011, pp. 1695 - 1697; Rodríguez y Rodríguez, 2015, pp. 224 - 226). Además, conforme a las sentencias analizadas por el autor, indica que de forma complementaria a la formulación de los remedios, el énfasis en el proceso de monitoreo parece ser la diferencia crucial entre un impacto moderado y uno de alto nivel (Rodríguez, 2009, p. 438; Rodríguez y Rodríguez, 2015, p. 218). En una posición diferente, Ariza (2013) sostiene que debe reconsiderarse que la falta de un sistema de monitoreo posterior es la causa de un impacto bajo; sostiene, a propósito de la evaluación de la T-153 de 1998, que la fase de elaboración de la sentencia es crucial porque allí se define el tipo de remedios, su ámbito de aplicación y su posterior evaluación (p. 134).

Una nota sobre la metodología para el seguimiento de las sentencias de ECI. Una labor de monitoreo requiere de indicadores de proceso y de resultado que sean medibles, válidos y confiables, suficientemente desagregados, precisos y empíricamente verificables, y también requiere de la información para hacer la medición de los indicadores que, en caso de no existir, debe ser producida (Rodríguez, 2009, p. 449; Rodríguez y Rodríguez, 2015, p. 226). La Corte Constitucional ha perfilado algunos indicadores con ocasión del seguimiento de la sentencia T-025 de 2004; ha sido el proceso dialógico propio del modelo remedial experimental el que ha permitido que a lo largo de los autos dictados con posterioridad a la sentencia se identifiquen indicadores pertinentes (Rodríguez, 2009, pp. 449 - 475; Rodríguez y Rodríguez, 2015, pp. 136 - 140). Sobre este trabajo, Rodríguez ha propuesto un test de superación del estado de cosas inconstitucional, planteamiento vital pues el ECI debiera tener naturaleza finita: dado que su objetivo es promover las condiciones para que no se violen derechos, el horizonte está en lograr medir cuándo esto se produce. El test debería fijar indicadores de proceso y de resultado a los que se asigna un peso y criterios de calificación para alcanzar los valores propuestos. Con estos datos se fija «el umbral de superación del ECI» con el cual se analiza el avance con miras a declarar que ha cesado la vulneración de derechos en un porcentaje significativo que respalda la decisión de cese o, caso contrario, continuidad del ECI (Rodríguez, 2009, pp. 475 - 488).

Tabla 8

Esquema de la propuesta de indicadores de un test de superación de ECI

Indicadores de proceso	Indicadores de resultado
Indicadores de diseño de política	Indicadores de goce efectivo
Indicadores de seguimiento y evaluación de política	Indicadores complementarios
Indicadores de asignación o ejecución presupuestal	Indicadores sectoriales

Nota: Adaptado de "Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional", por C. Rodríguez Garavito (Ed.), 2009, *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, pp. 475 - 488.

Como conclusiones del análisis del cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004 se señala que el seguimiento puede realizarse a través de dos alternativas para evitar que un tribunal con considerable carga de trabajo caiga en la misma incapacidad institucional que busca revertir. Una opción, empleada desde 2014 en la Corte Constitucional de Colombia es la creación de una sala especializada dedicada al seguimiento del caso, compuesta con personal especializado para la tarea. Otra opción es el nombramiento de un comisionado o relator independiente semejante a los cargos existentes en el Sistema de Naciones Unidas. Esto puede complementarse con la coalición con sociedad civil para la provisión de información y para fortalecer el seguimiento y con la priorización de los problemas más graves o urgentes en el proceso (Rodríguez y Rodríguez, 2015, pp. 233 - 235).

4.4. Las posibilidades del ECI como herramienta para el litigio estratégico de derecho público en el Perú.

La figura de ECI ofrece posibilidades para el litigio estratégico de derecho público en el Perú dadas las restricciones de legitimación activa para interponer el proceso constitucional de amparo, proceso nacional de naturaleza equivalente a la acción de tutela colombiana de donde se desprende el ECI. El artículo 40 del Código Procesal Constitucional señala que solo en casos de derechos difusos cualquier persona o una entidad sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos puede presentar una demanda⁴⁹. Aunque autores como Abad (2008) señalan que a nivel jurisprudencial pudiera desarrollarse un tipo de amparo que tutele derechos colectivos o individuales homogéneos, esto no se ha plasmado en la práctica a la fecha (p. 171).

49 Código Procesal Constitucional. Artículo 40.- Representación Procesal.

«[...] Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos.

La Defensoría del Pueblo puede interponer demanda de amparo en ejercicio de sus competencias constitucionales».

El ECI puede ser valorado como «un aporte del constitucionalismo colombiano a los procesos de aplicación del derecho en contextos marcados por la injusticia, la desigualdad y el déficit crónico en la protección de derechos» (García, 2011, p. 109). Ante ello, planteo que el ECI es una herramienta que permite, a partir de un caso concreto, pedir al Tribunal Constitucional del Perú extender los efectos protectores de lo individual a lo social mediante un pronunciamiento en situaciones de complejidad estructural que ameritan intervención judicial en tanto se ha demostrado la incapacidad estatal para revertir un *statu quo* violatorio de derechos.

En el caso colombiano, la mayor parte de declaraciones de estado de cosas inconstitucional han surgido del proceso de tutela, figura cercana al amparo existente en el Perú. El ex magistrado de la Corte Constitucional de Colombia Manuel José Céspedes (2011) destaca la flexibilidad de la tutela comentando cómo los casos estructurales, como la sentencia en materia desplazamiento forzado y la de reforma de salud, no fueron litigados desde una aproximación colectiva, sino individual, en tanto que los litigantes no solicitaron remedios estructurales. No obstante, en atención a la flexibilidad de la tutela fue la Corte la que construyó el caso ampliando su espectro (p. 1700).

En el entendido de que el Tribunal de oficio puede no proceder a la calificación de un caso como ECI si no cuenta con el material argumentativo y probatorio que para ello se requiere, la posibilidad de que, a través del acompañamiento legal de una víctima, las organizaciones de derechos humanos o corporaciones de abogados que patrocinan litigios estratégicos puedan acreditar la violación estructural y persuadir al Tribunal de proceder a una declaración de ECI, convierte a la figura en una posibilidad para el perfil del litigio estratégico de derecho público⁵⁰. Para ese resultado esbozado se requiere, no obstante, que el Tribunal Constitucional reforme su actual concepción de la figura, que se ha anotado en segundo apartado, de modo que el ECI en el Perú deje de ser valorado exclusivamente por la modulación de los efectos del fallo que ofrece y se aproveche más bien como en su versión original colombiana, su potencial para abordar problemas complejos de ineficiencia estatal que afectan derechos fundamentales de muchas personas.

A la luz de las consideraciones sobre la pertinencia de un esquema remedial de corte experimental o «dialógico» en los términos de la doctrina precitada, un reto adicional en el

50 A modo de ejemplo, en la experiencia del CLADEM, una organización feminista internacional interamericana que cuenta con experiencia de litigio estratégico tanto en ámbitos nacionales como internacional, se selecciona un caso como emblemático para darle patrocinio jurídico en tanto se hayan verificado algunos criterios: (i) claridad en la violación de derechos fundamentales, (ii) relevancia del tema para los derechos de las mujeres en general, (iii) evidencia de que no se trata de un caso aislado, sino de un patrón general de violación de derechos, (iv) necesidad de que haya un desarrollo jurisprudencial en la materia del caso, (v) trascendencia colectiva del resultado para muchas más mujeres, lo que incluye la posibilidad de que se ordenen reformas estructurales, (vi) situación de indefensión de la(s) víctima(s), y (vii) posibilidades de éxito (CLADEM, 2011, pp. 21 - 22).

51 Otro ejemplo es la experiencia de litigio estratégico del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), entidad que litiga en los tribunales argentinos y ante organismos internacionales de derechos humanos a través de casos paradigmáticos (*leading cases*) con los que se busca «develar y exponer patrones de conductas ilegales y/o estructuras desde las que sistemáticamente se violan derechos humanos; [...] promover derechos no garantizados, tanto por las propias insuficiencias del Estado, como porque su protección efectiva sólo se cativa a partir del reclamo de los grupos afectados; [...] [o cuestionar] el contenido, orientación o forma de implementación de una política estatal a la luz de estándares constitucionales o legales» (CELS, 2008, p. 17). Con esto se busca insertar en la discusión pública, dar visibilidad, a temas que están ausentes en la agenda de los poderes políticos y se busca interpelar a la judicatura sobre los márgenes habilitados «para la satisfacción de mejores estándares de protección de derechos y cumplimiento de las reglas institucionales de la democracia» (CELS, 2008, p. 18).

Perú es ampliar el seguimiento de las sentencias de modo que se construyan tanto remedios moderados, que den pie al «despertar a la acción» de los órganos públicos en diálogo con las organizaciones especializadas y la representación de los beneficiarios, como mecanismos de monitoreo fuertes que permitan ajustes reales que, al final del proceso, conduzcan efectivamente a la superación de la situación que dio origen a la vulneración de derechos. Cépeda (2011) destaca que en el caso colombiano la regulación de la tutela tampoco contempla una fase de seguimiento, pero que la Corte ha interpretado el proceso para tener jurisdicción en la ejecución de sus decisiones (p. 1700).

Lamentablemente, en este aspecto también hay carencias en la jurisprudencia constitucional peruana sobre el ECI. Conforme a la revisión de los tres elementos presentados para la medición del impacto de las sentencias constitucionales (el contenido sustantivo, los remedios y los mecanismos de monitoreo) los resultados del escrutinio a la jurisprudencia peruana sobre ECI no son los mejores.

Como puede apreciarse en el cuadro siguiente, el problema no está en la primera variable, la de reconocimiento del carácter normativo de las normas que positivizan derechos en la Constitución peruana, sino en los otros dos aspectos de interés central para la eficacia de las sentencias. Los remedios ordenados en las declaraciones de ECI han variado desde indicaciones laxas hasta órdenes sumamente detalladas⁵², lo que no coincide con la variable moderada que la experiencia comparada aconseja. Además, de forma complementaria y vital, en ningún caso se han establecido mecanismos en los que el Tribunal Constitucional conserve el seguimiento de la sentencia y conduzca un proceso participativo de monitoreo de la implementación de sus órdenes⁵³.

52 En el caso Yarlequé Torres se pide al Ministerio de Educación y al Ministerio de Economía que tomen medidas correctivas en el más breve plazo posible y se pide al primero que brinde un informe de las acciones respecto de la responsabilidad de los funcionarios involucrados en los hechos en un plazo de 10 días; algo similar aunque más detallado ocurrió en el caso Marroquín Soto en que se ordenó al Ministerio de Economía que incremente gradualmente el presupuesto de los centros hospitalarios de salud mental, una orden al Poder Judicial para que resuelvan los casos en que se discutan hechos similares, y exhortaciones al Congreso y al Poder Ejecutivo para que legislen sobre la materia y adopten medidas que reviertan situaciones de hecho inconstitucionales respectivamente. Ambos se han catalogado como de remedios débiles porque contienen órdenes de carácter muy general y estático. En el caso ONP la orden fue al Poder Judicial para que se terminen procesos y se impongan sanciones, y a la ONP para que se desista en todos los procesos semejantes. En el caso de la Ley Universitaria el Tribunal declaró cerrada la creación de filiales, dispuso pautas para la labor legislativa, dispuso la clausura de filiales con funcionamiento irregular y dispuso la creación de un órgano especializado en la materia. Ambos casos se han catalogado como de remedios fuertes porque contienen órdenes precisas, indicaciones detalladas de lo que los organismos a quienes se dirigen tienen que hacer o no hacer. Los casos Arellano Serquén y Express Cars S.C.R.L. e Importadora y Exportadora A.S. S.C.R.L. no se han considerado en el análisis porque en ambos el problema se solucionó con la interpretación de una norma, de forma que el contenido de los remedios era simplemente seguir la interpretación pautada.

53 En el caso Arellano Serquén sólo se mencionó la competencia de seguimiento del juzgado de primera instancia que debía informar al Tribunal de las medidas adoptadas en el plazo de 10 días de culminado el plazo concedido al CNM. En los casos de la ONP y Marroquín Soto se encargó el seguimiento a la Defensoría del Pueblo, como un traspaso de responsabilidad. Los tres casos, por ello, se han catalogado como de seguimiento débil, porque las medidas son de carácter mínimo.

Tabla 9

Análisis de las declaratorias de ECI en el Perú a la luz de los criterios de efectividad de las sentencias esbozados

Casos / Características	Arellano Serquén	Yarlequé Torres	Express Cars S.C.R.L. e Importa- dora y Exportadora A.S. S.C.R.L.	ONP	Ley Uni- versitaria	Marroquín Soto
Declaración de derechos	Fuerte	Fuerte	---	Fuerte	Fuerte	Fuerte
Tipo de reme- dios	---	Débil	---	Fuerte	Fuerte	Débil
Proceso de monitoreo	Débil	Nulo	Nulo	Débil	Nulo	Débil
Impacto	Alto	Bajo	Alto	Bajo	Bajo	Bajo

Nota: Elaboración propia.

El ex magistrado del Tribunal Constitucional peruano, Gerardo Eto (2012), señala que frente a las sentencias que presuponen una protección colectiva que implica control de políticas públicas —como las sentencias de ECI— (p. 119), existen tres posibilidades (p. 120). Una alternativa es una sentencia declarativa, aquella que declara obligaciones sin órdenes específicas y ningún sistema de seguimiento del cumplimiento de la obligación que fue identificada (p. 120).

Otra alternativa son las sentencias con órdenes específicas sin establecer formas de seguimiento a su cumplimiento; aquí cita el caso de declaración de ECI de la ONP (pp. 121 - 122). Una última alternativa son las sentencias con orden de implementación posterior; categoría en la que describe a la jurisprudencia dialógica esbozada por César Rodríguez; y que se reconoce que no existe en el Perú: «[e]n nuestro país, dado que el Tribunal Constitucional no ha asumido la posibilidad de vigilar el cumplimiento de sus propias decisiones, no ha practicado aún esta forma de implementación de las sentencias constitucionales [...]» (Eto, 2012, pp. 123 - 124)⁵⁴.

La jurisprudencia peruana sobre ECI, como se desprende de la sistematización del último cuadro, se encuadra en las dos primeras categorías que el magistrado denomina de sentencias declarativas (que serían las de remedios débiles y monitoreo nulo en el análisis de Ro-

54 Al analizar el rol de los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales, Néstor Pedro Sagüés señala que teniendo un tope material (y jurídico-político) para la protección de derechos -el presupuesto del Estado y su equilibrio-, existen al menos tres alternativas: (i) no hacer nada, (ii) dar cobertura efectiva a los derechos a riesgo de la fractura y desequilibrio del presupuesto o (iii) dilatar el goce del derecho emitiendo una sentencia exhortativa a quien corresponda para que en cierto plazo adopte las provisiones presupuestarias para atenderlo, con un requerimiento adicional de que se informe al tribunal sobre el cumplimiento de la exhortación que se valore en una segunda sentencia diferida. La última alternativa que propone Sagüés tiene cercanía con el modelo de reforma estructural de litigio de derecho público aunque su esquema remedial no encaja en el modelo dialógico o experimental pues, en principio, refiere a una interacción exclusiva entre el tribunal y la Administración, y no a una participación de tipo abierto.

dríguez) y de sentencias con órdenes específicas que no contemplan formas de seguimiento o en las que el seguimiento dispuesto es irreal (las sentencias de remedios fuertes y seguimiento débil en la clasificación de Rodríguez). Este panorama ratifica la pobreza de la figura del ECI en el Perú en contraste con su fuente colombiana, aún con las contradicciones que esta jurisprudencia extranjera encierra.

En su trabajo, Eto Cruz (2012) reconoce la falta de «estudios que reflejen la medida en que las órdenes o exhortaciones dictadas por el Tribunal Constitucional [...] han sido implementadas o llevadas a cabo por las autoridades» (p. 122). Es un indicador de preocupación que el Tribunal Constitucional no cuente con información alguna sobre el cumplimiento siquiera de las más trascendentes de sus sentencias. Aunque no se haya reservado el seguimiento de las mismas como aconseja el modelo remedial experimental o dialógico, debiera ser parte de la agenda del máximo órgano de justicia constitucional realizar un estudio mínimo del impacto eficaz de su labor jurisdiccional.

Respecto de la agenda pendiente en el Perú sobre ECI, algunos autores que han escrito sobre la figura abogan por regular algunos aspectos como quién puede declarar un ECI: si es solo el Tribunal Constitucional o si puede hacerlo cualquier órgano de la jurisdicción constitucional (Naupari, 2009, p. 355), o determinar —en caso de que sea solo el Tribunal— si es cualquiera de sus Salas o solo el Pleno (Indacochea, 2010, p. 85). Indacochea (2010) además anota que debiera regularse la posibilidad de admitir la intervención de terceros potencialmente afectados, entre otros aspectos (p. 85). Por lo demás, la preocupación común es asegurar la efectividad práctica de la declaratoria de ECI por lo que se ha insistido en la necesidad de asegurar el cumplimiento de las órdenes (Vásquez, 2010, p. 147), imponiendo plazos concretos para que se corrija la situación inconstitucional (Naupari, 2009, p. 355) o perfilando mandatos concretos (Indacochea, 2010, p. 86). No obstante, como se ha indicado a raíz del seguimiento del ECI en Colombia, el primer paso es que se apunte a retomar las potencialidades de la figura para movilizar el *statu quo*, todo desde una lógica que incluya remedios flexibles como marco de acción inicial, con órdenes generales a ser precisadas y perfeccionadas en un proceso dialógico de revisión y seguimiento que apunte a la superación de la situación vulneradora de derechos.

5. Conclusiones

- (1) El ECI es una creación jurisprudencial colombiana que ha sufrido una evolución a lo largo de los años en los que se ha perfilado. Tiene dos principales elementos: (i) la vulneración de derechos fundamentales con carácter general (en tanto afectan a una multitud de personas), y (ii) el que las causas de los problemas son de naturaleza estructural (porque la vulneración no se origina de manera exclusiva en la autoridad demandada, sino que la solución exige la acción mancomunada de distintas entidades estatales). En estos elementos centrales se agrupan las otras características que la propia Corte y la doctrina han esbozado. A la fecha, en Colombia se han dictado declaratorias de ECI en ocho situaciones, pero que representan un número mayor de sentencias: incumplimiento de obligación de afiliación de docentes a un fondo de seguridad social, falta de garantía de condiciones de reclusión de personas, falta de servicios de salud para personas privadas de libertad, retraso e ineficiencia en el pago de pensiones, protección de defensoras/es de derechos humanos, omisión de convocatoria a concurso de notarías y desplazamiento forzado. No existe consenso

en que todas las sentencias de ECI hayan sido apropiadamente declaradas y, a la vez, se ha criticado que sentencias que merecían la calificación de ECI no la recibieron.

- (2) En el Perú, el reconocimiento del ECI por parte del Tribunal Constitucional se ha hecho como eco de la jurisprudencia colombiana. A la fecha, en el Perú se ha declarado estado de cosas inconstitucional con ocasión de seis temas: la vulneración del derecho al acceso de la información pública por una incorrecta interpretación legal, la falta de pagos de beneficios sociales a docentes por ineficiencia administrativa, la inconstitucionalidad de una norma tributaria por cuestiones de forma, la inadecuada dilación en procesos de determinación del derecho a la pensión por no seguimiento de jurisprudencia constitucional, la situación de la educación universitaria y la situación de las personas con enfermedades mentales sometidas indebidamente a carcelería. Además de no seguir en general los rasgos característicos de la figura colombiana, el Tribunal Constitucional peruano, al resaltar como principal fundamentación de la declaración de ECI la extensión de los efectos interpartes, no hace un énfasis en la concepción del ECI como herramienta para corregir problemas estructurales.
- (3) En Colombia, la declaración del ECI se ha perfeccionado en el tiempo y solo en su última formulación, y el proceso posterior de seguimiento a la sentencia T-025/2004, se han logrado perfilar mejor los lineamientos de cuándo en estricto es pertinente una declaración de ECI, y cuáles debieran ser las características de la intervención para revertir el problema de orden estructural. En el caso peruano los lineamientos de la figura también han evolucionado en el tiempo y solo en las últimas sentencias se ha seguido más de cerca los parámetros esbozados en la jurisprudencia colombiana. No obstante, el énfasis en el Perú en los efectos de la modulación de la sentencia ha conllevado que no se preste atención a las dimensiones remediales y de seguimiento de la implementación de las sentencias que sí se han desarrollado últimamente en Colombia. Esto le quita posibilidades a la declaración de ECI como herramienta para que, con la intervención de la jurisdicción constitucional, se reformen efectivamente *statu quo* que vulneran de forma masiva, generalizada y grave los derechos de las personas.
- (4) El litigio estratégico presupone un recurso a la función judicial con miras a reformar un *statu quo* en el que se violan derechos fundamentales de personas por fallas estructurales del sistema público, fallas que son continuadas y que aparecen como impermeables al cambio. Por tanto, la figura del ECI tiene una evidente relación con esta forma de entender el acceso a la jurisdicción. Como se desprende del caso colombiano, la mayor potencialidad de la figura está en relación a las posibilidades que ofrecen las órdenes que puede dictar la jurisdicción constitucional y a su seguimiento como herramienta eficaz para movilizar el aparato público y social en pro de la superación del problema diagnosticado.
- (5) La evolución del ECI en Colombia ha ido de la mano con una mejora en la eficacia de la declaración. Si se valoran no solo los efectos directos y materiales de las sentencias, sino también los efectos simbólicos como los indirectos entonces se puede medir

de forma más integral el impacto de las mismas. Especial atención para ello debe brindarse a la formulación de los remedios y a la etapa de monitoreo: la experiencia comparada brinda elementos para pensar que la combinación de una formulación moderada de órdenes de carácter general y un monitoreo fuerte, continuo, de amplia participación y con indicadores adecuados es la receta para lograr que una declaración de ECI logre su objetivo de revertir la situación que propicio su origen.

- (6) En el Perú, la figura del ECI puede tener una potencialidad mayor si el Tribunal Constitucional profundiza su comprensión de la misma siguiendo a su par colombiano. El ECI ofrece una alternativa para la superación de los problemas de acceso procesal para organizaciones defensoras de derechos humanos y abogados interesados en el patrocinio de casos ante el sistema judicial para la persecución de ideales de justicia anclados en la satisfacción de derechos fundamentales. Para ello se requiere que el Tribunal Constitucional abra su perspectiva remedial al modelo experimental o dialógico que la Corte Constitucional de Colombia ha seguido con ocasión del último fallo de ECI, que incluye un fuerte énfasis en el monitoreo de la implementación en un proceso abierto de participación y colaboración de diferentes partes.

REFERENCIAS

- Abad Yupanqui, S. (2008). *El proceso constitucional de amparo* (2ª ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Aguilar, J. F., Bohórquez, V. y Santamaría, C. (2006). El estado de cosas inconstitucional: aplicación, balance y perspectivas. *Temas Socio-Jurídicos*, 24(51), pp. 197 - 211.
- Amado La Cruz, F. (2009). La declaración del estado de cosas inconstitucionales y la represión de actos lesivos homogéneos. A propósito de la STC Exp. N° 5287-2008-PA/TC. *Gaceta Constitucional*, tomo 23, pp. 123 - 132.
- Ariza, L. J. (2013). The Economic and Social rights Of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. En D. Bonilla (ed), *Constitutionalism of the Global South. The activist tribunals of India, South Africa and Colombia*, pp. 129 - 159. Nueva York: Cambridge University Press. Consulta: 30 de mayo de 2016. Recuperado de http://www.ces.uc.pt/biblioteca/documentos/Daniel_Bonilla_MaldonadoConstitutionalism_of_the_global_South_the_activist_tribunals.pdf
- Bergallo, P. (2005). *Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina*. Ponencia presentada en el Seminario Latinoamericano de Derecho Constitucional - SELA 2005. Consulta: 11 de noviembre de 2014. Recuperado de http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1044&context=yls_sela
- Bonilla Maldonado, D. (2013). Introduction: Toward a Constitutionalism of the Global South. En D. Bonilla, (ed.), *Constitutionalism of the Global South. The activist tribunals of India, South Africa and Colombia*, pp. 1 - 37. Nueva York: Cambridge University Press. Consulta: 30 de mayo de 2016. Recuperado de http://www.ces.uc.pt/biblioteca/documentos/Daniel_Bonilla_MaldonadoConstitutionalism_of_the_global_South_the_activist_tribunals.pdf
- Botero, C. (2009). La acción de tutela en Colombia: Ajustes necesarios y cautelas indispensables. En S. Abad y P. Pérez (coord.), *La reforma del proceso de amparo: la experiencia comparada*, pp. 127 - 194. Lima: Palestra Editores.
- Cano, L. (2015). El litigio estructural en salud: un estudio comparado con base en casos de Sudáfrica, Argentina, India y Colombia. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, 33(1), pp. 111 - 120.
- Castillo Cadena, F. (2009). La incidencia de la acción de tutela en la implementación de las políticas públicas. *Vniversitas*, (119), pp. 35 - 54. Consulta: 11 de noviembre de 2014. Recuperado de http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/08-LAINCIDENCIADELAACCIONDETUTELA_000.pdf

- Cavalié Cabrera, P. (2010). El estado de cosas inconstitucional y la protección de derechos constitucionales prestacionales. *Gaceta Constitucional*, tomo 29, pp. 63 - 77.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (2008). *La lucha por el derecho*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores. Consulta: 30 de mayo de 2016. Recuperado de http://www.cels.org.ar/common/documentos/la_lucha.pdf
- Céspedes-Espinoza, M. (2011). Transcript: Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court. *Texas Law Review*, 89(7), pp. 1699 - 1705.
- Chayes, A. (1976). The Role of The Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, 89(7), pp. 1281 - 1316. Consulta: 16 de abril de 2013. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/1340256>
- Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer – CLADEM (2011). *Manual de litigio internacional desde la experiencia del CLADEM*. Lima: CLADEM.
- Cortés Zambrano, S. P. (2012). Poder discrecional de la Corte Constitucional en el Estado de cosas inconstitucional. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 7(14). Consulta: 11 de noviembre de 2014. Recuperado de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/viei/article/view/289/304>
- Eto Cruz, G. (2012). Hacia una tipología específica de sentencias constitucionales para la tutela de los derechos sociales. *Pensamiento Constitucional*, año XV, (15), pp. 107 - 126.
- Fiss, O. (2007). *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons.
- García, L. (2011). Aproximación a la discusión sobre políticas públicas y justicia constitucional: a propósito del Estado de Cosas Inconstitucional. *Estudios de Derecho*, 68(152), pp. 77 - 112.
- Gargarella, R. (2011). Grafting Social Rights onto Hostile Constitutions. *Texas Law Review*, 89(7), pp. 1537 - 1555.
- Gargarella, R. (2013). Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida. En A. Yamin y S. Gloppen (eds.), *La lucha por los derechos de la salud ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, pp. 274 - 294. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Gómez Pinto, L. R. (2012). *El juez de las políticas públicas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibañez.
- Indacochea, U. (2010). La ONP y el estado de cosas inconstitucional del sistema de defensa judicial del Estado. *Gaceta Constitucional*, tomo 29, pp. 79 - 86.
- Landa Arroyo, C. (2010). *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Naupari Wong, A. R. (2009). El acogimiento del “estado de cosas inconstitucional” por el Tribunal Constitucional peruano. En S. Salinas y otros, *Compendio de instituciones procesales creadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, pp. 339 - 355. Lima: Gaceta Jurídica

- Parra, O. y Yamin, A. (2013). La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica. En L. Clérico (ed.), *Tratado de Derecho a la Salud*. Buenos Aires: Abelardo Perrot.
- Plazas Vega, M. (2009). El poder de la Corte Constitucional en Colombia y el llamado «estado de cosas inconstitucional». *Elementos de Juicio. Revista de Temas Constitucionales*, (10), pp. 223 - 270. Consulta: 11 de noviembre de 2014. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/10/cnt/cnt13.pdf>
- Quinche Ramírez, M. F. y Rivera, J. C. (2010). El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos. *Vniversitas*, (121), pp. 113-137. Consulta: 3 de noviembre de 2012. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82518988005>
- Rivera, J. C. (2012). *Control judicial y modulación de fallos de tutela*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Rodríguez Garavito, C. (2009). Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. En C. Rodríguez Garavito (ed.), *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, pp. 434 - 492. Bogotá: Ediciones Uniandes. Consulta: 11 de noviembre de 2014. Recuperado de <http://cijus.uniandes.edu.co/publicaciones/ultimaspublicaciones/masalladeldesplazamiento.pdf>
- Rodríguez Garavito, C. (2011). Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, 89(7), pp. 1669-1698. Consulta: 11 de noviembre de 2014. Recuperado de <http://www.texaslrev.com/wp-content/uploads/Rodriguez-Garavito-89-TLR-1669.pdf>
- Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2010). *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. Consulta: 30 de mayo de 2016. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.185.pdf
- Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2015). *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. Consulta: 30 de mayo de 2016. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.758.pdf
- Rojas Camacho, L. A. (2012). *La declaración de estado de cosas inconstitucional. Análisis de la jurisprudencia constitucional colombiana*. Trabajo de investigación para validar Investigación V. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, Facultad De Derecho. Consulta: 11 de noviembre de 2014. Recuperado de <http://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/6427>

- Sabel Ch. F. y Simon W. H. (2004). Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds. *Harvard Law Review*, 117(4), pp. 1015 - 1101. Consulta: 11 de noviembre de 2014. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/4093364>
- Sagüés, N. P. (2011). Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVII, pp. 527 - 541.
- Tolé Martínez, J. (2006). La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. *Cuestiones Constitucionales*, (15), pp. 253 - 316. Consulta: 11 de noviembre de 2014. Recuperado de <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1510.pdf>
- Uprimny Yepes, R. (2007). La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 4, (6), pp. 53 - 69. Consulta: 16 de abril de 2013. Recuperado de <http://www.surjournal.org/esp/conteudos/pdf/6/yepes.pdf>
- Uprimny Yepes, R. (2011). Latin American Constitutionalism: Models of Constitutionalism: historical and contemporary perspectives: the recent transformation of constitutional law in Latin America: Trends and Challenges. *Texas Law Review*, 89(7), pp. 1587- 1609.
- Vásquez Armas, R. (2010). La técnica del estado de cosas inconstitucional. Fundamento y análisis de su aplicación por el Tribunal Constitucional peruano. *Ius et veritas*, (41), pp. 128 - 147.
- Vásquez Armas, R. (2012). La técnica del estado de cosas inconstitucional. Fundamento y análisis de su aplicación por el Tribunal Constitucional peruano. *Gaceta Procesal Constitucional*, tomo 3, pp. 15 - 34.
- Vargas Hernández, C. I. (2011). La función creadora del Tribunal Constitucional. *Revista Derecho Penal y Criminología*, XXXII(92), pp. 13 - 33. Consulta: 11 de noviembre de 2014. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/2959/2603>
- Vargas Hernández, C. I. (2003). La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado estado de cosas inconstitucional. *Estudios Constitucionales*, 1(1), pp. 203 - 228. Consulta: 11 de noviembre de 2014. Recuperado de http://www.cecocoh.cl/docs/pdf/revista_ano1/revista_ano1_11.pdf

COMENTARIOS

Heber Campos Bernal
Profesor del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

El ensayo de Beatriz Ramírez (BR) aborda un tema de la mayor importancia para la comprensión de los sistemas jurídicos contemporáneos y de la exigibilidad de los derechos sociales a través de la acción decidida de los tribunales, sin afectar por ello, de un modo sensible, la autoridad y la legitimidad de los representantes políticos democráticamente elegidos.

En este breve comentario deseo, por esa razón, detenerme en tres puntos en particular que, a mi juicio, contribuyen a comprender los alcances de un estudio tan prolijo y serio como el de BR. Los puntos a los que me refiero son los siguientes: el estado de cosas inconstitucional (ECI) y las sentencias estructurales como un camino intermedio entre el constitucionalismo de los derechos y el constitucionalismo político, la potencia crítica del activismo dialógico, y la falta de una mirada crítica en nuestra doctrina y jurisprudencia actuales que hagan posible una recepción directa de estas estrategias de intervención judicial desarrolladas por la Corte Constitucional de Colombia.

El ECI y las sentencias estructurales como un camino intermedio entre el constitucionalismo de los derechos y el constitucionalismo político

El ensayo de BR se centra en la experiencia colombiana donde, de un tiempo a esta parte, su Corte Constitucional viene emitiendo sentencias que ponen el acento en la importancia de reconocer y garantizar, en un sentido fuerte, los derechos sociales, pero al mismo tiempo comprometer y promover espacios de diálogo fluidos entre todos los actores institucionales responsables de su eficacia práctica.

La mirada de BR es, en ese sentido, descriptiva, pues permite conocer cómo la Corte Constitucional de Colombia (CCC) ha puesto en práctica diversas estrategias de exigibilidad de los derechos sociales sin parangón en la experiencia comparada. Su análisis se centra en dos aspectos: en el denominado ECI y en las sentencias estructurales.

El ECI es, en palabras de BR:

[...] uno de los aportes del constitucionalismo colombiano a la jurisprudencia internacional protectora de derechos fundamentales (Rodríguez, 2009, p. 435). Mediante ella, la Corte Constitucional ha abordado situaciones en las que “concurren la violación masiva de derechos fundamentales, las deficiencias estructurales para su atención y la falta de voluntad de las autoridades estatales en todo o en parte del territorio nacional, de forma tal que, ante esa

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/heber-campos-bernal>

situación, se puede generar una gran proliferación de tutelas, con graves consecuencias para la congestión de los despachos judiciales" (Plazas, 2009, p. 244). Además del dictado de órdenes para cautelar los derechos de los/as accionantes, la Corte declara una situación estructural que lesiona derechos de un número amplio y hasta indeterminado de personas que no son parte del proceso, de forma que el fallo tiene un efecto preventivo general que transforma una realidad dada de falla estructural. (Vargas, 2003, p. 214)

Considero que la definición que realiza BR del ECI es, en esencia, correcta. Se trata de una figura procesal con un fuerte contenido valorativo que tiene por objeto llamar la atención sobre situaciones de desprotección masivas y sistemáticas de derechos fundamentales basadas en causas estructurales y motivadas, a su vez, en parte, por la omisión sempiterna del Estado por resolver esta problemática.

La forma como la CCC ha buscado superar (responder) el ECI ha sido a través de las sentencias estructurales. Estas consisten en un tipo de remedio judicial que se aleja de los pronunciamientos que, convencionalmente, emiten las cortes de justicia, pues su objetivo no consiste en determinar si un pedido o demanda es válido —en un sentido jurídico solamente— sino en establecer las condiciones en que dicha respuesta o remedio judicial puede hacer la diferencia para lograr un cambio real, efectivo, en torno a la problemática que enfrenta.

Bonilla (2013) señala que se declara ECI cuando la Corte recibe un considerable número de tutelas sobre un tema que afecta a un considerable número de personas. El uso amplio de las tutelas es un indicador de que un sector estatal está violando derechos y, en atención a la eficiencia, la Corte acumula casos similares para decidir en una sola decisión (pp. 141 - 142). Por ello, se destaca también que la declaratoria del ECI no es inmediata, sino que se analiza el impacto de anteriores sentencias de tutela hasta que detecta un problema estructural; este requisito se cumplió en todas las sentencias de ECI menos en la T-590/1998.

Tanto el ECI como las sentencias estructurales se inscriben en una tradición que no se corresponde, necesariamente, ni con el constitucionalismo de los derechos ni con el constitucionalismo político. En América Latina, sobre todo en los últimos años, la doctrina y la jurisprudencia de los altos tribunales se hallan, profundamente, comprometidas con el constitucionalismo de los derechos. Esto no es una novedad porque, como señalan diversos autores, desde mediados del siglo XX opera en la región un cambio de paradigma, donde lo relevante, lo característico es antes que el derecho por reglas o viejo derecho, el derecho por principios o nuevo derecho¹.

Esta tradición del constitucionalismo de los derechos se opone, en un sentido bastante profundo, al constitucionalismo político, su opuesto o cara de Jano, donde, por caso, impera antes que un discurso favorable a la intervención de los tribunales para resolver casos donde está en cuestión el reconocimiento y exigibilidad de los derechos, un discurso donde esa potestad recae en los órganos políticos, debido a la carga moral y valorativa presente en las normas iusfundamentales².

Esta tradición del constitucionalismo político no goza de una gran popularidad entre nosotros. Por lo general, la dogmática latinoamericana reciente considera que los órganos políticos no son, en lo absoluto, buenos guardianes de la Constitución, pues a diferencia de los órganos judiciales, carecen de autonomía e independencia y se guían en sus decisiones por incentivos

1 Zagrebelski, G. (1997). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta (pp. 25 y ss.).

2 Waldron, J. (2016). *Political Political Theory*. Cambridge: Harvard University Press (pp. 195).

de corte electoral (o incluso económico). Como señala Luigi Ferrajoli, los órganos políticos son parte de los poderes salvajes que los jueces deben y tienen que combatir con todas las armas que la Constitución y la ley les otorgan³.

La actuación de la CCC a través de la declaración del ECI y la emisión de sentencias estructurales, sin embargo, se ubica en un espacio intermedio entre el constitucionalismo de los derechos y el constitucionalismo político. A través de estas estrategias de intervención judicial la CCC parece querer decirnos que el problema, después de todo, no es quien tiene la última palabra sobre el significado de la Constitución (¿quién debe ser el guardián de la Constitución?), sino cómo y con qué alcances se protegen mejor los derechos fundamentales de los sectores más deprimidos y desaventajados de la sociedad colombiana.

Este aspecto ha sido discutido y resaltado por diversos autores. Me interesa, en esa medida, el argumento avanzado por David Landau sobre este tema. Según Landau (2011):

La jurisprudencia sobre el estado de cosas inconstitucional tiene semejanzas con la orden judicial estructural estadounidense pero es de mayor escala y más centralizada. Mientras que las órdenes judiciales estructurales suelen ser supervisadas por los tribunales de distrito e involucrar instituciones de una localidad, la misma Corte Constitucional supervisa los estados de cosas inconstitucionales, y a menudo declara que abarcan a todo el país y a un grupo de escala nacional. Además, aunque a veces ha declarado estados de cosas inconstitucionales para remediar problemas de grupos que podrían estar mal representados en un sistema que funciona bien, como los presos y los desplazados por un conflicto civil, también los ha usado para atender a grupos que deberían ser políticamente poderosos, como los pensionados y los abogados que aspiran a ser notarios. La Corte concibe la doctrina del estado de cosas inconstitucional menos como un remedio para grupos particulares y más como un estado de cosas general contrario a lo que ordena la Constitución. La doctrina es entonces congruente con su visión de la Constitución como un documento transformador y con su rol de velar para que la aspiración constitucional y la realidad empiecen a concordar. Es también congruente con una concepción del rol judicial que se basa en la «cooperación armoniosa» entre las ramas, y no en un conjunto de roles predeterminado. (p. 56)⁴

Considero, con cargo a profundizar un poco más mi punto en el siguiente acápite, que la mirada de Landau es interesante por varias razones. Primero, porque resalta la originalidad de la CCC para abordar problemas estructurales que comprometen a las diversas ramas del Estado colombiano, luego porque establece una línea de origen entre este tipo de intervenciones y la jurisprudencia comparada —sobre todo con la jurisprudencia norteamericana de las denominadas *class actions*— y, por último, porque subraya el impacto que este tipo de intervenciones han tenido en la consolidación del Estado Constitucional de Derecho en Colombia. Este argumento va en la misma dirección del que, a su vez, han desarrollado otros autores que sostienen la importancia de la CCC para el fortalecimiento de la democracia y la institucionalidad política en el hermano país del norte⁵.

3 Ferrajoli, L. (2000). *Derechos y garantías*. Madrid: Trotta (pp. 40 y ss.).

4 Landau, D. (2011). Instituciones políticas y función judicial en derecho constitucional comparado. *Revista de Economía Institucional*, 13(24), Primer Semestre/2011 (p. 56).

5 Entre estos, sin duda, se ubican autores como Cesar Rodríguez, Rodrigo Uprimny o María Luisa Rodríguez Peñaranda.

La potencia crítica del activismo dialógico

Otro punto a tomar en cuenta tiene que ver con lo que Gargarella⁶ denomina activismo dialógico, esto es un tipo de intervención judicial que no se agota en la adjudicación formal de derechos, sino que va más allá y que busca encontrar puntos de acuerdo comunes entre los diversos actores políticos e institucionales comprometidos con la solución de una determinada problemática.

El ECI y las sentencias estructurales hacen parte de este set de herramientas jurídicas destinadas a dotar de sentido al activismo dialógico y que parten de la idea de que los jueces no están en condiciones de resolver, de forma satisfactoria, todos los conflictos que son puestos en su conocimiento. Ello es así porque, como afirma Gargarella, los jueces no son hiperracionales y no tienen ni la autoridad ni la legitimidad política suficiente, incluso, para reclamar el cumplimiento de sus propias órdenes. El activismo dialógico nos pone, pues, frente a una paradoja bastante peculiar: Nos pide por un lado reconocer, humildemente, que los jueces son falibles —tanto jurídica como institucionalmente—, y por el otro aceptar que los demás actores políticos, incluidos, sin duda los que ejercen cargos de representación popular, pueden propender a la solución de los problemas que aquejan a la comunidad en su conjunto a través de su participación en espacios de deliberación pública donde lo que prima son, antes que los argumentos de autoridad, las mejores razones, basadas en los principios y valores —el cemento de la sociedad— que articulan el ejercicio del poder en un Estado de Derecho.

El activismo dialógico constituye un espacio idóneo para la superación de los desacuerdos —morales y políticos— en una democracia. El hecho del desacuerdo es, como decía Mangabeira Unger, el secreto mejor guardado de la teoría del derecho actual, pues evita poner de relieve un aspecto de la mayor importancia para el funcionamiento de las sociedades bien ordenadas: cómo se protegen y garantizan los derechos sin afectar, por ello, la autoridad y la legitimidad de los órganos políticos. Tanto el ECI como las sentencias estructurales se ubican en esa senda y abren un surco prometedor respecto a cómo lidiar con las omisiones legislativas, la inequitativa distribución de la riqueza en nuestros países, y la coordinación entre las diferentes ramas del poder público.

La falta de una mirada crítica en nuestra doctrina y jurisprudencia actuales que hagan posible una recepción directa de estas estrategias de intervención judicial desarrolladas por la Corte Constitucional de Colombia

Como último punto quisiera referirme ahora a por qué en nuestro medio intervenciones como las avanzadas por la CCC no han sido —y diría: no son— posibles y qué consecuencias trae ello para el reconocimiento y exigibilidad de los derechos en general y de los derechos sociales en particular:

Para empezar considero que ello es así por una razón de tipo formal: nuestro sistema jurídico no le otorga al Tribunal Constitucional una posición y unas competencias similares a las de la CCC. Nuestro TC no es, en ese sentido, una corte de precedentes ni, mucho menos, una corte que esté en condiciones de elegir sus casos. Nuestro TC actúa, incluso, en los procesos constitucionales de amparo, *habeas corpus*, *habeas data* y cumplimiento como tercera instancia, desdibujando su rol institucional y poniendo en cuestión su legitimidad argumentativa.

6 Gargarella, R. (2004). *El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos*. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>

Asimismo, la práctica jurisprudencial de nuestro TC ha sido, por lo general, bastante débil, al punto que una herramienta tan potente y valiosa como la emisión de precedentes ha sido utilizada, principalmente, para innovar la legislación y la doctrina procesales, antes que la doctrina en materia de derechos. De los poco más de 40 precedentes que el TC ha emitido desde que cuenta con esa función, por lo menos, un tercio de ellos se refiere a cuestiones procesales con todo lo que ello implica⁷.

Pero hay también una razón de tipo material que explica por qué en el Perú intervenciones como las desarrolladas por la CCC no han sido posibles. Estas, a mi juicio, se inscriben en dos planos: la cultura jurídica y la debilidad de nuestras instituciones políticas. La primera, claramente, se expresa a través del formalismo que impera en nuestros órganos de justicia, donde, por caso, el silogismo jurídico brilla con luz propia e ilumina la mente y la imaginación decimonónica de nuestros operadores jurídicos. Y la segunda, por su parte, se expresa en la resistencia de nuestros órganos de representación de ceder aunque sea un milímetro del poder que ejercen a otros espacios o entidades. Así, pues, intervenciones como las avanzadas por la CCC en nuestro país serían, probablemente, censuradas y criticadas y serían percibidas como una intromisión insoportable de la justicia en ámbitos que, formalmente, les corresponden a otros poderes del Estado.

Finalmente, aunque no menos importante, nuestro TC es un reflejo de los problemas que afronta actualmente nuestra democracia. En esa medida, si esta es imperfecta o muy débil, difícilmente, nuestros jueces tenderán a no serlo también. Que no se preste a equivoco: no quiero decir que nuestros jueces sean incompetentes o que no cumplan con sus responsabilidades lealmente, quiero decir, apenas, que aun cuando quisieran ir más allá de lo que el canon —la conciencia jurídica del país— establece no podrían hacerlo, pues esta les impondría límites bastante férreos que, directa o indirectamente, tenderían a aceptar. Los cambios y las transformaciones se gestan lentamente, y en nuestro país estos recién están empezando.

7 Campos, H. J. (2016). *Las razones detrás del precedente: el Tribunal Constitucional y la justificación (acrítica) de los precedentes vinculantes en nuestro sistema jurídico. Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra (pp. 221 y ss.).

RESPUESTA DE LA AUTORA

A propósito de la declaración de estado de cosas inconstitucional (ECI): Profundizando en sus fundamentos

El presente comentario tiene como propósito dialogar con las reflexiones que Heber Campos ha tenido a bien desarrollar a partir de mi ensayo sobre el ECI y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público desde una mirada de la jurisprudencia colombiana y peruana.

En primer lugar, él reflexiona acerca del ECI y las sentencias estructurales «como un camino intermedio entre el constitucionalismo de los derechos y el constitucionalismo político» y, en segundo lugar, destaca la «potencia crítica del activismo dialógico». Innegablemente, la figura analizada es parte del debate acerca del rol de la justicia en un Estado democrático. Aunque el ensayo no busca profundizar en dicho tópico, el trabajo destaca que se trata de práctica judicial que trasciende el formalismo jurídico característico de los ordenamientos de nuestra región y que se enmarca en un quiebre respecto de la concepción tradicional de la separación de poderes; dado que, por supuesto, hay interacción entre los mismos, se inserta más bien en el debate sobre las modalidades, alcance y los límites de la intervención judicial en la actuación a cargo del Poder Ejecutivo.

Una concepción de democracia deliberativa, que sostiene que las decisiones públicas deben adoptarse en un marco de debate colectivo con la intervención de todas las partes potencialmente afectadas, es el que mejor sirve de marco para entender el ECI¹. Ante una situación en la que una o varias fallas estructurales tienen repercusión en los derechos constitucionales de las personas que judicializan dicha vulneración, esta figura se asienta en la legitimidad de las juezas y jueces para intervenir en la búsqueda de soluciones públicas.

Como señala el profesor Campos, se trata de una solución intermedia en tanto considera la crítica fundamentada de que la judicatura no cuenta con herramientas para desarrollar políticas apropiadas e implementar reformas sociales. No se trata pues de un activismo sin límites. Pero marca distancia también de las posiciones que parten de una absoluta desconfianza en la actuación de los órganos políticos, considerados como «poderes salvajes que los jueces deben y tienen que combatir con todas las armas que la Constitución y la ley les otorgan», como se indica en cita a Ferrajoli.

La solución está dada por el rol que asumen los órganos jurisdiccionales: no es el diseño de las soluciones públicas, sino la moderación de un proceso a cargo del Poder Ejecutivo que propicia el protagonismo de las ciudadanas y ciudadanos concernidos por la materia². Eso es lo que Gargarella denomina una concepción de «justicia dialógica»³.

- 1 Gargarella, R. (2013). Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida. En A. Yamin y S. Gloppen (eds.), *La lucha por los derechos de la salud ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Buenos Aires: Siglo XXI Editores (pp. 282 - 285).
- 2 Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2010). *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia (pp. 52 - 57). Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2015). *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores (pp. 233 - 234).
- 3 Gargarella, R. (2013). Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida. En A. Yamin y S. Gloppen (eds.), *La lucha por los derechos de la salud ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores (pp. 291 - 292).

Los remedios y el monitoreo son entonces los elementos centrales del potencial éxito de esta figura. En la lógica de un control horizontal entre los poderes del Estado, en la evolución del estado del ECI en Colombia se ha puesto un mayor énfasis gradual en que las declaraciones fuertes de derechos protegidos (derechos fuertes) vayan acompañadas de un proceso claro de formulación de las soluciones a cargo del poder público (remedios moderados) y un efectivo seguimiento de la implementación de dichas soluciones (monitoreo fuerte), tomando en cuenta en estos últimos dos componentes la participación de la ciudadanía⁴.

En esta combinación, la mejor expresión del ECI en el caso colombiano se ha dado a propósito del desplazamiento forzado: la sentencia T-025 de 2004 ha tenido un proceso de diseño e implementación de soluciones públicas a cargo del Poder Ejecutivo y, a la fecha, aún se mantiene el proceso de seguimiento, todo con participación de la sociedad civil. En la página web de la Corte Constitucional de Colombia⁵ se puede apreciar la evolución de los autos de seguimiento de esta sentencia desde 2004 a 2016: doce años después, la Corte Constitucional ha indicado en su más reciente auto sobre la materia que en los componentes de participación y de registro (con excepción del registro de los pueblos y comunidades étnicos) se ha superado el estado de cosas inconstitucional; en los demás componentes como las políticas de tierras y vivienda, la prevención y protección, las políticas relativas a los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, la educación, la ayuda humanitaria, y los retornos y las reubicaciones, el nivel de cumplimiento es dispar⁶.

En tercer lugar, el profesor Campos reflexiona acerca de «la falta de una mirada crítica en nuestra doctrina y jurisprudencia actuales que hagan posible una recepción directa de estas estrategias de intervención judicial desarrolladas por la Corte Constitucional de Colombia». El ensayo se centra en el análisis de la forma en la que el Tribunal Constitucional peruano ha acogido la figura del ECI y busca así brindar elementos que permitan tratarla de una forma más cercana a la manera en que esta figura ha sido delineada en la jurisprudencia colombiana, que es de donde proviene. Sobre el punto, se anota que el rol de nuestro Tribunal no es el de «una corte de precedentes ni, mucho menos, una corte que esté en condiciones de elegir sus casos», sino que actúa básicamente «como tercera instancia». Coincidiendo con este punto, considero que la razón principal está en el énfasis de la práctica jurisprudencial del órgano de justicia: un énfasis mayor en lo procesal que en lo sustantivo. Citando un trabajo suyo, el profesor Campos indica que «[d]e los poco más de 40 precedentes que el TC ha emitido desde que cuenta con esa función, por lo menos, un tercio de ellos se refiere a cuestiones procesales con todo lo que ello implica». El trabajo que presento concluye algo semejante, que en la jurisprudencia peruana la figura del ECI ha sido empleada principalmente como una herramienta procesal antes que sustantiva.

A la fecha, el ECI ha sido declarado en ocho temas: la vulneración del derecho al acceso de la información pública por una incorrecta interpretación legal⁷, la falta de pagos de beneficios sociales a docentes por ineficiencia administrativa⁸, la inconstitucionalidad de una norma

4 Rodríguez Garavito, C. (2011). Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, 89(7), pp. 1691 - 1692.

5 Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/Autos.php>. Consulta: 1 de octubre de 2016.

6 Corte Constitucional de Colombia. Auto 373 del 23 de agosto de 2016.

7 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 02579-2003-HD/TC, de fecha 6 de abril de 2004.

8 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 03149-2004-AC/TC, de fecha 20 de enero de 2005.

tributaria por cuestiones de forma⁹, la inadecuada dilación en procesos de determinación del derecho a la pensión por no seguimiento de jurisprudencia constitucional¹⁰, la situación de la educación universitaria¹¹, la situación de las personas con enfermedades mentales sometidas indebidamente a carcelería¹², el incumplimiento de sentencias de proceso constitucionales¹³ y la separación de la escuela de formación policial por razón de maternidad/paternidad¹⁴. De estas sentencias, y de otras en las que se ha hecho referencia a los alcances de la figura¹⁵, puede concluirse que en el Perú la utilidad del ECI se ha centrado en la modulación de los efectos de la sentencia: la orientación no es la legitimidad de la intervención judicial en la solución de problemas sociales estructurales, sino en las posibilidades que ofrece para la descongestión de la carga de la jurisdicción constitucional.

Por ello, en la jurisprudencia nacional no se ha dado énfasis a las dimensiones remediales y de seguimiento. Aun en el caso más emblemático de ECI declarado en el Perú, en mi opinión el referido a la educación universitaria, el Tribunal Constitucional no ha tenido una intervención mayor a la emisión de su sentencia en 2010, más allá de retomar en posteriores pronunciamientos las consideraciones allí expuestas¹⁶. Aunque el proceso de reforma universitaria que se plasmó en la Ley N° 30220 tuvo como uno de sus fundamentos la declaración de ECI previa, el Tribunal Constitucional no tuvo participación en el mismo, y la reforma se basó, sobre todo, en un importante impulso y consenso legislativo sobre el particular¹⁷.

Aún hay un importante camino por recorrer en el Perú para seguir la dinámica que el ECI tiene en su país de origen. Como bien apunta el comentarista de mi ensayo, se requiere también un cambio en nuestra cultura jurídica en la que aún predomina lo formal y un fortalecimiento de nuestras instituciones; entre ellas, el Tribunal Constitucional. Acoger la figura del ECI es un primer paso de apertura de nuestra jurisprudencia constitucional, aprovechar todas las potencialidades que ofrece para un fortalecimiento de la democracia basado en la colaboración entre los poderes estatales es el siguiente paso, aún pendiente.

9 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencias en los Expedientes N° 06089-2006-PA/TC de fecha 17 de abril de 2007 y N° 06626-2006-PA/TC, de fecha 19 de abril de 2007.

10 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 05561-2007-PA/TC, de fecha 24 de marzo de 2010.

11 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente 00017-2008-PI/TC, de fecha 15 de junio de 2010.

12 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 03426-2008-PHC/TC, de fecha 26 de agosto de 2010.

13 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 01722-2011-PA/TC, de fecha 11 de julio de 2013.

14 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente 01126-2012-PA/TC, de fecha 6 de marzo de 2014.

15 Entre otras, Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente N° 04878-2008-PA/TC, de fecha 20 de marzo de 2009, fundamentos 15-17; sentencia en el Expediente N° 05287-2008-PA/TC, de fecha 4 de septiembre de 2009, fundamento 12; y sentencia en el Expediente N° 04611-2007-PA/TC, de fecha 9 de abril de 2010, fundamento 23. En ninguna de estas se declaró ECI, pero el Tribunal desarrolla el alcance de la figura.

16 Es el caso de la sentencia en el proceso de inconstitucionalidad de la Ley N° 29652, Ley que crea la Universidad Nacional Autónoma Altoandina de Tarma (Expediente 00019-2011-PI/TC, de fecha 11 de junio de 2013). Asimismo, retomando los argumentos de la sentencia en el Expediente 00017-2008-PI/TC, el Tribunal Constitucional resolvió las demandas de inconstitucionalidad respecto de diversos artículos de la Ley N° 30220, nueva Ley Universitaria (Expedientes N° 0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 0007-2015-PI/TC, de fecha 10 de noviembre de 2015).

17 En la página web sobre el proceso de reforma universitaria se puede apreciar una cronología en la que se menciona como hitos la sentencia del Tribunal Constitucional de 2010 y de 2015. La página web está disponible en <http://reformauniversitaria.pe/que-es-la-reforma-universitaria/pasos-hacia-la-reforma/>. Consulta: 1 de octubre de 2016.

SENTENCIAS ESTRUCTURALES Y PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Mónica Barriga Pérez
Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, PUCP

Categoría Egresados

El presente trabajo de investigación ha sido motivado por el papel cada vez más activo de las cortes y tribunales constitucionales en América Latina en el reconocimiento y protección de los derechos humanos. En este contexto, la Corte Constitucional de Colombia implementó el concepto de *estado de cosas inconstitucional* (ECI) y ha venido emitiendo sentencias estructurales como un mecanismo jurídico-procesal mediante el cual soluciona un problema sistémico de funcionamiento estatal y protege los derechos humanos de los ciudadanos.

De esta manera, ante la ausencia de una respuesta estatal efectiva, le ordena a las entidades competentes la elaboración inmediata de una estrategia que solucione integral y eficazmente el problema de vulneración de derechos identificado. Además, en la búsqueda de la solución adecuada, acerca a los ciudadanos y a las diferentes autoridades para generar un diálogo, teniendo en cuenta que la solución no depende de una sola institución o funcionario, sino de la intervención de múltiples entidades y de diversos actores sociales. Estos diálogo y colaboración armónica también deben darse entre los diferentes poderes del Estado y las entidades competentes en la protección de los derechos humanos, pues hay que resaltar que el máximo órgano constitucional continúa con una labor ardua de seguimiento y control del cumplimiento de la sentencia hasta lograr superar el ECI. Por lo tanto, como hipótesis de trabajo, se ha planteado que el Tribunal Constitucional del Perú, tomando como antecedente la experiencia de la Corte Constitucional Colombiana, ha emitido sentencias estructurales para lograr la protección efectiva de los derechos humanos.

Es importante establecer el rol que cumplen los jueces constitucionales en un estado constitucional de derecho, en el cual, día a día, se van presentando diversos retos frente a la división de poderes, la organización y estabilidad política del Estado, y los reclamos de los ciudadanos para el reconocimiento y garantía de sus derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. Ante este panorama, parece que los jueces van obteniendo un mayor protagonismo y responsabilidad, y que la tradicional idea del *juez como boca de la ley* se reevalúa para convertirse, si es que es posible denominarlo así, en la de un *juez ebanista de la ley*, pues es un juez activo, preocupado por el reconocimiento y garantía de los derechos humanos, que adecua e interpreta la ley con base en la Constitución (Zagrebel'sky, 1997).

Sin embargo, ¿se podría considerar positivo este cambio en el rol del juez? ¿En los Estados constitucionales se necesitan jueces activistas? No existe una respuesta única ni totalmente válida para las interrogantes planteadas; no obstante, comparto varios argumentos utilizados por parte de la doctrina¹ que ponen de manifiesto la necesidad de otorgarle mayor participación a los jueces en el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, aunque ello implique la reformulación de la estática tripartición de poderes, pues, contrario a considerar las ramas del poder público como pilares paralelos y totalmente separados, puede ser más acertado concebirlas como órganos independientes que se comunican e interrelacionan continuamente con el fin de hacer efectivas las garantías constitucionales en pro de todos los ciudadanos.

No se trata de transgredir la división de poderes, sino de potenciar, en una labor conjunta y respetuosa, el reconocimiento de los derechos de aquellos grupos o personas que se encuentran en desamparo ante la inacción estatal. Estos grupos, aunque cuentan con derechos reconocidos constitucionalmente —en el papel—, se ven en la necesidad de acudir a los jueces para materializarlos (Lemaitre, 2009). La actuación de los jueces beneficia, en principio, a los accionantes, pero redundante, luego, en favor de un gran número de ciudadanos, mediante el uso de mecanismos que amplifican sus fallos y generan escenarios positivos de intercambio y diálogo democráticos. Quizás surja la siguiente interrogante: ¿cómo se van a beneficiar aquellos que nunca han acudido a la justicia? Respecto al primer punto, en el que los precedentes judiciales facilitan el camino de los ciudadanos que acuden a la jurisdicción mediante precedentes claros y respetuosos de los derechos humanos, se considera que no existe mayor controversia, pues es un efecto deseado en aquellos Estados en los que se ha optado por este mecanismo como fuente de creación y/o reconocimiento de derechos (Bernal y Bustamante, 2005). No obstante, se vuelve un poco más complejo el desarrollo del segundo efecto, según el cual la elaboración de políticas públicas debe ser respetuosa de los derechos y de la práctica jurisprudencial, pues así los jueces pueden influir en la toma de decisiones al interior del Estado.

Incluso, es posible ir un poco más allá en el escenario en el que el juez constitucional puede señalar expresamente la necesidad de elaborar una política pública con consideraciones determinadas respecto a la protección de los derechos humanos, claro está, sin establecer el contenido detallado de las políticas públicas utilizadas para alcanzar su objetivo, aspectos que serán analizados y desarrollados por los creadores de la política pública, mas sí estableciendo el marco constitucional para el resultado esperado, pues de esta forma una mejor política pública disminuye la cantidad de acciones judiciales presentadas, ya que los ciudadanos encuentran mayor protección y exigibilidad de sus derechos, sin necesidad de acudir a la actividad judicial (Pérez, 2007, pp. 73 - 76).

Adicionalmente, si el juez es un facilitador en el reconocimiento de los derechos, como sostiene Dworkin (2004; 2005), los derechos son conquistas frente al Estado y la función del juez consiste en hacer una labor interpretativa mediante una lectura moral de la Constitución —entendida como el deber ser o la aspiración— para identificar o reconocer los derechos y los principios generales del derecho que surgen del ordenamiento jurídico, aunque no estén taxativamente enlistados (Dworkin, 2004, pp. 101 - 111; Dworkin, 2005, pp. 25 - 27). De esta forma, la función desempeñada por los jueces cobra una especial relevancia en la protección

¹ Una discusión interesante al respecto es la avanzada, por ejemplo, por Pedro Salazar Ugarte (2013). Destaca también el estuendo libro de Víctor Ferreres (2002). En el ámbito anglosajón, destaca el libro de Richard Bellamy (2000).

de los derechos humanos, ya que tienen la capacidad de identificar y reconocer estas garantías constitucionales que surgen de la interpretación y aplicación a un caso concreto y que, una vez reconocidas, el Estado no podrá desconocer; sino que deberá implementar y materializar en políticas públicas para su real protección. Mediante la referida implementación de las políticas públicas, todos los ciudadanos se benefician con los derechos reconocidos, independientemente de si acuden o no al Poder Judicial para su reconocimiento y protección.²

Sin embargo, es importante señalar que, independientemente de la ideología o concepción del Derecho que se tenga, la labor del juez resulta cada vez más preponderante y de mayor importancia para la consolidación del Estado Constitucional. Por tal razón, quisiera analizar; a continuación, la emisión de sentencias estructurales por parte de los máximos órganos constitucionales de Colombia y Perú, con el fin de determinar los aspectos de creación, surgimiento y consolidación de este mecanismo jurídico-procesal utilizado para superar el ECI y lograr la protección efectiva de los derechos humanos.

1. Las sentencias estructurales en contexto y el rol de la jurisprudencia colombiana en la configuración de este instrumento de protección de los derechos humanos en Latinoamérica

1.1. Antecedentes históricos.

Para comprender en qué consisten las sentencias estructurales es necesario remitirse al derecho norteamericano como antecedente del proceso evolutivo que ha vivido el derecho constitucional colombiano de la mano de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Desde comienzos del siglo XX, en Norteamérica, se empezó a gestar «la revolución de los derechos», como un mecanismo para introducir nuevas causas y nuevos derechos en la agenda judicial de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Se concentró en la protección efectiva de los derechos individuales de los ciudadanos, para dejar de lado los litigios comerciales o sobre propiedad privada impulsados por los sectores económicos más poderosos del país y que, hasta aquel momento, habían ocupado la mayor parte de los pronunciamientos de dicho Colegiado.

Charles R. Epp (2013) define la revolución de los derechos como «un proceso sostenido y evolutivo que produjo o expandió los nuevos derechos y las nuevas libertades civiles. Ese proceso ha tenido tres componentes principales: la atención prestada por los jueces a los nuevos derechos, el apoyo judicial a esos nuevos derechos y su implementación en la práctica» (p. 28). La emergencia de este proceso supuso un momento de transformación en el derecho norteamericano, ya que se empezaron a discutir nuevos casos que fueron sentando precedentes sobre el contenido, alcance y protección de los derechos de los ciudadanos (Carbonell, 2010, p. 219).

Asimismo, Epp (2013) señala que el fortalecimiento de los derechos ha sido fruto de las garantías constitucionales, de la independencia judicial, del liderazgo de algunos jueces activistas y, lo más importante, del litigio estratégico realizado por la movilización social y legal ejercida por las organizaciones de la sociedad civil en defensa de los derechos individuales, los abogados

2 Sobre este punto en particular, vale la pena llamar la atención sobre la experiencia de los tribunales constitucionales de los países del sur global en los que, como sostiene Sunstein (2002), los derechos de las minorías han sido reconocidos y garantizados mediante la acción decisiva de la justicia y la creación de políticas públicas inspiradas en esta se ha convertido en un claro ejemplo de cómo se debe entender la división de poderes en el mundo contemporáneo.

especializados y la financiación otorgada por el gobierno y particulares con el fin de presionar desde la ciudadanía para la incorporación al debate judicial del reconocimiento de nuevos derechos constitucionales. Entre las causas emblemáticas avanzadas a la luz de este proceso se ha encontrado: la incorporación de garantías constitucionales a los juicios criminales o penales (1933), la desegregación racial (1937) y los derechos de las mujeres (1970) (p. 69).

Progresivamente, a partir de los años cincuenta, se fueron generando dos corrientes doctrinarias que tuvieron eco jurisprudencial. Por un lado, estaban los defensores de las *political questions*, que abogaban por una estricta separación de poderes, y señalaban que los jueces no debían involucrarse en aspectos que eran competencia de las otras ramas del poder. Por otro lado, estaban los partidarios de los *structural remedies*, que sostenían que los jueces debían intervenir en aquellos temas donde se evidenciara una vulneración reiterada de derechos constitucionales de los ciudadanos para garantizar la protección efectiva de los mismos (Vargas, 2003, p. 210).

La corriente doctrinaria de los *structural remedies* inspiró el desarrollo de las sentencias estructurales de la Corte Constitucional Colombiana (CCC). Esta corporación adaptó e incorporó, a su vez, elementos novedosos en esta, de acuerdo con las particularidades locales y legales del país. De esta forma, la CCC creó el concepto de estado de cosas inconstitucional (ECI) con la emisión de decisiones macro, que indicaban a la autoridad competente los parámetros constitucionales que debía tomar en cuenta para su actuación, pero sin inmiscuirse o establecer los alcances de esta. También estableció mecanismos de seguimiento constante al cumplimiento de sus fallos (Rodríguez y Rodríguez, 2015, p. 45). Todos estos aspectos serán analizados con mayor detenimiento en el siguiente subcapítulo.

1.2. Las sentencias estructurales: experiencia colombiana.

Antes de empezar a describir el surgimiento y desarrollo de las sentencias estructurales en Colombia, se ha considerado pertinente hacer una breve mención de las condiciones jurídicas que contribuyeron a la implementación de este tipo de mecanismos, pensados para lograr una mayor protección de los derechos humanos, incluidos los derechos sociales, económicos y culturales.

La constitución colombiana de 1991 puede considerarse una carta aspiracional en los términos de María Paula Saffon y Mauricio García-Villegas (2011), en el sentido de que «tienden a perseguir metas ambiciosas o maximalistas, lo que implica que exista una gran brecha entre el texto constitucional y la realidad social que tienen por objeto regular» (p. 79)³; en contraposición con las constituciones preservadoras que tienden a «prosperar en contextos políticos y sociales en los que se han garantizado condiciones básicas de progreso social y estabilidad institucional, o en contextos en los cuales una revolución política ha sentado las bases para tales

3 Los autores, en la nota al pie de la página 7, señalan que «Las constituciones aspiracionales son comunes en sociedades periféricas o semiperiféricas». Sunstein (1993) sostiene que hay dos tipos de constitucionalismo en el mundo: uno del Norte y de Occidente, y otro del Sur y del Oriente. En el segundo caso son muchas las necesidades insatisfechas, pero también lo son las esperanzas puestas en la capacidad del derecho de satisfacerlas en el futuro. Esto es especialmente cierto en el caso de América Latina, donde la concepción del derecho —y de la Constitución en particular— como un producto de la voluntad del pueblo capaz de transformar el contexto sin restricciones es una herencia del pensamiento rousseauniano francés y de la tradición revolucionaria. Sin embargo, en algunas circunstancias, las constituciones aspiracionales emergen en países más desarrollados que se encuentran en épocas de inestabilidad —tal y como ocurrió en Alemania e Italia después de la Segunda Guerra Mundial o en España después de la dictadura de Franco—.

cambios estructurales. Por lo tanto, estas constituciones tienden a proteger o preservar tales condiciones» (Saffon y García-Villegas, 2011, pp. 78 - 79)⁴.

En este contexto, la constitución colombiana, al ser aspiracional, representa un gran reto para las autoridades públicas que intentan armonizar su contenido con la realidad socio-jurídica del país, ante la evidente insatisfacción y débil protección de los derechos, marcada, a su vez, por una profunda creencia en que es posible cambiar y mejorar esas condiciones adversas mediante la consagración constitucional y la actuación de los jueces. En otras palabras, el texto constitucional es la hoja de ruta del país en materia de protección, garantía y disfrute de los derechos humanos, e introduce cambios en la protección de los derechos humanos de los ciudadanos, el progreso social y la estabilidad institucional (Saffon y García-Villegas, 2011, pp. 75 - 107).

Adicionalmente, en la Constitución de 1991 también se dejó expresa mención sobre el modelo estatal que rige al país, pues consagra, en el artículo 1º, que «*Colombia es un Estado Social de Derecho*». Este es un concepto que la CCC desarrolló desde los primeros años de su creación: el Estado Social de Derecho es un pilar fundamental de la Constitución que busca la optimización de la dignidad humana, el disfrute efectivo de los derechos humanos y la realización de la justicia social, entendida como la función que cumple el Estado para eliminar o ayudar a disminuir las desigualdades sociales existentes. Reiterando este concepto, la sentencia C-288 de 2012 (MP: Luis Ernesto Vargas Silva) señaló:

El ESDD [Estado Social y Democrático de Derecho], en ese orden de ideas, es un diseño constitucional que responde a esa comprobación, mediante la instauración de un grupo de instrumentos jurídicos destinados a incidir en la realidad social, a efecto de equiparar a las personas en el goce de los derechos. Esta es la conclusión que ha planteado la Corte, al afirmar que «[...]el concepto de Estado Social de Derecho nació en Europa en la segunda mitad del siglo XX, como una forma de organización estatal encaminada a “realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional”. En esa medida, el presupuesto central sobre el cual se construye este tipo de organización política es el de una íntima e inescindible interrelación entre las esferas del “Estado” y la “sociedad”, la cual se visualiza ya no como un ente compuesto de sujetos libres e iguales en abstracto -según ocurría bajo la fórmula clásica del Estado liberal decimonónico-, sino como un conglomerado de personas y grupos en condiciones de desigualdad real. El papel del Estado Social de Derecho consiste, así, en “crear los supuestos sociales de la misma libertad para todos, esto es, de suprimir la desigualdad social”; según lo ha señalado esta Corporación, “con el término ‘social’ se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales».⁵

4 Los autores, en la nota al pie de página 6, señalan que «este modelo de Constitución es común en países centrales (desarrollados), especialmente en aquellos de tradición anglosajona. Sin embargo, en algunos casos las constituciones preservadoras son promulgadas en países periféricos o semiperiféricos en los que el presente no es muy atractivo o solamente lo es para una minoría dominante. Ese es el caso de la Constitución colombiana de 1886.»

5 El concepto de Estado Social de Derecho se ha desarrollado ampliamente por parte de la Corte Constitucional en las sentencias: C-1064 de 2001, SU-747 de 1998, C-566 de 1995, C-776 de 2003 y T-406 de 1992, entre otras.

De acuerdo con lo expresado anteriormente, el Estado Social y Democrático de Derecho resulta compatible con las ideas sobre el desarrollo avanzadas por Amartya Sen (2000), para quien: «[...] el desarrollo puede concebirse [...] como un proceso de expansión de las libertades reales de que disfrutaran los individuos. [...] El crecimiento del PNB o de las rentas personales puede ser, desde luego, un *medio* muy importante para expandir las libertades de que disfrutaran los miembros de la sociedad. Pero las libertades también dependen de otros determinantes, como las instituciones sociales y económicas (por ejemplo, los servicios de educación y de atención médica), así como de los derechos políticos y humanos (entre ellos, la libertad para participar en debates y escrutinios públicos)» (p. 19). De este modo, a partir del disfrute efectivo de los derechos —civiles y sociales—, los ciudadanos pueden ser considerados seres humanos libres que contribuyen al crecimiento del desarrollo económico y al fortalecimiento del Estado Constitucional, ya que no es posible hablar de libertad y garantía de los derechos humanos cuando existen ciudadanos que no pueden satisfacer sus necesidades básicas o de subsistencia (v. gr. salud, alimentación, vivienda, educación, trabajo, etc.).

Así, el rol que juegan los jueces constitucionales es fundamental, ya que son ellos los guardianes de la constitución y los encargados de proteger los derechos humanos de quienes acuden a la administración de justicia en busca de protección o reparación de sus legítimas expectativas e intereses. Por esta razón, la Corte Constitucional se vio en la necesidad de implementar mecanismos procesales constitucionales que respondieran a las necesidades ciudadanas que se presentaban día a día en el país y en los juzgados nacionales. De esta manera, aplicando el principio del Estado Social y Democrático de Derecho con base en una constitución aspiracional, surgió el concepto del ECI, entendido como una respuesta frente a la vulneración masiva de los derechos humanos, y como un mecanismo idóneo para solucionar dicha problemática. El correlato práctico del ECI fueron, en esa medida, las denominadas *sentencias estructurales* (Rodríguez y Rodríguez, 2015).

Por lo tanto, en países como Colombia y Perú, se requiere que los derechos humanos sean considerados como normas jurídicas vinculantes, pues, de lo contrario, si los derechos son concebidos como normas simplemente programáticas, su protección se diluye en el tiempo. De esta forma, la CCC, con la adopción y desarrollo de las sentencias estructurales, contribuyó a la materialización de los derechos humanos, en un contexto en el que los mecanismos judiciales eran insuficientes para dar una solución efectiva a la vulneración de aquellos en casos específicos como el desplazamiento forzado interno, el derecho a la salud, las condiciones carcelarias, entre otros⁶.

Además, fue necesario fortalecer la labor de los jueces constitucionales para lograr introducir cambios estructurales en las políticas públicas, ya que, como se analizará posteriormente, la emisión de un fallo judicial no cambia, por sí misma, la realidad, sino que es necesario complementarla con la implementación de políticas públicas que brinden soluciones efectivas a la problemática a la que se enfrentan. Dichas soluciones, no está de más decirlo, suponen, a su vez, un rol proactivo y dinámico por parte de los jueces constitucionales al momento de verificar, primero, su creación y, luego, su aplicación práctica.

6 La Corte Constitucional Colombiana analizó y decidió en la sentencia T-025 de 2004 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa) sobre desplazamiento forzado interno; en la sentencia T-760 de 2008 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa) sobre el derecho fundamental a la salud y, en la sentencia T-153 de 1998 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz) sobre las condiciones de hacinamiento en los centros penitenciarios.

1.2.1. Definición.

Con el fin de concretar y definir en qué consisten las sentencias estructurales, cabe resaltar que son decisiones adoptadas por el máximo tribunal constitucional de un país para contribuir al adecuado y eficiente funcionamiento del Estado, lo que busca respetar y maximizar la protección efectiva de los derechos humanos de los ciudadanos. Autores como Chayes han definido este mecanismo en los siguientes términos:

Este tipo de soluciones [*structural injunctions*] o «remedios estructurales»] cambió el rol del juez constitucional y el panorama del litigio en Norteamérica. Para Chayes (1987), los remedios estructurales son un tipo de decisiones propias del modelo de litigio de interés público que se caracterizan porque, al contrario del litigio tradicional, no buscan determinar la vulneración de un derecho en el pasado con el fin de ordenar su reparación, sino que más bien hacen un balance de los intereses actuales, evalúan las consecuencias de la decisión y buscan ajustar el comportamiento futuro de las partes a través de decisiones que generalmente hacen relación al manejo de políticas públicas. Para este autor, en el litigio tradicional dos partes —demandante y demandado— discuten sobre hechos ocurridos en el pasado, a fin de constatar la violación de un derecho previamente establecido y lograr así el restablecimiento del derecho a través de la compensación del daño. Por el contrario, en las decisiones estructurales o decisiones propias del litigio de interés público los jueces parten de un caso que involucra a más de dos sujetos y a múltiples causas —es complejo y multiforme—, por lo cual, lo que buscan es ver hacia el futuro para tratar de establecer la decisión que mejor se adecue a los intereses de las partes. (Jaramillo, Uprimny y Guarnizo, 2006, p. 156)

El juez constitucional fija y desarrolla el marco constitucional en el cual las autoridades competentes deben diseñar e implementar las medidas adecuadas para la solución integral del problema estructural. Luego del fallo, el juez continúa con una labor de seguimiento y control del cumplimiento de su sentencia⁷. Las medidas adoptadas pueden consistir en la creación, ajuste y/o manejo de las políticas públicas del Estado; la implementación de medidas administrativas, legislativas y/o presupuestales a través de decisiones que emiten en el marco de un litigio de interés público en el que interviene una multiplicidad de actores —diversas autoridades o entidades públicas, comunidad afectada, representantes sociales, etc.—. Son decisiones, además, que presentan efectos particulares (*inter partes*) y generales (*inter communis*) que apuntan a remediar una vulneración masiva y sistemática de derechos humanos (Rodríguez, 2005).

1.2.2. Desarrollo jurisprudencial.

El desarrollo de las sentencias estructurales en la jurisprudencia colombiana ha sido paulatino, pues, aunque su mayor expresión se encuentra en la sentencia T-025 de 2004 sobre desplaza-

7 Al respecto, vale la pena llamar la atención sobre la fórmula ensayada por Cesar Rodríguez (2014), para quien el éxito de las intervenciones de la Corte Constitucional de Colombia se debió, en gran medida, a la presencia de los siguientes elementos: i) reconocimiento de derechos fuerte, ii) ordenes débiles, y iii) seguimiento o control del cumplimiento de esas órdenes fuerte. Estos elementos, a su vez, se desprenden del análisis llevado a cabo en su oportunidad por Mark Tushnet cuando intentó ensayar un modelo de exigibilidad de los derechos sociales que fuera compatible con la democracia política (pp. 211 - 244).

miento forzado interno, por las características del caso y el impacto de la decisión de la Corte, no se puede decir que a partir de esta sentencia la CCC utilizó por primera vez la figura de las sentencias estructurales o implementó los *structural remedies*, dado que existen pronunciamientos anteriores, en los cuales se enfrentó problemas jurídico-sociales complejos y adoptó decisiones estructurales que intentaron solucionarlos radicalmente (Rodríguez, 2013, p. 901).

El primer pronunciamiento estructural de la CCC se remonta a la sentencia de unificación SU-559 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) sobre la distribución del situado fiscal en materia educativa y la afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Este pronunciamiento, además, fue el primero en el que se declaró el ECI. En este caso se acumularon dos expedientes: el T-115839, con 12 docentes accionantes, y el T-116052, con 33 docentes accionantes, los cuales solicitaron su afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para contar con los servicios de salud, pensiones y demás prestaciones sociales que establecía la ley. Los accionantes sostenían, en esa medida, que la alcaldía municipal les descontaba mensualmente el 5% de su sueldo por este concepto, pero no les otorgaba la afiliación correspondiente.

Sin embargo, el reporte del Ministerio de Educación demostró que esta situación irregular no se presentaba solo en los dos municipios demandados, sino que se trataba de una situación generalizada en varios departamentos del país. El reporte en cuestión señalaba que solo una pequeña porción de municipios había cumplido con la inscripción de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, a pesar de ser una obligación desde la Ley 91 de 1989, reiterada posteriormente en múltiples leyes y desarrollada en el Decreto 196 de 1995.

Se evidenció, además, una inequitativa distribución del situado fiscal, que se replicaba al interior de cada departamento cuando se asignaban los recursos a los diferentes municipios para el pago de los docentes. Por tal razón, la CCC advirtió una situación irregular de gran magnitud, que no se solucionaría con una resolución *inter partes*, pues respondía a problemas estructurales de mayor envergadura que requerían una respuesta que trascendiera a los accionantes e incluyera a todos los docentes que se encontraban en la misma situación. Además, la Corte era consciente de que a partir de este pronunciamiento podían presentarse un sinnúmero de acciones solicitando lo mismo.

Posteriormente, en 1998, se emitieron cuatro pronunciamientos estructurales: (i) la sentencia T-068 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) sobre la ineficacia administrativa para resolver los derechos de petición de reconocimiento de pensiones ante la Caja de Previsión Nacional Social (30,000 tutelas por hechos similares); (ii) la sentencia T-153 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) sobre las condiciones de hacinamiento carcelario; (iii) la sentencia T-590 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) sobre la protección especial a los defensores de derechos humanos; y (iv) la sentencia SU-250 de 1998, del mismo magistrado ponente, sobre la omisión reiterada de las autoridades competentes para nombrar notarios en propiedad mediante el sistema de concurso de méritos público y abierto.

Aunque todos los pronunciamientos fueron significativos e intentaron solucionar problemas estructurales que afectaban el goce y disfrute de los derechos humanos, parece necesario resaltar la sentencia T-153 de 1998 sobre hacinamiento carcelario, ya que fue la primera sentencia estructural que emitió órdenes expresas con plazos determinados para la elaboración de una política pública. Además, es un tema vigente, que actualmente no se ha solucionado en el país, pese a la declaración del ECI y a reiterados pronunciamientos

posteriores sobre la materia⁸. En la sentencia T-153/98 se acumularon dos expedientes: el T-137001, acción interpuesta por Manuel José Duque Arcila, recluso en la Cárcel Nacional de Bellavista de Medellín, contra el Ministerio de Justicia y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC); y el expediente T-143950, en el que varios internos de la Cárcel Nacional Modelo de Bogotá, integrantes del Comité Permanente de los Derechos Humanos de ese centro, interpusieron una acción de tutela contra el INPEC, solicitando el mejoramiento de las condiciones carcelarias, porque estas vulneran sus derechos fundamentales a la salubridad, la igualdad, la integridad física y a la intimidad.

Sin embargo, también era claro que el fenómeno de hacinamiento carcelario no era un tema nuevo; al contrario, se había convertido en una verdad a gritos que ninguna autoridad pretendía resolver⁹. Entonces, ante la omisión estatal, la Corte declaró el ECI, resaltando que las condiciones de hacinamiento afectaban directamente el proyecto de resocialización de los reclusos (estudio, trabajo, etc.), lo que desvirtuaba los fines de la pena y del tratamiento penitenciario. La CCC consideró en su sentencia que los reclusos no contaban con condiciones mínimas para llevar una vida digna, como son: un camarote, agua suficiente, servicios sanitarios, asistencia en salud, visitas familiares en condiciones adecuadas; ni existía una separación de los internos por categorías como ordenaba la ley. Por lo tanto, para solucionar la situación descrita, se necesitaba la participación de diversas autoridades públicas, no solo del INPEC y del Ministerio de Justicia, sino de todas las ramas del poder, para diseñar e implementar las políticas públicas que solucionaran de forma oportuna y adecuada el ECI.

La CCC ordenó al Ministerio de Justicia, al INPEC y al Departamento Nacional de Planeación elaborar (en un plazo de 3 meses) y realizar (en un plazo de 4 años) un plan de construcción y refacción carcelaria que busque garantizar condiciones de vida digna en los penales. Por su parte, el Gobierno debía adelantar los trámites requeridos, a fin de que los gastos de la ejecución del plan de construcción y refacción carcelaria fueran incorporados dentro del Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones; lo que logró, a su vez, que las partidas se incluyeran en el Presupuesto Anual de ese año y de los años subsiguientes.

El Plan de construcción y refacción carcelaria se ejecutó y disminuyó considerablemente los índices de hacinamiento, que pasaron de 45.3% en el año 1998 (cuando se emitió la sentencia) a un 15.9% en el año 2002 (año en que se cumplió el plazo establecido por la Corte). Sin embargo, posteriormente, el índice de sobrepoblación carcelaria fue en aumento, hasta que, en el año 2004, llegó al 37%; y en el año 2013, al 58%, por lo que nuevamente es un problema vigente en el estado colombiano.

Mientras estuvo vigente el proceso de seguimiento y control que estableció la sentencia T-153 de 1998, el índice de hacinamiento disminuyó, pero, después de vencido el plazo y la labor de seguimiento de la CCC, el problema estructural de hacinamiento carcelario volvió a ascender. Ello refleja que el problema estructural es mucho más complejo de lo que inicialmente se pensaba, pues supone una reforma de derecho penal sobre los delitos, las penas y la política criminal estatal. Se trata de un tema que requiere mayor visibilidad en la agenda política e institucional del país. Es posible concluir, por tanto, que la solución de los problemas estruc-

8 Se emitieron Autos de seguimiento y control, y las sentencias T-606 de 1998 (MP: Jose Gregorio Hernández Galindo), T-881 de 2002 (MP: Eduardo Montealegre Lynett) y T-792 de 2005 (MP: Clara Inés Vargas Hernández).

9 La época de la alarma comenzó en 1995 y se prolonga hasta el día de hoy. El año 1995 inició con una cifra similar al promedio de la época anterior (29,537), pero el número de reclusos aumentó progresivamente hasta llegar a 31,960.

turales requiere del compromiso real de todas las autoridades públicas involucradas, dado que cada una, en el ámbito de sus competencias, aporta a la solución de esta compleja situación, en la que, además, la labor de seguimiento de la CCC se torna fundamental.

Durante el periodo que va del año 1999 al 2003 no se emitieron sentencias estructurales hasta la emblemática sentencia T-025 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) sobre desplazamiento forzado interno¹⁰. En ella se acumularon 108 expedientes, correspondientes a igual número de acciones de tutela interpuestas por 1,150 núcleos familiares, todos pertenecientes a la población desplazada, con un promedio de cuatro personas por núcleo, y compuestos principalmente por mujeres cabezas de familia, personas de la tercera edad, menores de edad y población indígena¹¹.

Esta sentencia marcó un hito en la jurisprudencia colombiana. Fue la primera en establecer un mecanismo de seguimiento y control más arduo para verificar el cumplimiento de su decisión, y estableció lo que juristas como Rodrigo Uprimny y César Rodríguez han denominado «órdenes abiertas con supervisión cerrada» (Uprimny y Durán, 2014), es decir, un tipo de sentencias que plantean el marco constitucional dentro del cual se deben diseñar y ejecutar las acciones que aportan a la solución de una determinada problemática estructural (v. gr. leyes, políticas públicas, apropiaciones presupuestales, etc.). Lo que hay que considerar en este tipo de fallos es que el contenido y detalle de sus órdenes serán elaborados por las autoridades competentes. La sentencia estableció, asimismo, un cronograma específico para que la propia CCC realizara el seguimiento y control de su cumplimiento.

Esta medida novedosa de creación jurisprudencial ha ayudado a mantener abierto el caso de desplazamiento interno en la jurisdicción constitucional. También ha permitido que la CCC realice un seguimiento continuo hasta superar el ECI, y ha acercado a las partes —autoridades públicas competentes sobre la materia, a la población civil, representantes sociales, profesores universitarios, etc.— en audiencias públicas periódicas que buscan diseñar e implementar una política pública que ponga fin al problema estructural.

Así, la Corte estableció dos tipos de órdenes para solucionar el caso concreto. Las primeras fueron órdenes de carácter simple, que tenían como finalidad responder a las peticiones concretas de los accionantes. El segundo tipo de órdenes fue de ejecución compleja para solucionar el ECI y garantizar los derechos de toda la población desplazada, independientemente de que hubieran acudido o no a la acción de tutela. Para ello era necesario superar los problemas de escasez de recursos y de burocracia con el propósito de adoptar los correctivos necesarios dentro de un plazo razonable.

10 La ley 387 de 1997 en el artículo 1 estableció que: «Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alterar drásticamente el orden público.» Esta definición ha sido desarrollada en la sentencias T-1346 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil) y T-268 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

11 De acuerdo con las cifras del Gobierno Nacional, en el año 2011 se registraron 3.7 millones de desplazados internos en Colombia.

El seguimiento exhaustivo que ha venido realizando la Corte en el caso de desplazamiento forzado interno no tiene antecedentes, pues, después de diez años, el caso continúa abierto.¹² La Corte Constitucional ha conservado su competencia para verificar que las auto-

- 12 Ver Autos de la Sala Especial de Seguimiento de la Sentencia T-025 de 2004: Auto 185 del 10 de diciembre de 2004 «Orden quinta de la sentencia T-025 de 2004 relativa a los mínimos de atención a la población desplazada - Niveles de cumplimiento.» Auto 176 del 29 de agosto de 2005 «Esfuerzo presupuestal necesario para implementar las políticas de atención de la población desplazada.» Auto 177 del 29 de agosto de 2005 «Coordinación de los esfuerzos presupuestales de las entidades territoriales y de la capacidad institucional.» Auto 178 del 29 de agosto de 2005 «Persistencia del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado.» Auto 218 del 11 de agosto de 2006 «Constatación del cumplimiento de las órdenes de los autos 176, 177 y 178 de 2005, problemas en las políticas de atención a la población desplazada.» Auto 200 del 13 de agosto de 2007 «Protección a líderes y representantes de la población desplazada.» Auto 092 del 14 de abril de 2008 «Medidas de protección a los derechos fundamentales de las mujeres víctimas de desplazamiento forzado.» Auto 116 del 13 de mayo de 2008 «Indicadores de resultado de goce efectivo de los derechos de la población desplazada.» Auto 237 del 19 de septiembre de 2008 «Medidas de protección a los derechos fundamentales de las mujeres víctimas de desplazamiento forzado.» Auto 251 del 6 de octubre de 2008 «Protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes víctimas de desplazamiento forzado.» Auto 004 del 26 de enero de 2009 «Protección de los derechos fundamentales de las personas y pueblos indígenas desplazados o en riesgo de desplazamiento.» Auto 005 del 26 de enero de 2009 «Protección de los derechos fundamentales de las comunidades afrocolombianas.» Auto 006 del 26 de enero de 2009 «Medidas de protección de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad afectadas por el desplazamiento forzado.» Auto 007 del 26 de enero de 2009 «Medidas de coordinación interinstitucional.» Auto 008 del 26 de enero de 2009 «Persistencia del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento interno.» Auto 009 del 26 de enero de 2009 «Medidas de protección a algunos líderes y representantes de la población desplazada.» Auto 011 del 26 de enero de 2009 «Medidas para solventar problemas en materia de registro y caracterización de la población víctima.» Auto 266 del 1 de septiembre de 2009 «Observaciones y recomendaciones en materia de registro de la población desplazada y formulación de cuestionamientos en su labor de coordinación.» Auto 314 del 29 de octubre de 2009 «Medidas en materia de coordinación Nación-territorio y convocatoria a sesiones técnicas.» Auto de 18 de mayo de 2010 «Medidas cautelares para la protección de las comunidades afrocolombianas de las cuencas de los ríos Curvaradó y Jiguamiandó en el departamento del Chocó.» Auto 382 del 10 de diciembre de 2010 «Medidas de protección de las comunidades indígenas Hitnú o Macaguán en el departamento de Arauca.» Auto 383 del 10 de diciembre de 2010 «Medidas en materia de coordinación y corresponsabilidad.» Auto 174 del 9 de agosto de 2011 «Medidas de protección de la comunidad indígena Awá de los departamentos de Nariño y Putumayo.» Auto 219 del 13 de octubre de 2011 «Medidas para garantizar la continuidad de la protección de los derechos fundamentales de la población desplazada de cara al nuevo marco institucional.» Auto 045 del 7 de marzo de 2012 «Medidas de protección de las comunidades afrocolombianas de las cuencas de los ríos Curvaradó y Jiguamiandó en el departamento del Chocó.» Auto 112 del 18 de mayo de 2012 «Medidas encaminadas a proteger el proceso de restitución y retorno a los territorios colectivos de las comunidades afrocolombianas de las cuencas de los ríos Curvaradó y Jiguamiandó.» Auto 116A del 24 de mayo de 2012 «Medidas para mejorar la coordinación presupuestal y de planeación entre la Nación y las entidades territoriales en materia de política de vivienda para la población víctima de desplazamiento forzado interno.» Auto 173 del 23 de julio de 2012 «Medidas de protección de los pueblos indígenas Jiw o Guayabero y Nükak de los departamentos del Meta y Guaviare.» Auto 299 del 18 de diciembre de 2012 «Medidas encaminadas a proteger el proceso de restitución y retorno de los territorios colectivos de las comunidades afrocolombianas de las cuencas de los ríos Curvaradó y Jiguamiandó en el departamento del Chocó.» Auto 098 del 21 de mayo de 2013 «Sala Especial de Seguimiento T-025 de 2004: Protección y atención a mujeres desplazadas líderes y mujeres que trabajan por las víctimas del conflicto armado interno.» Auto 099 del 21 de mayo de 2013 «Ayuda humanitaria para la población desplazada en el nuevo marco institucional de la ley 1448 de 2011.» Auto 119 del 24 de junio de 2013 «Seguimiento a las acciones adelantadas por el Gobierno Nacional, para la superación del estado de cosas inconstitucional, en relación con el componente de registro y se dictan medidas para mejorar la atención a la población desplazada.» Auto 234 del 22 de octubre de 2013 «Solicitud información al Gobierno Nacional sobre el cumplimiento que han tenido las órdenes dadas en los autos 005 de 2009 y 119 de 2013, en el municipio de Buenaventura (Valle del Cauca).» Auto 073 del 27 de marzo de 2014 «Medidas de prevención, protección y atención de las comunidades afrodescendientes de la región pacífica del departamento de Nariño en riesgo y víctimas de desplazamiento forzado,

ridades adopten las medidas necesarias para asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales de las personas víctimas de desplazamiento forzado interno, lo que ha generado grandes avances en la protección de los derechos humanos de este grupo poblacional (que en aquel momento incluía a más de 4 millones de personas¹³) y en la visibilización de la problemática que afrontaba (en materia de seguridad, salud, educación, trabajo, vivienda, entre otros aspectos). Junto a ello se aprobaron diversas políticas públicas para solucionar la situación de vulnerabilidad de este grupo, y se expidió la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras en el año 2011. En suma, esta sentencia ha sido entendida doctrinariamente como una *macro sentencia* por la magnitud del grupo poblacional vulnerable que protege, el impacto de sus decisiones, la coordinación de múltiples entidades públicas y la ardua labor de seguimiento.

Posteriormente, la CCC emitió la sentencia T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) sobre el derecho fundamental a la salud. En ella acumularon 22 expedientes con el fin de analizar los diversos problemas que se presentaban de forma recurrente en el Sistema Nacional de Salud, de forma que se hicieron evidentes las diferentes facetas del derecho a la salud para garantizar su goce universal, equitativo y efectivo. Aproximadamente, 13 Entidades Promotoras del Servicios de Salud (EPS) y diversas entidades públicas regionales fueron demandadas.

La Corte abordó diversos temas sobre el reconocimiento, límites, protección y disfrute del derecho a la salud con el fin de consolidar su protección como un derecho fundamental. Además, se estudiaron casos sobre el acceso a medicamentos, tratamientos y diagnósticos médicos no incluidos en el POS (Plan Obligatorio de Salud), protección especial del acceso al derecho a la salud de los menores de edad, reembolso del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguros y Salud (FOSYGA) a las EPS, derecho a la información, eliminación de trabas burocráticas para el acceso a los servicios médicos (tanto administrativas como judiciales), fallas en la regulación y vigilancia del sistema de salud, etc.

Cabe señalar que, aunque la Corte no declaró el ECI en esta sentencia, sí emitió órdenes que permiten considerar que se trató de una sentencia estructural. Entre las decisiones adoptadas resaltan: la reforma, actualización periódica y adecuación para que el Plan Obligatorio de Salud (POS) y el POSS —régimen subsidiado— respondan a las necesidades de salud de la población; la unificación de los beneficios y medicamentos del POS y del POSS, primero en el caso de los niños y luego, progresivamente, en el caso de los adultos, con adecuada financiación; la adopción de medidas para que progresivamente se alcance la cobertura universal del Sistema Nacional de Salud antes de enero de 2010; entre otras medidas de alcance general, que buscaban beneficiar a todos los ciudadanos y no solo a los demandantes.

Dentro de las acciones de seguimiento y control, ordenó enviar informes sobre la disminución de acciones de tutela presentadas ante el Poder Judicial para acceder a los servicios de salud.

en el marco del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004 y de las medidas específicas ordenadas en el auto 005 de 2009.» Auto 173 de 06 de junio de 2014 «Seguimiento a las órdenes proferidas por la Corte Constitucional en el auto 006 de 2009 sobre protección de las personas en situación de desplazamiento con discapacidad, en el marco del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004.» Auto 009 del 27 de enero de 2015 «Sala Especial de Seguimiento T-025 de 2004: Auto 009 del 27 de enero de 2015 Protección a las víctimas de violencia sexual perpetrada por actores armados.»

13 La población desplazada en Colombia alcanza los 4.3 millones de personas, según *El Espectador*. Desde 1997 al 1 de diciembre de 2013 han sido registradas oficialmente 5'185,406 personas desplazadas internas, con un impacto desproporcionado en la población afrocolombiana y las comunidades indígenas (ACNUR, 2016).

La causa de esta medida residía en que las entidades públicas y privadas habían incorporado como requisito *ad hoc* para la prestación de sus servicios que los usuarios interpusieran una acción de tutela ante el Poder Judicial, situación que venía comprometiendo su normal funcionamiento. Además, ordenó llevar a cabo audiencias periódicas para informar sobre los avances en la reestructuración del Sistema Nacional de Salud¹⁴. Finalmente, cabe señalar que se aprobó la Ley Estatutaria N° 1751 de febrero de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones que recogen los aspectos fundamentales de la sentencia T-760 de 2008.

1.3. Relación entre el estado de cosas inconstitucional y las sentencias estructurales.

El ECI es un concepto de creación jurisprudencial de la CCC desarrollado a partir de 1997 con la sentencia de unificación SU-559 (analizada en el subcapítulo anterior), en la cual la Corte declaró el *Estado de Cosas contrario a la Constitución*, concepto que fue evolucionando a través de la propia jurisprudencia y que actualmente puede ser definido de la siguiente forma:

Un estado de cosas inconstitucional es una figura de carácter procesal de vocación oficiosa, para la defensa objetiva de derechos humanos, a fin de resolver casos en que se presenta una violación sistemática de derechos fundamentales de un grupo significativo de personas, cuyas causas guardan relación con fallas sistémicas o estructurales y con políticas públicas, donde se requiere, involucrar a todos los estamentos públicos necesarios y adoptar medidas de carácter impersonal que tiendan a superar ese *statu quo* injusto, en el cual el Juez constitucional mantiene la competencia para vigilar el cumplimiento del fallo. (Vargas, 2003)

De acuerdo con lo anterior, la declaración del ECI es una situación excepcional en un Estado Constitucional de Derecho, pues partimos de la idea general del funcionamiento de las instituciones del Estado, en la que constituye una situación anormal y excepcional la presencia de problemas sistémicos que afectan su funcionamiento. Dicha situación excepcional constituye una vulneración continua y masiva de derechos humanos que, para ser solucionada, requiere de la intervención de diversas autoridades e instituciones estatales, la elaboración e implementación de nuevas medidas y/o políticas públicas, y el seguimiento y control del juez constitucional, lo que da origen a un escenario donde el rol de la justicia resulta decisivo.

En efecto, la intervención de la justicia resulta fundamental para ayudar a solucionar los problemas estructurales presentes en las instituciones del Estado que se deben a la inoperancia de los mecanismos existentes para cumplir con ese fin.

14 Ver Autos de la Sala Especial de Seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008: Autos Específicos Orden 16 - Supersión de fallas de regulación en planes de beneficios para garantizar acceso. Orden 17 - Actualización integral del POS. Orden 18 - Periodicidad en la actualización del POS. Orden 19 - Informe de negación de servicios de salud. Orden 20 - Ranking de EPS e IPS. Orden 21 - Unificación de planes de beneficios para los niños y las niñas. Orden 22 - Unificación gradual y sostenible de los planes de beneficios. Orden 23 - Trámite interno para autorizaciones de servicios de salud No POS por la EPS. Orden 24 - Sostenibilidad financiera y flujo de recursos. Orden 25 - Flexibilización de requisitos aplicables a los recobros glosados. Orden 26 - Trámite y pago de los recobros atrasados a 30 de septiembre de 2008. Orden 27 - Rediseño del sistema de recobros. Orden 28 - Cartas de derechos, deberes y desempeño. Orden 29 - Cobertura universal sostenible. Orden 30 - Medición de acciones de tutela. Orden 32 - Divulgación de la sentencia.

Por tal razón, los ciudadanos acuden al juez constitucional para la protección efectiva de sus derechos. Este, al tomar conocimiento de la dimensión de los problemas presentados y la cantidad de personas afectadas, decide emitir una sentencia que tenga efectos más amplios que una mera resolución judicial *inter partes*, y que compromete, además, a las diferentes autoridades políticas para que, según el ámbito de sus competencias, diseñen mecanismos de solución definitivos.

Cabe resaltar que la declaración del ECI y el uso de las sentencias estructurales no es de uso cotidiano, ni mucho menos deliberado, sino que responde a situaciones extraordinarias o excepcionales en las que las autoridades públicas y, en especial, el juez constitucional que conoce el caso necesitan tomar acción y contribuir a la solución del problema. Como señala Juan Carlos Henao (2013):

Las condiciones sociales han llevado a que el juez constitucional colombiano se constituya en actor de las políticas públicas, pero, ¿por qué ha sucedido? La *gobernanza*, la posesión de condiciones financieras y administrativas para transformar en realidad las decisiones que toma el Estado, ha entrado en crisis (Sierra, 2009, 11). No por falta de recursos, sino por la delimitación de prioridades. En muchas ocasiones a esto se suma la falta de voluntad de algunos actores para modificar condiciones sociales específicas. En otras palabras y en concordancia con lo dicho antes, la crisis se debe a que existe un déficit de implementación de las acciones del Estado colombiano de gran envergadura.

[...] Hay otro elemento de esta crisis de *gobernanza*, que se suma a la insatisfacción de los derechos fundamentales y a la concentración ineficiente del poder en un órgano del Estado: el incumplimiento del desarrollo de la Carta, cuyas cláusulas programáticas sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales han sido letra muerta durante muchos años. Una situación que viene de gobiernos anteriores y que tampoco ha sido superada hasta el momento. (p. 71)

De acuerdo con lo expresado, aunque el juez no puede diseñar o ejecutar las políticas públicas, sí puede contribuir a acercar a las partes —autoridades y sociedad civil— para la construcción de estrategias, planes o programas que garanticen la protección efectiva de los derechos humanos (Dixon, 2014). Adicionalmente, en algunos casos, puede contribuir a ordenar la apropiación de los recursos necesarios para lograr la efectividad plena de estos derechos, la reforma al marco jurídico y/o la eliminación de prácticas o procedimientos contrarios a la Constitución. Además, el juez puede realizar una labor de seguimiento y control a la implementación de sus decisiones y de las políticas públicas adoptadas con ese fin.

Respecto a los elementos constitutivos del ECI, la Corte Constitucional inicialmente estableció tres factores: (a) la repetida y constante violación de derechos fundamentales de un número considerable de personas (b) por cuenta de situaciones provenientes de fallas estructurales (c) que implican a varias entidades y requieren soluciones complejas (Cárdenas, 2008, p. 32). Sin embargo, actualmente, la Corte amplió los elementos constitutivos del ECI, y estableció que:

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos;

(iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.¹⁵

Se puede afirmar que las sentencias estructurales tienen una relación íntima con el ECI, ya que este es el diagnóstico de las fallas sistémicas del Estado y aquellas son el mecanismo mediante el cual se resuelve o se soluciona dicha problemática. Así, el ECI y las sentencias estructurales son indicativos uno del otro; es decir, la declaración de un ECI presupone la existencia de una sentencia estructural, y esta presupone una medida —una orden— que busca resolverla. Sin embargo, pueden funcionar también de manera independiente, pues no se necesita la declaración del ECI para la emisión de una sentencia estructural, tal como vimos en la sentencia T-760 de 2008 sobre la protección del derecho fundamental a la salud, en la que la Corte Constitucional Colombiana no declaró expresamente este estado, pero sí emitió una sentencia estructural para solucionar los problemas o fallas sistémicas identificadas.

Además, puede presentarse otro escenario, en el que se declare expresamente un ECI, pero no se configure una sentencia estructural. Me refiero a una declaración formal, porque, si se configuran todos los elementos antes descritos para la declaración de un ECI, debería emitirse una sentencia estructural que brinde una solución integral al problema identificado por la justicia. No obstante, si la declaración del ECI es simplemente formal, pero sustancialmente no se reúnen los elementos del ECI, podría emitirse, simplemente, una sentencia interpretativa o manipulativa¹⁶, mas no una sentencia estructural, como sucedió en el pronunciamiento del

15 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-025 de 2004, sobre desplazamiento forzado interno.

16 En la doctrina existen diversas tipologías sobre sentencias interpretativas. Entre ellas se encuentra la clasificación del profesor Díaz Revorio (2001), según la cual existen sentencias interpretativas en sentido estricto, en las cuales se establece una interpretación determinada sin afectar el texto o disposición legal; reductoras, que consisten en declarar inconstitucional parte del texto legal o norma y aminorar su ámbito de aplicación; aditivas, que agregan una interpretación más amplia o vocablo para ajustar la disposición a la Constitución; y sustitutivas, que reemplazan parte del texto por otro término para salvar la constitucionalidad de la disposición legal. También se puede considerar la clasificación del profesor Eliseo Aja (1998). En esta tipología están las sentencias unilaterales que modifican algún elemento de la ley. Entre ellas están incluidas las sentencias interpretativas, que establecen una interpretación concreta y diferente a la literalidad de la ley, y dicha norma puede ser más amplia o restrictiva que la creada por el legislador. Asimismo, incluye las sentencias de inconstitucionalidad parcial que pueden ser *cuantitativas*, esto es, que anulan una palabra o frase de la disposición legal y con ello cambian el sentido del precepto, o *cualitativas*, que excluyen una norma o sentido determinado contenido en la disposición normativa por ser contraria a la Constitución, denominadas integrativas y sustitutivas. Finalmente, están las sentencias bilaterales que llaman a la colaboración del legislador para solucionar la inconstitucionalidad de la ley, y que tienen una doble intervención, primero del TC y después del Legislador. Para ello utiliza diferentes técnicas, como son: no declarar *todavía* la inconstitucionalidad de la ley, pero el legislador debe cambiarla, lo que encierra la amenaza de declarar la inconstitucionalidad en una futura sentencia declarar la inconstitucionalidad, pero posponiendo la entrada en vigor de los efectos de inconstitucionalidad, es decir, aplazando la derogación de la norma para que en dicho plazo el Parlamento pueda sustituir o modificar la disposición legal. También existen sentencias con mandatos y recomendaciones al legislador; para señalarle las líneas que debe contener la futura ley (pp. 276 - 282).

Tribunal Constitucional del Perú en el Exp. 06089-2006-PA/TC sobre el Impuesto General a las Ventas a las importaciones de vehículos usados. En dicha decisión se sostuvo la constitucionalidad de la medida contemplada y se mantuvo vigente el efecto de la norma hasta la subsanación formal de la reserva de ley.

En la referida sentencia, el TC declaró formalmente el ECI, pero no emitió una sentencia estructural¹⁷, primero, porque el TC no pretendía cambiar una situación de vulneración masiva de derechos humanos, y, segundo, porque la inconstitucionalidad de la norma no residía en su contenido, sino en la disposición normativa que habilitaba las resoluciones de la SUNAT y establecía un plazo para la subsanación formal de la reserva de ley. Como se puede observar, dicha sentencia no amplió sus efectos a otros ciudadanos en las mismas condiciones de vulnerabilidad; simplemente mantuvo el régimen existente al sostener que la norma que motivó su emisión era constitucional y no lesionaba los derechos fundamentales de la demandante. En este contexto no existía un ECI, sino que, en la práctica, el TC avaló la situación creada por la norma y extendió sus efectos en el tiempo mientras se realizaba la subsanación legal mediante una sentencia interpretativa.

En suma, existe una estrecha relación entre el ECI y las sentencias estructurales, pues el ECI es el diagnóstico del problema sistémico de funcionamiento del Estado y la sentencia estructural es el mecanismo mediante el cual se establece el marco constitucional y se ordenan algunas medidas que contribuyen al diseño e implementación de la solución integral y que serán desarrolladas con la participación de los demás organismos y poderes del Estado.

2. Las sentencias estructurales y su influencia en el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

2.1. La noción de sentencias estructurales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En el presente capítulo se realizará un análisis jurisprudencial de las sentencias del Tribunal Constitucional del Perú, concentrándonos especialmente en aquellos pronunciamientos del TC que pueden configurar una sentencia estructural. De esta forma, se analizarán sentencias en cuya parte resolutive se ordene o exhorte la adopción de políticas públicas u otras medidas orientadas a solucionar un problema estructural o sistémico del funcionamiento del Estado. Dicho análisis ayudará a determinar si el TC ha adoptado la figura jurídico-procesal de las sentencias estructurales y cuáles han sido sus efectos en la solución de la problemática mencionada.

Se ha centrado la atención en los fallos que reúnen algunas o todas las características de las sentencias estructurales de acuerdo a los siguientes criterios: (a) que la sentencia emitida verse sobre la vulneración masiva o grave de los derechos humanos y que represente una situación generalizada de desprotección; (b) que la parte resolutive de la sentencia no se

17 La situación antes descrita se presentó en la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú Exp. N° 06089-2006-PA/TC, en la cual la empresa Express Cars S.C.R.L. interpuso demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), solicitando que se declarara inaplicable la Resolución N.° 220-2004/SUNAT, del 24 de septiembre de 2004, modificada por la Resolución N.° 274-2004/SUNAT del 8 de noviembre de 2004, que contemplaba el 5% del Impuesto General a las Ventas sobre las importaciones de vehículos usados, y establecía un porcentaje diferente para la importación de vehículos usados y nuevos, pues estos últimos tenían un impuesto del 3%. Situación que, según la demandante, afectaba sus derechos constitucionales a la libertad de comercio, propiedad e igualdad ante la ley.

límite a decretar efectos *inter partes*, sino que directa o indirectamente beneficie o afecte a un grupo poblacional más amplio, haciendo referencia incluso a aquellas personas que nunca han acudido a la administración de justicia para la protección de sus derechos; y (c) que en la parte resolutive del fallo ordene o exhorto a la implementación de una solución integral, por ejemplo, la elaboración de una política pública, entre otras.

De acuerdo con los criterios mencionados, se han seleccionado cuatro sentencias del Tribunal Constitucional del Perú que serán analizadas a continuación.

La primera sentencia corresponde a un caso de acceso a la información ante el Consejo Nacional de la Magistratura (STC2579-2003 HD/TC) relativa a la acción de hábeas data interpuesta por Julia Eleyza Arellano Serquén contra esta entidad luego de conocer, mediante Resolución 159-2001-CNM del 17 de agosto de 2001, que no fue ratificada en el cargo que venía ejerciendo como Vocal Superior Titular del Distrito de Lambayeque, sin que se le indicaran las razones ni motivos por los cuales se adoptó tal decisión. De esta forma, solicitó, mediante la referida acción constitucional, que se le proporcionara la información denegada que consistía en: (a) el informe de la comisión permanente de evaluación y ratificación sobre la conducta e idoneidad en el cargo que ejercía como Vocal Superior Titular del Distrito Judicial de Lambayeque; (b) la copia de su entrevista personal, realizada el 31 de julio de 2001; y (c) la copia del Acta del Pleno del CNM, que contenía la decisión de su no ratificación en el cargo. En el presente caso, el TC declaró el ECI. Se trata de la primera sentencia que incorporaba el concepto de ECI en el TC del Perú, que señalaba como primer argumento la saturación de la justicia constitucional, generada por las diversas demandas interpuestas por terceros que se encontraban en la misma situación que la accionante y que tenían como finalidad obtener similares términos de protección judicial con base en que los procesos constitucionales de libertad (amparo, hábeas data, hábeas corpus) solo tienen efectos *inter pares*. Como segundo argumento, el TC sostuvo la existencia de prácticas inconstitucionales por parte de los diferentes órganos del Estado, lo cual revelaba la existencia de un problema que atañe a la propia naturaleza y al carácter vinculante de los derechos fundamentales sobre los órganos públicos. A criterio de este Colegiado, esta situación revelaba una práctica sistemática de vulneración de los derechos fundamentales de un sector importante de la población, por lo que se justificaba una intervención que pusiera fin a sus efectos (FJ 19).

En esta sentencia se declaró formalmente la existencia de un ECI con el propósito de ampliar los efectos de su parte resolutive a todas aquellas personas que se encontraban en las mismas condiciones de vulnerabilidad del derecho al hábeas data ante el CNM. El TC señaló expresamente que, como consecuencia de la errónea interpretación de las disposiciones legales a futuro, podrían generarse trabas y prácticas inconstitucionales en el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos que acudían ante el CNM, específicamente en el derecho al acceso de la información pública y hábeas data.

No obstante, no quedó clara la vulneración masiva de derechos humanos ni el número de personas afectadas o que se encontraban en la misma situación de vulnerabilidad. El TC no explicó, en ese sentido, de manera adecuada las razones que conllevaron a la emisión del ECI, ni mucho menos la relación que existía entre el problema que motivó su emisión, como un problema estructural, y la interpretación errónea de las normas por parte de funcionarios públicos.

Además, si existía una vulneración masiva de derechos humanos, esta debió generarse con anterioridad a la medida que motivó la sentencia del TC. Sin embargo, este Colegiado solo protegió de forma automática el derecho al acceso a la información pública y hábeas data, cuyos hechos se originaron con posterioridad al fallo (como lo expresó en el fundamento 21),

lo que excluía a los ciudadanos que previamente se encontraban en la misma situación de vulnerabilidad. Por lo tanto, la medida creó una especie de aval para los casos anteriores en los cuales se lesionó el derecho de hábeas data. Así, era necesario incluir a toda la población en la misma situación de vulnerabilidad para garantizar una igual protección de derechos. El TC debió, por ejemplo: (i) acumular los procesos análogos que se encontraban en curso y (ii) permitir que, en los casos denegados (anteriores a la medida), los solicitantes pudieran acogerse a los efectos del fallo sin necesidad de iniciar una nueva acción constitucional, teniendo en cuenta que fue considerada una práctica inconstitucional que debía eliminarse.

En suma, el máximo órgano constitucional pudo utilizar los mecanismos existentes para solucionar el caso concreto (v. gr: acumulación de procesos, incorporar precedentes judiciales y/o emitir una sentencia interpretativa) y, solo cuando estos mecanismos fueran insuficientes, acudir al uso de las sentencias estructurales. Además, al declarar el ECI, debió centrar su atención en identificar el problema estructural existente y a las autoridades competentes y necesarias para solucionar de forma eficiente la falla sistémica que se venía presentando, con el fin de que se implementaran las medidas adecuadas para lograr la protección efectiva de los derechos humanos de la accionante y de todas las demás personas que se encontraban en la misma situación de vulnerabilidad. Por ello, ordenó medidas de seguimiento y control para lograr el cumplimiento de su fallo, pero no actuó de ese modo y generó dudas sobre las razones que motivaron la declaración del ECI. Por lo tanto, se puede considerar que se configuró una declaración formal del ECI, pero sustancialmente no se configuraron los elementos para la emisión de una sentencia estructural.

La segunda sentencia analizada corresponde al Exp. 3149-2004 AC/TC relativa a la acción de cumplimiento interpuesta por Gloria Marleni Yarlequé Torres contra el Director de la Unidad de Gestión Educativa de Jaén, que solicitaba el cumplimiento de la Resolución Directoral de la Unidad de Gestión Educativa 00794-2003-ED-JAEN de fecha 20 de junio 2003, que dispuso abonar a su favor la suma de S/ 2,624.72 por concepto de subsidios por luto y sepelio. En la contestación de la demanda, el Director de la Unidad de Gestión Educativa de Jaén señaló que no se dio cumplimiento a la resolución porque el pago por este concepto no estaba presupuestado, pese a las gestiones que realizó ante la Gerencia Regional de Planeamiento, Presupuesto y Acondicionamiento Territorial del Gobierno Regional de Cajamarca, sin obtener respuesta.

El TC, teniendo en cuenta los múltiples y similares procesos judiciales que se venían presentando, puso de manifiesto la renuencia de las autoridades competentes para acatar las disposiciones legales, lo cual dio origen a una violación sistemática de los derechos afectados por parte de dichas autoridades, entre ellos, los funcionarios del sector Educación y del Ministerio de Economía y Finanzas (F) 5 y 6), pues solo en el año 2004 se presentaron 12 expedientes¹⁸ que trataban sobre hechos y pretensiones similares.

Asimismo, señaló que todos los casos aludidos versaban sobre dos temas recurrentes: (i) la exigencia de docentes, que trabajan en distintos lugares del país, del pago de un derecho por concepto de luto y sepelio previsto en la Ley del Profesorado y su reglamento, y (ii) el pago de bonificaciones por haber cumplido 20, 25 y 30 años de servicios como docentes, en aplicación del artículo 52° de la Ley 24029 (Ley del Profesorado). En todos estos casos, luego de una serie de trámites administrativos, los docentes lograron una resolución administrativa

18 Expedientes 3159-2004-AC/TC; 2363-2004-AC/TC; 3157-2004-AC/TC; 2060-2004-AC/TC; 254-2004-AC/TC; 2653-2004-AC/TC; 3989-2004-AC/TC; 2054-2004-AC/TC; 1997-2004-AC/TC; 2159-2004-AC/TC; 1997-2004-AC/TC; 2033-2004-AC/TC; 1151-2004-AC/TC.

que autorizaba su pago, pero debieron iniciar luego una verdadera batalla judicial para hacerlo efectivo (FJ 7). Esta situación incluso se agravó en algunos casos, pues, aun con una sentencia judicial que reconocía sus derechos, la misma no se hizo efectiva y no obtuvieron su pago.

Ante esta situación, el TC declaró la existencia de un ECI configurado por los comportamientos renuentes, sistemáticos y reiterados de los funcionarios del Ministerio de Economía y Finanzas y de las autoridades del Ministerio de Educación al momento de atender los reclamos referidos a los derechos reconocidos en las normas legales correspondientes al personal docente (FJ 16). De esta forma, el TC sostuvo que era necesario encarar esta problemática de forma integral, y no a través de respuestas aisladas para cada caso concreto, pues ello suponía un obstáculo a la eficacia de los derechos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales suscritos por el Estado (FJ 9).

A juicio de la autora, el presente caso configura una verdadera sentencia estructural, pues el TC, consciente del problema de gran magnitud que tenía enfrente, convocó a las autoridades competentes para que adoptaran una solución integral. Además, es pertinente señalar que el juez constitucional, en el presente caso, respetuoso de la división de poderes, no estableció cuáles eran las acciones, medidas o soluciones puntuales que debían implementarse, sino que notificó a las autoridades competentes para que adoptaran las medidas necesarias para solucionar el ECI, respetando el marco legal fijado en la Constitución y desarrollado por el TC en su jurisprudencia. Sin embargo, es innegable que los mecanismos de seguimiento y control del cumplimiento de la sentencia fijados por el TC fueron demasiado laxos, pues hicieron referencia simplemente a la remisión de un informe sobre las acciones tomadas para determinar la responsabilidad de los funcionarios, sin referirse al seguimiento de la elaboración e implementación de las medidas adoptadas por las autoridades competentes para solucionar el ECI, lo que dejaba abierto el plazo para diseñar e implementar las acciones estatales pertinentes.

El tercer caso analizado versa sobre la contaminación ambiental en la ciudad de La Oroya (STC 2002-2006 PC/TC). Se puede resumir los hechos que motivaron esta sentencia de la siguiente forma: un grupo de pobladores de La Oroya interpuso acción de cumplimiento contra el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA) solicitando:

- (a) Diseñar e implementar una estrategia de salud pública de emergencia que tenga como objetivo la recuperación de la salud de los afectados por contaminantes en la ciudad de La Oroya, la protección de los grupos vulnerables, la adopción de medidas de prevención del daño a la salud, y el levantamiento de informes sobre los riesgos a los cuales la población se encuentra expuesta; todo ello conforme a lo dispuesto por los artículos 96, 97, 98, 99, 103, 104, 105, 106 y 123 de la Ley General de Salud (Ley 26842).
- (b) Declarar en Estado de Alerta a la ciudad de La Oroya, lo cual implica la elaboración de un plan de estado de alerta de salud, proponer los niveles de estado de alerta que correspondan a la ciudad de La Oroya a la Presidencia del Consejo de Ministros, y, precisamente, la declaración del estado de alerta, todo ello a tenor de los artículos 23 y 25 del Decreto Supremo 074-2001-PCM, Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental.
- (c) Establecer programas de vigilancia epidemiológica y ambiental, de conformidad con el artículo 15 del mencionado Decreto Supremo 074-2001-PCM.

Estas medidas fueron dadas a causa de los altos niveles de contaminación en el aire que venían afectando los derechos a la salud pública, a un ambiente equilibrado y adecuado de los pobladores de La Oroya como consecuencia de las actividades del complejo metalúrgico ubicado en la ciudad. Precisamente, desde el año 1997, la empresa norteamericana Doe Run Company adquirió el Complejo Metalúrgico de La Oroya que operaba a través de su empresa subsidiaria Doe Run Perú, la misma que asumió el compromiso de cumplir todas las obligaciones contenidas en el PAMA (Programa de adecuación y manejo ambiental), elaborado por el anterior propietario del centro metalúrgico, Centromín Perú S.A. En diciembre de 1998, Doe Run Perú solicitó una modificación del PAMA, mediante la cual se comprometía a realizar un determinado número de mejoras ambientales para el año 2006 y a efectuar las principales inversiones para el tratamiento de las emisiones y calidad del aire a partir del año 2004. Dicha modificación, pese a sus múltiples prórrogas, fue incumplida.

De acuerdo con los diferentes estudios realizados por DIGESA y otros organismos nacionales e internacionales, los niveles de intoxicación de plomo y otros componentes en la sangre de niños, madres gestantes y, en general, de todos los habitantes de la ciudad de La Oroya se incrementaron considerablemente en los últimos años. El estudio de DIGESA estableció que el 99.1% de las personas que fueron analizadas sobrepasaba el límite del nivel de plomo en la sangre recomendado por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Además, en el estudio realizado por el Consorcio Unión para el Desarrollo Sustentable (UNES), se encontraron otros componentes que inciden en la salud de la población, como arsénico, cadmio y dióxido de azufre, que originan náuseas, dolores quemantes en manos y pies, afectaciones al sistema nervioso central, enfermedades pulmonares y enfermedades en órganos vitales, como el hígado y los riñones, entre otros malestares.

El pronunciamiento del TC se constituyó en una sentencia estructural porque el juez constitucional evidenció un problema sistémico de salud pública en la ciudad de La Oroya que venía prolongándose en el tiempo, lo que generaba una vulneración y desprotección masiva de los derechos humanos que afectaba a todos los habitantes de la zona, principalmente a los niños, ancianos y madres gestantes. A ello contribuía la evidente inacción estatal por parte de DIGESA, que desde el año 1999 conocía de la situación crítica de contaminación de la zona, pero no emprendió acciones concretas para contrarrestar sus efectos.

Igualmente, el TC estableció un precedente jurisprudencial que rompió el paradigma según el cual los derechos civiles y políticos implicaban únicamente obligaciones de *no hacer* y los derechos sociales implicaban obligaciones de *hacer*¹⁹, bajo el argumento de que todos los derechos poseen obligaciones de hacer y no hacer de forma simultánea. Por lo tanto, el máximo tribunal constitucional reconoció el alcance y la exigibilidad de los derechos sociales, específicamente del derecho a la salud, y estableció que la dimensión programática de este derecho no significa que su reconocimiento y protección podían aplazarse indefinidamente, sino que se requieren acciones inmediatas para su protección. Asimismo, según el TC, los jueces y magistrados están en la obligación de evaluar cada caso concreto y determinar las acciones o políticas públicas más adecuadas que deben desempeñar las diferentes autoridades públicas para lograr la protección efectiva de los derechos sociales, lo que pone de relieve el rol que cumple el juez en un Estado Constitucional de Derecho.

19 Para ampliar el concepto de los derechos sociales y su exigibilidad, ver Abramovich y Courtis (2002).

Además, la parte resolutive no se limitó a decretar efectos *inter pares*, sino que directamente benefició a todos los habitantes de la ciudad de La Oroya y de toda la región, y considera incluso a aquellas personas que nunca fueron parte del proceso de cumplimiento, ni acudieron a la administración de justicia, pues las políticas públicas que iba a adoptar el Ministerio de Salud y DIGESA impactarían en toda la población y no solo en los demandantes. Asimismo, determinó la intervención directa de la entidad demandada y su relación con las otras entidades estatales, señalando plazos concretos para llevar a cabo las acciones contempladas en la legislación existente y que estaban en mora de ser cumplidas.

El TC exhortó a las partes involucradas, tanto autoridades públicas como a los demás actores sociales —Gobierno Regional de Junín, Municipalidad Provincial de Yauli-La Oroya, Ministerio de Energía y Minas, Consejo Nacional del Ambiente, empresas privadas (Doe Run Perú SRL), población civil— a participar activamente en la creación de acciones destinadas a la protección del derecho a la salud y al medio ambiente sano para todos los habitantes de la zona, lo cual es un gesto evidente de participación democrática en la elaboración de las políticas públicas del Estado. Aunque el mandato fue una exhortación sin fuerza vinculante u obligatoria, supuso un primer escenario de acercamiento de las partes que, si se hubiera llevado a cabo, habría contribuido al diseño e implementación de una solución integral de este complejo problema estructural.

Finalmente, es importante señalar que la sentencia fue muy escueta en establecer mecanismos de seguimiento y control del cumplimiento efectivo de sus órdenes, pues apenas se dispuso como mecanismo de seguimiento la remisión de informes por parte del Ministerio de Salud, lo cual fue insuficiente para asegurar su efectivo cumplimiento a la luz de las dificultades existentes. Pese a las buenas intenciones del TC por reactivar la administración pública para lograr la protección efectiva de los derechos a la salud y a un medio ambiente equilibrado y adecuado en la ciudad de La Oroya, las entidades demandadas no han cumplido hasta la fecha con la totalidad de las órdenes de este pronunciamiento jurisdiccional.²⁰

El último caso que será analizado corresponde a la sentencia sobre salud mental de los detenidos del INPE (STC 03426-2008-PHC/TC). En este fallo, el TC examinó la situación del señor Pedro Gonzalo Marroquín Soto, que fue declarado inimputable en el proceso penal que se siguió en su contra por el delito de homicidio calificado (Exp. 2240-2007). El señor Marroquín Soto padece de síndrome psicótico esquizofrénico paranoide, por lo cual la Segunda Sala Penal con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, mediante sentencia de fecha 29 de enero de 2008, lo declaró exento de responsabilidad penal, por lo que dispuso

20 La Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), el Centro de Derechos Humanos y Ambiente (CEDHA) y Earthjustice presentaron petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) contra el Estado peruano por el incumplimiento de normas en materia ambiental y de salud y la falta de supervisión y fiscalización de la empresa que operaba el complejo metalúrgico. La Corte IDH ordenó la adopción de las medidas cautelares solicitadas por los peticionarios. El 31 de agosto de 2007, solicitó al Estado peruano que: (i) adoptara las medidas necesarias para establecer un diagnóstico médico especializado de los beneficiarios de las medidas; (ii) proveyera tratamiento médico especializado y adecuado a aquellas personas cuyo diagnóstico demuestre que se encuentran en una situación de peligro de daño irreparable para su integridad personal o su vida; y (iii) coordinara con los peticionarios y los beneficiarios de las medidas para su implementación. Se declaró la admisibilidad de la petición mediante Informe N° 76 de 2009, Petición 1473 de 2006, Admisibilidad Comunidad de La Oroya, Perú, 5 de agosto de 2009 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009). Posteriormente la Corte IDH amplió el número de beneficiarios de la medida cautelar a través de la Resolución 29/2016, Medida Cautelar N° 271-05 de 3 de mayo de 2016, con el fin de suministrar atención médica adecuada, de acuerdo con los estándares internacionales aplicables en la materia.

su internación en un establecimiento médico por el plazo de 4 años computados a partir de la fecha en que fuere internado en el correspondiente centro hospitalario.

Ante el incumplimiento del mandato judicial, el 4 de marzo de 2008, Pedro Tomás Marroquín Bravo, hijo del sentenciado, interpuso demanda de hábeas corpus a favor de su padre en contra del Director del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), con el objeto de que cumpla con ejecutar la medida de seguridad de internación dispuesta judicialmente. Al momento de la presentación de la demanda, el padre del accionante aún se encontraba recluido en el Pabellón 11 del Penal de Lurigancho, como si se tratara de una persona sujeta a responsabilidad penal, lo cual atentaba de manera flagrante contra su derecho constitucional a la salud y a la integridad personal.

Después de un detallado análisis, el Tribunal constató la violación masiva y generalizada de varios derechos fundamentales (derecho a la salud, integridad personal, etc.) en perjuicio de un número significativo de personas que sufrían de una enfermedad mental. Además, esta situación permitió evidenciar la existencia de un ECI respecto a las personas sujetas a medidas de internación. En efecto, se apreció que existían escasos planes, programas y servicios de salud mental dirigidos a personas que se hallaban en esa situación, y, además, los existentes no estaban articulados entre los sectores e instituciones del Estado (FJ 30).

El TC consideró que no podían alegarse deficiencias del propio Estado para evitar el cumplimiento de un mandato judicial que disponía la internación de una persona que padece una enfermedad mental con el propósito de que sea sometida a un tratamiento médico especializado. Así, se decretó que el Ministerio de Economía y Finanzas incrementara gradualmente el presupuesto del Ministerio de Salud para ampliar la cobertura correspondiente en los centros hospitalarios y mejorar las condiciones de vida de las personas con enfermedades mentales, para lo que era un imperativo que se adopten las medidas destinadas a reducir y, mejor aún, desaparecer el déficit de los recursos logísticos (FJ 27). En el presente caso, se habían creado largas listas de espera de personas detenidas con problemas mentales, ya que los centros hospitalarios no contaban con el número suficiente de camas para su internación. Estas personas, durante ese lapso, continuaban recluidas en los penales y centros de detención sin ningún tipo de supervisión médica especializada. Consecuentemente, el TC consideró que, para superar el problema, era necesaria la intervención activa y oportuna no solo de las autoridades emplazadas, sino de los diferentes sectores o poderes del Estado (Ministerio de Justicia, Ministerio de Salud, Ministerio de Economía y Finanzas, Congreso de la República, Poder Judicial, etc.). Por tanto, el Tribunal exigió el replanteamiento de la actuación de los poderes públicos, a fin de que adoptaran un conjunto de medidas de carácter administrativo, legislativo y judicial que tuviera como objeto superar de forma eficaz las situaciones de hecho que motivaban el quebrantamiento de la Constitución (FJ 31).

El TC del Perú emitió una sentencia estructural en la que, haciendo uso de sus facultades constitucionales, declaró el ECI por ausencia de políticas públicas de tratamiento y rehabilitación de salud mental para las personas sujetas a medidas de seguridad de internación penal. El TC actuó de esta forma debido a la reiterada y sistemática vulneración de los derechos de este colectivo y a las constantes omisiones en las que incurrió el Estado para arribar a una solución definitiva.

De esta manera, el TC no se limitó a declarar la vulneración de los derechos del accionante, sino que decretó medidas específicas que involucraban a las otras ramas del poder, para que, mancomunadamente, resuelvan la situación del actor y de todos los demás reclusos (población penitenciaria con medida de seguridad de internación por padecer de una enfermedad mental) que se encontraban en el mismo estado de indefensión por estar recluidos en cárceles y no en centros hospitalarios, como correspondía.

De acuerdo con lo anterior; y teniendo en cuenta los efectos generales (*inter communis*) de la sentencia que beneficiaba a un grupo poblacional amplio, el TC, de conformidad con lo establecido en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, señaló que cualquier persona que se encontrara en las mismas circunstancias que las descritas en esta sentencia, esto es, que sufran agravio por el mismo o similares actos lesivos, podría acogerse a sus efectos o a la doctrina constitucional sentada por este Colegiado²¹, para lo que no es necesaria la interposición de una nueva demanda de hábeas corpus (FJ 32). Esta decisión contribuye a la coherencia del sistema de justicia en garantía de la igualdad y la seguridad jurídica. Además, agiliza y acerca la administración de justicia a los ciudadanos, pues no es necesario congestionar el Poder Judicial con nuevas demandas para resolver un aspecto claro de protección de derechos humanos. Por tal razón, estableció que «el *fundamento* 32 de la presente sentencia constituye doctrina jurisprudencial».²² La sentencia ordenó un mecanismo de seguimiento y vigilancia de su cumplimiento, y le asignó a la Defensoría del Pueblo dicha labor; de tal suerte que este organismo le informaría al TC los adelantos adoptados por los entes involucrados mediante informes.

Este mandato tenía como finalidad realizar el monitoreo y vigilancia de la implementación de las políticas públicas y demás ordenes señaladas en la sentencia para garantizar la superación del ECI. Aquí es importante resaltar que, a diferencia de las anteriores sentencias, se asignó esta labor a un tercero y no se dejó la labor de seguimiento e información en manos de las propias autoridades sancionadas. No obstante, a la fecha no se ha implementado mecanismos de seguimiento y control directo por parte del TC, ni seguimientos a corto, mediano y/o largo plazo. Así, es innegable que, a pesar de los esfuerzos jurídicos realizados por el TC, la materialización de los derechos y el cumplimiento de sus sentencias sigue siendo un tema pendiente.

Finalmente, es posible considerar que en esta sentencia el TC intentó solucionar la reiterada vulneración de los derechos fundamentales de la población que padece una enfermedad mental y presenta medidas de seguridad de internación, lo cual constituye un avance en el nuevo rol que deben asumir los jueces y magistrados, pues sus funciones constitucionales los instan a la protección efectiva de los derechos y a la garantía de la Constitución. Ello significa que,

21 El EITC ha señalado que «La expansión de los efectos de una sentencia más allá de las partes intervinientes en el litigio no debe causar mayor alarma, puesto que, tratándose de un Tribunal encargado de la defensa de la supremacía constitucional, es claro, que sus decisiones —no sólo en los juicios abstractos de constitucionalidad, sino también en los casos concretos de tutela de derechos subjetivos— vincula a todos los poderes públicos» (Exp. 3149-2004-AC/TC, fundamento 14).

22 El artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del Perú señala: «Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional». En concordancia con lo señalado, el TC señaló en la STC 4853-2004-PA/TC que: «Por doctrina constitucional debe entenderse en este punto: a) las interpretaciones de la Constitución realizadas por este Colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos, sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales; b) las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad. En este caso, conforme lo establece el artículo VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal, no puede ser inaplicada por los jueces en ejercicio del control difuso, a menos, claro está, que el Tribunal sólo se haya pronunciado por su constitucionalidad formal; c) las proscripciones interpretativas, esto es las “anulaciones” de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución. Se trata en este supuesto de las sentencias interpretativas, es decir las que establecen que determinado sentido interpretativo de una disposición legislativa resulta contrario a la Constitución, por lo que no debe ser usado por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que les corresponde» (FJ 15).

en aquellos casos en los que sus fallos tradicionales con efectos *inter partes* no alcanzan para conseguir los efectos deseados, se deben utilizar otros mecanismos y herramientas, como las sentencias estructurales, ordenes de mandato, seguimiento y verificación de los fallos, y coordinación con las otras ramas del poder; entre otros, para potenciar sus facultades y contribuir al fortalecimiento e institucionalización de la administración de justicia.

2.2. Protección efectiva de los derechos humanos.

Como se ha podido comprobar, los avances en el litigio estructural y en la exigibilidad de los derechos humanos —civiles, políticos, sociales, económicos y culturales— han contribuido al reconocimiento y protección de los derechos humanos en un gran número de cortes y tribunales constitucionales del mundo, entre ellos, la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional del Perú. Estos procesos de desarrollo jurisprudencial son graduales, como se ha visto en el anterior análisis jurisprudencial. Asimismo, requieren de un alto compromiso institucional, en el que el papel que cumplen los jueces constitucionales resulta decisivo no solo por las implicancias de sus actos, sino porque el cumplimiento de sus decisiones coadyuva a fortalecer la articulación estatal.

Cabe señalar que las sentencias estructurales se constituyen en un mecanismo efectivo e idóneo de protección de los derechos humanos, pues, cuando se presentan situaciones graves de estancamiento burocrático, de omisiones constantes y generalizadas que afectan los derechos humanos de los ciudadanos, o cuando las acciones del Estado y/o particulares contribuyen a perpetuar este tipo de vulneraciones masivas, es indispensable encontrar una respuesta estatal que ayude a solucionar de forma estructural el problema sistémico que se presenta. Ocultar o ser indiferente a las necesidades ciudadanas solo agrava la situación y legitima el agravio constitucional. De esta forma, la respuesta estatal viene dada, en primera medida, por el juez que conoce del caso, el cual no debe permanecer inactivo ni legitimar un ECI; por el contrario, debe contribuir a la búsqueda de una solución acorde con el Estado Constitucional de Derecho, hacer visible el problema estructural, convocar y reunir a las partes —tanto estatales como civiles— y colaborar armónicamente con las otras ramas del poder público. De este modo, el juez plantea el marco constitucional dentro del cual deben desarrollarse las políticas públicas y demás medidas administrativas, judiciales y/o legislativas que solucionarán estructuralmente la vulneración constitucional y protegerán los derechos humanos de las víctimas. En el mismo sentido, las autoridades estatales, de acuerdo al ámbito de sus competencias, diseñan, desarrollan e implementan las acciones, planes, programas, estrategias, políticas públicas, leyes, etc., necesarias para la solución del ECI.

No obstante, el rol del juez no termina allí, sino que continúa con una labor de seguimiento y control de su sentencia, como una forma de asegurar su cumplimiento efectivo y de materializar la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos que acuden al Poder Judicial, y también de aquellos que, sin ser parte de un proceso, requieren de una protección especial.

Así, la decisión adoptada es solo un primer paso para la solución estructural, ya que las siguientes acciones dependerán de las otras autoridades públicas que conforman el Estado. Así, el diseño, elaboración y ejecución de las políticas públicas necesarias y adecuadas para cesar la vulneración permanente de derechos humanos serán desarrollados y ejecutados por dichas autoridades, respetando la división de poderes y la legitimidad popular de la democracia. Por tanto, el juez no puede ni debe actuar solo, sino en armonía y colaboración con otros actores institucionales que también intervienen en la solución de esta problemática. Así, es posible afirmar que:

Si bien la Corte reconoció la violación de una serie de derechos fundamentales, no emitió una orden destinada a que el Gobierno adoptara, en la oportunidad y la forma que creyera conveniente, una fórmula para su solución, sino que emitió una orden directa mediante la cual le exigía al Gobierno tomar cartas en el asunto y hallar una solución realista para las causas subyacentes a este caso. La Corte no le impuso al Gobierno una solución ad hoc, pero tampoco permitió que adoptara la solución que quisiera. Asimismo, la Corte le impuso al Gobierno un calendario para que se reúna, en sesiones que iban a ser supervisadas y dirigidas por la Corte, con las víctimas y sus representantes. Estas reuniones tenían como finalidad encontrar soluciones realistas, y en un plazo razonable, al problema de los desplazados, motivado por una omisión del Estado. En este caso, la Corte pensó en un modelo de exigibilidad de los derechos sociales compuesto por el reconocimiento fuerte de derechos, órdenes flexibles, que no es lo mismo que decir exhortaciones al legislador [o al Ejecutivo], y seguimiento fuerte de esas órdenes. (Campos, 2007, p. 27)

En suma, las soluciones adoptadas en las sentencias estructurales no solo tienen en cuenta a las entidades estatales involucradas, sino que los ciudadanos y demás actores sociales y/o civiles participan activamente en su búsqueda y construcción. Por un lado, participan en el proceso constitucional y, por otro, en las audiencias públicas de seguimiento y control. Ello genera un espacio de deliberación pública que fortalece y respalda la democracia. Los ciudadanos participan activamente en el proceso judicial, son parte fundamental de la solución estructural y son veedores del cumplimiento efectivo de la sentencia, lo cual genera legitimidad y compromiso con la solución adoptada.

De acuerdo con lo expresado, es necesario que el TC del Perú fortalezca su labor de seguimiento y control en la implementación de las órdenes estructurales emitidas para lograr la protección efectiva de los derechos humanos de los ciudadanos. Si bien la emisión de las sentencias estructurales constituye un primer avance en el reconocimiento fuerte de derechos, es importante intensificar el control de la materialización de sus órdenes a través de audiencias o informes periódicos que den cuenta de los avances realizados por las autoridades competentes y, especialmente, del nivel de protección y satisfacción de los derechos de las víctimas.

Finalmente, es importante resaltar que cuando los problemas estructurales del Estado se solucionan en el ámbito interno, es decir, las decisiones de la jurisdicción nacional son efectivas y adecuadas, no es necesario acudir a la jurisdicción internacional en busca de justicia. De esta forma, el Estado evita futuras denuncias y sanciones ante los organismos internacionales, lo que es una medida beneficiosa para ambas partes. Por un lado, los ciudadanos obtienen la protección y reparación de sus derechos de manera oportuna y eficaz y, por otro, el Estado evita ser sancionado internacionalmente por la violación de los derechos humanos de sus ciudadanos, y puede destinar su tiempo, recursos económicos y administrativos al adecuado funcionamiento estatal, lo cual conlleva la protección efectiva de las garantías constitucionales.

3. Conclusiones

- (1) Actualmente, el papel que cumplen los jueces ha generado la creación de figuras jurídicas y procesales (v. gr: sentencias estructurales, sentencias interpretativas, sentencias manipulativas, etc.) que contribuyen a la innovación jurisprudencial y a su labor de guardianes de la Constitución y protectores de los derechos hu-

manos de todos los ciudadanos. Sin embargo, dichos funcionarios no están solos en esta tarea, sino que todos los órganos y autoridades estatales se encuentran investidos de competencias y habilidades específicas para conseguir los fines previstos por la Constitución. Por lo tanto, en la emisión de sentencias estructurales, el juez y las demás autoridades del Estado trabajan armónicamente para solucionar un problema estructural que motiva la presencia de un ECI.

- (2) En las sentencias estructurales, el juez constitucional asume un rol activo de protección de los derechos humanos mediante la emisión de órdenes abiertas o flexibles que aportan al reconocimiento y protección de los derechos afectados, y a través de mecanismos de seguimiento y control cerrados o rígidos que promueven el cumplimiento efectivo de aquellas. En este contexto, los jueces se constituyen en actores que identifican el problema estructural o sistémico del Estado y promueven un diálogo entre las entidades estatales y los afectados por un ECI, a fin de generar una solución eficaz e integral.
- (3) Los efectos de las sentencias estructurales son inter partes, pues benefician a las partes intervinientes, y también inter communis, es decir, benefician a todas las personas que se encuentran en la misma situación de vulnerabilidad e influyen en la actualización y fortalecimiento de las políticas públicas desarrolladas por el Estado. Las sentencias estructurales incluyen, en esa medida, a un grupo humano más amplio que el que acudió inicialmente al Poder Judicial para reclamar por la vulneración de sus derechos. Es importante seguir avanzando en el reconocimiento, exigibilidad y protección de los derechos humanos en los países latinoamericanos, donde aún existe el reto de armonizar la Constitución con la realidad sociocultural de los distintos pueblos. En este contexto, el uso e implementación de mecanismos jurídicos y procesales novedosos, como las sentencias estructurales, contribuyen a proteger y materializar los derechos humanos, y disminuyen la brecha existente entre la consagración constitucional y el real disfrute de los derechos por parte de todos los ciudadanos.
- (4) La intervención del juez se legitima por la desprotección y afectación masiva de los derechos humanos de las personas que acuden a la administración de justicia, pero, una vez que el Estado implementa las medidas necesarias y adecuadas para lograr su protección, la necesidad de que el juez intervenga disminuye o desaparece, hasta llegar a un grado de estabilidad y normalidad aceptables. Por lo tanto, la emisión de sentencias estructurales debe ser excepcional, solo en aquellos casos en los cuales existe realmente un ECI, independientemente de su declaración formal o no por parte de la Corte o Tribunal Constitucional, sin constituirse en un mecanismo ordinario o de uso común.
- (5) Las sentencias estructurales se distinguen por la presencia de los siguientes aspectos:
 - ✓ El juez visibiliza un problema estructural de vulneración masiva de derechos humanos generado por la deficiencia en el funcionamiento u omisión del Estado.
 - ✓ El juez establece el marco constitucional que deben tener en cuenta las demás

autoridades competentes para desarrollar las políticas públicas: medidas legislativas, administrativas, entre otras medidas necesarias, para brindar una solución integral.

- ✓ La solución depende de o incluye a diversas autoridades estatales. En algunos casos involucra a las tres ramas de poder. En este contexto, las entidades o autoridades competentes son las encargadas de dotar de contenido a las políticas públicas (diseñar, elaborar, implementar y ejecutar) y a las demás medidas administrativas, legislativas y judiciales que solucionen adecuadamente el problema estructural.
 - ✓ El juez mantiene la supervisión de la implementación de la sentencia estructural, es decir, mediante mecanismos de seguimiento y control (v. gr. envío de informes, audiencias públicas, verificación *in situ*, etc.) vigila la elaboración e implementación de las soluciones estructurales por parte de las autoridades competentes, con el fin de garantizar la protección real y efectiva de los derechos humanos.
 - ✓ El uso de las sentencias estructurales es excepcional, pues, una vez se estabiliza el funcionamiento del Estado, la intervención del juez se minimiza o desaparece.
- (6) La emisión de las sentencias estructurales contribuye a la protección adecuada y efectiva de los derechos humanos. La Corte Constitucional de Colombia, en las diferentes etapas de su desarrollo jurisprudencial, ha afinado este mecanismo jurídico-procesal con el propósito de materializar las garantías constitucionales y lograr los efectos esperados. Dichas etapas comprenden desde el surgimiento jurisprudencial del ECI en 1997, pasando por una etapa de consolidación entre los años 1998 y 1999, tiempo en el cual los pronunciamientos incorporaron soluciones integrales con plazos determinados, hasta llegar a su etapa de fortalecimiento entre los años 2004 y 2008, en los cuales la CCC ha asumido un seguimiento constante del cumplimiento de sus sentencias (llevando a cabo audiencias públicas, visitas *in situ*, etc.) hasta lograr superar integralmente el ECI.
- (7) El Tribunal Constitucional del Perú se encuentra en un proceso de implementación de las sentencias estructurales. El TC sí ha adoptado el concepto de ECI para intentar solucionar un problema de funcionamiento u omisión estatal y proteger los derechos humanos de los actores, y ha ampliado los efectos de protección a un número mayor de personas que se encontraban en la misma situación de vulnerabilidad. Sin embargo, para alcanzar los niveles de protección esperados es necesario lograr el cumplimiento integral de sus fallos a través de mecanismos constantes de seguimiento y control, además de contar con la participación activa de los diferentes actores estatales y sociales involucrados en la solución de la problemática que subyace a los mismos.

Finalmente, aún queda mucho por avanzar en materia de protección, garantía y respeto de los derechos humanos en Latinoamérica, pero, pese a ello, se puede afirmar que el uso de las sentencias estructurales por parte de la justicia contribuye a la protección de los derechos humanos, por ser un mecanismo idóneo e innovador que no atenta contra las funciones y legitimidad de los demás poderes del Estado.

REFERENCIAS

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- ACNUR - Agencia de la ONU para los refugiados. (2016). Situación Colombia. *Acnur.org*. Recuperado de: <http://www.acnur.org/donde-trabaja/america/colombia/>
- Aja, E. (ed.) (1998). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*. Barcelona: Ariel.
- Barack, A. (2006). *The judge in a Democracy*. Nueva Jersey: Princeton University Press.
- Bellamy, R. (2000). *Constitucionalismo político*. Madrid: Marcial Pons.
- Bernal, C. y Bustamante, T. (eds.) (2005). *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Campos, H. J. (2013). *¿Existen diferencias en la exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales? Una mirada crítica sobre la distinción entre derechos civiles y derechos sociales a la luz del proceso de constitucionalización del derecho*. Cuaderno de Trabajo del CICAJ N° 4. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho, PUCP.
- Carbonell, M. (2010). *Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos clave*. Lima: Palestra.
- Cárdenas, B. R. (2011). *Contornos jurídico-fácticos del estado de cosas inconstitucional*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Informe N° 76/09, Petición 1473-06, Admisibilidad Comunidad de La Oroya, Perú*. 5 de agosto de 2009. Recuperado de: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Peru1473-06.sp.htm>
- Comisión de pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República. (2007). *El problema de la salud pública ambiental en La Oroya*. Informe Parlamentario del Grupo de Trabajo Ambiente y Ecología. Recuperado de: <http://elecochasqui.files.wordpress.com/2009/05/congreso-de-la-republica-el-problema-de-salud-publica-ambiental-en-la-oroya-junio-2007.pdf>
- Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. (1990). La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto). Observación General N° 3 probada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de: http://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN3

- Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Observación General N° 14 aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf?view>
- Defensoría del Pueblo. (2012a). *Decimosexto Informe Anual de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República*. Recuperado de: http://www.congreso.gob.pe/dgp/didp/boletines/03_2013/imagenes/constitucional/1.Decimosexto-Informe-Anual.pdf
- Defensoría del Pueblo. (2012b). *Ayuda Memoria. Seguimiento al cumplimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional respecto a medidas de seguridad de internación de personas con trastornos mentales (Expediente N° 03426-2008-PHC/TC)*.
- Díaz Revorio, F. (2001). *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova.
- Dixon, R. (2014). Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. En R. Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica* (pp. 51-104). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Dworkin, R. (2004). La lectura moral y la premisa mayoritaria. En H. Hongju Koh y R. Slye (coords.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa.
- Dworkin, R. (2005). *El imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Epp, C. (2013). *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Federación Internacional de Derechos Humanos. (2012). *Complejo Metalúrgico de La Oroya: Donde la inversión se protege por encima de los derechos humanos*. Recuperado de: http://www.fidh.org/IMG/pdf/informe_la_oroya.pdf
- Ferrajoli, L. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006). *Derechos y Garantías*. Madrid: Trotta.
- Ferreres, V. (2002) *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Gargarella, R. (2012). *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición.
- Henao, J. C. (2013). El juez constitucional un actor de las políticas públicas. *Revista de Economía Institucional*, 15(29), pp. 67 - 102.
- Holmes, S. y Sunstein, C. (2011). *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Jaramillo, J. F., Uprimny, R. y Guarnizo, D. (2006). Intervención judicial en cárceles. *Foro Constitucional Iberoamericano*, (12), pp. 129 - 163. Recuperado de: <http://www.idpc.es/archivo/1208279467FCI12AFJ.pdf>

- Langford, M. (2013). *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Lemaitre, J. (2009). *El derecho como conjuro*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Nino, C. (2001). Sobre los derechos sociales. En M. Carbonell, *Derechos sociales y derechos de las minorías*. México: Porrúa, UNAM.
- Pérez, L. E. (2007). Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas. En C. Rodríguez Garavito, L. E. Pérez Murcia y R. Uprimny, *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá: DeJusticia, IDEP.
- Población desplazada en Colombia alcanza los 4,3 millones de personas. (2009, 1 de mayo). *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/articulo/38808-poblacion-desplazada-colombia-alcanza-los-43-millones-de-personas>
- Rodríguez, C. (2013). Más allá de la jurisprudencia: el impacto de los fallos sobre derechos sociales. En M. Langford (ed.), *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Rodríguez, C. (2014). El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. En R. Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica* (pp. 211-244). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Rodríguez, César y Rodríguez, D. (2010a). *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: DeJusticia.
- Rodríguez, C. y Rodríguez, D. (2010b). Un giro en los estudios sobre los derechos sociales: El impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia. En P. Arcidiácono, N. Espejo Yaksic y C. Rodríguez Garavito (coords.), *Derechos Sociales: justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Universidad Diego Portales, CELS, LAEHR.
- Rodríguez, C. y Rodríguez, D. (2015). *Juicio a la exclusión*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Rodríguez, M. L. (2005). *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Salmón, E. (2010). *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*. Lima: Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ.
- Salazar Ugarte, P. (2013). *La democracia constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Saffon, M. P. y García-Villegas, M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos de la Universidad del Rosario*, 13(1), pp. 75 - 107.
- Sunstein, C. (2002). *Designing Democracy: What Constitutions Do?* Oxford: Oxford University Press.
- Sen, A. (2000). *Desarrollo y Libertad*. Barcelona: Planeta.

- Sepúlveda, M. y Rodríguez, C. (2013). Colombia: la Corte Constitucional y su contribución a la Justicia Social. En M. Langford, *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes.
- Uprimny, R. y Durán, J. (2014). *Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia*. Santiago de Chile: ONU. Recuperado de: <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/3/53503/EquidadyproteccionjudicialCOLOMBIA.pdf>
- Uprimny, R. y Rodríguez, C. (2007). Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria. En L. E. Pérez, *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá: Dejusticia e IDEP.
- Vargas, C. I. (2003). La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado «estado de cosas inconstitucional». *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1(1), pp. 203 - 228. Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20160808_01.pdf
- Velasco, J. C. (2009). Democracia y deliberación pública. *Confluencia XXI*, (6), pp. 70 - 79. Recuperado de: <http://digital.csic.es/bitstream/10261/23050/1/Democracia%20y%20deliberaci%C3%B3n%20p%C3%BAblica%20-%20CONFLUENCIA%20XXI%206%202009.pdf>
- Zagrebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

COMENTARIOS

Pedro Grández Castro
Profesor del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Agradezco al Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ - DAD) por la invitación para realizar los comentarios al trabajo de la profesora Mónica Barriga. Este trabajo se encuentra enmarcado dentro de un trabajo de mayor extensión, una tesis de maestría, y aborda un tema que ha adquirido una relevancia considerable en los últimos años: las sentencias estructurales.

Las sentencias estructurales han visto la luz en un contexto en el que los tribunales y las cortes constitucionales en América Latina han ido tomando un papel mucho más activo, que tiene como protagonista al juez constitucional, cuyas decisiones repercuten directamente en la vida y protección de los derechos humanos de los ciudadanos que acuden a ellos. Lo que la autora hace, desde este profundo trabajo, es abordar el concepto de estado de cosas inconstitucional. Este concepto fue construido por la Corte Constitucional Colombiana por medio de un desarrollo jurisprudencial que tomó muchos años y que, a la vez, se encuentra relacionado con la emisión de sentencias estructurales que buscan solucionar las fallas sistémicas del Estado.

El trasfondo de la emisión de una sentencia estructural, desde el derecho constitucional, es la protección de los derechos humanos. Esto ha sido señalado por la profesora Barriga cuando hace referencia a las constituciones aspiracionales, en contraste con las constituciones preservadoras que intentan mantener un *status quo*.

Dentro de las muchas críticas que se suelen plantear al accionar de los tribunales respecto de la emisión de sentencias estructurales, la más frecuente y consistente ha sido aquella que sostiene que los jueces no han sido designados para encargarse del diseño de políticas públicas. Además, los jueces, a diferencia de los políticos, no tienen que rendir cuentas sobre su actuar. Por ello, se afirma que se les estaría dando demasiadas atribuciones, que escapan al cargo que ostentan. Si hay jueces que empiezan a generar políticas públicas, se podría decir que se está creando una aristocracia privilegiada en la toma de decisiones. En ese sentido, se contaría con un grupo de personas que no han sido elegidas por la ciudadanía para tomar decisiones en temas trascendentales que merecen un debate público, y no uno en el espacio judicial, que es demasiado técnico y, muchas veces, cerrado.

No obstante, coincidimos con la autora cuando señala que se deben hacer precisiones en torno a este tipo de críticas. Si bien las sentencias estructurales lo que hacen es tratar de solucionar problemas sistémicos del Estado, estas no establecen las políticas públicas que se van a desarrollar, dado que no es el juez el que cuenta con la experiencia necesaria para realizarlas.

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/pedro-grandez-castro/>

Por ello, el juez solo puede establecer el marco constitucional en el cual se debe dar el desarrollo de dichas políticas. En otras palabras, los jueces plantean los parámetros de protección de los derechos constitucionales y, a la vez, vinculan y/o convocan a las autoridades estatales competentes para desarrollar las políticas públicas.

Algo que me resultó interesante del trabajo es cómo la Corte Constitucional de Colombia plantea, de oficio, actuaciones tan relevantes para un proceso como las audiencias públicas. Como bien señala la profesora Barriga, este es un punto fundamental que se relaciona con las características de las sentencias estructurales, ya que estas no terminan en la actuación de la Corte Constitucional Colombiana al dictar las sentencias, sino que requiere de acciones de seguimiento y control del cumplimiento de la sentencia.

De esta manera, es posible decir que la Corte cumple solo un rol de ente dinamizador, que garantiza el seguimiento en la protección efectiva de los derechos humanos porque, como es bien sabido, la sola emisión de una sentencia no garantiza el respeto de derechos fundamentales. Por lo tanto, se podría concluir, en esta parte, que se está ante sentencias que hacen frente a las omisiones del actuar de las instituciones del Estado. Así, la Corte no estaría atribuyéndose competencias, sino instando a las instituciones competentes a que desempeñen sus funciones.

Sin duda, la última sección del trabajo es la más interesante por los muchos ejemplos de la jurisprudencia peruana que recoge la autora para realizar comparaciones con la experiencia colombiana. Algunas de estas sentencias son especialmente importantes, principalmente aquella referida al caso de La Oroya. Este caso evidencia las carencias del Tribunal Constitucional peruano en cuanto al seguimiento que se les debe realizar a las sentencias. En este caso, el seguimiento fue encomendado a la Defensoría del Pueblo. Lo que se ve en la comparación que Barriga realiza es que, mientras en Colombia la Corte mantiene jurisdicción durante toda la etapa de seguimiento, en el Perú es impensable ver actuando al Tribunal en todas las etapas posteriores a la emisión de la sentencia. En ese sentido, dado que el Tribunal Constitucional peruano carece de una capacidad que es vital para garantizar la adecuada protección de los derechos humanos, se puede afirmar que carece de instrumentos efectivos de protección de los derechos fundamentales.

Es así que arribo a la misma conclusión de la autora: el mecanismo de seguimiento de las sentencias, planteado por la Corte Constitucional colombiana, se encuentra fuertemente relacionado con la colaboración armónica entre los diferentes poderes del Estado para que, en conjunto, activen el aparato estatal y resuelvan un problema estructural que está afectando directamente la protección y garantía de los derechos fundamentales.

Una cuestión que resalta la autora es que la facultad de seguimiento de las sentencias en Colombia no se encontraba establecida como una de las competencias indiscutibles de la Corte, sino que se fue afinando con el desarrollo jurisprudencial. A raíz de los trabajos que se han ido publicando acerca del impacto de la Corte Colombiana en América Latina, es posible advertir que el epicentro desde donde surgen este tipo de sentencias es la Corte Suprema de los Estados Unidos. La irradiación de las sentencias estructurales se puede encontrar en el caso Brown contra Consejo de Educación de Topeka.

Quiero finalizar señalando que se trata de un artículo muy crítico y ampliamente positivo, que nos invita a pensar en las carencias de los tribunales y en lo mucho que aún hay por mejorar en materia de la efectivización sus sentencias. No dudo que el trabajo de la profesora Mónica Barriga enriquecerá el debate en torno a la labor de los tribunales y las sentencias estructurales, además de que contribuirá en la búsqueda de herramientas de solución.

RESPUESTA DE LA AUTORA

Para empezar, quisiera agradecer sinceramente al profesor Pedro Grández por su tiempo y buena disposición en comentar mi artículo, ya que sus aportes me permiten abordar aspectos que, por motivos de espacio y formato, no pude profundizar; pero que sin duda están estrechamente ligados a mi tema de investigación. Como bien se menciona, este trabajo hace parte de un esfuerzo más amplio, mi tesis de maestría, donde analicé con mayor detenimiento varios de los comentarios planteados.

Con la finalidad de desarrollar los puntos propuestos por el profesor Grández, voy a dividir mi exposición en tres partes: en la primera, abordaré el rol del juez constitucional; luego, desarrollaré brevemente las principales críticas sobre el activismo judicial; y, por último, mencionaré la procedencia de la denominación «sentencias estructurales» y su pertinencia como una nueva tipología de sentencias.

El rol del juez constitucional

Es importante establecer el rol que cumplen los jueces constitucionales dentro de un Estado Constitucional de Derecho, en el cual día a día se van presentando diversos retos frente a la división de poderes, la organización y estabilidad política del Estado, y los reclamos de los ciudadanos para el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. Ante este panorama, parece que los jueces van obteniendo mayor protagonismo y responsabilidad, lo que permite reevaluar la tradicional idea del «juez boca de la ley», pasivo y aplicador de la ley, para convertirse, si es que puede denominarse así, en un «juez ebanista de la ley», pues es un juez activo, preocupado por el real reconocimiento y garantía de los derechos humanos, que adecua o interpreta la ley a la luz de la Constitución.

En este contexto, el juez es un facilitador en el reconocimiento de derechos, como sostiene Dworkin (2004), esto es, alguien cuyo rol consiste en hacer una labor interpretativa mediante una lectura moral de la Constitución —lectura moral se entiende como el deber ser o la aspiración— para identificar o reconocer los derechos y los principios generales de derecho que surgen del ordenamiento jurídico, aunque no estén taxativamente enlistados¹.

1 Dworkin, R. (2004). La lectura moral y la premisa mayoritaria. En H. Hongju Koh y R. Slye, *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa, pp. 101 - 111. Con el fin de aclarar un poco más la idea expuesta en este párrafo, considero pertinente hacer alusión a un ejemplo clásico de Dworkin, el caso Elmer. Elmer asesinó (envenenó) a su abuelo para heredar en Nueva York en 1882. Elmer sabía que su abuelo en el testamento le había dejado la mayor parte su fortuna, pero sospechaba que su abuelo, que acababa de volverse a casar, cambiaría el testamento. El crimen del nieto fue descubierto y fue condenado; sin embargo, en materia testamentaria no existía ninguna restricción legal que le prohibiera reclamar la parte asignada en el testamento. No obstante, las otras herederas, sus tías Goneril y Regan (hijas del abuelo y herederas universales) se oponían a que Elmer, el asesino de su padre, lo heredara. El juez Earl, en este caso, concluyó que los estatutos (legislación testamentaria) debían interpretarse a la luz de los principios generales de derecho, es decir, que el juez debía interpretar los estatutos acercándose al máximo posible a los principios de justicia presentes en el ordenamiento jurídico. De esta forma, Earl sostuvo que el ordenamiento jurídico, aunque no específicamente la ley testamentaria, consagraba el principio de que nadie debe aprovecharse de sus propios errores, de modo que el estatuto de testamento tendría que leerse acorde con

Entonces, la función desempeñada por los jueces cobra una especial relevancia en la protección de los derechos humanos, ya que tienen la capacidad de identificar y reconocer estas garantías constitucionales que surgen de la interpretación y aplicación a un caso concreto, y que, una vez definidas, el Estado no podrá desconocer, sino que deberá implementar y materializar en políticas públicas para su real protección. Mediante la referida implementación de las políticas públicas todos los ciudadanos se benefician de los derechos reconocidos, independientemente de si acuden o no al Poder Judicial para su reconocimiento y protección.

No obstante, quisiera señalar que, independientemente de la ideología o concepción del derecho que se tenga, esto es, ya sea que los jueces creen derecho ante los vacíos legales del ordenamiento haciendo uso de su discrecionalidad, como plantea la concepción del positivismo jurídico, o ya sea que los jueces reconozcan derechos implícitos concretándolos en principios, como plantea Dworkin, lo cierto es que la labor del juez es cada vez más preponderante y de mayor importancia para la consolidación de un Estado Constitucional de Derecho.

Principales críticas al activismo judicial

Para analizar las críticas al activismo judicial, es necesario establecer, primero, en qué consiste, ya que a partir de ahí se podrá determinar los alcances del rol cada vez más activo que desarrollan los tribunales y cortes constitucionales.

El nuevo activismo judicial, por lo tanto, parte de la constatación de situaciones recurrentes de bloqueo institucional o político que impiden la realización de los derechos. En estos casos, frecuentes en las democracias contemporáneas, la judicatura, aunque no sea la instancia ideal ni esté dotada de todas las herramientas para cumplir con la tarea, aparece como el único órgano del Estado con la independencia y el poder suficientes como para sacudir semejante estancamiento. En suma, si el activismo judicial opera en las circunstancias y con los mecanismos adecuados, sus efectos, en lugar de ser antidemocráticos, son dinamizadores y promotores de la democracia².

Quizás una de las críticas más fuertes al activismo judicial viene dada por su falta de legitimidad democrática o por la ausencia de elección popular de sus miembros —jueces y magistrados—, que representen los intereses de la sociedad, lo cual le resta autoridad y legitimidad en la toma de decisiones sobre los derechos, principios y/o régimen político que debe regir al

el mencionado principio, para negar la herencia a las personas que han matado para obtenerla.

El anterior caso pone en evidencia la labor interpretativa del juez, que identifica o extrae del ordenamiento jurídico el principio general de derecho, según el cual nadie puede beneficiarse de sus propios errores, aunque la legislación específica sobre testamentos no contemplaba nada respecto a la asignación o negación de la herencia a los asesinos del causante. A pesar de este posible vacío legal, la interpretación del juez, aplicando un principio general de derecho, soluciona el caso, pues interpretarlo de manera contraria sería tanto como incitar a los ciudadanos a cometer delitos para satisfacer sus deseos de poder, dinero, etc., sin que existiese ninguna consecuencia legal que frenará la obtención del fin ilegal, lo cual, sería contradictorio y perverso para el propio sistema de justicia y seguridad pública. Por lo tanto, en este contexto, el juez puede reconocer principios implícitos en el ordenamiento jurídico para conservar la armonía del sistema de justicia. Véase Dworkin, Ronald. (2005). *El imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa, pp. 25 - 27.

2 Rodríguez, C. y Rodríguez, D. (2010). Un giro en los estudios sobre los derechos sociales: El impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia. En P. Arcidiácono, N. Espejo Yaksic y C. Rodríguez Garavito (coords.), *Derechos Sociales: justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá: Editorial Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Universidad Diego Portales, CELS y LAEHR (p. 112).

Estado; pues se argumenta que los magistrados³ que conforman un Tribunal Constitucional no pueden ni deberían tomar decisiones trascendentales y controversiales en la sociedad, ya que se encuentra en mejor posición y legitimidad el Parlamento, por el número de representantes con que cuenta y por la elección popular directa de sus miembros, para discutir y decidir sobre aspectos importantes y sensibles en un estado.

Sin embargo, la concepción norteamericana está orientada por el poder de los jueces para controlar los excesos por parte del legislativo, ya que se consideraba que, por la cantidad de miembros que componen el Parlamento, sus decisiones no estaban gobernadas por la razón ni por la protección de los intereses de la nación, sino por las coyunturas políticas y deseos de sus electores. Además, su cargo es inestable, pues deben someterse a elección popular cada determinado número de años, lo que genera que los congresistas tomen decisiones con un gran respaldo popular, aunque no sean trascendentales ni beneficien los intereses del Estado. Por tal razón, se prefirió que los jueces estuvieran apartados de las presiones sociales y los deseos políticos de corto plazo a la hora de tomar decisiones trascendentales para la sociedad y, además, sirviera como un mecanismo de frenos y contrapesos entre las ramas del poder⁴.

Lo anterior pone en evidencia la importancia del papel del juez en un sistema de frenos y contrapesos, pues la judicatura tiene en sus manos la garantía de la Constitución, voluntad emanada del pueblo y que los legitima en su tarea. Tal garantía tiene como fin evitar que dicha voluntad sea reemplazada por la voluntad de los legisladores, que de por sí representa y responde a intereses parciales de su electorado. Así, los jueces no tienen dicho inconveniente, porque su cargo no obedece a la voluntad de las mayorías ni a la simpatía de los ciudadanos, lo cual los ubica en mejor posición para defender la Constitución —que contiene los intereses de la nación, los derechos y libertades de todos los ciudadanos— debido a la independencia que poseen⁵.

No obstante, ¿está concepción estadounidense puede trasladarse a la tradición romano-germánica? Como es sabido, existen evidentes diferencias entre el sistema del *civil law* y del *common law*, que corresponden a dos formas distintas de concebir la administración de justicia, y, si bien es cierto que el sistema jurídico peruano se circunscribe al *civil law*, no hay que olvidar que en las últimas décadas la influencia del sistema anglosajón ha permeado los países latinoamericanos. Ello ha llevado a reevaluar muchos de los pilares de la tradición romano-germánica, introduciendo nuevos conceptos jurídicos, como la primacía de la Constitución, las funciones y atribuciones de los jueces, y la garantía de los derechos fundamentales innominados. Todo ello se puede resumir como la constitucionalización del derecho⁶.

Otra crítica al activismo judicial se refiere a los efectos negativos en la democracia. Sin embargo, las sentencias de los jueces constitucionales, lejos de erosionar la democracia, se constituyen en un instrumento dinamizador de esta, ya que, en algunos casos, los fallos generan espacios de deliberación pública; v. gr. las sentencias estructurales abren espacios de audiencias públicas entre las autoridades públicas y los ciudadanos. Así, se involucra la participación activa

3 En el Perú, la composición del Tribunal Constitucional es de siete magistrados (Artículo 201 CP), mientras que, en Colombia, la Corte Constitucional está compuesta por nueve magistrados (Artículo 239 CP). En España cuentan con doce magistrados para la conformación del Tribunal Constitucional (Artículo 159.I CE).

4 Gargarella, R. (2012). *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, pp. 35 - 52.

5 Hamilton, A. (2010). El Federalista LXXVIII. El Departamento Judicial. En J. Madison, J. Jay y A. Hamilton, *El Federalista*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica (p. 332).

6 Para profundizar sobre el concepto de la constitucionalización del derecho, ver Zagrebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

de los ciudadanos y de las entidades públicas encargadas de la protección de los derechos, lo que acerca al ciudadano a la administración de justicia para concretar la protección de los derechos constitucionalmente reconocidos, que deja de ser una simple utopía.

Bajo este entendimiento, los fallos o sentencias de los tribunales constitucionales tienen diferentes efectos —directos e indirectos—; entre ellos, un efecto dinamizador, que ayuda a eliminar el estancamiento y la inercia estatal que afecta el equilibrio institucional, el cumplimiento de sus funciones y la protección de los derechos de los ciudadanos. Pero, también, tienen un efecto deliberativo, en la medida que se vuelven instancias adicionales de discusión entre el Estado y los ciudadanos para buscar soluciones reales a la vulneración de los derechos, lo que fortalece la democracia deliberativa. Asimismo, es un mecanismo para visibilizar las peticiones y/o preocupaciones de los ciudadanos y para implementar mecanismos de seguimiento periódico y público sobre las decisiones adoptadas en las sentencias, lo que involucra un espectro más amplio de actores sociales en el seguimiento e implementación de la solución integral que ayudará a superar el ECI, como ha pasado en diferentes países, como Colombia, Argentina, Sudáfrica, India, entre otros⁷.

Denominación de sentencias estructurales

La denominación de sentencias estructurales ha sido ampliamente utilizada por la doctrina en Colombia. Autores como César Rodríguez Garavito, Humberto Sierra Porto, Néstor Osuna, entre otros identifican los pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana, que reúnen las características estudiadas en la presente investigación, como sentencias estructurales. Al respecto, el profesor Néstor Osuna señala:

En esas coordenadas se inscriben las “sentencias estructurales” o “macro sentencias”, por medio de las cuales los jueces hacen un importante esfuerzo para darles efectividad a los enunciados constitucionales, cuando constatan la existencia de desconocimientos generalizados, recurrentes y graves de los derechos humanos. Frente a estos, esos propios jueces han comprobado, por su experiencia, que hay unas causas estructurales (de ahí el nombre de las sentencias) que de modo sistemático producen ese déficit de derechos humanos, y que los casos que llegan a sus despachos, si se resuelven apenas como remedios individuales, no logran subsanar la problemática que se advierte en cada uno de los expedientes.

El origen del término y de la figura se encuentra, probablemente, en los *structural injunctions* de la jurisprudencia estadounidense, que reporta, desde mediados del siglo pasado, casos en los que distintos jueces adoptaron medidas para conjurar situaciones graves y generalizadas que resultaban incompatibles con la Constitución. [...] Los remedios estructurales apuntan, entonces, a reformar una institución del Estado para armonizarla con la Constitución («*The structural injunction is a court's remedial tool to reform an entire state institution in order to bring it into compliance with the Constitution*»)⁸.

7 Rodríguez, C. (2013). El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 14, pp. 123 - 131. Recuperado de: http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858

8 Osuna, N. (2015). Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. En V. Bazán y C. Steiner (eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Humanos N° 5. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales* (pp. 91 - 116). Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (p. 92). Recuperado de: http://www.kas.de/wf/doc/kas_41796-1522-4-30.pdf?150622205823

Este término ha sido acuñado también en Costa Rica, país en el cual existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional Costarricense que intentan solucionar problemas generalizados de derechos humanos. Como consecuencia, se emiten órdenes concretas para proteger los derechos de las partes e influir en las políticas públicas del Estado⁹.

Por otro lado, considero necesario referirme al tipo de decisiones (parte resolutive) que contemplan las sentencias estructurales, pues se constituyen en características propias de esta categoría o tipología de sentencias. Las sentencias estructurales contemplan dos tipos de decisiones: *inter pares*, que benefician o afectan a las partes intervinientes (actores judiciales); y efectos *inter communis*, que cobijan a todas las personas que se encuentran en la misma situación de vulnerabilidad e influyen en la actualización y fortalecimiento de las políticas públicas desarrolladas por el Estado, beneficiando a un grupo humano más amplio que el que acudió inicialmente al Poder Judicial con el fin de lograr una protección efectiva de los derechos humanos.

Además, las órdenes dirigidas a las otras ramas del poder (Legislativo y Ejecutivo) son órdenes abiertas o flexibles, ya que establecen el marco constitucional en el que deben desarrollarse las decisiones señaladas, pero la elaboración e implementación corresponde a la autoridad competente (activismo dialógico). Adicionalmente, se establecen mecanismos de seguimiento y control que han sido denominados órdenes cerradas o rígidas, que promueven el cumplimiento efectivo de la sentencia emitida.

En suma, el juez identifica un problema estructural (barreras burocráticas, vacíos legislativos, etc.), pero esto no enerva la denominación de sentencia estructural como tipología independiente, teniendo en cuenta las características propias de este tipo de sentencias, ya que su parte resolutive, los actores (públicos y privados) involucrados, los mecanismos de seguimiento y control, y los efectos de la decisión adoptada constituyen un mecanismo jurídico procesal diferente a los otros tipos de sentencias.

9 El Tribunal Constitucional costarricense ha dictado algunos fallos estructurales en casos muy puntuales. Por ejemplo, la Sentencia 1154-96, en la que se ordena al Ejecutivo continuar el proceso de rehabilitación de la zona donde se ubica el relleno sanitario de Río Azul y llegar al cierre definitivo del relleno con estricto apego a las medidas que garanticen los derechos fundamentales; la Sentencia 2011-13800, que reconoce el derecho de las privadas de libertad con orientación sexual diversa de obtener el beneficio de la visita íntima; y la Sentencia 2013-4621, que ordenó a la Presidenta Ejecutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social una serie de plazos para la prestación de servicios médicos en el país (El debate sobre las sentencias estructurales. [2014, 12 de noviembre]. *Ambito-juridico.com*. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Administrativo-y-Contratacion/noti141211-12-el-debate-sobre-las-sentencias-estructurales>).

LA REBELDÍA DEL LEGISLADOR

José Miguel Rojas Bernal
Facultad de Derecho, PUCP

Categoría Egresados

A través del concepto de rebeldía legislativa, el presente trabajo analiza el fenómeno de la aprobación, por parte del Congreso de la República, de una ley cuya norma reproduce una previamente declarada incompatible con la Constitución por el Tribunal Constitucional (TC), en una sentencia de inconstitucionalidad. Para ello, se vale de una triple perspectiva de análisis, que acude al derecho constitucional, al derecho procesal constitucional y a la teoría general del derecho para explicar sus consecuencias y sus posibles fórmulas de solución. Finalmente, y a modo de contraargumento, defiende la posibilidad de que la reiteración legislativa de normas inconstitucionales resulte legítima cuando esta es portadora de una interpretación mutativa de la Constitución.

I. La función del control constitucional

I.1. La Constitución como norma jurídica y la idea de control constitucional.

Afirmar que la Constitución es una norma jurídica supone reconocer, como mínimo, dos postulados esenciales. En primer lugar, que aquella deja de ser entendida solo como una norma política, dado que una parte importante de su contenido se dirige no solo a organizar el poder y sus formas de control (parte orgánica), sino a garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales (parte dogmática). En segundo lugar, que la Constitución goza de aplicación directa (como una norma) en todos los asuntos concernientes al accionar del Estado y a las relaciones entre particulares, lo cual equivale a negar que pueda entenderse como una simple declaración de buenas intenciones.

Pero, además, esta nueva idea de Constitución trae aparejada, como un correlato inevitable, la idea de control o garantía, que pasa a formar parte de su significado o contenido. Así, al asumir esta perspectiva, solo puede predicarse que exista Constitución en que la garantía de su supremacía normativa esté asegurada. O, en palabras de Hans Kelsen (1994), «una Constitución a la que le falta la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico» (p. 40).

Naturalmente, el paulatino ascenso que ha experimentado la Constitución como norma fundante del ordenamiento jurídico y portadora de los valores que la sociedad idealmente comparte ha significado que la ley, obra por excelencia del legislador, opere también una mu-

tación en su enfoque, como consecuencia lógica de su subordinación a una norma jurídica inmediatamente superior a ella llamada Constitución. En primer lugar, se parte de la premisa (revolucionaria para la época en que fuera formulada) de que el legislador no es infalible y que, por lo tanto, una ley puede ser materialmente injusta al igual que cualquier otro acto del Estado¹. En segundo lugar, para valorar esa injusticia, debe tomarse en cuenta no la propia ley objeto de valoración (ni estar encargada al órgano que la dictó), sino una norma jurídica superior, cuya compatibilidad será sometida por un órgano de control distinto.

Sin embargo, ejercer el control de la Constitución exige necesariamente dotarla de significado, es decir, interpretarla. Así, el control constitucional supone, a la vez, una actividad interpretativa y creadora de la Constitución, pues innova a través de sus postulados hermenéuticos el ordenamiento jurídico en su conjunto, de modo que comparte el mismo rango con el texto constitucional. Al ser creación judicial del derecho, no es creación arbitraria o dislocada, sino limitada en sus alcances por la propia Constitución.

Sin embargo, como ha enfatizado Manuel Aragón (2002), la cuestión fundamental de la teoría constitucional del control, cuando se trata de valorar la obra del legislador, radica en la contraposición que es posible establecer entre la Constitución como norma abierta (capaz de asegurar la libertad de todas las alternativas) y como sistema material de valores (sin los cuales la democracia resulta inconcebible e irrealizable) (p. 103). De allí que, así como la interpretación constitucional depende en buena cuenta de la noción de Constitución que el intérprete asuma, los alcances del control constitucional obedecen al concepto de democracia que se adopte en relación con el concepto de justicia constitucional.

El examen de esa relación (de tensión) entre justicia constitucional y democracia es fundamental para justificar el control de la constitucionalidad de las leyes en el escenario actual. Este hecho tiene dos motivos: en primer lugar, porque determina si el control constitucional debe ser adjetivo o instrumental a los fines de la democracia o, más bien, sustantivo y reaccional frente a la obra de las mayorías; en segundo término, porque permite afianzar la legitimidad de la justicia constitucional en un contexto en el que esta adolece de un déficit democrático de origen.

1.2. La función del control de constitucionalidad de las leyes en el escenario actual: La contraposición entre justicia constitucional y democracia.

A pesar de la trascendencia que en su momento ostentó la tradición francesa sobre la supremacía del control legislador, fueron el modelo americano y la filosofía de la *judicial review* que lo animaba los que gozaron de una mayor aceptación entre los sistemas jurídicos contemporáneos. En Europa, esa recepción adoptó la forma de un esquema orgánicamente distinto, cifrado en un TC independiente y volcado al control abstracto, pero, en el fondo, inspirado en la necesidad de mantener un control jurídico, antes que político, para garantizar la supremacía de la Constitución.

Sin embargo, la experiencia resultante de esa expansión fue demostrando paulatinamente —y para beneficio de los críticos— que el control judicial de la ley no era un esquema neutral a los excesos. Así, por ejemplo, el acuciante activismo exhibido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, sobre todo en la época del *New Deal*, hizo que pronto surgieran serios reparos al denominado gobierno de los jueces, reputado como un mal endémico por dejar las

¹ «En los ordenamientos del Estado constitucional de nuestro tiempo, la inconstitucionalidad de la ley no es raro suceso, sino riesgo inherente a la decisión mayoritaria» (Jiménez Campo, 1997, pp. 19 - 20).

trascendentales cuestiones políticas atinentes a las mayorías en manos de una minoría de toga que no había sido electa en las urnas.

De toda esa experiencia acumulada emanaría la denominada objeción democrática al control judicial de constitucionalidad de las leyes, formulada originariamente por Alexander Bickel. Esta contrateoría, que ve en la rama judicial una élite desprovista de legitimidad democrática para decidir asuntos de interés público, tiene como punto de partida una distinción conceptual bastante clara y sugestiva: que no hay nada en la lógica de tener una Constitución por encima de las leyes que obligue a tener el control judicial de constitucionalidad de tipo norteamericano (Nino, 1989, p. 82).

Jeremy Waldron (2005), el más influyente representante de la corriente objetora a la justicia constitucional, plantea que a los jueces les ha de corresponder una tarea básicamente componedora del procedimiento democrático. En efecto, este autor reconoce que, a pesar del desacuerdo existente en una determinada comunidad política en torno a los valores que deben guiar la conducta de las personas (singularmente, el alcance de los derechos), se torna necesario tomar decisiones de modo concertado o colectivo. En ese contexto, es el foro legislativo el lugar funcionalmente adecuado para resolver esta clase de controversias. Para ello, según Waldron (2005), se requiere otorgar a cada ciudadano un igual derecho a la participación, al que encumbra como el «derecho de los derechos», pues permite participar a todos en condiciones de igualdad, hecho que se deriva de las iguales dignidad y autonomía personal que le asisten a cada quien.

Sin embargo, se ha hecho bien al afirmar que buena parte de la plausibilidad de la objeción democrática depende sustancialmente del concepto de democracia que ella maneja. Sobre la base de esta aclaración, Ronald Dworkin (2004) ha destacado que los argumentos más poderosos a favor de la premisa mayoritarista implican una lectura constitucional de la democracia (p. 121), de modo que la noción de esta última presupone siempre a la idea de los derechos. En este punto es conocida la distinción acuñada por el filósofo norteamericano entre los argumentos basados en principios (derechos individuales) y los basados en objetivos sociales colectivos (como el desarrollo económico o el bienestar general). Esta anotación le permite a Dworkin advertir que, mientras las discusiones basadas en objetivos colectivos corresponden a órganos políticos representativos como el Parlamento, el debate sobre los derechos individuales, en cambio, es atribución propia de los jueces. Por tanto, importa reconocer una serie de condiciones estructurales favorables a su labor de control constitucional de la ley: (a) los jueces están obligados a confrontar todos los reclamos que se les planteen; (b) los jueces tienen la obligación de justificar sus decisiones sobre la base del texto constitucional que incluye principios; (c) el cargo de juez goza de numerosas garantías institucionales, que lo hace menos vulnerable a múltiples presiones o coacciones (Linares, 2008, p. 65).

En suma, la objeción democrática carece de una concepción clara y definitiva sobre las condiciones que permiten el buen funcionamiento del sistema democrático, cuya lógica se pretende salvaguardar como presupuesto para negar o relativizar la necesidad de un control judicial de constitucionalidad de las leyes. Como señala Prieto Sanchís (2000), si entendemos que los requisitos de la democracia deliberativa suponen cumplir con el procedimiento parlamentario y no coaccionar al diputado que vota, pero también que el elector tenga pleno acceso a la información, un nivel aceptable de existencia, de acceso a los bienes materiales y a la cultura, etc., entonces resulta que, en verdad, las condiciones de la democracia son casi todas las prescripciones constitucionales que diseñan un modelo social. Con ello, el propósito restrictivo

de la objeción se esfuma en gran parte y la justicia constitucional recobra toda su competencia sobre el conjunto de la normativa constitucional» (p. 166).

1.3. La legitimidad democrática de la justicia constitucional: Legitimidad de ejercicio.

A pesar de todo, es evidente que las razones para disponer del control judicial de constitucionalidad de la ley son perfectamente separables de las razones que justifican garantizar un coto vedado para los derechos básicos. Por lo tanto, es necesario reconocer que la adecuación o conveniencia de aquel mecanismo «depende de circunstancias históricas y contingentes» (Moreso, 2009, p. 38). Esta respuesta, contextual a la pregunta sobre la conveniencia del control judicial de constitucionalidad de la ley, se revela como un planteamiento razonable: si el análisis de las variables correspondientes obliga a examinar la cultura jurídica de una comunidad determinada o el grado de representatividad de sus instituciones políticas, forzoso será concluir que ningún modelo podrá presumir validez universal ni mucho menos forzar su permanencia en una sociedad para la cual ya no resulte, aunque temporalmente, funcional.

Sin embargo, existen algunos elementos que permiten afirmar la mayor plausibilidad teórico práctica del modelo de control judicial de la Constitución, situados en el contexto del Estado constitucional y en las premisas sobre las que este se asienta.

En buena cuenta, lo que define al control judicial de constitucionalidad de la ley, en su condición de mecanismo de control externo al legislador, es la premisa de que lo decidido bajo la regla de las mayorías, aun si se cuenta con un eventual control interno realizado de modo *ex ante*, no constituye una garantía suficiente para una adecuada defensa de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Esto genera que tales decisiones no resulten vinculantes para la justicia constitucional.

La situación descrita se deriva no solo de la circunstancia de que los jueces constitucionales realicen un control eminentemente jurídico sobre la constitucionalidad de las leyes, al interior del cual no son de recibo argumentos de oportunidad o de conveniencia política (sino silo de regularidad constitucional), sino también porque, al ser un control externo al legislador, la vigencia efectiva de los derechos que garantiza no es un asunto extraño, sino, antes bien, totalmente conectado con una adecuada separación de poderes.

Así, este doble carácter de control externo y jurídico, que reviste el control judicial de constitucionalidad de la ley, imprime sobre este mecanismo varias de sus principales ventajas en relación con el diseño institucional que tiene al legislador por garante natural de la Constitución. En efecto, de aquella doble condición se desprenden dos características trascendentales: (a) al realizar un control independiente y autónomo respecto del legislador, su resultado goza de una innegable cuota de legitimidad *prima facie*, al igual que su función reparadora; (b) por ser un control jurídico, la decisión resultante se encuentra necesariamente asentada sobre la base de una adecuada justificación o motivación basada en razones, situación que refuerza la legitimidad y la función reparadora. Al plasmar estas razones en opiniones descritas accesibles al público, los tribunales hacen un esfuerzo continuo para convencer a ese público de la legitimidad de sus decisiones (Cappelletti, 2007, pp. 324 - 330).

En suma, el hecho de que sea una autoridad jurisdiccional —y no (solo) política— la que se encargue de velar en última instancia por la garantía de la Constitución conlleva a que el juicio sobre la constitucionalidad de la ley esté sujeto a ciertos estándares propios de toda decisión judicial. Destaca, en primer lugar, que el juez constitucional, al momento de evaluar la

compatibilidad constitucional de una ley determinada, no solo toma en cuenta la jerarquía normativa de la Constitución como parámetro de análisis, sino también la necesaria coherencia de su decisión hacia el pasado y el futuro. Así, a medida que los principios que utiliza para examinar la ley son vinculados por casos previos y para otros casos futuros, el juicio resultante de ese examen se ajusta a los requisitos mínimos de imparcialidad, de modo que el proceso judicial se convierte en un contexto adecuado para el debate sobre los derechos (Sager, 2007, p. 202).

Igualmente, hay otro factor decisivo que, al provenir también del carácter jurídico del control judicial de constitucionalidad de la ley, viene a reforzar dicha imparcialidad en el resultado, aunque también a propiciar la apertura del proceso a las minorías —eventualmente— postergadas en las ramas políticas. En palabras de Sager (2007), «cuando alguien tiene una pretensión constitucional y apela a los tribunales, ese alguien puede ser cualquiera: puede representar a una minoría de uno, o pertenecer a un grupo que es ampliamente ridiculizado o discriminado» (p. 205). Es así como, para proteger a estos grupos, dirá Cappeletti (2007), los tribunales terminan por aumentar la representatividad global del sistema (pp. 324 - 330)².

En definitiva, la legitimidad democrática de la justicia constitucional, pese a tener su origen en la propia Constitución, se entiende mejor en los términos de una legitimidad de ejercicio, cuya adquisición y/o reforzamiento es gradual. Como bien apunta Ferreres Comella (2011), el juez constitucional tiene que ganarse, cada día, su razón de ser en el interior del sistema contribuyendo con sus sentencias a una mejor interpretación y garantía de los derechos, y debe hacerlo en un grado suficientemente apreciable para que resulte justificado mantener la sujeción del parlamento democrático al control judicial (p. 20). Esto implica que son las propias decisiones emitidas en los juicios sobre la constitucionalidad de la ley las que van moldeando el grado de legitimidad de la justicia constitucional, en tanto modelo adecuado o funcional a las contingencias históricas de una comunidad política, en un tiempo y espacio determinados.

Por ello, asumir que la legitimidad de la justicia constitucional no se crea *ex novo*, sino que su construcción es gradual o episódica implica reconocer que son esas mismas circunstancias históricas las que, en una época, pueden coadyuvar a reforzar la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad, pero, en otras, bien pueden aconsejar su revisión.

La justicia constitucional, al igual que la regla de la mayoría, no goza de un valor epistémico *a priori*. La imparcialidad de la que gozan sus decisiones, por ejemplo, podría originar en el juez un aislamiento pernicioso respecto de la sociedad y los cambios que reclama su evolución, además de petrificar un *status quo* que se considera valioso en sí mismo. La justicia constitucional, vista desde esa perspectiva, no estaría ajena al riesgo de convertirse en conservadora o elitista, lo que equivale a afirmar que su funcionamiento puede llegar a reproducir los mismos defectos que se enrostran al procedimiento democrático.

2 Esta tendencia de la justicia constitucional a subsanar los déficits representativos del sistema democrático, naturalmente, varía dependiendo del modelo de control constitucional que se acoja en un determinado ordenamiento jurídico, vale decir, dependiendo de si se trata del modelo difuso (o americano) o concentrado (propriadamente kelseniano). Así, por ejemplo, en el modelo difuso de control judicial de la ley, los jueces constitucionales desarrollan lo que Sager (2007) ha denominado un equilibrio reflexivo, puesto que sus decisiones se mueven entre principios generales y casos específicos, en un proceso constante de ida y vuelta (pp. 202 - 203). En el modelo concentrado, por su parte, los tribunales constitucionales, al carecer de jurisdicción discrecional y ser la única institución competente y especializada para declarar en última instancia la inconstitucionalidad de las leyes (lo que concita la atención de los partidos políticos y de la opinión pública), están obligados a pronunciarse necesariamente sobre el fondo de la cuestión y, hasta cierto punto, mostrar un denodado activismo judicial (Ferreres, 2011a).

Es por ello que, como se verá al final de este trabajo, bajo determinados supuestos la insistencia legislativa en una regulación que ha sido declarada inconstitucional por el TC bien puede ser entendida como un modo legítimo para impulsar una deseable evolución de la jurisprudencia, a fin de adecuarla a la realidad social.

En los últimos años, se ha insistido en que las relaciones entre justicia constitucional y democracia no pueden ser vistas más desde un enfoque excluyente, sino, en todo caso, desde un planteamiento de permanente colaboración interinstitucional, en un esquema idealmente orientado a mantener un sano equilibrio en el ámbito de la interpretación constitucional y en el ejercicio de poderes interpretativos definitivos. No se busca, por tanto, que el sistema jurídico ofrezca una única respuesta para todos los supuestos de conflicto, pero sí que mantenga abierta la posibilidad de que, ante la ausencia de legitimidad de uno de estos mecanismos de deliberación sobre los derechos, la competencia del otro pueda superar dicha falla del sistema.

A nuestro juicio, este esquema ideal de colaboración entre la justicia constitucional y el proceso democrático tiene una importancia práctica innegable, en la medida en que posibilita una mejor articulación de las tensiones institucionales a las que puede dar lugar la extralimitación o retraimiento de uno de estos dos frentes, pero también porque optimiza la regularidad constitucional del ordenamiento jurídico y, consecuentemente, favorece una mejor protección de los derechos fundamentales que son objeto de deliberación.

2. La rebeldía del legislador

2.1. Definición y características.

Un concepto preliminar acerca de lo que se debería entender por rebeldía legislativa puede ser el siguiente: la aprobación, por parte del Congreso de la República, de un precepto legal que reproduce una norma previamente declarada inconstitucional por el TC, a través de una sentencia de inconstitucionalidad. De esto se deduce que el estado de rebeldía legislativa resultaría de la concurrencia sucesiva de los siguientes actos normativos:

- En primer lugar, el Congreso de la República sanciona una Ley A con un contenido X.
- En segundo lugar, el TC expide una sentencia que declara la inconstitucionalidad del contenido X de la Ley A en un proceso de inconstitucionalidad y la expulsa del ordenamiento jurídico.
- En tercer lugar, el Congreso de la República sanciona una nueva Ley A, que reproduce el contenido X declarado inconstitucional por el TC.

Sin embargo, se trata de una definición a todas luces preliminar, cuya extensión o restricción semántica depende de las propiedades que se atribuyan a los elementos allí contenidos. A continuación, se desarrollan dichos factores:

- (a) La sentencia de inconstitucionalidad, cuyas cualidades a analizar son las siguientes:
 - El tipo de infracción constitucional sancionado (si la declaratoria de inconstitucionalidad fue también sancionada por la forma o por el fondo). De este modo, solo se producirá una rebeldía legislativa cuando el Congreso de la República apruebe un precepto legal que reproduzca una norma previamente declarada

inconstitucional por el fondo, en una sentencia de inconstitucionalidad del TC. En cambio, no estaremos ante tal rebeldía si el precepto legal fuese declarado inconstitucional por la forma y, luego, reproducido en una nueva disposición normativa que supere, esta vez, el vicio formal inicialmente detectado en la sentencia.

- Su naturaleza (estimatoria simple, interpretativa, manipulativa o exhortativa). En este punto, se puede señalar que existirá rebeldía legislativa cuando el Congreso sancione una ley que, por vía directa o indirecta, reintroduzca una norma que haya sido declarada inconstitucional por el TC; altere el contenido normativo del precepto legal ampliado o reducido en virtud de una sentencia manipulativa; o, finalmente, no expida la ley sustitutoria compatible con la Constitución dentro del plazo concedido, en una sentencia exhortativa vinculante con *vacatio sententiae*.
- Los motivos determinantes de la inconstitucionalidad (fallo y *ratio decidendi*). En efecto, para apreciar un estado de rebeldía legislativa, corresponderá hacer una lectura integral de la sentencia de inconstitucionalidad que incluya el fallo y su fundamentación relevante.

(b) El nuevo precepto legal, cuyas propiedades a tener en cuenta son las siguientes:

- Su naturaleza (activa u omisiva). Desde esta perspectiva, será rebeldía legislativa tanto aquella que se produce por acción (el Congreso sanciona una ley que reproduce una norma previamente declarada inconstitucional por el TC) como aquella que se genera por omisión (el Congreso no emite la ley sustitutoria dentro de la *vacatio sententiae* concedida por una sentencia estimatoria exhortativa vinculante).
- Su grado de identidad con la antigua norma declarada inconstitucional (leve, medio o fuerte). En líneas generales, se podrá afirmar que estamos ante una rebeldía legislativa cuando el grado de identidad es fuerte o medio (en el sentido en que ambos elementos utilizan los mismos términos o utilizan palabras distintas, pero que son sinónimas, o cuando el nuevo precepto genera la reproducción a través de la incorporación y/o derogación de un cierto enunciado normativo formalmente distinto). Esta apreciación queda en manos del órgano convocado para realizar el examen de identidad.
- Su modalidad de rebeldía (si reproduce la ley o solo restringe sus efectos). La rebeldía legislativa manifiesta del contenido normativo declarado inconstitucional por el TC en su sentencia (rebeldía legislativa típica o convencional) o de los efectos temporales de dicha declaratoria de inconstitucionalidad (rebeldía legislativa atípica).
- El motivo (expreso o tácito) de la rebeldía. Puede ser, entre otros, adecuar la Constitución a un nuevo escenario fáctico o jurídico o simplemente disentir de la postura del TC adoptada en su sentencia (lo cual se explica por motivos técnicos, políticos, económicos, sociales, etc.).
- La extensión de la rebeldía (total o parcial). Se podrá decir que la nueva ley incurre en rebeldía legislativa total si el íntegro de su contenido normativo reproduce una o más normas declaradas inconstitucionales por el TC. En cam-

bio, incurrirá en rebeldía legislativa parcial cuando solo algunos aspectos de su redacción o interpretación reproduzcan dichas normas inconstitucionales.

- Su dimensión temporal (vale decir, el periodo entre la sentencia de inconstitucionalidad y la aprobación del nuevo precepto legal). De este modo, si ese lapso es muy breve, será fácil deducir que nos encontramos ante una situación de rebeldía manifiesta o patente. En cambio, si ese lapso es extenso o muy prolongado, dicho carácter manifiesto se desvanecerá o, cuando menos, será opinable.

Si esto es así, además de los supuestos analizados, es posible apreciar la existencia de tres actos normativos que tampoco se encuadran dentro del concepto de rebeldía legislativa en los términos aquí planteados.

El primer caso que debemos mencionar es el de la reforma constitucional. En efecto, nada impide considerar que, en respuesta a la sentencia de inconstitucionalidad proferida por el TC, el Congreso reaccione a través de una reforma constitucional, que tenga por objeto cualquiera de estas dos finalidades: (a) modificar las normas constitucionales que sirvieron de parámetro en el proceso de inconstitucionalidad, que culminó con la sentencia estimatoria y habilitó, de ese modo, al legislador para reproducir la norma, en su día, declarada inconstitucional (modificación de la norma constitucional parámetro) o (b) introducir una norma expresa en la Constitución, que reproduzca el contenido de la norma declarada inconstitucional por el TC en su sentencia (constitucionalización de la norma legal).

De prosperar una reforma constitucional con estas características, esta no podría ser considerada como una rebeldía legislativa, sino, en todo caso, una respuesta constitucional (y, ciertamente, democrática) a la sentencia expedida por el TC. A través del ejercicio del poder de la reforma constitucional, un precepto legal que antes era reputado inconstitucional, puede convertirse en constitucional, hecho que no implica rebeldía alguna. Por el contrario, como se verá, esta alteración de la norma constitucional, que sirvió de parámetro a la anterior sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, supondrá, necesariamente, la relativización de la cosa juzgada material de ella emanada, específicamente, de sus límites temporales³. Pero, además, la reforma constitucional como método de respuesta a una sentencia del TC, si bien en algunos casos puede resultar remota, constituye uno de los mecanismos legítimos para encauzar la discrepancia del legislador democrático respecto de la postura del supremo intérprete de la Constitución expresada en su sentencia⁴. Pensada en esos términos, la reforma constitucional, en vez de desmejorar, tiene por virtud elevar el nivel del diálogo entre el legislador y la jurisdicción constitucional, en un contexto en que la Constitución es siempre objeto de interpretación plural. Favorecer un mayor contrapeso democrático a la justicia constitucional supone admitir como legítima, y hasta natural, esta posibilidad.

El segundo supuesto, que tampoco cabe calificar como rebeldía legislativa, es el de la derogación de una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el TC. En efecto, una vez emitida la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad por el TC, el acto legislativo median-

3 De ahí que, con acierto, señalara Kelsen (1994) que la inconstitucionalidad material es, en última instancia, una inconstitucionalidad formal, pues una ley cuyo contenido estuviera en contradicción con las prescripciones de la Constitución «dejaría de ser inconstitucional si fuera votada como ley constitucional» (p. 21).

4 Véase, al respecto, Ferreres (2011a, p. 151).

te el cual el Congreso derogara o modificara la ley en cuestión calzaría perfectamente dentro de las competencias que la Constitución le ha atribuido a dicho poder del Estado. Y es que la declaración de constitucionalidad de una ley (*rectius*, sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad) no la convierte en una súper ley, es decir, no le cambia su estatus. Lo mismo sucedería cuando una sentencia fuese desestimada por un sentido interpretativo de la ley que el propio Tribunal no haya calificado como único y exclusivo, pues el Congreso podría emitir una ley que adopte una interpretación igualmente constitucional, con excepción de la rechazada por el Tribunal, en ejercicio de su libre configuración normativa. En ambos casos, carecería de sentido hablar de rebeldía legislativa alguna.

Finalmente, es también factible que la aprobación de la ley inconstitucional se reproduzca materialmente a través de instrumentos normativos distintos a la ley. En este caso, se habría logrado los mismos objetivos que se quería evitar con la sentencia de inconstitucionalidad, pero, en este punto, el Congreso no tendría responsabilidad alguna, al menos formalmente, al no haber sido dicho poder del Estado el que reiterase el precepto cuestionado. De este modo, en estricto, en esta ocasión tampoco estamos ante un supuesto de rebeldía legislativa en los términos que plantea esta investigación.

1.2. La inconstitucionalidad de la rebeldía legislativa: Perspectivas de análisis.

Una vez definidos los elementos de la rebeldía legislativa, se considera que un acercamiento integral a los problemas jurídicos que ella plantea requiere partir de los siguientes ejes de análisis:

- (a) En primer lugar, el punto de vista sustantivo sobre la interpretación de la Constitución. En este caso, el centro de atención gira, por un lado, en torno al cuadro de competencias que la Constitución establece con respecto a su interpretación y a quién debe ser su supremo intérprete, y, por el otro, al rededor del grado de presunción de constitucionalidad que es posible predicar de la ley resultante de una rebeldía legislativa (en adelante, ley reiterativa).
- (b) En segundo lugar, el punto de vista procesal sobre la cosa juzgada constitucional. A partir de este eje, podremos responder a la pregunta de si el legislador se encuentra vinculado o no a la cosa juzgada emanada de la sentencia de inconstitucionalidad y si, en consecuencia, la ley reiterativa vulnera dicha institución procesal.
- (c) En tercer lugar, el punto de vista teórico sobre la naturaleza jurídica de la ley reiterativa. Es decir, la pregunta por los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad y la incardinación de todo ello en el sistema de fuentes del derecho.

1.2.1. La perspectiva de la interpretación constitucional.

Como hemos afirmado, la función de control de la Constitución exige, necesariamente, dotarla de significado o, lo que es lo mismo, interpretarla. En el caso del control de constitucionalidad de la ley, esta actividad hermenéutica se materializa a través de la interpretación de dos textos: la Constitución (parámetro de enjuiciamiento) y la ley impugnada (objeto del juicio), con el fin de apreciar si las normas que se expresan en la segunda son compatibles con el sistema de normas que se expresa en la primera.

Sin embargo, la interpretación de la Constitución (no su control) no es una atribución exclusiva del TC, ya que, en una sociedad abierta de intérpretes del texto fundamental, dicha

facultad la ostentan, comparten y practican también todos los poderes del Estado y los ciudadanos dentro de sus respectivos ámbitos y competencias (Häberle, 2005, p. 692).

En ese contexto, la rebeldía legislativa a una sentencia de inconstitucionalidad bien podría ser entendida como el resultado de la adopción, por parte del Congreso de la República, de una tesis interpretativa de la Constitución discrepante o divergente (es decir, contraria) respecto de la adoptada en la sentencia de inconstitucionalidad.

En efecto, como parte de las competencias que la propia Constitución le asigna, el Parlamento se encuentra facultado para apreciar la inconstitucionalidad de sus propias leyes y, eventualmente, también derogarlas. Pero, como parece evidente, para cumplir estas y otras competencias, dicho poder del Estado debe interpretar la Constitución; por eso, bien podemos considerar que el Parlamento es el intérprete primario de la norma fundamental (Díaz Revorio, 2004, pp. 254 - 255).

Sin embargo, una cosa es afirmar que el legislador deba interpretar la Constitución para cumplir con sus funciones constitucionales y otra muy distinta es concluir que dicha interpretación deba considerarse vinculante para todos los poderes del Estado y para los ciudadanos en general.

En efecto, en el específico caso de la dación de leyes por parte del Congreso de la República (1993, artículo 102, inciso 1), dicha interpretación legislativa, concretizada a través de la sanción de una ley, puede ser dejada sin efecto mediante una sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por el TC, cuando este la considere incompatible con la norma fundamental (Congreso de la República, 1993, artículos 103 y 200, inciso 4). Por ello, en tanto intérprete primario de la Constitución, el Parlamento no podría aprobar una ley con el único objeto de precisar el sentido de una norma constitucional. De igual forma, tampoco le estaría permitido desconocer la interpretación de la Constitución efectuada por una sentencia del TC para hacer prevalecer su propia interpretación constitucional a través de una ley, so pena de vulnerar el principio de separación de poderes.

El Congreso de la República no es, pues, el órgano cuya interpretación constitucional está llamada a prevalecer en nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, el fenómeno de la rebeldía legislativa (vale decir, el intento del legislador de imponer su tesis interpretativa sobre la Constitución, por medio de la aprobación de una ley que reproduce una anteriormente declarada inconstitucional) no se corresponde con las competencias que la Constitución le ha otorgado al Congreso de la República como poder constituido.

En cambio, a diferencia de lo que sucede con la posición institucional del legislador, la del TC es ser el intérprete secundario (y no cotidiano) de la Constitución, pues, como sostiene Díaz Revorio (2004), «su interpretación solo se produce en caso de conflictos constitucionales, y a instancia de parte legitimada» (pp. 256 - 257). A pesar de ello, se considera que el TC es el intérprete supremo de la Constitución, lo que trae como lógica consecuencia que su resultado interpretativo se imponga sobre los demás poderes del Estado y sobre los particulares.

En efecto, eso es lo que se desprende de la propia configuración normativa del TC como «órgano de control de la Constitución» (Congreso de la República, 1993, artículo 201) y «órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad» (Congreso de la República, 2011, artículo 1 y artículo 1 del Reglamento Normativo), lo cual justifica que las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad «vincul[e]n a todos los poderes públicos» (Tribunal Constitucional, 2004, artículo 82).

Así, por ejemplo, la supremacía interpretativa del TC sobre el Poder Judicial se encuentra asegurada por la previsión normativa según la cual los jueces y tribunales, por un lado, «no pue-

den dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad» y, por el otro, deben interpretar y aplicar las normas legales e infralegales según los preceptos y principios constitucionales, «conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional» (Tribunal Constitucional, 2004, artículo 6).

Pero, además de todo ello, la interpretación constitucional que presupone el control de constitucionalidad de la ley se convierte, ella misma, en fuente de derecho constitucional. De este modo, dicha interpretación pasa a formar parte del parámetro de control del enjuiciamiento a la ley en el mismo nivel que el texto interpretado (la Constitución).

La sentencia constitucional, como señala Balaguer Callejón (2008), manifiesta una evidente función normativa: la interpretación que realiza la jurisdicción constitucional sobre el texto constitucional da lugar a la configuración de normas paraconstitucionales, es decir «normas constitucionales de creación jurisprudencial», las cuales «pasan a formar parte del parámetro sobre cuya base la jurisdicción constitucional ejercita su control de constitucionalidad sobre los poderes públicos» (p. 31). Esto sucede porque las sentencias constitucionales desarrollan una función normativa, esto es, porque incorporan al ordenamiento jurídico no solo interpretaciones de los preceptos legales y constitucionales, sino que extraen normas de tales disposiciones «que complementan el nivel constitucional y legislativo del sistema jurídico» (Castillo Córdoba, 2008, p. 112). Dicho en otras palabras, «las determinaciones que de las disposiciones abiertas, vagas e imprecisas realiza el Tribunal Constitucional [...] conforman en sí mismas derecho, y además, de rango constitucional» (Castillo Córdoba, 2008, p. 112).

En definitiva, la rebeldía legislativa, en tanto fenómeno constitucional, se revela como una afectación a la supremacía interpretativa del TC, en relación con su interpretación de la Constitución puesta de manifiesto en la sentencia de inconstitucionalidad. En ese sentido, supone también una afectación a la propia Constitución, concretizada a través de la interpretación de su supremo intérprete, la cual vincula a todos los poderes públicos y, por ende, al legislador también. Esta doble afectación se produce puesto que, al aprobar la ley reiterativa, el Congreso de la República desconoce dicho parámetro normativo (la Constitución y su interpretación por el TC), el cual le resulta plenamente vinculante.

Esta conclusión trae consigo importantes consecuencias no solo en lo que concierne a la pregunta sobre cuáles serían los mecanismos ideales para restablecer la supremacía normativa del TC vulnerada por la rebeldía legislativa (y, con ello, para garantizar la supremacía normativa de la Constitución), sino también por el mismo estatus que cabe atribuir a una ley reiterativa, de este modo aprobada, a partir del enfoque de la presunción de constitucionalidad de las leyes.

En efecto, si tenemos en cuenta que la presunción de constitucionalidad de las leyes puede valer como un criterio de interpretación (concretizado a través de los principios de interpretación conforme a la Constitución y de deferencia hacia el legislador democrático) y como una regla de acción (en el sentido de que los actos normativos deben ser tratados como válidos, mientras no haya declaración de invalidez), podremos apreciar que ley reiterativa no goza de tal presunción por dos razones: (a) en primer lugar, por la manifiesta inconstitucionalidad de la ley reiterativa en su contraste con la Constitución y su interpretación autorizada por el TC a través de la anterior sentencia de inconstitucionalidad, y, (b) en segundo lugar, porque la ley reiterativa vulnera el principio de concordancia práctica en combinación con el de separación de poderes.

En relación con (a), la manifiesta inconstitucionalidad de la ley reiterativa, derivada de su simple contraste con la sentencia de inconstitucionalidad del TC, se convierte en una prueba de cargo que derrota la presunción de constitucionalidad *prima facie* de dicha ley aprobada por el Parlamento. En ese sentido, al no existir duda, sino certeza, sobre su inconstitucionalidad, la ley reiterativa estaría afectada por una suerte de presunción de inconstitucionalidad, que la haría claramente vulnerable de cara a un futuro control de constitucionalidad efectuado bien por el Poder Judicial o bien por el propio TC.

Con respecto a (b), se sostiene que la ley reiterativa vulnera el principio de concordancia práctica y de separación de poderes, en la medida que la interpretación constitucional que subyace en la nueva ley, además de discrepar de la sostenida por el TC, pretende primar sobre ella a través de la restauración de la norma previamente declarada inconstitucional. De este modo, contradice la supremacía interpretativa que sobre la Constitución ostenta el TC en nuestro ordenamiento jurídico e interfiere, además, en su competencia de control de constitucionalidad de la ley. Por el contrario, es posible afirmar que el principio de corrección funcional le impone al legislador el deber de asumir que, en nuestro ordenamiento jurídico, el TC es el supremo intérprete de la Constitución en materia de control de constitucionalidad de la ley, lo que le obliga a respetar dicha interpretación suprema al momento de ejercer su función legislativa.

1.2.2. La perspectiva procesal sobre la cosa juzgada constitucional.

Un primer acercamiento al tema planteado nos permite descartar, en principio, que el fenómeno de la rebeldía legislativa vulnere la cosa juzgada formal de la sentencia de inconstitucionalidad, ya que la ley reiterativa no ataca la firmeza de dicho pronunciamiento. De hecho, luego de ser aprobada una ley de estas características, la sentencia no pierde su condición de inimpugnable e irrecurable ante el propio TC. En cambio, sí reviste complejidad la respuesta a la pregunta de si el legislador vulnera o no la cosa juzgada material de la sentencia, por medio de la aprobación de una ley reiterativa.

En líneas generales, no parece haber mayor problema en admitir que la cosa juzgada material de la sentencia de inconstitucionalidad vincula, en primer orden y por definición, a los jueces y tribunales ordinarios del Poder Judicial. En efecto, en el desempeño de la función jurisdiccional, tales operadores jurídicos están necesariamente obligados, primero, a aplicar una norma cuya constitucionalidad, en relación con un cierto parámetro, haya sido declarada por el TC a través de una sentencia desestimatoria (Tribunal Constitucional, 2004, artículo 4 del Título Preliminar). Esto supone una clara limitación a su potestad constitucional de ejercer el control difuso (Congreso de la República, 1993, artículo 138). En segundo lugar, los operadores en cuestión están obligados a no aplicar una norma que ya ha sido expulsada del ordenamiento jurídico a través de una sentencia de estimación simple, precisamente en virtud del triple efecto que estas despliegan en nuestro ordenamiento: eficacia *erga omnes*, vinculación a todos los poderes públicos y cosa juzgada material.

En cambio, la vinculación del legislador a la cosa juzgada material de una sentencia de inconstitucionalidad constituye una hipótesis de trabajo que necesita una construcción teórica más compleja, para la cual conviene partir de lo que se dispone normativamente en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, por un lado, mientras que la propia Constitución afirma que ella «prevalece sobre toda norma legal» (Congreso de la República, 1993, artículo 51) y reconoce que el TC es su

órgano de control (Congreso de la República, 1993, artículo 201), el estatuto normativo de este último lo define como su supremo intérprete (Congreso de la República, 2011, artículo 1). El TC debe ostentar necesariamente esta condición en el cumplimiento de sus funciones, entre las cuales se encuentra, naturalmente, el control de constitucionalidad de las leyes a través del proceso de inconstitucionalidad (Congreso de la República, 1993, artículo 200, inciso 4).

Por otro lado, la norma fundamental fija como una de las atribuciones del Congreso de la República «[d]ar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes» (Congreso de la República, 1993, artículo 102, inciso 1). Pero también dispone que otra de tales atribuciones es «[v]elar por el respeto de la Constitución y de las leyes» (Congreso de la República, 1993, artículo 102), respeto que, por las razones jurídicas antes mencionadas, debemos entender como comprensivo también de las sentencias del TC. Dicho en otras palabras, el «respeto a la Constitución», que en el ejercicio de su función legislativa ha de observar el Congreso de la República, supone necesariamente el «respeto a las sentencias del Tribunal Constitucional», que son normativamente la expresión de su interpretación suprema. De este modo, la genérica obligación de respetar la Constitución recibe una peculiar configuración de la cosa juzgada constitucional, «de modo que la relación bilateral Constitución-ley [...] se convierte en una relación trilateral (Constitución-sentencia-ley)» (Ruggeri, 1988, p. 23).

Situados en ese contexto, es posible concluir que la rebeldía legislativa a una sentencia de inconstitucionalidad, por medio de la aprobación de una ley reiterativa, contraviene la cosa juzgada material de dicha sentencia estimatoria como acto procesal que es, pues desconoce el acto de autoridad del TC que expulsó la norma legal, debido a su incompatibilidad con la Constitución. Asimismo, al volver a introducir la norma que fuese dejada sin efecto en la sentencia, el legislador le resta eficacia al sistema de control de constitucionalidad de la ley que la propia norma fundamental establece en resguardo de su supremacía (artículo 200, inciso 4) y que le otorga al TC la última palabra en el proceso de inconstitucionalidad del cual es instancia única (artículo 202, inciso 1).

Por ello, así como de la cosa juzgada material de una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad se deriva una serie de obligaciones para los jueces y tribunales del Poder Judicial, sucede lo mismo con el Congreso de la República, en cuya cabeza surge, en principio y en lo que aquí importa, la obligación jurídica negativa de no reproducir, con una ley ordinaria, la norma declarada inconstitucional en una sentencia estimatoria del TC. Todo ello se realiza sin perjuicio de que tal obligación jurídica no venga apoyada por una sanción ante su incumplimiento.

Por lo demás, la doctrina considera que el concepto de cosa juzgada material resulta plenamente aplicable a la sentencia estimatoria recaída en un proceso de inconstitucionalidad, precisamente para hacer frente a la reiteración de la norma considerada inconstitucional en una nueva disposición. Para lograrlo, considera necesario extender la eficacia de la cosa juzgada no solo respecto del fallo, sino también respecto de la norma concreta de la sentencia. Según Vogel, esta se entiende como «aquella consideración o afirmación jurídica que fundamenta el fallo, y que está formulada exactamente de tal modo general que, fuera de la decisión adoptada en el caso concreto, resultaría de ella una decisión igual en casos iguales» (Bocanegra Sierra, 1982, p. 205).

La importancia de esta extensión objetiva de la cosa juzgada constitucional, «más allá del estricto tenor literal del fallo», se explica, a su vez, por la necesidad de cubrir dos funciones capitales que el TC tiene encomendadas: por un lado, su condición de supremo intérprete de la Constitución (lo que conlleva la preeminencia de sus interpretaciones sobre otras posibles) y, por el otro, su función de pacificación, mediante la cual evita que las medidas o actuaciones

proscritas por el Tribunal puedan volver a suscitarse (Bocanegra, 1982, p. 109). Por ello, en la medida en que «los fallos de las sentencias miran siempre al pasado, no al futuro» (Bocanegra, 1982, p. 64), la vinculación a la *ratio decidendi* permite que cada situación de la misma clase (*Sachverhalt*) tenga que ser juzgada, igualmente, inconstitucional (Bocanegra, 1982, p. 65). Por esta razón, el legislador «está obligado en el futuro a eliminar la insuficiencia inconstitucional en el caso decidido y a discurrir en casos idénticos por el auténtico camino jurídico marcado por el Tribunal» (Bocanegra, 1982, pp. 65 - 66).

1.2.2.1. El caso de la rebeldía legislativa a una sentencia exhortativa vinculante.

Hasta aquí, hemos considerado únicamente la hipótesis de la rebeldía legislativa a una sentencia estimatoria simple de inconstitucionalidad (cuyo efecto es asimilable para cualquier pronunciamiento estimatorio de inconstitucionalidad). De esta, hemos concluido que, por imperio de la cosa juzgada que reviste, genera, para el legislador, una obligación negativa de no reproducción. Sin embargo, hemos dejado sin contestar la pregunta de si la rebeldía a una sentencia exhortativa vinculante (vale decir, aquella que declara la inconstitucionalidad de una norma legal, pero no la expulsa del ordenamiento jurídico, sino que llama a la colaboración del legislador para que este apruebe la ley reparadora) vulnera o no la cosa juzgada constitucional y, por ende, si de tal cosa juzgada es posible extraer también una obligación jurídica positiva para el legislador democrático.

En principio, y dado que la sentencia exhortativa vinculante encierra en sí misma un pronunciamiento estimatorio (si bien con efecto diferido), la primera obligación del legislador derivada de la cosa juzgada material de dicha declaración será una de signo negativo; es decir, no debe aprobar una norma idéntica a la ya declarada inconstitucional. Esta obligación, en principio, vale lo mismo cuando se legisla con el propósito de dar cumplimiento a la sentencia exhortativa y cuando se legisla en un momento distinto, ya sin dicho propósito específico.

Pero, además de ello, de lo que no puede haber duda es de que el emplazamiento al legislador, efectuado en una sentencia exhortativa, resulta jurídicamente vinculante. Esto se pone de manifiesto «si se acude al propio fundamento constitucional del modelo bilateral de reparación» de la inconstitucionalidad (González Beilfuss, 2000, p. 298), que presupone la colaboración del legislador para dar cumplimiento a la sentencia del TC.

Sin embargo, difícilmente se podría afirmar que la obligación del legislador de actuar en consecuencia con una sentencia exhortativa vinculante se derive de la cosa juzgada material de la misma. De hecho, esta solo podría vulnerarse por acción (vale decir, a través de la aprobación de una norma igual o similar a la que se declaró inconstitucional) y nunca por omisión, que es precisamente de lo que se trata en el caso de la rebeldía legislativa por omisión. Por esta misma razón, tampoco sería válido afirmar que la inercia del legislador frente a una sentencia exhortativa suponga una trasgresión de su efecto depurador, efecto que, por lo demás, cobra toda su plenitud precisamente a raíz de la no aprobación de la ley reparadora.

En realidad, lo que se puede afirmar de modo genérico es que la inacción del legislador frente a una sentencia exhortativa vinculante califica como una vulneración del principio de cooperación y lealtad constitucionales, que es un principio que se puede derivar de la Constitución, principalmente de sus artículos 51 (que reconoce el principio de supremacía normativa de la Constitución), 201 (que define al TC como su órgano de control) y 102 (según el cual una de las funciones del Congreso de la República es velar por el respeto de la Constitución y de las leyes). Con arreglo a dicha máxima, se entiende que si el modelo de reparación bilateral de la inconstitucionalidad busca ser respetuoso de la libre configuración normativa del legis-

lador democrático, lo mínimo que se le puede exigir a este último es prestar su colaboración diligente en el desempeño de su papel en dicho modelo, es decir, en la aprobación de la norma reparadora reclamada por la sentencia constitucional.

Esto sucede porque, a través de una sentencia exhortativa vinculante, el TC expresa la inconstitucionalidad no solo de la norma en cuestión (cuya expulsión del ordenamiento aplaza para posibilitar la actuación legislativa), sino también de la situación resultante a la cual se llegaría de apreciarse la inercia del legislador (o sea, de la situación de mayor inconstitucionalidad que ello acarrearía y que es lo que, precisamente, se busca evitar con la *vacatio sententiae*). La imperiosa necesidad de no llegar a dicha situación de vacío normativo incluso más inconstitucional, así valorada implícitamente en la sentencia (de otra forma, no se aplazaría su efecto depurador), es lo que justifica la obligación de legislar y su consecuente exigibilidad jurídica.

Ahora bien, en línea de principio, esta mayor inconstitucionalidad resultante de la desidia legislativa a una sentencia exhortativa vinculante habrá que presumirla en todas las sentencias de este tipo, ya que en todas ellas la actuación del legislador aparece como el único remedio posible para reparar la inconstitucionalidad detectada, mas no sancionada. Es así como de toda sentencia exhortativa vinculante se derivan siempre dos obligaciones específicas para el legislador democrático, adicionales a la que, como vimos, se desprende de la cosa juzgada material: por un lado, el deber de aprobar la ley reparadora dentro del plazo fijado en la sentencia constitucional y, por el otro, el deber de hacerlo siguiendo las directrices eventualmente establecidas por el TC en su sentencia.

Como señalan autores, esta obligación positiva del legislador respecto de la cosa juzgada constitucional se hace más evidente cuando de lo que se trata es de la anulación (bien que diferida) de las denominadas leyes constitucionalmente obligatorias, es decir, aquellas que, de acuerdo con una primera aproximación, «se presentan como instrumentos necesarios para dar cumplimiento inmediato a los fines y valores (u otras instituciones) constitucionales» (Ruggeri, 1988, p. 77). Este es el caso de las leyes que crean o regulan el estatuto de los órganos constitucionales o aquellas que afectan la materia organizativa del aparato estatal y que, no obstante, conservan su valor de ley. En ese contexto, Ruggeri (1988) afirma que el incumplimiento de la obligación de seguimiento (*seguito*) de la sentencia constitucional «no equivale a una mera desaplicación de una [...] norma constitucional, sino la violación de un principio fundamental immanente al sistema, que llama a los órganos constitucionales a cooperar, cada uno dentro del ámbito de su propia competencia [...] a fin de asegurar el mantenimiento y el correcto funcionamiento del sistema mismo» (p. 86)⁵.

2.2.3. La perspectiva de la teoría general del derecho.

Como hemos afirmado, si la cosa juzgada material recae siempre sobre la norma concreta de la sentencia y, más específicamente, sobre la motivación que sostiene la declaración de inconstitucionalidad, entonces, en la medida que la ley reiterativa supone siempre una disposición formalmente nueva y distinta de la anulada, la solución a esta nueva afectación del orden constitucional no debe buscarse en el efecto depurador de la sentencia de inconstitucionalidad, que no se agota con la expulsión de la concreta norma inconstitucional (de lo contrario, se re-

5 Asimismo, agrega Ruggeri (1988), la obligatoriedad en la actividad legislativa consecuenencial (*consequenziali*), en tal circunstancia, «responde a la misma *ratio* que prohíbe al legislador no predisponer nada *ab initio* o remover sin recambio la fuente en cuestión» (p. 86).

querirían tantos fallos y procesos de inconstitucionalidad como leyes reiterativas se aprobaran para restablecer el orden constitucional), sino en la cosa juzgada material de la sentencia, de cuyo análisis es posible concluir que la ley reiterativa, no obstante ser una nueva disposición, al denotar en realidad la misma norma anteriormente declarada inconstitucional, puede y debe ser enervada en vía de ejecución de la anterior sentencia de inconstitucionalidad (precisamente, en garantía de la cosa juzgada material que esta reviste).

De todo ello, surgen varias preguntas para cuya aproximación es menester salir del campo estrictamente procesal de la cosa juzgada e ingresar al ámbito propio de la teoría general del derecho. ¿Qué tipo de fuerza despliega la norma concreta de una sentencia de inconstitucionalidad frente a la ley reiterativa?, ¿es suficiente como para afirmar que impide el ingreso de la ley reiterativa al ordenamiento jurídico? Finalmente, ¿resulta válido argumentar que la ley reiterativa no es anulable, sino nula?

Un capacitado sector de la doctrina opina que algunas leyes pueden calificar como inexistentes en ciertos casos tasados y excepcionales ante la «necesidad de reaccionar rápida, eficaz y vigorosamente contra los elementos extraños al ordenamiento» (Gascón Abellán, 1997, p. 149). Así, por ejemplo, autores como Gascón Abellán (1997) argumentan que «si 'la apariencia de validez' es una buena razón para separarse del régimen de eficacia (retroactiva) establecido en un sistema, la 'falta absoluta de apariencia de validez' podría ser también un buen argumento para impulsar una nueva figura: 'la inexistencia'» (p. 138).

En ese sentido, ha sido Riccardo Guastini (2000) quien, en relación con los supuestos de invalidez de las normas jurídicas y partiendo de la premisa de que el derecho moderno regula su propia creación y modificación, ha tomado como base de dicha regulación a las llamadas normas sobre la producción jurídica, que define como aquellas que señalan el órgano competente para crear la norma, el procedimiento para ejercer dicha competencia y, eventualmente, las normas que predeterminan el contenido de las normas futuras (p. 319). Señala que, para que una norma sea existente, basta que sea creada por la autoridad competente *prima facie*; por el contrario, será solo inexistente cuando sea creada en violación de todas sus normas sobre la producción jurídica; y será simplemente inválida si la norma en cuestión está afecta por uno o más vicios. En esa línea, el citado autor concluye que aquella pretendida ley que se encuentre viciada de incompetencia formal no será solo inválida, sino, además, inexistente en la medida que las normas de competencia expresan siempre una definición (Guastini, 2000, pp. 331 - 332). En otras palabras, una norma no alcanzará el estatus propio de una ley si viola una norma de competencia, pues precisamente el respeto de esta última es parte de la definición de ley.

Se considera, de este modo, que nada impediría afirmar que la ley reiterativa califica como una norma inexistente y, por tanto, nula en mérito a su inconstitucionalidad formal, al desconocer una norma sobre la producción jurídica.

En efecto, si la cosa juzgada material de la sentencia de inconstitucionalidad recae no sobre la disposición, sino sobre la norma, entonces, la ley reiterativa, si bien formalmente es una nueva disposición (una nueva fuente), denota, en sentido estricto, la misma norma que en su momento fue declarada como inconstitucional. En tal sentido, la ley reiterativa (en estricto, la norma que resulta idéntica a la declarada inconstitucional) es rechazada por la fuerza pasiva de la norma concreta que subyace a la sentencia de inconstitucionalidad.

Pero, además, en la medida que la sentencia de inconstitucionalidad (esto es, la norma concreta que de ella se deriva) constituye una auténtica fuente de derecho, que no solo innova el ordenamiento jurídico en forma negativa (expulsando la norma inválida) y positiva (ofrecien-

do una norma concreta que vincula *erga omnes*), sino que supone una definición de cualquier ley posterior que sobre la misma materia expida el legislador; cabe, razonablemente, concluir que dicha norma concreta constituye una auténtica norma sobre la producción jurídica en los términos que plantea Guastini (2000).

De esta forma, cuando el TC declara la invalidez de una ley, si bien no define directamente cuál debiera ser el contenido de una ley arreglada a la Constitución (pues su labor se constriñe a declarar la invalidez de la disposición cuestionada), sin embargo, a causa de la cosa juzgada material de la sentencia, impone que el contenido futuro de la ley no puede ser igual al ya declarado inconstitucional. Y en esa medida, si bien no realiza una definición positiva de la futura ley, sí realiza una definición negativa (es decir, sobre aquello que no debe contener)⁶.

En definitiva, por esta razón de orden teórico, la norma concreta de la sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por el TC forma parte de la definición de la nueva ley. De este modo, si esta última no la respeta (lo que equivale a la emisión de una ley reiterativa), entonces no podrá ser llamada ley. Dicho en otras palabras, será una ley inexistente o nula. Ciertamente, esta conclusión tiene una importante consecuencia práctica, ya que la consideración de la ley reiterativa como una ley inexistente puede llevarnos directamente a plantear que su declaración de inconstitucionalidad debería tener efecto retroactivo al sancionarse su nulidad. Esto quiere decir que los actos realizados en aplicación de la ley reiterativa no estarían cubiertos por el principio de seguridad jurídica o de presunción de constitucionalidad, lo que resulta coherente con la finalidad de la reacción rápida y eficaz, que justifica, como hemos visto, la figura de las leyes inexistentes.

3. Rebeldía legislativa e interpretación evolutiva

Se ha afirmado que el control de constitucionalidad de las leyes que lleva a cabo el TC en el proceso de inconstitucionalidad presupone, necesariamente, la interpretación de dos textos: la Constitución y la ley impugnada. El objetivo es determinar si las normas que se desprenden de esta última compatibilizan o colisionan con las normas que se derivan de la primera. Asimismo, se ha demostrado que, por razones de tipo conceptual y normativo, la interpretación constitucional del TC está llamada a prevalecer sobre la efectuada por el legislador democrático. A partir de esto, se concluye que el fenómeno de la rebeldía legislativa, según la definición planteada, contradice esa supremacía interpretativa que la Constitución otorga al TC.

Sin embargo, al afirmar todo ello, hemos dejado de lado intencionadamente un aspecto de la interpretación constitucional llevada a cabo por ambos agentes que, como ahora veremos, presenta importantes consecuencias en la tarea de verificar la configuración de una situación de rebeldía legislativa: la especificidad de la interpretación constitucional y su reflejo en el ámbito de la cosa juzgada constitucional.

6 Por eso, lleva razón Jiménez Campo (1997) cuando afirma, respecto de la fuerza de ley de la sentencia de inconstitucionalidad, que «[e]l pronunciamiento de inconstitucionalidad ostenta así una fuerza análoga, aunque de signo opuesto, a la que fue propia de la regla legal enjuiciada; fuerza análoga, no idéntica, porque en estos fallos hay quizá algo más, que nunca estaría en manos del legislador imponer: el mandato de no reactivar la inconstitucionalidad declarada mediante la reiteración de la regla inconstitucional» (p. 29).

3.1. La interpretación de la Constitución y el problema de su especificidad.

Existe un consenso en la doctrina en afirmar que, debido a la peculiar naturaleza de su contenido (es decir, a su especificidad)⁷, las normas constitucionales requieren criterios especiales de interpretación, distintos de los métodos tradicionales u ordinarios, cuya aplicabilidad no se niega, pero que se revelan como insuficientes⁸.

Así, pues, en el ámbito de la interpretación jurídica de la Constitución, si bien los agentes pueden utilizar los típicos criterios gramatical, sistemático, histórico y teleológico, al lado de ellos y cuando la especificidad de la norma constitucional así lo requiera, el intérprete tiene a su disposición las técnicas interpretativas propias y adecuadas a dicha especificidad en materia constitucional (que es, por tanto, una especificidad relativa y no absoluta). Entre ellas, hay que ubicar, naturalmente, a los conocidos principios de unidad de la Constitución de concordancia práctica, de interpretación conforme a la Constitución, de fuerza normativa de la Constitución y de corrección funcional (Hesse, 2012, pp. 67 - 70).

Pero, además de todo ello, es igualmente cierto que la interpretación jurídica de la Constitución se guía siempre de una cierta doctrina o ideología que dirige la actividad de los intérpretes constitucionales. De esta manera, se puede considerar, según Guastini (2007), la oposición entre una ideología estática y otra dinámica; la adopción de una doctrina universalista frente a otra particularista; y, finalmente, la asunción de una actitud de *judicial restraint* y otra —opuesta— de *judicial activism* en los intérpretes constitucionales (p. 59).

3.2. Interpretación estática vs. interpretación dinámica de la Constitución.

Se dice que la Constitución demanda una interpretación evolutiva por parte del agente, en el sentido de la «atribución al texto constitucional de un significado diverso del histórico (diverso del significado que tenía en el momento de su creación), y también un significado siempre mutable, para adaptar así el contenido normativo a las cambiantes exigencias políticas o sociales» (Guastini, 2000, p. 86). El fundamento de este criterio hermenéutico se basa en la especial pretensión de permanencia y estabilidad que exhibe la Constitución como norma fundamental y suprema de un sistema político y social, permanencia que «no sería posible si la interpretación de la misma no se realizase teniendo en cuenta la realidad social a la que ha de aplicarse» (Díaz Revorio, 2009, p. 13).

La denominada interpretación evolutiva, sin embargo, no es una técnica interpretativa específica —propriadamente dicha— para atribuir significados a la Constitución, sino que consiste, más bien, en «utilizar una técnica interpretativa cualquiera con la finalidad de adaptar el texto —sobre todo si se trata de un texto 'viejo'— a las nuevas circunstancias» (Guastini, 2007, p. 61). Esto confirma, por lo demás, su carácter de ideología o doctrina —ya explicada— sobre la interpretación constitucional.

7 Las peculiaridades de la interpretación constitucional, a decir de Guastini (2000), provienen de tres factores ínsitos a su naturaleza: los agentes de la interpretación, las técnicas interpretativas y los problemas de interpretación constitucional (pp. 77 - 78).

8 Esta peculiaridad de la Constitución en relación con su interpretación se resume, a su vez, en tres grandes rasgos: (i) su carácter abierto, es decir, la ambigüedad de su formulación, que expresa la falta de acuerdo y necesaria postergación de la decisión; (ii) su politicidad, ya que se conecta con diversos sujetos, grupos y órganos del Estado presentes tanto en la elaboración de la Constitución como en el desarrollo e interpretación de la misma; y (iii) su carácter axiológico o valorativo, al contener un buen número de valores y principios generales tales como la libertad, la igualdad, la justicia, la dignidad, etc. (Díaz Revorio, 2009, pp. 7 - 8).

La adopción de un criterio evolutivo por parte del intérprete exhibe una gran utilidad e importantes ventajas para entender el significado de la Constitución, que se explican a raíz de la naturaleza y contenido normativo propios del texto constitucional visto desde una perspectiva axiológica. Sin embargo, algunos autores ven en este criterio como una grave amenaza a la propia naturaleza jurídica de la Constitución como norma imperativa. Sostienen que la interpretación evolutiva conlleva a un gran problema, pues las constituciones son reformables y, precisamente, «la reforma constitucional sirve para adaptar el texto normativo a las cambiantes circunstancias», cuya realización es «competencia exclusiva de ciertos órganos que operan de acuerdo con ciertos procedimientos»; en este contexto, se sostiene, la interpretación evolutiva «constituye una violación a la propia Constitución (a aquellas de sus normas que regulan la reforma constitucional)» (Guastini, 2000, p. 87).

Así, pues, la pregunta que debemos plantearnos en torno a la denominada interpretación evolutiva de la Constitución es doble: en primer lugar, ¿cuál es el fundamento de esta postura interpretativa?; en segundo lugar, ¿hasta dónde puede llegar el intérprete en su función actualizadora de la Constitución, a través de una interpretación evolutiva que no implique la sustitución de un texto constitucional por otro distinto?

3.2.1. Rigidez constitucional y apertura interpretativa.

Con respecto a su fundamento, es preciso empezar señalando que una de las características más resaltantes de una Constitución (no necesariamente en todos los sistemas jurídicos) es aquella que se refiere a su rigidez, esto es, la previsión de un procedimiento más complejo que el legislativo para efectuar la modificación de su texto⁹. A través de esta característica, se busca que la norma, al ser de carácter supremo dentro del ordenamiento jurídico, goce de estabilidad en el tiempo y, por ende, brinde esa misma cualidad al resto de normas jurídicas infraconstitucionales.

Sin embargo, se entiende también que esta característica puede llegar, a la larga, a generar una serie de dificultades, ya que, al convertir a la modificación de la Constitución en algo sumamente complejo y prácticamente inaccesible, terminará siempre por originar un divorcio entre el texto constitucional y la realidad. Por ello, se dice que en toda Constitución existe una suerte de tensión entre rigidez y apertura, como elementos cuya convivencia armónica resulta indispensable para que el texto constitucional logre eficazmente su cometido de normación de la vida social.

Como respuesta a este planteamiento, sin embargo, se aduce que la solución radica en la formulación abierta e imprecisa de las normas constitucionales, características que permiten la necesaria adaptación de la Constitución a la realidad sobre la cual actúa. En definitiva, es el ordenamiento el que confía esta operación al intérprete constitucional. La Constitución abierta, así comprendida, «permite (en términos regulativos) desarrollos constitucionales muy diferentes entre sí, que son la plasmación de opciones políticas e ideológicas muy diversas, sin que sea necesario para ello proceder a la modificación o reforma de la Constitución» (Aguiló Reglá, 2003, p. 304). A raíz de la apertura regulativa de sus normas, las Constituciones exhiben, además de su rigidez, una suerte de resistencia constitucional, que se entiende como la «adap-

⁹ En palabras de James Bryce (1988), son constituciones rígidas (y no flexibles) aquellas en que «las leyes principales y fundamentales denominadas Constitución, poseen una jerarquía superior a las leyes ordinarias y no son modificables por la autoridad legislativa ordinaria» (p. 13).

tabilidad a la dinámica política [...], su capacidad para ser interpretada de forma flexible y, hasta cierto punto, cambiando en función de nuevos problemas y nuevas sensibilidades o exigencias a propósito de los derechos fundamentales en ella positivizados, pero no definidos» (Tomás y Valiente, 1994, p. 639). Para todo ello, no es necesario acudir a la reforma constitucional.

3.2.2. Mutación constitucional.

Por otro lado, preguntarse por los límites que toda interpretación evolutiva debe respetar equivale a interrogarse por los límites propios de la mutación constitucional. Así, por ejemplo, Konrad Hesse (2012) sostiene que tal modificación del contenido debe ser comprendida «como cambio 'en el interior' de la norma constitucional misma, no como consecuencia de desarrollos producidos fuera de la normatividad de la Constitución» (p. 110). Desde esa perspectiva —y sobre la base de Müller—, propone que la estructura de las normas constitucionales exhibe dos partes bien diferenciadas: el ámbito normativo (entendido como la realidad constitucional o circunstancias de la vida social) y el programa normativo (el concreto mandato de la norma constitucional)¹⁰. En este contexto, según el autor, la mutación constitucional resultará lícita mientras no transgreda el programa normativo de la norma, que es materia de interpretación mutativa. Así, pues, colige, «[l]a problemática de la revisión constitucional comienza allí donde terminan las posibilidades de la mutación constitucional» (Hesse, 2012, p. 50).

3.2. Interpretación dinámica de la Constitución y cosa juzgada constitucional: los límites temporales de la cosa juzgada constitucional como de excepción a la rebeldía legislativa.

Situados en este contexto, es evidente que la particular ideología que reclama al intérprete constitucional una especial predisposición a ver en la Constitución no un texto anclado en el pasado, sino un texto vivo y actual, íntimamente conectado con la realidad social, ha de repercutir de algún modo en la comprensión que hemos expuesto en este trabajo sobre control de constitucionalidad de la ley en general y del llevado a cabo por el TC en particular.

En efecto, si, como hemos afirmado, el control de constitucionalidad de la ley presupone necesariamente la interpretación de la norma parámetro (la Constitución) y del objeto de impugnación (la ley cuestionada), a fin de determinar la compatibilidad de esta última en relación con la primera, no se podrá soslayar que, por su propia naturaleza, dicha interpretación de la Constitución puede sufrir cambios a lo largo del tiempo, fruto de la interpretación evolutiva a la que está necesariamente sujeta. Este hecho repercutirá, de alguna forma, en la cosa juzgada material de la sentencia de inconstitucionalidad.

3.3.1. Interpretación mutativa de la Constitución y sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad.

El efecto de cosa juzgada material de la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad, reconocido en el artículo 104, inciso 2 del Código Procesal Constitucional (2004), se encuentra sujeto a una serie de límites objetivos según la propia definición brindada por el TC peruano, toda

¹⁰ En palabras del autor, las circunstancias de la realidad social «integran el 'ámbito normativo', el cual, a partir del conjunto de los datos del mundo social afectados por un precepto, y a través del mandato contenido sobre todo en el texto de la norma, el 'programa normativo' es elevado a parte integrante del contenido normativo» (Hesse, 2012, p. 54).

vez que el eventual juicio de constitucionalidad efectuado sobre una ley, cuya constitucionalidad ha sido confirmada previamente en una sentencia desestimatoria, debe tener en cuenta, necesariamente, cuatro circunstancias: (a) si la norma constitucional que ha sido empleada como parámetro de juicio es la misma o es otra distinta; (b) si la norma constitucional parámetro de juicio ha variado en su sentido; (c) si la norma legal impugnada objeto de control ha variado en el sentido por el cual se dictó la sentencia desestimatoria; y, finalmente, (d) si la conclusión a la que conduce la aplicación de un principio interpretativo distinto es sustancialmente diferente a la que se aplicó en la sentencia desestimatoria (Tribunal Constitucional, 2005, fundamento 9).

Es decir, por vía de esta limitación objetiva de la cosa juzgada material de la sentencia desestimatoria, el TC admite que la norma parámetro puede cambiar en su sentido, como consecuencia de «una evolución de la jurisprudencia o una interpretación mutativa y dinámica de la Constitución efectuada por el Tribunal Constitucional»; del mismo modo, puede variar el sentido de la disposición impugnada «como consecuencia de su aplicación por sus operadores y por los propios órganos jurisdiccionales» (Tribunal Constitucional, 2005, fundamento 9).

Un conocido ejemplo que puede ilustrar este punto, extraído de la experiencia comparada, se refiere al tema de segregación racial en Estados Unidos. En efecto, mientras en *Plessy vs. Ferguson* (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1896) el Tribunal Supremo de ese país consideró que la cláusula de igual protección prevista en la Enmienda XIV de la Constitución era perfectamente compatible con la doctrina «separados pero iguales», consagrada en una ley del Estado de Louisiana que establecía vagones específicos para negros, mucho tiempo después, en *Brown vs. Board of Education of Topeka* (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1954), el mismo Tribunal dictaminó que dicha doctrina, aplicada en el ámbito de las escuelas públicas, se encontraba prohibida por la referida enmienda constitucional, pues generaba un sentimiento de inferioridad en las minorías sobre su lugar en la sociedad y los privaba de la igualdad de oportunidades en materia educativa.

Con ello, se hace patente que la interpretación evolutiva de la Constitución puede tener por efecto la reversión del estatus constitucional de una ley (así declarada en una sentencia desestimatoria), fenómeno que bien puede explicarse a través del concepto de la inconstitucionalidad sobrevenida de la ley. Su definición atiende a dos factores clave: «La aparición en cierto momento de una nueva circunstancia que vuelve inconstitucional la ley, y el entendimiento de esta como una 'norma en el tiempo', sujeta a cambios sustanciales en su régimen constitucional» (Martín de la Vega, 2003, p. 357). Dicha nueva circunstancia, a su vez, podría ser una mutación que afecta a la norma impugnada, a la norma parámetro o al sistema legislativo en su conjunto (Martín de la Vega, 2003, p. 358).

No cualquier cambio en las circunstancias determinantes, sin embargo, debería poder desencadenar la atenuación de la cosa juzgada material de una sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad. No solo porque hablar de límites temporales como una categoría abierta podría resultar contraproducente a la razón de ser de la cosa juzgada (que no es otra que brindar certeza y predictibilidad sobre la interpretación de la Constitución), sino también por las evidentes consecuencias que una relativización podría suponer en las relaciones entre el TC y los demás poderes del Estado. Por ello, es muy importante que, una vez admitido que la interpretación evolutiva de la norma constitucional puede generar un impacto sobre la cosa juzgada material de la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad a nivel de sus límites temporales, se delimiten seguidamente los cauces procesales que resultan necesarios para que tal incidencia se desarrolle de modo institucional.

En el caso de la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad, se puede señalar que las vías procedimentales para realizar el denominado principio de reversibilidad de los pronunciamientos constitucionales¹¹ sí existen. En efecto, la formulación, acogimiento y decisión sobre una fórmula interpretativa evolutiva de la norma constitucional parámetro, utilizada en una sentencia desestimatoria, resulta posible debido a que la disposición legislativa en cuestión sigue vigente (precisamente, porque la sentencia fue desestimatoria). Justamente, es alrededor de dicho precepto que puede producirse o reanudarse esta suerte de conversación entre el TC y los demás poderes del Estado.

3.3.2. Interpretación mutativa de la Constitución y sentencia estimatoria de inconstitucionalidad.

En cambio, cuando lo que se trata de revertir es la interpretación constitucional afirmada en una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, ese factor de conversación no existe. En efecto, la ley que se declaró inconstitucional, y cuyo contenido normativo podría haber devenido constitucional con el paso del tiempo, no existe más, pues el dispositivo legal fue expulsado del ordenamiento jurídico.

Situados en ese contexto, la pregunta que surge inmediatamente es si la única vía para alegar una interpretación constitucional alterna a la utilizada en la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, que esta sea acogida por el TC y que, finalmente, sea la base para una nueva decisión (estimatoria o desestimatoria), es la vía de la aprobación de una ley idéntica a la anteriormente declarada inconstitucional. Y, en efecto, como se verá a continuación, esto es necesariamente así.

Una interpretación constitucional mutativa sobre la norma constitucional parámetro, utilizada en una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, podría arrojar como resultado un fallo distinto sobre una ley idéntica a la declarada inconstitucional, reintroducida en el ordenamiento jurídico. De forma simétrica a lo antes expresado en relación con la sentencia desestimatoria, sería válido concluir que una interpretación evolutiva sobre la Constitución puede tener como efecto la reversión de un anterior criterio jurisprudencial sobre la inconstitucionalidad del contenido normativo de una ley, posteriormente reintroducido por el legislador. De ser este el caso, dicha situación se explicaría como una suerte de constitucionalidad sobrevenida del contenido normativo de la nueva ley.

Sin embargo, lo cierto es que, luego de ser publicada una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, el TC, los sujetos legitimados para interponer una nueva demanda de inconstitucionalidad, los jueces y los tribunales del Poder Judicial se encuentran fácticamente imposibilitados para formular una interpretación alterna respecto de la utilizada en aquella sentencia estimatoria. La razón es que esta lectura no tendría un vehículo o soporte legal para ser formulada: el dispositivo legal en cuestión fue expulsado del ordenamiento jurídico en virtud de la sentencia del TC, lo que impide cualquier tipo de diálogo entre dichos actores.

Es por ello que, en realidad, la única forma imaginable mediante la cual dicha interpretación mutativa podría tener lugar sería a través de la aprobación, por parte del legislador, de una

¹¹ Esta noción pertenece a Jiménez Campo (1995), para quien tal principio se encuentra implícito en las disposiciones de la Constitución española, que ordenan la renovación periódica de la composición personal del Tribunal Constitucional y en la previsión de la publicación de los votos particulares a sus resoluciones (artículos 159, inciso 3, y 164, inciso 1, de la Constitución española) (pp. 82 - 83).

ley de contenido normativo idéntico al declarado inconstitucional. En ese sentido, el legislador considera, ahora, sobre la base de dicha interpretación alterna, que el contenido se ajusta a la Constitución y exige que así sea reconocido por el TC.

Un ejemplo que puede ayudar a entender esta hipótesis es el caso del derecho al aborto en Alemania. La primera sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la materia, dictada el 25 de febrero de 1975 (BverfGE 39, 1), declaró la inconstitucionalidad del artículo 218 del Código Penal (tras su modificación por la Quinta Ley de Reforma del Derecho Penal, del 18 de junio de 1974), por incompatibilidad con el artículo 2, párrafo 2, inciso 1, en relación con el artículo 1 del párrafo 1 de la Ley Fundamental (derecho a la vida, en conexión con la dignidad humana). Para este fallo, se consideró que dicha regulación excluía la punibilidad del aborto sin imponer restricción alguna durante las primeras doce semanas de embarazo. Sin embargo, en respuesta a esta sentencia, el legislador aprobó una nueva normativa (primero, la Decimoquinta Ley de Modificación del Derecho Penal, del 18 de mayo de 1976; luego, la Ley de Apoyo a la Maternidad y a las Familias, de 27 de julio de 1992), que creó un derecho de asesoramiento a favor de la mujer embarazada, regulación sobre la cual el Gobierno bávaro interpuso un recurso de inconstitucionalidad. Así, en su segunda sentencia sobre el mismo tema (BverfGE 88, 203, del 28 de mayo de 1993), el Tribunal realizó un test de ponderación no efectuado en la primera oportunidad. Si bien declaró que las leyes cuestionadas eran parcialmente incompatibles con el derecho a la vida y la dignidad humana, reconoció que «[s]olo puede venir en consideración una causa justa de justificación del aborto cuando se da una situación de necesidad típica circunscrita con más exactitud [...] de tal gravedad [...] que no puede exigirse a la mujer embarazada que continúe el embarazo». Se estableció, por ello, una serie de medidas temporales en su sentencia, con el objeto de hacer frente a la inconstitucionalidad declarada en el fallo hasta que el legislador emitiera la normativa reparadora.

En definitiva, si existe un agente capaz de formular una interpretación evolutiva de la Constitución y, de este modo, intentar revertir el criterio jurisprudencial sobre la inconstitucionalidad de un determinado precepto legal, ese no puede ser otro que el propio legislador democrático. Asimismo, solo será posible comprobar que el contenido normativo en cuestión ha devenido en constitucional si el legislador decide reproducirlo y reintroducirlo en el ordenamiento jurídico¹².

Entonces, solo mediante la reiteración legislativa del contenido normativo anteriormente declarado inconstitucional el diálogo quedaría restablecido, pues, a través del cuestionamiento del nuevo precepto legal, la interpretación evolutiva en la que este se fundamenta llegaría a conocimiento del TC (ya sea a través de la activación de un nuevo proceso de inconstitucionalidad contra la nueva ley o a través de su cuestionamiento mediante un amparo contra dicha norma o contra la resolución judicial que aplicara el control difuso). Sin embargo, en cualquier caso, solo el TC tomará la decisión de acoger la tesis interpretativa planteada y decidir, basado en ella, la inconstitucionalidad del nuevo precepto legal (vale decir, llegar al mismo resultado que la anterior sentencia estimatoria) o, en cambio, declarar, esta vez, su arreglo a la Constitución.

12 Desde esta perspectiva, se afirma que la reiteración de enunciados legales anteriormente declarados inconstitucionales «es el procedimiento que mejor garantiza esta adaptación [de la Constitución a la realidad social] y que evita que la adecuación se realice por medio de instrumentos jurídicos o vías de hecho mucho menos seguras y razonables desde la perspectiva jurídica» (Viver Pi-Sunyer, 2013, p. 21). En esa tarea, «el legislador se encuentra en una posición mejor que el Tribunal para valorar de forma global los cambios sociales y la influencia que puedan tener en el significado de la Constitución» (Viver Pi-Sunyer, 2013, p. 21).

3.4. El diálogo legislativo: la ley reiterativa como un modo de colaboración entre el Congreso de la República y el TC.

En definitiva, tanto la noción sustantiva sobre la interpretación evolutiva de la Constitución como el concepto procesal afín sobre los límites temporales de la cosa juzgada material de las sentencias de inconstitucionalidad permiten inferir que la reproducción legislativa de un contenido normativo anteriormente declarado inconstitucional puede calificar, en determinados casos, ya no como un caso de rebeldía del legislador; sino más bien como uno de diálogo legislativo. Esto amerita, como es evidente, cierta matización de lo afirmado hasta el momento en este trabajo.

En efecto, si bien se ha afirmado que la aprobación de una ley de contenido idéntico a uno declarado inconstitucional resulta inadmisibles —pues supone una afectación manifiesta de la supremacía interpretativa que ostenta el TC y de la cosa juzgada *material* que revisten sus sentencias de inconstitucionalidad—, consideramos que tal afirmación debe ahora ser complementada con un supuesto excepcional que hace parte de los límites temporales de dicha cosa juzgada material. Este supuesto ocurre cuando la reproducción legislativa obedece a la adopción, por parte del legislador, de una interpretación evolutiva efectuada sobre la norma constitucional parámetro, que fue utilizada en la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad¹³.

De este modo, así como la reforma constitucional de la norma parámetro de una sentencia de inconstitucionalidad podría atenuar la cosa juzgada material derivada de esta debido a sus límites temporales, también debe admitirse que dicho cambio proviene de la formulación de una interpretación evolutiva de dicha norma constitucional efectuada por el legislador sin que esta se vea alterada en su texto.

Es por ello que, para no pocos autores, el asunto de la reproducción de una ley declarada inconstitucional no admite respuestas dogmáticas. Casal Hernández (2004), por ejemplo, opina que, si bien tal actitud ha de considerarse en principio ilícita «por añadir al vicio de inconstitucionalidad antes advertido el desacato a un pronunciamiento del órgano supremo de la justicia constitucional» (p. 309), no menos cierto es que una reproducción tal será admisible «cuando ha ocurrido un cambio en las circunstancias imperantes, en el contexto normativo, o en las concepciones jurídicas predominantes» (p. 309). Mientras tanto, «[t]ampoco cabe descartar una rectificación de la jurisprudencia previamente establecida ligada a una alteración en la composición del tribunal competente» (p. 309), aunque si bien el legislador puede provocar la revisión del criterio jurisprudencial asumido, solo el TC tiene la última palabra.

En ese sentido, Ahumada Ruiz (2012) reconoce que no es posible responder en abstracto a la cuestión de si es aceptable o no la repetición deliberada de una norma declarada inconstitucional, pues «el contexto en que la 'repetición' se produzca es determinante para juzgar su grado de legitimidad» (pp. 56 - 57). Así, por ejemplo, «la repetición de la norma declarada inconstitucional en los mismos términos (aunque no sea con efecto retroactivo) como inmediata reacción a la sentencia constitucional, debería considerarse como una manifestación

13 Con ello, por lo demás, se demostraría que «la supremacía interpretativa del Tribunal [...] no es un valor absoluto e ilimitado que no se pueda y sea necesario coexistir con otros valores también relevantes, como el de coadyuvar a una adecuada adaptación de la Constitución, del ordenamiento e incluso de la doctrina constitucional a los cambios de la realidad social o jurídica» (Viver Pi-Sunyer, 2013, p. 22). No obstante, se precisa también que, a través del cuestionamiento abstracto de la nueva ley, «el Tribunal Constitucional puede reivindicar con éxito la supremacía derivada de su calidad de órgano especializado en la tarea de llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes» (Viver Pi-Sunyer, 2013, p. 22). Esto es así porque el TC «no está de ningún modo vinculado por la interpretación y concreción constitucional realizada por el legislador» (Viver Pi-Sunyer, 2013, p. 22).

abierta de desacato a la decisión del Tribunal y desafío a su autoridad, por tanto, un caso de crisis institucional» (Ahumada, 2012, pp. 56 - 57). Por el contrario, «en la medida en que el legislador apele al cambio de circunstancias o a la obligación de atender a nuevas necesidades para justificar la ‘reintroducción’ de la misma norma en el ordenamiento [...] no parece que pueda mantenerse la prohibición de repetición [...]» (Ahumada, 2012, pp. 56 - 57).

En líneas generales, se considera que las circunstancias determinantes que el legislador podría invocar a su favor para repetir una ley anteriormente declarada inconstitucional se reducen a aquellas que podrían representar una interpretación evolutiva de la Constitución, es decir, la necesidad de adaptar el texto constitucional a los cambios sociales o jurídicos propios del momento en el que se expide la nueva ley. De este modo, pesaría sobre el legislador una suerte de motivación reforzada de la ley reintroducida, en cualquier caso, ubicable en su exposición de motivos, en la que «el legislador debe identificar los datos que muestran la concurrencia de alguna de las referidas circunstancias y debe aportar los argumentos que avalen jurídicamente» (Viver Pi-Sunyer, 2013, p. 33) su posición.

Ahora bien, siendo la interpretación mutativa de la Constitución una causal de algún modo genérica para autorizar la aprobación de una ley reiterativa, es conveniente que ella se concrete en causales más específicas, que permitan al legislador expresar un razonamiento justificativo suficiente para aprobar la nueva ley, así como facultar al TC para emitir una valoración adecuada sobre la constitucionalidad de aquella.

De una primera aproximación, se considera que, para lograr este fin, el legislador democrático podría aludir a cualquiera de las siguientes circunstancias, de forma individual o concurrente:

- (a) Un cambio en el ámbito normativo (la realidad constitucional) de la norma constitucional utilizada como parámetro en la anterior sentencia estimatoria, que puede afectar a cualquiera de sus dos elementos: el componente fáctico o el componente ideológico (López Cadena, 2007, p.187).

- Cambio en el componente fáctico. Es decir, la apreciación de una cierta evolución o modificación de las circunstancias históricas, sociales, políticas y/o económicas, que rigen al interior de una determinada comunidad política. Estas circunstancias son afectadas por la norma constitucional materia de interpretación.

Por ejemplo, este sería el caso (hipotético) de una ley electoral que hubiera sido declarada inconstitucional por no prever la cuota de género. Sin embargo, posteriormente, el legislador volvería a aprobar el mismo texto normativo aduciendo que, en los últimos años, el rol de la mujer en la sociedad ha llegado a ser el mismo que el del hombre (cambio en las circunstancias histórica, social y política de la mujer). Este hecho haría que sea innecesario insistir en una acción afirmativa sobre dicha materia.

- Cambio en el componente ideológico. Es decir, la constatación de un cambio en la cosmovisión que tiene la sociedad sobre aquellas circunstancias históricas, sociales, políticas y económicas, cambio que puede darse incluso si tales circunstancias no han variado en su configuración fáctica¹⁴.

¹⁴ Por ello, se hace bien en afirmar que lo verdaderamente determinante en el ámbito de la realidad constitucional, de cara a generar una mutación constitucional, es el elemento ideológico, pues «cuando este cambia puede pro-

Este sería el caso, por ejemplo, del concepto de matrimonio como institución social, que el legislador podría entender como comprensivo no solo de la unión estable entre un hombre y una mujer (criterio que podría haber servido para declarar la inconstitucionalidad de una ley contraria a ese contenido), sino también de la unión entre personas del mismo sexo (cambio en la cosmovisión sobre las circunstancias históricas y sociales de las parejas homosexuales) y, en base a ello, aprobara una ley idéntica a la anteriormente declarada inconstitucional.

(b) Un cambio en el programa normativo (lo jurídicamente positivado) de la norma constitucional utilizada como parámetro en la anterior sentencia estimatoria. Este programa puede ser jurídicamente ampliado o restringido a través de cualquiera de las siguientes fuentes:

- Cambio a nivel de tratados internacionales y su interpretación autorizada efectuada por los órganos competentes. Teniendo en cuenta que, en nuestro ordenamiento, los derechos y libertades consagrados en la Constitución se interpretan de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos «y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú» (Congreso de la República, 1993, Cuarta Disposición Final y Transitoria), y de conformidad con «las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte» (Tribunal Constitucional, 2004, artículo V del Título Preliminar), nada puede extrañar que un cambio en cualquiera de estos dos elementos traiga, como corolario, una modificación en el programa normativo de la norma constitucional, que sea utilizada por el TC en su sentencia estimatoria. Esto es lo que sucedería si, luego de emitida una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad del TC, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) adoptara un estándar interpretativo distinto o superior al asumido por el TC en su sentencia y tal estándar fuera adoptado por el legislador democrático. Por ejemplo, en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* (Corte IDH, 2012) condenó al Estado costarricense por violación de diversos artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, luego de considerar que la sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, que había declarado inconstitucional un decreto ejecutivo que autorizaba la práctica de la fertilización *in vitro* para parejas conyugales y regulaba su ejecución (Corte IDH, 2012, párrafo 73 - 75), «implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia». El caso concluyó en que la Sala Constitucional «partió de una protección absoluta del embrión» sin ponderar ni tomar en cuenta los otros derechos en conflicto (Corte IDH, 2012, párrafo 317)¹⁵. Por ello, se hace bien en afirmar que la proyección de la eficacia

ducir cambios en los hechos prácticos, o cuando los hechos prácticos han cambiado éste los puede avalar» (López Cadena, 2007, p. 187).

15 Ciertamente, también se podría dar el otro caso: cuando el estándar interpretativo de la Corte supera una sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad del TC. Por ejemplo, en el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte condenó al Estado uruguayo por violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial (Convención

interpretativa de las sentencias de la Corte IDH obliga a todas las autoridades nacionales a aplicar no solo la norma convencional, sino la norma convencional interpretada (*res interpretata*), de modo que «si una interpretación constitucional o legal en el ámbito interno no se ajusta al estándar interpretativo establecido por la Corte IDH para otorgar un mínimo de efectividad a la Convención Americana, existe un incumplimiento de la obligación de ‘adecuación’ prevista en el artículo 2º del Pacto de San José» (Ferrer Mac-Gregor; 2014, p. 1041).

- Cambio a nivel de leyes aprobadas por el Congreso de la República. No se alude a la emisión de una simple ley reiterativa, sino a la aprobación paulatina por el Congreso de una o más leyes que, al estar íntimamente relacionadas con la materia que fue objeto de inconstitucionalidad, manifiestan —vistas en conjunto— un cambio real en la comprensión del legislador democrático, sobre el fenómeno jurídico (el programa normativo) que fuera abordado por el TC en su sentencia.
- Cambio a nivel de la interpretación efectuada por los jueces y tribunales del Poder Judicial. En efecto, ya que es posible que la materia abordada por el TC en su sentencia estimatoria sea objeto de una interpretación dinámica por parte de los jueces y tribunales del Poder Judicial, en los casos concretos que están llamados a resolver, tales interpretaciones judiciales podrían ser invocadas por el legislador democrático como denotativas de un cambio real en el programa normativo relevante y, por tanto, como sustento para la aprobación válida de una ley reiterativa.
- Cambio a nivel de la interpretación efectuada por el propio TC. Debido a múltiples factores, que van desde el cambio en la composición del TC hasta la recepción en su seno de las interpretaciones alternas del Congreso o del Poder Judicial, el propio Tribunal puede convertirse en el principal agente de un giro en su jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad de una norma, a través de la simple revocación de su anterior criterio o por medio de interpretaciones conexas a la materia que fue objeto de su anterior pronunciamiento.

Por último, se considera que, en el supuesto en que el TC se enfrentara al control de constitucionalidad de una ley reiterativa portadora de una interpretación constitucional mutativa (por ejemplo, a través de un proceso de amparo contra dicha ley o en la vía abstracta del proceso de inconstitucionalidad), el enjuiciamiento del Tribunal debe tomar en cuenta dos particularidades. Por un lado, en relación con la norma parámetro del nuevo juicio de constitucionalidad, el TC «debe utilizar la Constitución como canon prioritario de control, no su jurisprudencia previa o no solo esta, y debe realizar un nuevo enjuiciamiento congruente con las nuevas circunstancias y los nuevos argumentos» (Viver Pi-Sunyer; 2013, p. 32). De otro lado, el juicio de constitucionalidad debe tomar en cuenta, entre otros, ciertos factores especiales: (i)

Americana sobre Derechos Humanos, 1978, artículos 8.1 y 25.1), luego de determinar que la Ley de Caducidad (de amnistía), que impedía la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos, «carece de efectos jurídicos [...] dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana» (Corte IDH, 2011, párrafo 232), a pesar de que dicha ley había sido confirmada en su constitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay (Corte IDH, 2011, párrafo 146) y había superado el referéndum celebrado en su contra en dicho país (Corte IDH, 2011, párrafo 147).

si la Constitución deja un amplio margen a la libre configuración legal en virtud de la apertura o ambigüedad de sus enunciados; (ii) si el TC, en la sentencia a la que no se ajusta el legislador, admitió de entrada la posibilidad de que existan varias interpretaciones constitucionalmente legítimas; (iii) la existencia de votos particulares en la sentencia; (iv) un cambio en la composición del TC o en la composición del legislador (Viver Pi-Sunyer, 2013, p. 38)

De este modo, si el TC se apropia de dicha interpretación mutativa ensayada por el legislador, podrá utilizarla como norma parámetro de su nuevo juicio y decidirá, basado en ella, que la ley reiterativa es inconstitucional (con lo que la expulsaría del ordenamiento jurídico) o, como en su caso, declarará su constitucionalidad. De este modo, motivará, en relación con su anterior sentencia, que la nueva decisión se fundamente en los límites temporales de la cosa juzgada material de la primera sentencia (aunque nada impide que se expida una sentencia interpretativa o atípica).

3. Conclusiones

- (a) La Constitución, al ser una norma jurídica, presupone necesariamente la noción correlativa de su control o garantía. La función del control constitucional exige, a su vez, la interpretación de la Constitución, labor que, al igual que la hermenéutica, es también creadora, ya que la interpretación resultante de dicho control adquiere rango constitucional, de modo que se integra en la propia norma fundamental.

Sin embargo, en la medida que los límites del control constitucional guardan directa relación con el concepto de democracia que se adopte, es muy importante tener en cuenta el debate que actualmente existe entre justicia constitucional y democracia. De la revisión de esta controversia, se concluye que, sin gozar de un valor epistémico *a priori*, la justicia constitucional posee una mayor plausibilidad teórico-práctica, situados en el contexto del Estado constitucional y en las premisas sobre las cuales este se asienta. En ese sentido, el doble carácter de control externo y jurídico, que reviste el control judicial de constitucionalidad, imprime al mismo varias de sus principales ventajas (entre otras, la legitimidad de su resultado y su justificación o motivación basada en razones). Sin embargo, esta es una respuesta siempre contextual, ya que las mismas circunstancias históricas que coadyuvan a reforzar la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad, en otra ocasión, pueden recomendar su revisión. Por ello, se ha insistido en que las relaciones entre justicia constitucional y democracia deben estar basadas no en una óptica excluyente, sino en un contexto de permanente colaboración interinstitucional.

- (b) La rebeldía legislativa puede ser entendida, preliminarmente, como la aprobación, por parte del Congreso de la República, de un precepto legal que reproduce una norma previamente declarada inconstitucional por el TC en una sentencia de inconstitucionalidad.

Sin embargo, para configurar los alcances de este concepto, es necesario analizar los dos factores principales comprometidos: la sentencia de inconstitucionalidad y el nuevo precepto legal aprobado por el Congreso de la República. Del primero hemos rescatado la necesidad de analizar el tipo de infracción constitucional detectado por el TC, su naturaleza (estimatoria simple, interpretativa, manipulativa

o exhortativa), así como los motivos determinantes de la inconstitucionalidad (que incluye el fallo y la *ratio decidendi*). Mientras que en relación con el segundo elemento hemos comprendido que el análisis debe tomar en cuenta su naturaleza (activa u omisiva), el grado de identidad con la antigua norma declarada inconstitucional, su modalidad (si reproduce la norma o restringe los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad), el motivo de la rebeldía (que, como vimos, puede revestir importancia de cara a una reiteración legislativa legítima), su extensión (rebeldía total o parcial) y, finalmente, su dimensión temporal.

Sobre la base de esta definición más profunda, se ha concluido que la rebeldía legislativa se distingue claramente de otras figuras afines como la reforma constitucional, la derogación de leyes confirmadas en su constitucionalidad y la aprobación de fuentes normativas distintas a la ley.

- (c) Entendida dentro de estos alcances, se ha defendido la tesis de que la rebeldía del legislador afecta la supremacía interpretativa que ostenta el TC en relación con la interpretación de la Constitución. Si bien el Congreso de la República es también un intérprete constitucional, normativamente, el TC es el órgano supremo de interpretación y control de la Constitución, por lo que sus sentencias de inconstitucionalidad revisten una auténtica función normativa. Como consecuencia de ello, la ley reiterativa no goza de presunción de constitucionalidad, precisamente porque se encuentra, de manera manifiesta, en contraste con la Constitución (y su interpretación autorizada por el TC) y porque vulnera, por derivación, el principio de concordancia práctica en combinación con el de separación de poderes.

Pero, además de todo ello, la rebeldía legislativa a una sentencia de inconstitucionalidad contraviene la cosa juzgada material de dicha sentencia, ya que de esta (que cubre a la norma concreta de la decisión) se puede desprender, para el legislador, una obligación negativa de no reproducir; con una ley ordinaria, la norma declarada inconstitucional por el TC. Esto sucede así puesto que la cosa juzgada constitucional se forma siempre sobre las normas impugnadas y no sobre el texto legal en sí mismo considerado.

Asimismo, se ha explorado, la posibilidad de que la ley reiterativa pueda ser considerada no solo anulable, sino también nula en la medida en que se entienda que la norma concreta, cubierta por la cosa juzgada de la sentencia, forma parte de la definición misma de la nueva ley que es aprobada (es decir, como si aquella fuera una auténtica norma sobre la producción jurídica). Esto otorga importancia para sostener que la declaración de inconstitucionalidad de una ley reiterativa tiene efectos retroactivos.

- (d) Finalmente, se ha establecido la posibilidad de que la reiteración legislativa de normas inconstitucionales sea legítima cuando esta es portadora de una interpretación mutativa de la Constitución (en estricto, de la norma constitucional que fue utilizada como parámetro en la anterior sentencia de inconstitucionalidad). Así, pues, se ha comprobado que, así como el propio TC peruano ha admitido que la cosa juzgada material de las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad está sujeta a determinados límites objetivos (en nuestro concepto son temporales), sucede lo mismo con las

sentencias estimatorias de inconstitucionalidad. En el primer caso, un cambio en la interpretación constitucional puede originar un supuesto de inconstitucionalidad sobrevenida, mientras que, en el segundo, puede generar de uno de constitucionalidad sobrevenida.

Por ello, se ha advertido que a diferencia de lo que sucede con una sentencia desestimatoria, que no anula la posibilidad de seguir discutiendo la constitucionalidad de un precepto legal que sigue y seguirá vigente, en el caso de una sentencia estimatoria tal discusión no existe, porque la ley que se declaró inconstitucional no existe más en el ordenamiento jurídico. De ahí se ha extraído la conclusión de que la única vía para alegar una interpretación constitucional alterna a la utilizada en una sentencia estimatoria, acogida por el TC y, finalmente, que sea la base para una nueva decisión, es la aprobación de una ley idéntica a la anteriormente declarada inconstitucional. Tal circunstancia se ha encuadrado dentro de los denominados límites temporales de la cosa juzgada constitucional material.

Así, pues, considerando que una ley reiterativa portadora de una interpretación constitucional mutativa, esta no ofende la supremacía interpretativa del TC, sino que impulsa a este a avanzar hacia una evolución legítima de su jurisprudencia. Hemos señalado que la aprobación de una ley de tales características refleja un diálogo legislativo que, debido a sus peculiares características, merece, llegado el caso, un control de constitucionalidad particular o idóneo, distinto del que opera en el régimen general del proceso de inconstitucionalidad.

En tal sentido, y situados en dicho contexto, mientras el legislador tiene el deber de expresar nítidamente las razones (fáctica y jurídicas) que avalan su interpretación mutativa de la Constitución, el TC también ha de efectuar el control de constitucionalidad de una ley dialogante, sobre la base de un parámetro y procedimiento distintos, que tengan en cuenta la Constitución como canon prioritario y atienda las circunstancias históricas, sociales y políticas que invoca el legislador.

REFERENCIAS

- Aguiló Reglá, J. (2003). Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional. *Doxa*, (26).
- Ahumada Ruiz, M. (2012). Cómo vincula la jurisprudencia constitucional a los legisladores. En M. Ahumada, V. Ferreres, L. López y C. Viver; *Com vinculen les sentències constitucionals el legislador?* Barcelona: Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònomic.
- Aragón Reyes, M. (2002). *Constitución, democracia y control*. México D.F.: UNAM.
- Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica, (San José 2012).
- Balanguer Callejón, F. (julio, 2008). La función normativa de las sentencias constitucionales. *Criterio y conducta*, (4).
- Bocanegra Sierra, R. (1982). *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.
- Brice, J. (1988). *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Brown v. Board of Education of Topeka*, (Washington D.C. 1954).
- Cappelletti, M. (2007). *Obras: La justicia constitucional - Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. México D.F.: Porrúa y UNAM.
- Casal Hernández, J. (2004). Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo I, pp. 299 - 325. Montevideo: Konrad Adenauer.
- Castillo Córdova, L. (2008). *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. México D.F.: Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.
- Congreso de la República. (1993). Constitución Política del Perú.
- Congreso de la República. (2011). Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1978).
- Díaz Revorio, F. (2004). *La 'Constitución Abierta' y su interpretación*. Lima: Palestra.
- Díaz Revorio, F. (2009). *Interpretación de la Constitución y Justicia Constitucional*. México D.F.: Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.
- Dworkin, R. (2004). La lectura moral y la premisa mayoritaria. En H. Hongju y R. Slye (eds.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2014). *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferreres Comella, V. (2011a). *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons.

- Ferreres Comella, V. (2011b). El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas. En *Jurisdicción constitucional y democracia. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gascón Abellán, M. (1997). Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes. *Doxa*, (20).
- Gelman vs. Uruguay, (San José 2011).
- González Beilfuss, M. (2000). *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Guastini, R. (2000). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México D.F.: Porrúa y UNAM.
- Guastini, R. (2007). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (Trad. M. Carbonell y P. Salazar). Madrid: Trotta.
- Häberle, P. (2005). Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas. En E. Ferrer Mac-Gregor (ed.), *Interpretación constitucional*. México D.F.: Porrúa y UNAM.
- Hesse, K. (2012). *Escritos de Derecho Constitucional* (Trad. P. Cruz Villalón y M. Azpitarte Sánchez). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Jiménez Campo, J. (1995). Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español. En M. Rodríguez Piñero (ed.), *La jurisdicción constitucional en España: la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 1979-1994*. Madrid: Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales.
- Jiménez Campo, J. (1997). Qué hacer con la ley inconstitucional. En *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley. Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Kelsen, H. (1994). La garantía jurisdiccional de la Constitución. *Ius et veritas*, 5(9).
- Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.
- López Cadena, C. (2007). *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la corte Constitucional colombiana. Concepto, justificación y límites* (Tesis doctoral). Universidad Carlos III, Madrid. Recuperado de <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/2534U0T>
- Martín de la Vega, A. (2003). *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Moreso, J. (2009). *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons.
- Nino, C. (setiembre, 1989). La filosofía del control judicial de constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (4).

- Plessy vs. Fergusson, (Washington D.C. 1896).
- Prieto Sanchís, L. (2000). Tribunal Constitucional y positivismo jurídico. *Doxa*, (23).
- Ródenas Calatayud, A. (2009). Los enredos de la validez: tres distinciones para no perderse. *Teoría & derecho: revista de pensamiento jurídico*, (6).
- Ruggeri, A. (1988). *Le attività "conseguenziali" nei rapporti fra la Corte Costituzionale e il legislatore (premesse metodico-dogmatiche ad una teoría giuridica)*. Milano: Università di Catania, Facoltà di Giurisprudenza y Giuffrè Editore.
- Sager, L. (2007). *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Madrid y Barcelona: Marcial Pons.
- Tomás y Valiente, T. (1994). Sobre la resistencia constitucional. *Doxa*, (15-16).
- Tribunal Constitucional (2004). Código Procesal Constitucional.
- Tribunal Constitucional (2005). Resolución del Tribunal Constitucional N° 0025-2005-PI/TC.
- Viver Pi-Sunyer, C. (enero, 2013). Los efectos vinculantes de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el legislador: ¿puede éste reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales? *Revista Española de Derecho Constitucional*, (97).
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos* (Trad. J. L. Martí y A. Quiroga). Madrid: Marcial Pons.

COMENTARIOS

*David Lovatón Palacios**

Profesor del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Quiero felicitar al autor por su excelente trabajo. Su propuesta va más allá de lo obvio. La primera reacción cuando uno piensa en rebeldía legislativa, como me comentaba un colega, es pensar en el amparo contra el amparo, no parece haber mucha discusión en ello. Sin embargo, lo que hace el trabajo de José Miguel es abrir una serie de posibilidades y supuestos que van de lo general a lo específico.

Dicho esto, quisiera presentar algunas observaciones. Una primera cuestión, metodológica, sería que, a veces, en el texto uno se pierde un poco en los diversos supuestos ensayados por el autor, por lo que sería de mucha ayuda sistematizar los supuestos (decisión formal, de fondo o estimatoria, desestimatoria) en un cuadro u otro recurso similar.

En cuanto al fondo, creo que el trabajo debería explorar un poco más en torno a la tensión entre control constitucional y representación democrática. Uno de los últimos trabajos escritos al respecto en América Latina corresponde a Roberto Gargarella. Si bien no comparto necesariamente los planteamientos de Gargarella, considero que es bueno que cada cierto tiempo haya una voz en la región que, frente al entusiasmo sobre el control constitucional y el Tribunal Constitucional, reflexione, cuestione y se pregunte sobre el lugar de la representación democrática en el Estado constitucional.

De la lectura del presente trabajo, se desprende que el autor admite una excepción: la mutación constitucional o la mutación en la interpretación constitucional para ser más precisos. Al respecto, creo que habría que ponerle algunos candados, ya que, como menciona el autor, su aplicación puede variar ante la evolución de las condiciones políticas, sociales y económicas del país. Cambios que no ocurrirán en uno o dos años, sino que se podrían dar en una década o más tiempo. Sin embargo, el Tribunal Constitucional anterior usó el argumento de la mutación para cambiar, sin un sustento real, la jurisprudencia de la justicia militar.

En ese sentido, sería bueno también sustentar esa parte en las propuestas de la escuela de Alicante, específicamente en la de Josep Aguiló, que nos hablan de una interpretación constitucional dinámica, una que tenga presente la idea de «vivir la Constitución» como un proceso social. Esa dinamicidad, que se vincula con la idea de mutación desarrollada por el autor, permitiría tal vez que, en determinados supuestos excepcionales, el Tribunal Constitucional realice una mutación, pero cuyo primer impulso no provenga del órgano constitucional de control máximo, sino del órgano legislativo.

Lo anterior facilitaría aplicar algunos candados. Por ejemplo, algo que no vi en el texto es si esta posibilidad de que el órgano legislativo pueda tomar la iniciativa de una diferente interpre-

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/miguel-lovaton-palacios/publicacion/10>

tación constitucional debería tener algún antecedente, algún requisito previo en la jurisprudencia constitucional. Tomemos como modelo la última sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley Universitaria. Esta ha sido aplaudida por todo el mundo; no obstante, deja abierta la posibilidad expresa de que, si la Sunedu se extralimita en el control ideológico de las universidades, cabe la posibilidad de que los jueces, vía control difuso, puedan mutar la interpretación realizada. Ciertamente, ello podría darse solo en un contexto democrático y no autoritario, en el que —como todos ya sabemos en el Perú— la justicia suele ser capturada por el poder de turno.

Hay que considerar, por cierto, que el caso que propongo no es el supuesto planteado en el texto, sino una sentencia que declara constitucional la norma. En el supuesto de mutación planteado por el autor, lo que se declara es una inconstitucionalidad.

Otro candado, a pesar de tratarse de un excelente trabajo, podría darse pensando en los lectores e intérpretes futuros más allá de la obra. Por ejemplo, César Landa tiene un trabajo publicado —no recuerdo exactamente en qué año— en el que habla de cómo hay una etapa del Tribunal Constitucional anterior, donde claramente existió una demagogia interpretativa constitucional. Una etapa en la que se habló de temas importantes como la mutación, el Estado constitucional, el control de convencionalidad, pero con una demagogia frente a la que hay que tener mucho cuidado y reparos. Sería recomendable revisar también estas circunstancias de posible demagogia frente a las propuestas del presente artículo.

Respecto a los efectos de la sentencia, yo sugeriría enmarcarlos dentro de la institución de la autonomía procesal desarrollada por el Tribunal Constitucional, debido, básicamente, a la idea de flexibilidad y sujeción de las formalidades procesales a los fines del proceso constitucional, que se encuentran en el artículo tercero del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Esto en el sentido en que si hay una ley que repite un contenido esencialmente inconstitucional según una sentencia previa, esta no debería tener efectos.

Luego, hay un asunto que me genera dudas y para el que aún no encuentro una respuesta: el juego de mayorías y minorías del que tanto alertan Atienza y Ferrajoli. Sea desde la perspectiva de la constitución rígida o del pospositivismo, el Estado siempre debería proteger a sus minorías. Por ello, el matiz que mantengo con posiciones que reclaman que la representación democrática debe mantener un peso importante en el Estado constitucional es respecto a la invocación de una mayor representación democrática frente a algunas decisiones constitucionales, porque, claro, yo podría tener 70% de aprobación, tener mayoría parlamentaria y generar una serie de cambios mutaciones constitucionales. Ante ello, considero válida esta pregunta: ¿cuál es el límite de ese equilibrio?

Finalmente, quería plantear una interrogante para la cual sospecho la respuesta: ¿esa mutación constitucional, en un caso justificado luego de haber pasado una década o más, también sería aplicable al legislador delegado como en el caso de un decreto legislativo? Me da la impresión de que no, porque el tema de conciliar una nueva interpretación de la Constitución supone un debate democrático, público, con varias posiciones. Es un tema que el autor debería plantearse considerando que, en el Perú, existe la figura de legislador delegado.

RESPUESTA DEL AUTOR

Los comentarios del profesor David Lovatón, a quien agradezco la gentileza de haber leído acuciosamente mi trabajo y formular sus valiosas críticas, me permitirán complementar algunas de las ideas que, formuladas hace ya más de dos años, seguramente son merecedoras de alguna revisión o replanteo. Este ejercicio me parece del todo pertinente luego de la discusión abierta durante el evento de presentación de este trabajo y, ciertamente, a propósito de los nuevos textos que he podido revisar luego de la sustentación de mi tesis de licenciatura.

Si pudiera resumir las principales observaciones del profesor Lovatón, considero que estas podrías ser agrupadas en tres bloques: (a) la tensión entre el control constitucional y la representación democrática, y la protección a las minorías, que resulta deseable en dicho escenario; (b) los candados a la mutación constitucional, a fin de evitar que cualquier cambio en las condiciones políticas, sociales y económicas de una comunidad pueda ser utilizado para invocar una nueva tesis interpretativa de la Constitución; (c) el encuadre de los efectos de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad dentro de la autonomía procesal, como vía para fundamentar la nulidad de una ley inconstitucional reiterativa. A continuación, repasaré estas tres cuestiones en el mismo orden propuesto.

Sobre el primer punto, considero que el carácter contramayoritario del control judicial de constitucionalidad de la ley no debería ser, en realidad, un obstáculo para la construcción social de sentidos interpretativos sobre la Constitución. La posición que sostengo en mi trabajo reconoce que una sentencia (estimatoria o desestimatoria) de inconstitucionalidad no clausura la conversación sobre los posibles significados que pueden adjudicarse al texto de la Constitución. Antes bien, la justicia constitucional estaría llamada a ser el cauce institucional a través del cual ese diálogo fluya con sentido y en la que los actores sociales formulan sus interpretaciones con miras a que estas sean acogidas o reconocidas oficialmente por el órgano jurisdiccional. Desde ese punto de vista, es posible que una decisión judicial signifique un golpe duro para una determinada causa, pero «no puede aniquilar la narrativa que la sustenta»¹. La última palabra del Tribunal Constitucional sería, desde esta óptica, tan solo un espejismo.

Por ello, la justificación del control judicial de la legislación no ha de encontrarse en una hipotética superioridad de la rama judicial sobre el legislador o en la calidad de su razonamiento en materia de derechos, sino, más bien, en la apertura que el propio proceso judicial favorece como mecanismo de interpretación dinámica (y no estática) sobre la Constitución. Esta es, ciertamente, una ventaja intrínseca que se puede encontrar en la justicia constitucional, pues el proceso judicial, entendido como expresión genuina de un derecho de audiencia, no solo brinda la posibilidad de que los individuos presenten una queja y desafíen una decisión, sino que, además, abre la puerta para que esta sea reconsiderada y, finalmente, revertida².

-
- 1 Álvarez Ugarte, R. (diciembre, 2012). El constitucionalismo popular y los problemas de la 'última palabra': apuntes para un contexto latinoamericano. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, (1), p. 83.
 - 2 Harel, A. y Kahana, T. (2015). El centro de la argumentación fácil a favor del control de constitucionalidad de la legislación. En J. L. Fabra y L. García (eds.), *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales*. México D.F.: UNAM (p. 320).

Ahora bien, situados en ese contexto, uno podría preguntarse si no sería más democrático que ese proceso de construcción social de significados constitucionales se desarrolle y fortalezca a través de los órganos legislativos, en los que la regla de la mayoría siempre garantizará la imparcialidad o dignidad democrática de la decisión resultante. El problema, sin embargo, radica en que, precisamente, la regla de la mayoría no es un procedimiento de decisión intrínsecamente equitativo, pues, como refiere Dworkin, esta forma parte de una concepción simplemente estadística de la democracia, en la que las decisiones políticas se toman en función de los votos de los ciudadanos individualmente considerados y no como parte de un grupo en que sus miembros se aceptan como seres merecedores de igual respeto y consideración (concepción asociativa de la democracia), y, por ende, con pleno respeto hacia las minorías³.

Por ello, parecería que el lugar ideal para la protección de esas minorías postergadas en el juego democrático es, precisamente, el ámbito judicial (entendido como un foro de los principios, donde las cuestiones de moral política son por fin planteadas y debatidas como cuestiones de principio o de justicia y no solo de poder político)⁴. Sin embargo, esta conclusión dista de ser tan clara como parece. Por ejemplo, no ha faltado quien replique que, en realidad, en los órganos judiciales, se reproducen las mismas divisiones ideológicas que presiden la política ordinaria, pues también en ellos la formación de una mayoría se consigue a través de la negociación y el compromiso⁵. De otro lado, algunos argumentan que, por lo general, las altas cortes no se distancian del poder de turno como lo demuestra el caso estadounidense, en el que varias leyes del Congreso en defensa de los derechos civiles fueron dictadas en respuesta a una Corte Suprema conservadora⁶.

Sin embargo, sería una conclusión apresurada afirmar que, por esta razón, el control judicial de constitucionalidad ya no juega ningún papel relevante en la protección de los derechos de las minorías o, peor, que esta forma de control constitucional debería desaparecer; tal como lo plantean los defensores del constitucionalismo popular. Antes bien, y como señalo en mi trabajo, me parece que la conveniencia del control judicial (y, sobre todo, su adecuado diseño institucional) dependerá del contexto en el que se plantea dicha interrogante. Es decir, dependerá de qué tan democrática y bien ordenada sea una sociedad, qué tan abiertos estén sus canales de representación por un lado y, por el otro, qué tan sensibles o receptivas sean las decisiones de los tribunales a las voces disidentes. Por ello, no sorprende que el propio Waldron, sin dejar de defender el carácter no representativo del control judicial, haya admitido que puede existir casos no centrales en los que su objeción contramayoritaria no prevalece. Por ejemplo, cuando los legisladores son inadecuadamente representativos o deliberativos o cuando el sistema de elecciones no les otorga legitimidad política⁷. Esta, me parece, es una pregunta central que no puede eludirse en el marco de este debate.

3 Dworkin, R. (2014). *Justicia para erizos* (Trad. H. Pons). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica (p. 470).

4 Dworkin, R. (2012). El foro de los principios. En *Una cuestión de principios* (Trad. V. Boschirolí). Buenos Aires: Siglo XXI (pp. 101 - 102).

5 Bayón, J. C. (2010). Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En M. Carbonell y L. García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (p. 445). Asimismo, sobre la reproducción del mayoritarismo democrático en los tribunales judiciales, véase Waldron, J. (2014). Five to four: Why do bare majorities rules on courts? *The Yale Law Journal*, 123(6), pp. 1692 - 1730.

6 Moreno, D. (2011). *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (p. 321).

7 Waldron, J. El centro de la argumentación contra el control judicial de la legislación. En J. Fabra, L. J. Zamora y L. García (eds.), *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales*. México D.F.: UNAM (pp. 213 - 214).

Pasemos ahora a la cuestión de la mutación constitucional y de los peligros que su ejercicio supone en los comentarios del profesor Lovatón. Lo que defiende en mi trabajo es que, frente a una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad de la ley, el legislador podría reproducir válidamente dicha disposición legal si esta es portadora de una interpretación constitucional mutativa, que afecte al ámbito normativo de la norma constitucional o a su programa normativo (en la terminología de Hesse). Sin embargo, como también enfatizo, no cualquier cambio en las circunstancias históricas, sociales o políticas debería poder desencadenar la atenuación de la cosa juzgada de una sentencia de inconstitucionalidad. La preocupación es legítima, pues, finalmente, se trata de aceptar que lo fáctico puede estar por encima de lo normativo, lo que siempre causará desconcierto en un sistema de Constitución rígida y escrita como el nuestro.

Pues bien, ¿cuál es el papel que debería asumir un Tribunal Constitucional al formular una interpretación constitucional mutativa o, en su caso, al validar la efectuada por el órgano legislativo u otros agentes sociales? Me atrevería a señalar que ese papel variará dependiendo de si la interpretación mutativa recae sobre el programa normativo, en el que la labor del TC será, por así decirlo, más técnica o jurídica o si recae sobre el ámbito normativo, en el que, como se ha dicho con razón, el juicio del TC será una «valoración acerca de si las condiciones en que se ha expresado la mayoría social permiten reconocer eficacia jurídica a la mutación»⁸. Es decir, verificar si la transformación social o ideológica que sustenta el cambio ha sucedido en la práctica, y si su relevancia es tal que justifica esa nueva interpretación. Todas estas cuestiones, como se podrá apreciar, exigen del Tribunal una fuerte carga de argumentación y prueba, y que esté en condiciones de defender públicamente en su sentencia.

Por supuesto, nada de esto asegura que un Tribunal desbocado pueda recaer en esa demagogia interpretativa a la que alude el profesor Lovatón, lo que nos lleva a la pregunta de si una mutación constitucional, sobre todo cuando esta se produce o tiene su origen en un cambio en la realidad constitucional alegada por el legislador, puede tener algún tipo de límite para considerarse legítima o auténtica. En este punto, me parece que siguen siendo esclarecedoras las palabras de Konrad Hesse, para quien una mutación constitucional será válida mientras no se transgreda el programa normativo de la Constitución, que se convierte en un límite infranqueable, ya que «la instancia que decide si el cambio fáctico puede ser relevante para la norma, es decir, si el hecho modificado pertenece al ámbito normativo, es el programa normativo que se contiene sustancialmente en texto de la norma constitucional (y que debe ser interpretado con los instrumentos tradicionales)»⁹.

Finalmente, mi propuesta para que la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley reiterativa en vía de ejecución goce de efecto retroactivo, ciertamente, no tiene asidero legal, pues tanto en la Constitución así como en la legislación procesal constitucional queda claro que las sentencias de inconstitucionalidad no tienen tal efecto en nuestro ordenamiento jurídico. En tal sentido, si se quisiera encauzar esta posibilidad dentro de la autonomía procesal del TC, considero que ella podría derivarse del artículo 82 del Código Procesal Constitucional, que establece la cosa juzgada de las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad y que sin duda alcanza también al legislador democrático imponiéndole

8 Rollnert Liern, G. (mayo, 2014). La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (101), pp. 142-143.

9 Hesse, K. (2012). *Escritos de Derecho Constitucional* (Trad. P. Cruz Villalón y M. Azpitarte Sánchez). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (pp. 111 - 112).

la obligación de no aprobar una ley de contenido idéntico. Por lo demás, no sería la primera vez que este proceso constitucional es rediseñado en nombre de la autonomía procesal. Prueba de ello son las figuras del partícipe o litisconsorte y del incidente de ejecución de las sentencias de inconstitucionalidad.

SECCIÓN II

DERECHO INTERNACIONAL

THE ROLE OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW IN THE APPLICATION OF FOREIGN INVESTMENT LAW

Carlos Glave Mávila

Profesor del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Categoría Profesores

International Environmental Law (hereinafter; IEL) is entwined with other areas because environmental disputes are never raised in isolation of other legal fields. However, Foreign Investment Law (hereinafter; FIL) is recognized as one of the most reluctant areas when it comes to applying rules of IEL. As a consequence, it is important to remark the relevance of taking into account rules of IEL in investment disputes. In that sense, the aim of this paper is to highlight a progression in the relationship between FIL and IEL through the reasoning of decisions taken in investment arbitrations specifically dealing with expropriations. Consequently, some relevant investment arbitration awards that dealt with environmental concerns will be analyzed so as to recognize three stages of evolution. A complete lack of integration where the rules of IEL are not taken into account even though the parties have alleged them is the first period. Then, the application of concepts imported from human rights courts is the demonstration of a second phase. After that, a few more sophisticated approaches will be explained as examples of the connection between these fields of law and, finally, examples of cases where the protection of the environment is the key element of an investment dispute will be presented so as to remark that there is still a continuous evolution in progress.

I. Introduction

The aim of this paper is to highlight a progression in the relationship between IEL and FIL so as to encourage the need of achieving a balance between them. In particular, the progress will be explained through the decisions taken in investment arbitration proceedings that dealt with environmental concerns.

For the purpose of this paper, even though IEL is understood as part of international law as a whole, there is a problem if the role of international law is emphasized. International law has been basically oriented toward the freedom of states without taking into account the protection of the environment. Hence, a body of law specifically aimed at protection of the environment has been developed, and IEL is nothing else than the application of public and private international law to environmental problems.¹

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/carlos-glave-mavila>

1 Patricia Birnie et al., *International Law & the Environment* (OUP, 3rd edition, 2009) 4.

Some different forms of linking IEL with FIL will be explained. For instance, the role of the private sector in addressing environmental concerns or the fact that there are more investment treaties containing environmental regulations will be suggested as examples of the approximation between these fields of law. However, the focus of this paper will be on the case law given the fact that in recent years there are also a growing number of investment disputes with elements related to the protection of the environment. Specifically, this paper is concerned with expropriation disputes.

Sands² argues that usually arbitrators do not take into account rules of IEL. Although to some extent it is true, this paper will demonstrate that there is an evolution that deserves to be remarked upon.

This paper identifies four stages of this evolution. The most notable investment arbitration awards that have addressed environmental issues for the first time are the ones rendered in the *Santa Elena* case³ and *Metalclad* case⁴. Precisely, those are the cases taken by Sands⁵ as examples of the lack of integration between FIL and IEL. These cases will be described as the model of the first trend.

An interesting approach will be presented through the analysis of the *Tecmed* case.⁶ The award rendered in this case reveals a connection between these fields of law because a concept imported from the European Human Right Courts is applied in an investment dispute.

A more sophisticated approach will be presented as the third stage in the analysis of *Methanex*⁷ and *Chemtura*⁸. The former case deals with the concept of substantial deprivation of an investment as a requirement for a measure to be considered an expropriation. The latter deals with the police power doctrine to justify a regulatory measure taken by a government to protect the environment. Hence, these cases are examples of the connection that the case law is building between FIL and IEL.

Finally, as part of the evolution of this connection, two cases that are still pending to be solved will be presented. *Chevron*⁹ and *Renco*¹⁰ will be explained as examples of the final stage where the environmental considerations are not only necessarily taken into account, but also the key element of the dispute.

Consequently, this paper will demonstrate that the case law is evolving in order to connect these fields of law. The reason, as Tanzi highlights,¹¹ is because under international law the host state is required at the same time to protect the foreign investment and the environment.

2 Philippe Sands, 'Litigating Environmental Disputes: Courts, Tribunals and the Progressive Development of International Environmental Law' (Global Forum on International Investment VII on International Investment, March 2008) <<http://www.oecd.org/investment/globalforum/40311090.pdf>> accessed 10 April 2014.

3 *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. The Republic of Costa Rica*. ICSID Case No. ARB/96/1 (2000).

4 *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*. ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 (2000).

5 Sands (n 2).

6 *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*. ICSID Case No. ARB(AF)/00/2 (2003).

7 *Methanex Corporation v. United States of America*. Final Award on Jurisdiction and Merits, (2005) 44 ILM 1345, Inside US Trade, 19 August 2005, 12, ILC 167 (2005), 3rd August 2005, Ad Hoc Tribunal (UNCITRAL).

8 *Chemtura Corporation v. Canada*, Award, IIC 451 (2010), 2nd August 2010, Ad Hoc Tribunal (UNCITRAL).

9 *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*. UNCITRAL, PCA Case No. 2009–23.

10 *The Renco Group Inc. v. Republic of Peru*. ICSID Case No. UNCT/13/1.

11 Atila Tanzi, 'Reducing the Gap between International Investment Law and Human Rights Law in International Investment Arbitration?' (2013) 1 Latin American Journal of International Trade Law 299.

2. A Theoretical Outline of the Relationship between FIL and IEL

2.1. The importance of foreign investment.

Since the adoption of the first Bilateral Investment Treaty (hereinafter, BIT) in 1959, the world has witnessed a continuous increase in their number.¹² Only at the end of 2008 there were 2,676 BITs around the world.¹³

The number of countries involved in the celebration of BITs has also steadily increased.¹⁴ Currently, according to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes Database of BITs,¹⁵ 177 countries are parts of, at least, one BIT. In addition, it is confirmed that a higher number of BITs generates an increase in the foreign direct investments that flow to a country.¹⁶

The general approach of BITs is followed by multilateral agreements with the aim of promoting and protecting foreign investment. The North America Free Trade Agreement and the 1994 Energy Charter Treaty are examples of multilateral agreements with the aim of protecting foreign investors.

National laws may not provide higher standards of protection for investments. Hence, the basic aim of every foreign investment treaty is to provide an additional protection to the right of foreign investors. This could be achieved by prohibiting¹⁷ acts or measures that expropriate or interfere with the investment and acts or measures which are supposed to be an unfair treatment.

Whereas these prohibitions imply a limitation in the sovereignty of the host state to regulate the activities performed in its own territory, it also attracts foreign investments. It has a significant importance in the economic growth and it is reflected in the number of BITs and multilateral investment agreements. Each investment treaty establishes its own provisions, but the general aim is to provide an additional protection to the foreign investor property rights. The protection of the environment is not a goal and could lead to some tensions. However, this relation can and must be balanced.

Jorge Viñuales¹⁸ argues that the relationship between IEL and FIL has been changing since the 1960s. This author identifies three indicators or signs to explain this. Firstly, the role of the private sector in relation to the protection of the environment has moved from marginal to central. Secondly, the growing number of investment treaties with environmental considerations. Finally, an increasing number of investment disputes with environmental elements.

12 United Nations Conference on Trade and Development, 'Bilateral Investment Treaties 1959 – 1999' (United Nations New York and Geneva, 2000) 1 <<http://unctad.org/en/Docs/poiteiad2.en.pdf>> accessed 26th May 2014.

13 United Nations Conference on Trade and Development, 'Recent Developments in International Investments Agreements (2008 – June 2009)' (United Nations New York and Geneva, 2009) 2 <www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098_en.pdf> accessed 26th May 2014.

14 UNCTAD (n 12) 4.

15 International Centre for the Settlement of Investment Disputes Database of Bilateral Investment Treaties <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>> accessed 27th May 2014.

16 Eric Neumayer and Laura Spess, 'Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?' (London School of Economics Research Online, 2005) <[http://eprints.lse.ac.uk/62711/World_Dev_\(BITs\).pdf](http://eprints.lse.ac.uk/62711/World_Dev_(BITs).pdf)> accessed 27th May 2014.

17 Philippe Sands and others, *Principles of IEL* (3rd edn, CUP 2013) 871.

18 Jorge Viñuales, *Foreign Investment and the Environment in International Law* (CUP 2012) 9.

2.2. The role of the private sector.

The need to integrate environment and development has always been the task of IEL. The Stockholm Conference emphasizes the protection of the environment as a priority, and Viñuales¹⁹ holds that the tension between development and environment has influenced the evolution of IEL since that moment.

A relevant point in the history of IEL is the 1992 Rio Conference where the concept of sustainable development appeared in the worldwide scene. However,²⁰ currently this concept could not be considered a useful instrument to solve the tension between economic development and the protection of the environment. It is perceived as a²¹ “multilevel concept, with different meanings at different levels.”

Then it could be appreciated that a more recent provision that sheds some light on this issue is the 2002 World Summit on Sustainable Development (WSSD) Plan of Implementation.²² This provision requires countries to facilitate foreign direct investment with the aim of encouraging sustainable development. It means that foreign direct investment is thought of as an instrument for sustainable development. Hence,²³ there are legal instruments that connect the private sector with the protection of the environment like private-public partnerships, environmental project finance and market mechanisms such as the flexible mechanisms created by the Kyoto Protocol.

Tienhaara²⁴ refers to the “race to the top” when it comes to environmental performance of foreign direct investments. This author explains that a foreign investor usually deals with two decisions. A foreign investor must decide what kind of technologies will be implemented in the host state and the environmental standards that will apply.

Those decisions could have a great and long term impact on the environmental management of the host state. However, Tienhaara²⁵ points out that empirical evidence seems to be mixed. From that conclusion it could be appreciated that the role of foreign investment is already playing a central role even though there is still much more to be done.

In conclusion, it is clear that the private sector has been getting involved in the protection of the environment. In addition, it seems that this trend will be more intense in the future. Consequently, the role of private actors in the evolution of economic activities suggests that the apparent separate relationship between FIL and IEL could find the balance required to satisfy both interests.

2.3. An increasing number of investment treaties with environmental considerations.

Although environmental protection is not the main objective of an investment treaty, since the 1990s the number of investment treaties with environmental considerations has significantly increased. In accordance to a report²⁶ published by the Organisation for the Cooperation and Development (OECD),

¹⁹ Ibid 11.

²⁰ Ibid 11 – 12.

²¹ Viñuales (n 18) 12 citing Andrew Dopson, *Fairness and Futurity: Essays on Environmental Sustainability and Social Justice* (OUP 1999) 23.

²² United Nations, ‘Report of the World Summit on Sustainable Development’ (Johannesburg, August 2002) <http://www.un.org/jsummit/html/documents/summit_docs/131302_wssd_report_reissued.pdf> accessed 27th May 2014.

²³ Viñuales (n 18) 12 – 13.

²⁴ Kyla Tienhaara, *The Expropriation of Environmental Governance. Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy* (CUP 2009) 26.

²⁵ Ibid 26 – 27.

²⁶ Viñuales (n 18) 14 citing K. Gordon and J. Pohl, ‘Environmental Concerns in International Investment Agreements: A survey’ OECD Working Papers on International Investment No. 2011/1 (OECD Report 2011) 8.

there is a clear contrast between investment and free trade agreements concluded before the 1990s and the ones concluded afterwards, especially from 2002 onwards. The report also shows that 89% of the new investment treaties concluded in 2008 have references to environmental considerations.

In the same sense, Schommer²⁷ states that environmental issues brought into spheres where it was historically precluded is an example of a positive evolution in the past fifteen years of bilateral and multilateral trade agreements.

Viñuales²⁸ argues that the clear contrast between earlier and recent investment treaties reflects that interactions between FIL and IEL are growing. However, concerning merely the environmental considerations in investment treaties, there is a long way to go through in order to reach a real balance between these fields.

It is important to analyze the content of those environmental provisions so as to realize that this relationship is still in progress. The OECD Report²⁹ of 2011 recognizes seven different types of environmental provisions in investment treaties:

- (a) General language in preambles that mentions environmental concerns and establishes protection of the environment as a concern of the parties of the treaty.
- (b) Reserving policy space for environmental regulation.
- (c) Reserving policy space for environmental regulation for more specific, limited subject matters (performance requirements and national treatment).
- (d) Provisions that clarify the understanding of the parties that non-discriminatory environmental regulation does not constitute "indirect expropriation."
- (e) Provisions that discourage the loosening of environmental regulation for the purpose of attracting investment.
- (f) Provisions related to the recourse to environmental experts by arbitration tribunals.
- (g) Provisions that encourage and strengthen environmental regulation and cooperation.

The second is the most common of all the environmental provisions in investment treaties³⁰ with 62 per cent of the cases. This suggests that there is an increasing consideration of environmental concerns in investment treaties, although the approach is basically focused on broad definitions or even "to some extent uncertain clauses."³¹

One example is NAFTA. Article 1105(1) of this treaty stipulates that "Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security". The title of this article is "Minimum Standard of Treatment" and it is clearly related to the "fair" protection that a foreign investment shall receive from the host country. Furthermore, NAFTA article 1110, called "Expropriation and Compensation," provides that it is not allowed to nationalize or expropriate a foreign investment, except for a public purpose, on a non-discriminatory basis, in accordance with due process, and on payment of compensation.

27 Hena Schommer, 'Environmental Standards in U.S. Free Trade Agreements: Lessons from Chapter 11' Sustainable Development Law & Policy, Fall 2007, 36, 84. <digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1153&context=sdlp> accessed 15th August 2015.

28 Viñuales (n 18) 14.

29 K. Gordon and J. Pohl (n 26) 15 – 16.

30 Viñuales (n 18) 16.

31 Ibid 16.

NAFTA articles 1105 and 1110 are part of the chapter 11 section A titled "Investment." The last article of this section is article 1114, which stipulates that nothing in that chapter shall be construed to prevent a party from adopting, maintaining or enforcing any measure considered appropriate to ensure that investment activity is carried out in an environmentally sensitive manner. Moreover, this article states that parties shall not consider appropriate the encouragement of investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures. It means that a party should not derogate any national measure, or offer its derogation, in order to attract or maintain foreign investments.

Sands argues³² that the language used in NAFTA suggests that there is a hierarchy between article 1105 and 1110 in relation to environmental protection measures. It could be noticed because article 1110 provides, in a restricted sense, the requirements to nationalize or expropriate an investment; whereas, article 1114 refers to environmental measures in a more relaxed orientation.

According to Sands,³³ there is a similar approach in the Energy Charter Treaty of 1994. Article 10(1) refers to equitable, favorable and transparent conditions for investors and that an investment shall not be subject of any kind of unreasonable or discriminatory measures. Furthermore, if a contracting state decides to nationalize or expropriate a foreign investment, article 13(1) sets forth the same requirements provided in NAFTA.

Another example of environmental regulations in investment agreements is the USA-Peru Trade Promotion Agreement where there is a chapter exclusively dedicated to the protection of the environment. Furthermore, there is also a chapter focused on investment where the exceptions to allow an expropriation are basically the same as in NAFTA (for public purpose, in a non discriminatory manner; on payment of compensation and in accordance to due process of law). However, it is interesting that annex 10-B defines what is understood by 'expropriation' and that it specifies that a non-discriminatory action is not considered an indirect expropriation if it is designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as the environment. Precisely, this annex is specifically referenced in the section where it is stipulated that a public purpose is an exception when an expropriation may be accepted.

To sum up, in general terms investment treaties regulate broad or vague environmental obligations. A state party shall adopt an appropriate measure to ensure that an investment is being carried out in an environmentally friendly manner. Also, a state party should not attract or maintain an investment through the derogation, or offer of derogation, of an environmental protective measure. On the other hand, the obligations destined to protect foreign investment properties are clear and strict. A state party cannot nationalize or expropriate an investment unless four conditions are met. This is an example of the most common approach taken by investment treaties when it comes to include environmental clauses, precisely what Viñuales³⁴ highlights about the OECD report.

Finally, it is interesting that since 1995 there have been some negotiations in order to agree on a worldwide Multilateral Agreement on Investment. According to Sands,³⁵ by 1998 there was considerable agreement on the rules relating to investment protection and the settlement of

32 Sands, *Principles of IEL* (n 17) 872.

33 Ibid 873.

34 Viñuales (n 18) 16 – 17.

35 Sands, *Principles of IEL* (n 17) 874.

disputes. However, this author highlights³⁶ that negotiations were not successful in agreeing on the terms of the relation between the not expropriate or not investment interference obligation with the maintenance, adoption and enforcement of national rules concerned with the protection of the environment. Finally, by 1998 negotiations did not reach an agreement.³⁷

This clearly suggests that the relation between FIL and IEL is complex. Nevertheless, the facts reveal that investment treaties are increasingly including environmental provisions. This is considerably relevant so as to achieve a balance when there is a dispute concerned with the interests protected by these fields of law. Although the most common approach taken by these environmental provisions does not provide a detailed environmental protection, the environmental provisions are already playing a significant role in the case law.

2.4. A growing number of investment disputes with elements concerning the protection of the environment.

Another factor is the growing number of investment disputes with elements related to the protection of the environment. This is not an easy task because a dispute could not be easily qualified as an environmental one as long as environmental considerations are never raised in isolation from other fields of law.

As a result, it is better to refer to a case with elements related to the protection of the environment.³⁸ Hence, it is possible to evaluate the types of investment disputes with these elements. Viñuales³⁹ has concluded that there is evidence that confirms that the number of investment disputes dealing with environmental considerations has increased in the last two decades.

This author⁴⁰ has located only one investment dispute with elements related to the protection of the environment decided before 1990, and three more decided during the 1990s. Apart from those four investment disputes, all of the other investment disputes with environmental considerations have been decided from the year 2000 onwards. In the period between 2000 and 2011, twenty-four investment disputes dealing with environmental elements were decided.⁴¹

In addition, it is interesting that the types of disputes are not basically concerned with first generation environmental issues such as pollution or the protection of species. Investment disputes are increasingly dealing with second-generation environmental issues like climate change or the production of electricity from renewable sources. Viñuales argues that this kind of investment case law suggests that the relationship between these fields is evolving.

In conclusion, there is sufficient evidence to argue that environmental law is playing a role in the foreign direct investment field. The trend suggests that this role is evolving so as to achieve a balance. Having mentioned that, the aim of this paper will be to demonstrate this evidence with the analysis of some specific investment disputes.

36 Ibid 875.

37 According to Philippe Sands, in 2001 the issue was addressed again by the Doha WTO Ministerial Declaration. These negotiations were established with the vision of reaching an agreement by January 2005, but it failed again. However, this author suggests that it is possible that environmental concerns may appear again in the context of WTO negotiations with the aim of agreeing on a Multilateral Investment Agreement. Sands *Principles of IEL* (n 17) 876.

38 Sands, 'Litigating Environmental Disputes: Courts, Tribunals and the Progressive Development of International Environmental Law' (n 2).

39 Viñuales (n 18) 17 – 23.

40 Ibid 17 – 18.

41 Some of them were solved in different ways such as settlement or discontinuance. Ibid 18.

3. The Focus of the Analysis on Cases Dealing with Alleged Foreign Investment Expropriation Measures

From the first chapter, it is clear that IEL is progressively getting entwined with FIL. To exemplify that, the analysis will be focused on the evolution of the investment disputes decisions dealing with expropriations.

Investment disputes dealing with expropriation measures and concerning the protection of the environment is one of the particular areas where the balance between these fields is reaching maturity.⁴² Because of that reason, the focus of this paper will be on this particular kind of investment disputes. Nevertheless, before analysing the case law that has marked this evolution, some concepts of investment property expropriation must be mentioned.

Investment treaties and the case law show that a distinction between direct expropriation and indirect expropriation is widely recognized. The former supposes an immediate transfer of the property in favour of the host state, and the latter does not imply any transfer of property.

A decision made in an investment dispute dealing with a direct expropriation usually should decide whether the measure was valid or not. In other words, the discussion would be focused on the lawfulness or unlawfulness of the expropriation decision. A good example is whether the decision is based on an authentic public purpose, environmental reasons or not.

However, besides the validity of the measure, the environmental discussion could have a relevant impact on one consequence of the expropriation. The amount of compensation deserved by the foreign investor affected with this measure is what an arbitral tribunal could decide in a direct expropriation investment dispute dealing with environmental concerns. This determination has been the focus of widely known investment arbitrations.⁴³

On the other hand, an indirect expropriation measure is classified in two different ways. Firstly, a regulatory expropriation means a measure of general application with the consequence of depriving the value of the private property. As a form of indirect expropriation, the property is not transferred. The only consequence is the deprivation of its value due to a measure of general application. In principle,⁴⁴ a general regulation should not be considered as an expropriation given the fact that it is recognized that states have the sovereign power of adopting general regulations.

Sornarajah⁴⁵ also confirms that idea. This author explains that the law has always recognized the category of regulatory measures such as taxation, export controls or the creation of regimes in areas like antitrust, consumer protection, securities and environmental protection. According to this author,⁴⁶ it is recognized that the interference of these measures is not identified as a compensable expropriation where public harm has already resulted or is anticipated. This is confirmed in the evolution of the investment case law that will be presented.

The second type of indirect expropriation is a targeted measure. There is not a transfer of property, but in this case the measure is not of general application. The measure is individually focused on the foreign investment property. According to Viñuales,⁴⁷ case law suggests that

42 Viñuales (n 18) 294.

43 One notable example is the *Santa Elena* case that will be analyzed.

44 Viñuales (n 18) 298, 305.

45 Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (3rd edn, CUP 2010) 374.

46 *Ibid* 374.

47 Viñuales (n 18) 297.

whilst in general terms regulatory measures are not considered tantamount to expropriation, targeted measures are. When a public harm has already occurred or is anticipated, a regulatory measure is necessary and is easier to justify that it is not an act of compensable expropriation. On the other hand, it is more difficult to support the legitimacy of a targeted measure on public policy grounds or necessity. However, the progressive approach between investment and environmental law in the case law indicates that it is possible.

Sornarajah⁴⁸ has evaluated the concept of property in the context of foreign investment expropriation. The different forms of takings or expropriations have been grouped by this author as follows: (1) forced sales of products; (2) forced sales of shares in an investment through a corporate vehicle; (3) indigenisation measures; (4) taking over management control of the investment; (5) inducing others to take over the property physically; (6) failure to provide protection when there is interference with the property of the foreign investor; (7) administrative decisions which cancel licences and permits necessary for the foreign business to function within the state; (8) exorbitant taxation; (9) expulsion of the foreign investor contrary to international law; (10) acts of harassment such as the freezing of bank accounts or promoting strikes, lockouts and labour shortages.

Viñuales⁴⁹ argues that in that classification only taxation could be identified as a regulatory measure. All of the other forms of property takings are targeted measures. This confirms that targeted measures are more likely to be considered as compensable expropriations than regulatory measures. Some other reasons presented by Viñuales⁵⁰ to hold this idea are that the effects of targeted measures are similar to the ones of direct expropriations. Moreover, it is more difficult to use defences based on the power of the state such as emergency and necessity clauses to support targeted measures. The investment case law nevertheless suggests that targeted measures could also be taken as part of the policy powers of a state.⁵¹

4. A First Trend in the Case Law: a Complete Separation

As we mentioned, there are only four identified investment disputes dealing with environmental concerns concluded in the 1990s. Then the number increased since the year 2000. Two awards rendered in the year 2000 are the ones identified as the cases that have marked the beginning of environmental considerations in investment disputes. These are the awards rendered in *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica* (ICSID Case ARB/96/1) and *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (ICSID Case ARB (AF)/97/1).

4.1. *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica* (ICSID Case ARB/96/1).

4.1.1. *The origins and characteristics of the dispute.*

On June 2nd, 1995, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena* (hereinafter, *Santa Elena* or the claimant) submitted a request for arbitration to ICSID to determine the valuation of the compensation owed to the claimant by the Republic of Costa Rica (hereinafter, *Costa Rica* or the respondent). The award was rendered on February 17th, 2000.

48 Sornarajah (n 45) 375.

49 Viñuales (n 18) 297.

50 *Ibid* 298.

51 The *Chemtura* case is the example that will be presented to demonstrate it.

Santa Elena was a Costa Rican corporation, and most of its stakeholders were citizens of the United States of America⁵² (hereinafter, USA), and since 1973 it owned a property located in the Guanacaste Province of Costa Rica.

On May 5th, 1978, the government of Costa Rica issued a decree expropriating Santa Elena. The reason provided in the decree is that Santa Rosa National Park, which is adjacent to the property of Santa Elena, was insufficient to maintain the population of some special animals. Thus, a substantial area was needed to be added to the National Park for conservational requirements.

In the decree it was explained that the purpose of the government had been previously communicated to Santa Elena and that the president of the company did agree with the expropriation, but he expressed his disagreement with the price offered as compensation. According to Santa Elena, in that moment the price of the property was approximately US\$ 6.4 million. Although the government acknowledged this disagreement, the decree was issued and the property expropriated. The price ordered to be paid in the decree as compensation was 16'450,000 colones.⁵³

It should be highlighted that, to some extent, Costa Rica suffered a different form of pressure by Santa Elena.⁵⁴ In 1994, USA issued an enactment known as the Helms Enactment. The award recognized that, in application of this enactment, a USA US\$ 175'000,000 Inter-American Development Bank loan destined to Costa Rica was delayed until Costa Rica consented the dispute to international arbitration. Regarding the discussion on the merits, the Helms Enactment is important because Costa Rica relied on it to argue that the parties had an agreement on the applicable law.

Although there were some discussions between the parties about the ICSID jurisdictional requirements,⁵⁵ then both parties consented to the arbitration without conditions, and the award strictly focused on the merits. As it could be noticed, the measure of the expropriation was not discussed. The only disagreement was on the value of the compensation owed to Santa Elena.

52 Charles N. Brower and Jarrod Wong, 'General Valuation Principles: The Case of Santa Elena' in Todd Weiler (ed), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (Cameron May 2005) 748.

53 This amount was approximately US\$ 1.9 million in accordance to the then-current exchange. Ibid 750.

54 The conflict took so long because in the following years Santa Elena retained the possession, and the parties were involved in unsuccessful negotiations. In 1987 the government of Costa Rica issued a second degree that expanded the area of Santa Rosa National Park and thus incorporated Santa Elena as part of this National Park. It was done because in accordance to Costa Rican law, if an expropriated land has not been used for its purpose for ten years, the expropriated owners can claim for the return of the property. Then, Costa Rica commenced judicial proceedings before their national courts in order to determine the value of the compensation. On the other hand, Santa Elena brought two claims before Costa Rican national courts. One sought the annulment of the 1978 decree, and the second attacked the 1987 decree arguing that it was an indirect expropriation. The effect of the proceedings initiated by Santa Elena was that the one initiated by Costa Rica was suspended. The Costa Rican Supreme Court rejected the claims brought by Santa Elena. Thus, the judicial proceeding initiated by the state was reactivated in September 1992. In that moment, the parties reassumed negotiations, but again they did not reach an agreement. By that time, a third valuation of the property was made by Costa Rica fixing the property at approximately US\$ 4.4 million. Charles N. Brower and Jarrod Wong, Ibid 754 – 757.

55 The questions around the jurisdiction arose because it was not clear if Santa Elena had always been owned by a majority of 50% USA citizens. Had it not been the case, the USA rule known as 'Helms Enactment' would have not been applicable to the case. However, Costa Rica never made an objection to the jurisdiction of the tribunal. For a full description of this issue review Charles N. Brower and Jarrod Wong, Ibid 754 – 757.

This case is concerned with a direct expropriation. The 1978 decree directly expropriated the foreign investor property, and the discussion was not focused on the legitimacy or validity of that measure but on the value of the compensation. Regarding this paper, the question was whether or not environmental concerns related to the expropriation could play a role when it comes to determining the value of the compensation.

4.1.2. The parties' allegations and the decision.

The only relevant issue brought before the arbitrators was the amount of the compensation. To address this issue, it was relevant for the tribunal to determine the applicable law. Article 42(1) of the ICSID Convention had to be applied. According to this article, arbitrators shall apply the rules agreed to by the parties. Only if there is not an agreement, the tribunal shall apply the rules of the contracting state party to the dispute, and the rules of international law as may be applicable.

Santa Elena held that the parties did not have an agreement on the applicable law. Hence, the applicable law should have been the Costa Rican laws. This was extremely favorable to the interests of Santa Elena given the fact that under the national laws of Costa Rica, the valuation shall be based on a fair market value when the compensation is provided. The year of the award was in 2000.

On the other hand, Costa Rica claimed that the parties had implicitly agreed on the applicable law. To support that hypothesis, Costa Rica argued that parties consented to arbitration on the base of the Helms Amendment. In application of the Helms Amendment, USA prohibits foreign aid to a country that has expropriated the property of a USA citizen or company with at least 50% of USA stakeholders. This prohibition included USA approval of financing in an international finance organization. The only way to change that was if the country accomplished some requirements. One of them was to provide an adequate and effective compensation as required by international law. As a result, Costa Rica requested the tribunal not to apply Costa Rican laws but international law.

The tribunal rejected this argument. The award states⁵⁶ that article 42(1) of the ICSID Convention does not require that the agreement must be in writing or even expressly. However, the tribunal considered that if the agreement was implied, its substance had to be clear. According to the tribunal, that is not the case. Consequently, the tribunal pointed out that the dispute did not have to be solved solely in accordance to international law.

Given that the tribunal held that there is not an agreement, in application of article 42(1) of the ICSID Convention, the arbitrators had to apply the laws of Costa Rica and the rules of international law that may be applicable. The tribunal stated that the rules of Costa Rica regarding this dispute were clear enough and consistent with⁵⁷ "accepted principles of international law on the subject matter." Furthermore, the tribunal remarked that if there were inconsistencies, the rules of public international law must prevail.

Then, the conclusion was that rules of public international law must be applied to determine the value of the compensation. However, the question is what are the applicable principles and rules to determine the compensation under the umbrella of public international law. Here is one of the most important consequences of the award in regards to this research because the tribunal stated:⁵⁸

⁵⁶ *Santa Elena* case (n 3) para 63.

⁵⁷ *Ibid* para 64.

⁵⁸ *Ibid* para 71 – 72.

While an expropriation or taking for environmental reasons may be classified as a taking for a public purpose, and thus may be legitimate, the fact that the Property was taken for this reason does not affect either the nature or the measure of the compensation to be paid for the taking. That is, the purpose of protecting the environment for which the Property was taken does not alter the legal character of the taking for which adequate compensation must be paid. The international source of the obligation to protect the environment makes no difference.

72. Expropriatory environmental measures—no matter how laudable and beneficial to society as a whole—are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains.

In a footnote of this fragment of the award, the tribunal expressly noted: "For this reason, the Tribunal does not analyse the detailed evidence submitted regarding what Respondent refers to as its international legal obligation to preserve the unique ecological site that is the Santa Elena Property."

As a result, the tribunal only took into account the international principles of full compensation for a fair market value.

Parties did not agree on the date of the valuation, even under the application of international law. Costa Rica argued that it should be on the date of the decree of expropriation in 1978 while Santa Elena claimed that it must be on the date of the award. The tribunal concluded that the date for the valuation was the date of the expropriation. Then, arbitrators took into account the appraisals made at that time by the two parties and reached⁵⁹ a "reasonable and fair approximation of the value at the date of its taking."

However, the relevance for this paper is that the tribunal carried out all this analysis without considering that environmental elements could affect the principle of full compensation for a fair market value.

4.1.3. A conclusion of the decision in regards to the relationship between FIL and IEL.

Regarding the different types of expropriation, this one is clearly a direct expropriation. One decree directly expropriated a foreign investor property. Then, the discussion was not related to the legitimacy or validity of that measure but the value of the compensation.

Environmental legal arguments could be applied alongside other principles of international law, such as full market value, in order to determine the value of the compensation. For instance, Sands⁶⁰ remarks that Costa Rica requested the arbitrators to evaluate that a high compensation would be a disincentive, especially for developing countries, to take measures destined to protect the environment such as the creation or expansion of a national park. This

⁵⁹ At the time of the expropriation, Costa Rica had valued the property approximately at US\$ 1.9 million and Santa Elena in approximately US\$ 6.4 million. The tribunal decided that the reasonable and fair value would be US\$ 4.15 million. Then, an interest rate was applied and the value which comprised the principal and interest to the date of the award was US\$ 16 million.

⁶⁰ Sands, *Principles of IEL* (n 17) 844.

author⁶¹ also highlights that Costa Rica claimed that the expropriation was decided so as to comply with international environmental obligations, in particular the 1940 Western Hemisphere Convention.

It is important to remark that the award states that⁶² “an expropriation or taking for environmental reasons may be classified as a taking for a public purpose, and thus may be legitimate [...]” This could be classified as the first step taken in investment disputes addressing the relationship between FIL and IEL. Hence, a first conclusion could be that in order to accomplish environmental obligations, an expropriation may be legitimate. Nonetheless, this award was not addressing that discussion. As it has been explained the award had to analyze the value of the compensation, and in regards to that issue it states that environmental concerns did not play any role.

This approach reflects the first trend in investment disputes addressing environmental concerns. From what the award had to solve, Sands⁶³ explains that rules of FIL appear to be of a superior level than IEL rules.

4.2. *Metalclad Corporation v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1).*

4.2.1. *The origins and characteristics of the dispute.*

Metalclad Corporation (hereinafter; Metalclad or the claimant) and ECO-Metalclad Corporation (hereinafter; ECO) were two USA corporations. Ecosistemas Nacionales S.A. de C.V. (hereinafter; ECONSA) was a Mexican corporation. ECONSA is wholly owned by ECO and Metalclad wholly owns this one.

Confinamiento Tecnico de Residuos Industriales, S.A. de C.V. (hereinafter; COTERIN), another Mexican company, was the owner of a landfill property in the Valley of La Pedrera in the Municipality of Guadalcázar in the Mexican State of San Luis de Potosí. In 1993 ECONSA purchased COTERIN, which included the landfill property.

In October 1996, Metalclad, on behalf of COTERIN, initiated arbitration under NAFTA article 1117 against the government of the United States of Mexico (hereinafter; Mexico or the respondent). The claimant argued that Mexico had breached its international obligations recognized in articles 1105 and 1110 of NAFTA.

Given the fact that Mexico is not a contracting state of the ICSID Convention, in accordance to NAFTA article 1120, the arbitral proceeding was administered by ICSID Secretariat and governed by the ICSID Additional Facility Rules. The award was rendered on August 30th, 2000.

Sands⁶⁴ describes that COTERIN had two federal government authorizations to construct and operate a hazardous waste transfer station in the site, two environmental impact authorizations concerning the construction, and a land-use permit issued by the state of San Luis de Potosí. These permits were granted before USA investors purchased COTERIN.

61 Ibid 844.

62 *Santa Elena* case (n 3) para 71.

63 Sands, 'Litigating Environmental Disputes: Courts, Tribunals and the Progressive Development of International Environmental Law' (n 2) 9.

64 Sands, *Principles of IEL* (n 17) 878.

Metalclad claimed that shortly after purchasing COTERIN, the municipal governor embarked on a public campaign against the landfill. The award describes⁶⁵ that, in accordance to Metalclad's explanation, this company would not have purchased COTERIN without the apparent approval and support offered by federal and state officials.

In May 1994, Metalclad began the construction of the landfill. In October 1994, due to the lack of a municipal construction permit, the municipality interrupted the construction. Metalclad claimed⁶⁶ that federal authorities assured that the company could construct and operate the landfill, and that the municipality did not have the authority to deny the construction permit. The company also asserted⁶⁷ that federal authorities assured that Metalclad should apply to the municipality permit so as to facilitate an amicable relationship with the municipality, and that the permit would be issued.

On the other hand, Mexico claimed that a federal authority could not tell a company that a municipal permit construction is not required. Mexico asserted⁶⁸ that Metalclad knew that this permit was required or should have known it.

In November 1994, the company recommenced the construction of the landfill and applied to this municipal permit, but in December 1995 it was denied again. By March 1995, the landfill was finished and was inaugurated, but Metalclad claimed that since the inauguration day it was prevented from operating due to social agitations organized in part by Mexican state and local governments.

One year later, in November 1995, Metalclad reached an agreement with two federal sub agencies. According to this agreement, scientific studies recognized that the lands were suitable for the operation of the landfill. Some deficiencies were detected, though. Thus, the parties agreed on an action plan that included a site remediation plan.⁶⁹ As a result, Metalclad was allowed to operate the landfill for an initial period of five years.

The municipality initiated administrative and judicial proceedings seeking the annulment of the agreement reached by Metalclad and Mexican federal authorities. These complaints were dismissed.

After the beginning of the investment arbitration proceeding, the governor of the State of San Luis de Potosi issued an ecological decree declaring a natural area for the protection of cacti. This natural area included the landfill. There was some discussion about the consideration of this ecological decree by the tribunal. Mexico argued that it is not part of its jurisdiction because it was enacted after Metalclad's Notice of Intent to Arbitration. The tribunal dismissed that claim given the fact that Mexico had enough opportunity to respond to the allegations related to that decree. Thus, the tribunal held that the analysis of the ecological decree was within its jurisdiction. However, it was not considered relevant to decide on the merits.

In the award the tribunal held that Mexico was in breach of its obligations contained in NAFTA articles 1105 and 1110, and thus ordered Mexico to pay US\$16,685 million to Metalclad.

65 *Metalclad case* (n 4) para 36.

66 *Metalclad case* (n 4) para 41.

67 *Metalclad case* (n 4) para 41.

68 *Metalclad case* (n 4) para 41.

69 Sands remarks that, before 1991, 20,000 tons of waste were deposited on the site without treatment or separation. This suggests that before the participation of foreign investors, there were some environmental concerns related to this site. According to this explanation, the action plan contained in the agreement reached in 1994 also included a site remediation plan. Sands, *Principles of IEL* (n 17) 878.

In summary, this case is concerned with an indirect expropriation. The property was never transferred to the government, but it is argued that there is an expropriation because of an interference with the use of the property. According to Viñuales,⁷⁰ Mexico is found responsible for two measures that amount for an indirect expropriation. The first is classified as a targeted measure because Metalclad was denied to operate the landfill in spite of the existence of the required permits. The second is the enactment of the ecological decree that is identified as a regulatory measure.

4.2.2. The considerations made in the award.

First of all, the award established that under international law, the conduct of an agency or state organ shall be considered as an act of the state. Thus, Mexico could be responsible for the acts of the municipality, and those acts were covered by NAFTA.

Then, the tribunal noted that under NAFTA Preamble, Mexico is obliged to ensure a predictable commercial framework for business planning an investment. Regarding this obligation, the tribunal considered that Mexico violated NAFTA article 1105, which provides that there is an obligation to treat a foreign investor in accordance to international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

The tribunal asserted that the requirements, practice and procedures to issue a municipal construction permit were not clear; and thus Mexico infringed NAFTA article 1105.

In relation to the purpose of this paper, it is important to remark that the award⁷¹ remarks that this conclusion is not affected by NAFTA article 1114. In accordance to this article, a NAFTA party shall ensure that an investment in its territory is carried out in a manner that is sensitive to environmental concerns. The tribunal concluded that Mexico ensured that the landfill operations had been executed in an environmentally friendly manner. To support this conclusion, the tribunal relied on the agreement between the claimant and some environmental federal agencies, which included a plan for the landfill operation, and on the issuance of federal permits. The existence of this agreement and the federal permits suggested that Mexico considered that the landfill had been and would be conducted in a manner sensitive to the environment.

It is relevant for this paper because, as Sand asserts,⁷² the language of NAFTA implies a hierarchy in favor of the foreign property rights, and does not suggest that environmental aims could shed some light on the interpretation of NAFTA articles 1105 and 1110 obligations. This case is an example of that hypothesis because although the agreement between Metalclad and the environmental federal agencies existed, it was not analyzed in the award in order to conclude that the landfill had been operating and could continue to operate in a manner sensitive to environmental concerns.

Precisely, the reason so as to not analyse the environmental considerations of that agreement could be the language of NAFTA article 1114. The reference to the protection of the environment is too vague and broad. According to that language, the tribunal held that the mere existence of an agreement addressing environmental concerns is enough to conclude that Mexico agreed on the apparently environmentally friendly manner in which the landfill had been performing its activities.

This was confirmed by the definition of 'expropriation' provided in paragraph 103 of the award:

70 Viñuales (n 18) 300.

71 *Metalclad* case (n 4) para 98.

72 Sands, *Principles of IEL* (n 17) 872 – 873.

Thus, expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State.

A direct consequence of this analysis was that Mexico also failed to comply with the obligation stated in NAFTA article 1110. The award clearly states that an expropriation could also be an "incidental interference with the use of the property." As it can be appreciated, this is a broad definition of expropriation.

Then, the tribunal addressed the effects of the ecological decree. The arbitrators explained that this analysis is not essential to conclude that Mexico failed to comply with its obligations under NAFTA articles 1105 and 1110, but it was a⁷³ "further ground for a finding of expropriation."

What is relevant for this purpose is that the tribunal expressly asserted that it was not necessary to evaluate the motivation or intent of the ecological decree, and that the ecological decree would be in itself an act tantamount to expropriation, and thus a violation of NAFTA article 1110.

Exactly like in *Santa Elena*, in this award the arbitrators implied that it is not necessary to take into account the rules of IEL. The importance of this hypothesis is that, again,⁷⁴ the rules of FIL appear to be of a superior level than the rules of IEL.

4.2.3. The relevance of this decision in the relationship between foreign investment and the protection of the environment.

Two conclusions could be highlighted from the decision in *Metalclad*.

In regards to the targeted measure, it must be noticed that the analysis and decision is a consequence of the language used in investment treaties dealing with environmental concerns. The language of NAFTA generates that⁷⁵ "the awards made under NAFTA are more intent on property protection and have constructed more rigorous theories of absolute property rights than even decisions of US Courts."

As it has been explained, NAFTA article 1114 has a broad and, to some extent, vague reference to the protection of the environment. Thus, it would be difficult for a state party to demonstrate that an action has been taken to ensure that an investment activity is being carried out in a manner sensitive to environmental concerns.

In this case, the existence of an agreement between Metalclad and some environmental federal agencies of Mexico was enough for the arbitrators to conclude that Mexico was satisfied with the environmental concerns related to the operation of the landfill. Hence, it is clear that the environmental analysis was, at least, superficial in comparison to the rigorous attention given to the foreign investment property rights.

⁷³ *Metalclad* case (n 4) para 109.

⁷⁴ Sands, 'Litigating Environmental Disputes: Courts, Tribunals and the Progressive Development of International Environmental Law' (n 2) 9.

⁷⁵ Sornarajah (n 45) 372 citing V. Bean and J. Beauvais, "The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protection and the Misguised Quest for an International 'Regulatory Takings' Doctrine" (2003) 78 New York University Law Review 30.

The second conclusion that could be taken from *Metalclad* is that rules of FIL are implicitly considered of a superior level than rules of IEL. The evaluation of the ecological decree reveals this conclusion because the tribunal argued that its only existence constituted an indirect expropriation and an infringement to NAFTA article 1110. According to the arbitrators, the motivations or reasons for the existence of the ecological decree did not have any relevance to determine that a compensable expropriation occurred.

Unlike *Santa Elena*, this is an indirect expropriation. However, the consequence is the same because international environmental obligations are not considered. Nevertheless, in *Santa Elena*, the tribunal stated that environmental reasons could be the ground for a legitimate expropriation, but are irrelevant to determine the valuation of the compensation.

In *Metalclad*, the consideration of environmental concerns was even worse. The arbitral tribunal held that the ecological decree was an act tantamount to expropriation in itself without evaluating its environmental reasons. Its mere existence was an indirect expropriation. Thus, environmental reasons were not considered to evaluate the legitimacy of an expropriation or to determine the valuation of the compensation.

4.3. Conclusions.

Santa Elena and *Metalclad* are good examples to demonstrate that in the case law, the starting point in the relationship between FIL and IEL was a complete disconnection. The conclusion from this first approach is that rules of FIL are superior to environmental ones. As Sands⁷⁶ claims, this is a mistake.

It could also be concluded at this point that a soft and vague language of environmental regulations in investment treaties could trigger superficial environmental analysis in comparison to a rigorous and protective property rights interpretation.

Finally, it could be stated that environmental concerns exist in investment disputes and, from the first moment, they are considered, at least, as legitimate reasons to support the validity of an expropriation of foreign investment rights.

In the next chapters, some investment arbitration awards enacted after *Santa Elena* and *Metalclad* will be referred to in order to demonstrate that the distance between FIL and IEL is getting closer.

5. A First Approach. The Tecmed Case

To some extent, the facts are similar to those of *Metalclad* because it involves the allegation of an expropriation measure taken in the same country and in the same economic sector. Although the outcome of the dispute is also equal, the reasoning is different. Precisely, that difference is the relevance of *Tecmed*, which constitutes a new path for the relationship between IL and IEL.

5.1. A brief description of the dispute.

The proceeding was conducted under the ICSID Additional Facility Rules in accordance to the Agreement on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments signed by the Kingdom of Spain and Mexico.

⁷⁶ Sands, 'Litigating Environmental Disputes: Courts, Tribunals and the Progressive Development of International Environmental Law' (n 2)

Técnicas Medioambientales de Mexico, S.A. de C.V. (hereinafter, Tecmed or the claimant) was a Mexican corporation controlled by the Spanish corporation named Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. Tecmed owned 99% of the shares of Cytar S.A. de C.V., a Mexican company which took place through the investment of this case.

The dispute was related⁷⁷ to a landfill built in 1998 on a land purchased by the government of the State of Sonora. At that time, the landfill had a renewable license to operate for five years. Then the landfill was transferred to another public agency. On May 4th, 1994, a new authorization was issued to operate the landfill for an indefinite period. The Hazardous Materials, Waste and Activities Division of the National Ecology Institute of Mexico (hereinafter, INE), an environmental federal agency of Mexico, is the public entity that enacted this authorization.

The public entities, which owned the landfill, transferred it to Promotora Inmobiliaria del Ayuntamiento de Hermosillo (hereinafter, Promotora) a decentralized municipal agency of the Municipality of Hermosillo, located in the State of Sonora. Tecmed created Cytar S.A. de C.V. with the aim of conducting the operations of this landfill, given the fact that Tecmed was awarded by Promotora with the landfill in a public auction concluded on February 16th, 1996.

On November 11th, 1996, INE confirmed that the name of the license to operate the landfill had been changed, and that the name of Cytar S.A. de C.V. was indicated as the new owner. This authorization could be extended every year. It was the case when it was extended to November 19th, 1998.

On November 25th, 1998, INE rejected the application presented by Cytar S.A. de C.V. for renewal of the authorization, and requested this company to submit a program to close the landfill. According to Tecmed, this measure constituted an unjustifiable expropriation of its investment without any compensation.

5.2. The arguments of the parties on the merits and the relevant parts of the award for the purpose of this paper.

The claimant holds⁷⁸ that the extension of the authorization of the permit to operate the landfill was refused due to political pressures. The measure was qualified as arbitrary and unjustifiable because Cytar S.A. de C.V. had not violated the terms under which the landfill was supposed to be operated.

The claimant, nonetheless, recognizes⁷⁹ some breaches of the conditions of the expired permit, but holds that an extreme decision like the closure of the landfill was not justifiable and constituted a breach of Mexican international obligations. According to Tecmed, the federal Environmental Protection Attorney's Office, which is also an environmental federal agency of Mexico, had investigated the breaches of the conditions of the expired permit without deciding a revocation of the license. Moreover, the claimant points out that this environmental agency did not find violations that might threaten the environment or the population's health. Thus, this public entity only fined Cytar S.A. de C.V. even though it had the authority to revoke the permit.

On the other hand, Mexico⁸⁰ claims that the decision was a control measure undertaken in a regulated sector closely linked to public interests, and thus is not an act of expropriation or an infringement of investment international obligations.

⁷⁷ Tecmed case (n 6) para 36.

⁷⁸ Tecmed case (n 6) para 42.

⁷⁹ Tecmed case (n 6) para 43.

⁸⁰ Tecmed case (n 6) para 46.

The award⁸¹ explained that the investment agreement between Spain and Mexico neither define the concept of expropriation nor does it classify the measures or actions that would be considered as an act of expropriation. However, the arbitrators base their understanding on *Metalclad*. Thus, they assert that expropriation is not only a taking of property by the government, but also actions that deprive persons of their ownership without allocating their assets to third parties or the government itself.⁸²

Having classified the dispute as one that involves an alleged indirect expropriation, the tribunal stated⁸³ that it was relevant to determine if the assets related to the investment had lost their value. According to the award,⁸⁴ this determination was of great importance because it would clarify whether the measure was an ordinary exercise of the state power's policy or a de facto expropriation that deprived the investment assets of any real substance.

The arbitrators concluded that the measure had destroyed the investment value, and thus it was an indirect or de facto expropriation. To confirm that analysis, the award remarks that in the investment treaty between Spain and Mexico, there was no principle that excludes an action of being classified as an expropriation even if it is beneficial to society or the environment. In order to support that opinion, the arbitrators quoted the award enacted in *Santa Elena*.⁸⁵

However, this award is relevant for the purpose of this paper because it adds an important element in the approach between FIL and IEL. The arbitrators did not simply conclude their analysis claiming that there was no relation between these fields. In spite of qualifying the measure as an act of expropriation on the basis of *Santa Elena* and *Metalclad*, the arbitrators considered that it was required to evaluate the proportionality of the measure in order to find out if Mexico had breached a foreign investment obligation.

The award relies upon the jurisprudence of the European Court of Human Rights⁸⁶ and states that "There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure." As it could be noticed, even though the act was qualified as an expropriation, the arbitrators explained that their decision must consider⁸⁷ "a reasonable relationship of proportionality."

In this case, the arbitrators concluded that the measure was not proportional because it was based on community and political pressures that could not lead to an emergency situation. In particular, the award stated that the measure was not proportional because in this case it was clear that the alleged infringements of the claimant did not pose a present or imminent risk to the ecological balance and people's health. As a result, the award determined that Mexico was responsible for an act of expropriation and must be compensated.⁸⁸

81 *Tecmed* case (n 6) para 113.

82 *Tecmed* case (n 6) para 113.

83 *Tecmed* case (n 6) para 115.

84 *Tecmed* case (n 6) para 115.

85 *Tecmed* case (n 6) para 121.

86 *Tecmed* case (n 6) para 122 citing *Mellacher and Others v. Austria* (1989) ECtHR; *Pressos Compañía Naviera and Others v. Belgium* (1995) ECtHR; *Matos e Silva Lda, and others v. Portugal* (1996) ECtHR.

87 *Tecmed* case (n 6) para 122.

88 The award ordered Mexico to pay the amount of US\$ 5,533,017.12 plus an interest rate.

5.3. Conclusions from the *Tecmed* award.

The *Tecmed* award was rendered only three years after the *Santa Elena* and *Metalclad* awards, but it demonstrates that the distance between FIL and IEL is getting closer. In accordance to some authors⁸⁹, a rule of proportionality was imported from the European Court of Human Rights, and the consequence is that under this principle⁹⁰ “regulation that would otherwise constitute indirect expropriation will not be considered a violation of international law if it is a proportional response to a legitimate public concern.”

Consequently, the first conclusion is that, unlike the previous approach, this award provides a guidance to deal with foreign investment disputes regarding environmental concerns.

From this analysis, it is not possible to argue that foreign investment disputes must be decided without taking into consideration different fields of law such as IEL. This award relies upon what international human rights courts have been doing when it comes to taking a decision regarding government measures that have affected property rights. Then, the concept of proportionality is vital in this regard because rules of FIL and rules of IEL are not absolute.

Surely, it implies that there is not a unique solution and that there must be a case-by-case approach. However, *Tecmed* provides an important element for the development of foreign investment disputes. Arbitrators could use the concept of proportionality just like human rights courts have been doing so. As a consequence, unlike *Metalclad* and *Santa Elena*, environmental international obligations must be taken into account in order to conclude whether a measure is proportional and an act of compensable expropriation or not.

6. On the Way of Achieving a Balance

6.1. *Methanex Corporation v. United States of America*. Award rendered in the international arbitration under chapter II of the NAFTA and UNCITRAL arbitration rules.

6.1.1. A brief description of the dispute.

Methanex Corporation (hereinafter, Methanex) was a Canadian company and was the largest producer of methanol, a feedstock for a gasoline additive known as MTBE (methyl tertiary-butyl ether). The claim was related to a ban on the sale and use of MTBE issued by the State of California. Methanex argued that this ban constitutes a USA infringement of NAFTA obligations.

The award was rendered on 3rd August, 2005. The arbitrators decided that they did not have jurisdiction to determine the claims made by Methanex. However, they also stated that if they had jurisdiction they would decide to dismiss the claims made on the merits by Methanex.

6.1.2. The relevant arguments of the parties and the considerations of the award regarding the purpose of this paper.

Methanex claims that all methanol producers were in similar circumstances than USA domestic ethanol producers. Methanol and ethanol are oxygenates used to produce reformulated gasoline. Thus, methanol and ethanol producers competed for customers in the oxygenate market.

89 Jack J. Coe and Noah Rubins, 'Regulatory Expropriation and the *Tecmed* case: Content and Contributions' in Todd Weiler (ed), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (Cameron May 2005) 664.

90 Ibid 664.

As a consequence, the ban on the sale of MTBE and methanol was a discriminatory measure and an act tantamount to expropriation.

According to Methanex, the burden of proof bore on USA so as to justify that the ban was a valid environmental measure.⁹¹ As a result, USA had to demonstrate that the California measure: (i) was necessary to fulfil an environmental objective; (ii) was proportionate; (iii) was the least restrictive of foreign investment; and (iv) was not a disguised restriction of foreign investment.

Methanex argues that the measure did not satisfy these criteria. Moreover, Methanex claims that it was an act tantamount to expropriation that was not intended to serve a public purpose;⁹² that the measure did not comply with the due process of law given the fact that it was discriminatory, and that Methanex was not compensated.⁹³

On the other hand, USA asserts that 47% of methanol producers in this country were domestic.⁹⁴ Hence, the measure was supposed to have the same effect on foreign and domestic investors and did not constitute a discriminatory measure. Moreover, USA holds that methanol and ethanol are chemically different, have distinct end uses, and are not interchangeable. Hence, USA claims that these products did not directly compete. In that sense, USA argues that the ban was not an act tantamount to expropriation because it was not discriminatory and was made for a public purpose.

As it has been mentioned, the award rejects Methanex's claims. According to the arbitrators, the ban on the use and sale of MTBE issued by the State of California was not discriminatory or an act tantamount to expropriation.

The tribunal did agree with Methanex in terms of considering this one an act of international discrimination as an expropriation. However, the tribunal⁹⁵ explained that a consequence of that conclusion is that a non-discriminatory regulation for a public purpose, issued in accordance with the due process of law, is not an act of compensable expropriation.

In the interpretation of NAFTA article 1110, the tribunal⁹⁶ suggested that a regulatory measure is not an act tantamount to expropriation unless the host state was previously committed with the foreign investors to refrain from issuing this regulation. If that is not the case, a regulatory measure, which is not discriminatory, in accordance to the due process of law and issued for a public purpose, is not an act of expropriation.

The arbitrators⁹⁷ concluded that regarding the facts brought before them, USA had not previously committed with Methanex to refrain from changing the regulation. Finally, in regards to the requirements to consider an act as an expropriation (such as the discriminatory measure, the absence of a public purpose or the infringement of the due process of law), the tribunal⁹⁸ held that Methanex had been unable to demonstrate them.

91 According to the award, Methanex relied upon the award rendered in the *United States—Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, (US v. Braz.), WT/DSZ/AB/R (WTO 1996). *Methanex case* (n 7) pt IV, ch B, para 9.

92 Methanex asserts that the measure was planned to hand the profit of the market directly to domestic investors. *Methanex case* (n 7) pt IV, ch D, para 2.

93 Methanex also relies on the definition of expropriation under NAFTA given in the *Metalclad* award, which includes "incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole, or in significant part, of the use of reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the Host state." *Methanex case* (n 7) pt IV, ch D, para 4.

94 *Methanex case* (n 7) pt IV, ch B, para 18.

95 *Methanex case* (n 7) pt IV, ch D, para 7.

96 *Methanex case* (n 7) pt IV, ch D, para 7.

97 *Methanex case* (n 7) pt IV, ch D, para 9.

98 *Methanex case* (n 7) pt IV, ch D, para 12, 13, 14.

6.1.3. Conclusions from the Methanex case.

This award is an example of progress in the considerations of environmental concerns in investment disputes. It confirms that a regulatory measure is not considered a compensable expropriation if it was taken for a public purpose.

As it has been explained, an indirect expropriation could be classified as a regulatory measure or as a targeted measure. They are indirect expropriations because there is not a direct transfer of property to the state or third parties. However, they may account for an expropriation because they deprive the value of the foreign investor property.

In *Metalclad*, a regulatory measure (such as the ecological decree) was considered an expropriation without taking into account its reasons. Then, in *Tecmed*, a targeted measure (such as the refusal of a renewable permit) was considered an act of compensable expropriation even though a test of proportionality imported from human rights courts was applied.

In *Methanex*, a regulatory measure was not considered as an expropriation. It was understood as part of a valid exercise of the policy powers of a sovereign state with the aim of protecting the environment. This implies a clear rejection of *Metalclad* conclusions.⁹⁹

In particular, it is interesting that this analysis has an effect in the allocation of the burden of proof.¹⁰⁰ The previous case law suggests that a regulatory measure, which does not account for a compensable expropriation, is an exception. Thus, it is the host state that must establish that its measure is an exception. However, this award departs from that view and understands that a regulatory change is the rule. Specifically, Viñuales¹⁰¹ notes that it is the case in highly regulated markets like the energy, mining or chemical sectors.

In the *Methanex* award,¹⁰² it is explained that the claimant knew that the market for MTBE in the USA was the result of continuous regulatory process. That is why¹⁰³ "the normal course of a regulated market is that general regulations will evolve over time."

As a result, from the analysis made in *Methanex*, a regulatory measure could be considered the rule, and only under exceptional circumstances, it would be an act of compensable expropriation. This implies that the foreign investor bears the burden of proving that its investment has lost its value and that the changes introduced by the regulatory measure are not part of its commercial risks or, if they were, that the measure was taken in contradiction to previous host state commitments.

As it could be noticed, this award means clear progress in the proximity between FIL and IEL. It recognizes the value of sovereign states to regulate the activities performed in their jurisdictions so as to protect the environment as a rule instead of an exception.

99 Surya P. Subedi, *International Investment Law. Reconciling Policy and Principle* (2nd edn, Hart Publishing 2012) 162.

100 Viñuales (n 18) 306.

101 Ibid 306.

102 *Methanex* case (n 7) pt IV, ch D, para 9.

103 Viñuales (n 18) 306.

6.2. Ad hoc NAFTA Arbitration under UNCITRAL Rules between Chemtura Corporation v. Canada.

6.2.1. A brief description of the dispute.¹⁰⁴

Chemtura Corporation (hereinafter, Chemtura or the claimant) was a USA company based under the laws of the State of Delaware. This company was registered in Canada for the use of lindane-based pesticides. Lindane is a pesticide used to treat canola. The Pest Management Regulatory Agency (hereinafter, PMRA) is the federal agency responsible for the regulation of pest control products in Canada.

Regarding an international concern in the use of lindane and the restrictions imposed in the USA since 1998, the claimant and other lindane registrants in Canada did agree on removing this product in the treatment of canola. This was known as the withdrawal agreement. Chemtura confirmed its agreement subjecting it to a number of conditions. For instance, that all other registrants also agree to withdraw it by the same date. However, then Chemtura decided not to voluntarily remove the use of lindane in the treatment of canola unless it had alternative products registered to replace it.

A Special Review of Pest Control Products Containing Lindane was launched by the PMRA. In October 2001, they concluded that in regards to the risk assessment findings, a regulatory action had to be taken in the form of suspending or terminating lindane registrations. Hence, in December 2001 and January 2002, PMRA offered to Chemtura a phase out of the use of lindane through voluntary discontinuation. Chemtura did not accept it, and on February 21st, 2002 PMRA informed Chemtura that its registrations had been terminated through suspension. The PMRA also argued that under the withdrawal agreement, a registration of replacement products was not promised.

Following a request made by Chemtura, a Board of Review was established by the Canadian Minister of Health and began its work in May 2004. The Board Review Report recommended PMRA to reconsider possible opportunities for the use of lindane as well as seek input from Chemtura.

The PMRA launched a re-evaluation process in which Chemtura and other registrants participated and provided information. Nevertheless, the Re-evaluation Note (REN) found similar conclusions than the Special Review. Chemtura did not agree with it and claimed that it was in contrast with the findings of the Board of Review.

6.2.2. The considerations of the award regarding the purpose of this paper.

Chemtura argues that Canada had infringed its international obligations recognized in NAFTA articles 1105, 1003 and 1110.

NAFTA article 1105 refers to the minimum standard of treatment that a foreign investor deserves in the host state. A key question that the tribunal addressed¹⁰⁵ was if there is a margin of appreciation in domestic regulatory measures that could diminish the protection granted under this NAFTA regulation. The award suggested that it exists because it recognized an international minimum standard of treatment that must be evaluated regarding all the circumstances of the case. These include¹⁰⁶ "the fact that certain agencies manage highly specialized domains involving scientific and public policy determinations."

¹⁰⁴ Chemtura case (n 8) para 6 – 49.

¹⁰⁵ Chemtura case (n 8) para 23.

¹⁰⁶ Ibid para 23.

Consequently, the award analyzes all the circumstances alleged by Chemtura to support the existence of an unfair treatment to its investment. Among the different factual basis on which Chemtura based its claim, the award bases its analysis on the considerations related to the review process launched by the PMRA.

Among the reasons given to dismiss Chemtura's claim, the tribunal showed that since the 1970s, there has been a worldwide concern related to the use of lindane.¹⁰⁷ As a result, in contrast to the opinion of Chemtura, the award asserted that PMRA launched the Special Review as part of its mandate as a regulatory agency and in accordance to a Canadian international commitment to the Aarhus Convention and Protocol to the Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution on Persistent Organic Pollutants.

Furthermore, Chemtura claimed that they had a legitimate expectation under the withdrawal agreement. Chemtura held that PMRA would accept that lindane products could be used to treat canola until July, 2001 and that there were no restrictions on when the products could be sold or planted.

The award asserts that the mere existence of the withdrawal agreement was a regulatory fairness expression and that PMRA fulfilled Canadian NAFTA obligations when facilitating the conclusion of the withdrawal agreement. Moreover, the award¹⁰⁸ holds that the content of the withdrawal agreement did not suggest to Chemtura a "reasonable" or "legitimate" expectation to be treated without considering the deadline.

Chemtura¹⁰⁹ also held that PMRA should have secured a phase-out under the Pesticide Control Products Regulations of Canada. Chemtura argued that they were deprived of that right and that the cancelation of its registration was a punitive measure.

The arbitrators disagreed with that argument. They asserted¹¹⁰ that, under Canadian regulation, the Minister of Health is allowed to cancel a registration if, on the basis of current information, the safety of that product is no longer acceptable. The arbitrators held that PMRA was not legally obliged to assure a voluntary phase-out procedure.¹¹¹ Moreover, they explained that PMRA satisfied the standard treatment required by NAFTA when offering twice a voluntary phase-out discontinuation procedure.¹¹²

The most relevant part of the decision regarding the purpose of this paper is the alleged infringement of NAFTA article 1110. According to Chemtura, the decision of cancelling the lindane registration was an indirect expropriation because it implied a substantial deprivation of its investment. Moreover, Chemtura argued that the reason of the measure was irrelevant.

There are two significant arguments presented by the tribunal so as to reject the claim made by Chemtura. Firstly, the tribunal explained that it was indispensable to analyze if the cancellation of the registration meant a substantial deprivation of the Chemtura investment.

Chemtura's claim was based on the definition of expropriation given in *Metalclad*, and the tribunal highlighted that this award was challenged before the Supreme Court of British

107 Ibid para 135 – 137.

108 *Chemtura* case (n 8) para 179.

109 Ibid para 182.

110 Ibid para 185.

111 Ibid para 190.

112 The award also dismisses the allegation made by Chemtura in regards to the delays in the registration of Gaucho as an alternative product. The tribunal holds that it did not have an economic impact on Chemtura, and that the time used by PMRA was not different from the usual practice in the USA in the same circumstances. Thus, this fact is not part of a pattern of unfair conduct as was argued by Chemtura. Ibid para 194 – 225.

Columbia. Although it was not set aside on the ground of the definition of expropriation, the tribunal noticed that Justice Tysoe asserted that the definition was extremely broad. As a result, the tribunal argued that¹¹³ “*Metalclad v. Mexico* has given rise to some controversy as to the degree of the required deprivation.”

Consequently, instead of applying a broad definition of expropriation, the tribunal asserted that the circumstances of each case must determine the existence of a substantial deprivation.¹¹⁴ Under the circumstances of the case, the tribunal concluded that there was not a substantial deprivation of the investment because lindane products represented a small portion of Chemtura investments.¹¹⁵ This was confirmed by the fact that Chemtura sales were reduced in 2002 even though it performed an ascending trend between 2002 and 2007.¹¹⁶ Consequently, the cancellation could not be identified as a substantial deprivation of the investment.

The valid exercise of the government policy powers doctrine was another reason given by the tribunal to explain that the cancellation was not an infringement of NAFTA article 1110. The tribunal¹¹⁷ stated:

266. Irrespective of the existence of a contractual deprivation, the Tribunal considers in any event that the measures challenged by the Claimant constituted a valid exercise of the Respondent's police powers. As discussed in detail in connection with article 1105 of NAFTA, the PMRA took measures within its mandate, in a non-discriminatory manner, motivated by the increasing awareness of the dangers presented by lindane for human health and the environment. A measure adopted under such circumstances is a valid exercise of the State's police powers and, as a result, does not constitute an expropriation.

6.2.3. Conclusions from the Chemtura case.

This award reflects other important developments in reducing the gap between FIL and IEL. For instance, regarding the alleged infringement of the minimum standard of treatment, the tribunal not only took into account the international concern related to the use of lindane, but also remarked that Canada was committed to accomplish the Aarhus Convention and the Protocol to the Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution on Persistent Organic Pollutants.

Furthermore, the award recognizes that the definition of *expropriation* made in *Metalclad* is, at least, in controversy. The arbitrators asserted that the concept of expropriation couldn't be too broad.

In order to evaluate the application of this concept, the award held that a substantial deprivation is required, and that it must be evaluated under the circumstances of each case. In this case, the award decided that the deprivation of the investment was not substantial given the fact that lindane products were only a small part of Chemtura's investment. However, what is relevant is that the concept of 'substantial deprivation' is applied¹¹⁸ to evaluate if a measure could be an act of

¹¹³ Ibid para 248.

¹¹⁴ Ibid para 249.

¹¹⁵ Ibid para 260 – 262.

¹¹⁶ Ibid para 264.

¹¹⁷ Ibid para 266.

¹¹⁸ In *Pope & Talbot Inc. v. Canada* Award (2000), 7th August 2000, Ad Hoc Tribunal (UNCITRAL), there are criteria to determine if there is an act of indirect expropriation. The elements of this test are: (i) whether the investor remained in

expropriation. This clearly limits the broad definition of *expropriation* suggested in *Metalclad* where an expropriation is an¹¹⁹ "incidental interference with the use of property."

Moreover, *Chemtura* confirms the application of the policy powers doctrine to justify the regulations of a state. In particular, it confirms the application of this doctrine to justify the enactment of environmental regulations.¹²⁰ This award verifies this doctrine because it had been already applied in *Methanex*.

However, in *Methanex* the measure was one of general application. In the terms detailed in chapter 2, it was a regulatory measure. In *Chemtura*, the measure is not one of general application. It is the cancellation of a registration, so it is a targeted measure because it directly affects the investment. Thus, this award supposes not only a confirmation of the policy powers doctrine but also an improvement of it. Now the police powers doctrine supports the issuance of environmental measures that are only focused on the foreign investment property.

7. The Protection of the Environment as the Key Element of an Investment Dispute

7.1. Chevron v. Ecuador.

Texaco Petroleum Company is an affiliate of Chevron Corporation. Both are from the USA and the claimants in one investment arbitration against the Republic of Ecuador that is part of a complex national and international dispute. For the purpose of this paper, some aspects of the investment arbitration will be described to demonstrate that currently the protection of the environment could be a key element of an investment dispute.

It is an arbitration proceeding under UNCITRAL rules pursuant to the BIT between USA and Ecuador. The case is basically concerned with the legal effects of the 1995 Settlement Agreement signed between Ecuador, Petroecuador and TexPet.

To date, TexPet is owned by Chevron, but it was not the case in 1995. According to the preamble of this agreement,¹²¹ TexPet agreed to take environmental remedial work in consideration for being released and discharged of all its legal and contractual obligations and liability for environmental impact arising out of the consortium's operations.

Article 5.1 of the Settlement Agreement stipulates:

control of its investment, (ii) whether it directed its day-to-day operations, (iii) whether its officers and employees were detained by the state, (iv) whether the state supervised the work of the investor's officers and employees or not, (v) whether the state had taken the proceeds of sales other than through taxation, (vi) whether the state interfered with management or shareholders' activities, (vii) whether the state prevented the distribution of dividends to shareholders, (viii) whether the state interfered with the appointment of directors or management, and (ix) whether the state had taken any other actions ousting the investor from full ownership and control of the investment. In the *Chemtura* case, the parties tried to highlight only some of these elements in regards to their interests. That is why the tribunal held that the concept of substantial deprivation is a matter of degree and not one of specific conditions. However, these elements are important because under the circumstances of each case they could be useful to determine if a measure has deprived an investment in a substantial form, and could be considered an act of expropriation for that reason.

¹¹⁹ *Metalclad* case (n 4) para 103.

¹²⁰ Viñuales (n 18) 310.

¹²¹ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*. UNCITRAL, PCA Case No. 2009–23. First Partial Award on Track 1, 17th September para 19.

On the execution date of this contract, and in consideration of TexPet's agreement to perform the Environmental Remedial Action Plan, the Government and Petroecuador shall hereby release, acquit and forever discharge TexPet, Texaco Petroleum Company, Compañía Texaco de Petroleos del Ecuador S.A., Texaco Inc, and all their respective agents, servants, employees, officers, directors, legal representatives, insurers, attorneys, indemnitors, guarantors, heirs, administrators, executors, beneficiaries, successors, predecessors, principals, and subsidiaries, (hereinafter referred as the Releasees) of all the Government's and Petroecuador's claims against the Releasees for Environmental Impact arising from the operations of the Consortium, except for those related to the obligations contracted hereunder for the performance by TexPet of the Scope of Work (Annex A).

In turn, article 5.2 stipulates what are the government's and Petroecuador's claims that are discharged in favor of the releasees. In that sense, a relevant aspect of the dispute is in relation to the interpretation of what is understood by a "Third Party" of the agreement. Article 9.1 sets forth that the agreement shall not be construed to confer any benefit on any third party, nor shall it provide any rights to such third party.

It is relevant for the dispute because between October 2000 and November 2001 Chevron became TexPet's indirect owner. Thus, the question is whether or not Chevron is a third party of the Settlement Agreement. If Chevron is a third party, it could not be considered a releasee and shall be responsible of all the eventual claims related to the operations of the Consortium.

This discussion has been identified for the purpose of this paper because it is an investment dispute where the definition of the environmental claim is essential to determine whether or not Chevron is a releasee under the Settlement Agreement.

Chevron claims¹²² that the causes of action in the Settlement Agreement include all "collective" or "diffuse" environmental rights,¹²³ but does not include causes of action available to private individuals making claims for their own personal harm caused by environmental pollution.

This differentiation is important because Chevron's aim is not to be considered responsible in a multimillionaire lawsuit known as the Lago Agrio Litigation, which was initiated by private individuals who are pleading for compensation for environmental harm. Chevron holds that this lawsuit is related to the protection of diffuse environmental rights, and thus under the Settlement Agreement this company is released as a matter of *res judicata* and collateral estoppel under Ecuadorian law applicable to settlements.

Chevron states¹²⁴ that Lago Agrio litigation in Ecuador is different from Aguinda Litigation in New York because the latter involved only individual rights and consequently it is a litigation that was not covered by the Settlement Agreement. Nonetheless, Chevron argues that

¹²² *Ibíd.*, para 45.

¹²³ Regarding the jurisdictional access to the protection of the environment, it can be mentioned that there is a Model Code of Collective Processes elaborated by the Iberoamerican Institute of Procedure Law. It is a proposal of a systematic regulation for iberoamerican countries that was inspired in the regulation passed in Brazil. In accordance to this model code of collective processes, there is a classification of collective rights that are differentiated between diffuse or collective and individuals. Unfortunately, in many Latin American countries there is an insufficient regulation of collective processes with many loopholes, which constitutes a denial to the access of justice (including environmental protection rights). See: Carlos Glave 'Modelos incompletos de procesos colectivos en el Perú' (2011) 38 *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia RAE Jurisprudencia* 111.

¹²⁴ *Chevron case* (n 121) para 47.

the Settlement Agreement covers the Lago Agrio litigation in the Ecuadorian courts because private individuals who are seeking the protection of environmental diffuse rights initiated it.

The reasoning of this position is that in 1995 (when the Settlement Agreement was signed) no private individual had legal standing to bring environmental claims in respect of collective or diffuse rights. Although collective and diffuse rights existed under Ecuadorian law, only the government on behalf of the people could exercise them. Consequently, in the Settlement Agreement the government was capable of releasing environmental diffuse or collective claims, but individual claims could not be released. The private individuals had legal standing to vindicate their individual rights.

A partial award on track I enacted on 17th September 2013 concluded in favor of Chevron that this company was a releasee under the Settlement Agreement in the same terms as TexPet. Furthermore, this partial award stated that the scope of the release does not extend to any environmental claim made by an individual for personal harm. However, it also concluded that this scope precludes any diffuse claim against Chevron made by the government or by any individual not claiming personal harm.

However, a following partial award enacted on 12th March 2015 decided¹²⁵ in favor of Ecuador that the Lago Agrio litigation was not wholly barred at its inception by *res judicata*, under Ecuadorian law by virtue of the Settlement Agreement. The reason is that the tribunal found that the Lago Agrio litigation included individual claims resting upon individual rights in a substantially similar way than the Aguinda plaintiff in New York.

Regardless of the characteristic of the claims and protection sought in the Lago Agrio litigation, what could be appreciated is that this is an investment dispute where the solution is based on the understanding of an environmental claim. It is an investment dispute where the analysis is focused on the characterization of environmental rights whether diffuse, collective or individual so as to evaluate the scope of a release contract in relation to an environmental claim.

As a consequence, this case reveals that currently investment disputes are not only taking into account environmental considerations, but also focusing their main analysis on environmental matters.

7.2. Renco v. Peru.

Renco is a legal entity organized under the laws of New York, USA. Doe Run Peru (hereinafter, DRP) is a legal entity organized under the laws of Peru, and a subsidiary of Renco. Centromin (a public company from Peru) owned a metallurgical smelting and refining complex in the town of La Oroya in the Andes region of Peru, and in October 1997 DRP acquired the shares of Centromin pursuant to the Stock Transfer Agreement.

Before the acquisition of the complex by DRP, in January 1997 the Programa de Manejo Ambiental (PAMA) was approved and Centromin became obligated to meet certain environmental goals so as to remediate decades of environmental harm during the operation of the complex. The PAMA has an initial period of ten years.

Renco claims¹²⁶ that as part of the Stock Transfer Agreement, Centromin retained some of PAMA's obligations. Specifically, those related to the remediation of the area in and around

¹²⁵ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*. UNCITRAL, PCA Case No. 2009–23. Decision on Track I–B, 12th March 2015 para 186.

¹²⁶ *The Renco Group Inc. v. Republic of Peru*. ICSID Case No. UNCT/13/1. Claimant's Notice of intent to commence arbitration, 29th December 2010 para 3.

the town of La Oroya as long as there was environmental impact produced from seventy-five years of gaseous and particle emissions from the operation of the complex by Centromin and its predecessors. This is the reason why Renco holds¹²⁷ that Peru and Centromin accepted and assumed liability for any and all claims that third parties might bring after DRP acquired the complex. Renco remarks¹²⁸ that the complex would not have been acquired without this commitment made by Centromin and Peru. This is relevant for the dispute because citizens of La Oroya sued Renco and DRP before the courts of Missouri seeking damages, and this lawsuit is stalled until the investment arbitration determines whether or not Renco is responsible.

Renco also states¹²⁹ that Peru breached its contractual obligations by failing to grant DRP adequate extensions of time to complete its PAMA obligations. According to Renco,¹³⁰ there were circumstances of force majeure, including economic alterations during 2002-2008, and the economic crisis in 2009 as well as impositions upon DRP by Peru of additional and onerous environmental and operational obligations. Renco holds¹³¹ that in 2009 this situation caused DRP's lending institution to refuse to renew operational financing, forcing DRP to cease its operations of the complex. Moreover, Renco claims¹³² that Peru's unfair treatment might lead to an expropriation of the complex given the fact that DRP was unable to pay its creditors, and in 2010 DRP was placed into an involuntary bankruptcy process where the government of Peru has become the largest creditor.

As it could be noticed, this investment arbitration dispute deals directly with environmental matters. Like in the *Chevron* case, the arbitration tribunal will decide whether or not the government has breached investment obligations for not assuming the defence and liability in lawsuits initiated by citizens claiming environmental harm and seeking for damages.

Furthermore, in Renco the tribunal must determine if the foreign investor has accomplished environmental obligations. The tribunal will evaluate the fulfillment of DRP PAMA's obligations and the reasons why the original ten years period was extended as well as the consequences of a bankruptcy proceeding entwined with the cost of fulfilling its environmental obligations. Everything will be evaluated in order to determine whether or not DRP suffered an indirect expropriation and unfair treatment.

What it reveals is that this is an investment case where the accomplishment of environmental obligations is the key element of the dispute. Moreover, it could be stated that the alleged unilateral impositions upon DRP of onerous environmental obligations are, in fact, regulations applicable to all investors performing economic activities in Peru. For example, the environmental quality standards of the air regulated with the aim of providing a progressive protection of the environment.¹³³

¹²⁷ Ibid para 3.

¹²⁸ Ibid para 52.

¹²⁹ Ibid para 7.

¹³⁰ Ibid para 46.

¹³¹ Ibid para 46.

¹³² Ibid para 57.

¹³³ In 1996 (R.M. 315-96-EM/VMM), before DRP acquired the complex, the environmental quality standards for the air were 572 ug/m³ (0.2 ppm) per day and 172 ug/m³ (0.06 ppm) per year. Then in 2001 (Decreto Supremo N° 074-2001-PCM) they were fixed in 365 ug/m³ per day and 80 ug/m³ per year. In 2008 (Decreto Supremo N° 003-2008-MINAM) they were fixed again in 80 ug/m³ per day, and 20 ug/m³ per day (to be applicable since 2014). However, in 2013 Decreto Supremo N° 006-2013-MINAM), the standards for some specific zones (included La Oroya) were fixed in 80 ug/m³ per day.

It is interesting because the USA-Peru Trade Promotion Agreement stipulates that a non-discriminatory action is not considered an expropriation when it is designed and applied to protect legitimate public welfare objectives like the environment. Therefore, the tribunal will determine if the impositions of regulations aimed at protecting the environment could be considered a breach of investment obligations.

Therefore, the analysis of the tribunal will be necessarily focused on the accomplishment of environmental obligations and regulations passed with the objective of conserving the environment. This demonstrates that investment disputes cannot be decided without taking into account environmental law as long as the protection of the environment becomes the key element of the dispute.

Renco and *Chevron* are examples of cases where the foreign investor acquired a business activity with serious environmental liabilities. As a consequence, any problem in relation to the failure to fulfill investment obligations requires a decision on the accomplishment of environmental obligations.

For example, unlike the *Santa Elena* case where the legal measure was taken so as to prevent environmental or ecological harm (like maintaining the population of species), in the *Renco* case the environment had been previously damaged for years. Thus, the evaluation is focused on the accomplishment of environmental obligations and regulations related to adaptation and mitigation. This situation reveals that the facts of current investment disputes are based on the application of environmental law.

8. Conclusions

It is a fact that IEL is entwined with other areas of law because environmental disputes are never raised in isolation of other legal fields. FIL is not an exception. As a result, this paper has remarked that in recent years, more investment treaties contain environmental regulations and the number of investment disputes dealing with environmental concerns is continuously increasing.

Through the explanation of some investment case law, this paper has presented an evolution in the connection between FIL and IEL.

A first trend marked by the awards rendered in *Santa Elena* and *Metalclad* suggests that environmental concerns do not need to be addressed in investment disputes. A direct expropriation measure, as the one taken in *Santa Elena*, is a breach of foreign investment rules and must be compensated without regarding the reasons given to take the measure, while in *Metalclad* the definition of expropriation is too broad that it even covers an incidental interference with the use of the property. Moreover, in *Metalclad* only the mere creation of a National Park is directly considered an expropriation.

Sands highlights the mistake of this trend¹³⁴ because it implies that rules of FIL appear to be of a superior level than rules of IEL.

This apparent disconnection is the beginning of an authentic approach between these fields. In accordance to the analysis made in *Tecmed*, a measure that is claimed as an indirect expropriation could not amount as an infringement of foreign investment obligations if it is a proportional response to a legitimate public concern. It also reveals that investment arbitrators can apply concepts imported from human rights courts that have addressed disputes dealing with measures that affect property rights.

¹³⁴ Sands (n 2), 'Litigating Environmental Disputes: Courts, Tribunals and the Progressive Development of International Environmental Law' 9.

According to Professor Tanzi,¹³⁵ other arbitration awards have also focused their analysis on trying to achieve a balance between the foreign investment interests and the public interest of the host state. Professor Tanzi highlights that it happens in *Suez v. Argentina* in 2010, *Glamis Ltd. v. USA* in 2009, *Azurix Corp. v. Argentina* in 2006, *LG&E Energy v. Argentina* in 2006 and in *Tecmed*.

Furthermore, in *Methanex* and *Chemtura* there is a more sophisticated analysis that implies a connection and balance between FIL and IEL. In *Methanex*, a sovereign state could issue a regulatory measure that affects an investment, but it is not a compensable expropriation because it is a valid exercise of its policy powers. Precisely, it would be a valid exercise of its powers if the objective of the measure is to protect the environment. This is clearly a rejection of the broad definition of expropriation made in *Metalclad*.¹³⁶

Moreover, in *Chemtura*, the policy powers doctrine is also applicable when it comes to analyzing targeted measures. The cancellation of a registrant is a measure that directly affects an investment, but could not be a compensable expropriation and an infringement of foreign investment rules if it was taken by a state as a valid exercise of its policy powers.

Furthermore, *Chevron* and *Renco* reveal that recent investment disputes are based on the determination of environmental rights and the analysis of environmental obligations. Currently, foreign investors are performing economic activities with several environmental liabilities, and thus the terms of its investment obligations are taken in regards to environmental regulations and obligations. As a consequence, any dispute that might arise out of these activities is intrinsically related to the application of environmental law. This reveals that the current characteristics of investment disputes are taking the application of environmental law in investment disputes to a next level where the evaluation of environmental considerations are a key element to decide on the merits of the investment dispute.

As part of the conclusion of this paper, it is important to mention some consequences of the described progressive connection between FIL and IEL developed in the case law. Firstly, it could lead to the creation of stronger environmental regulations in investment treaties. Subedi¹³⁷ notes that after *Methanex*, some investment treaties and negotiations of investment treaties are evaluating to narrow the scope of indirect expropriations in regards to the protection of the environment.

Secondly, the consideration of IEL is important for the success of the foreign investment mechanisms of disputes resolutions. Sometimes arbitration awards are challenged before national courts on the grounds of public policy reasons. Even under the rules of ICSID, where awards are considered to be automatically enforced, there are some problems with the recognition and enforcement of arbitration awards by national courts.¹³⁸ When the environmental

¹³⁵ Atila Tanzi 'Recent Trends in International Investment Arbitration and the Protection of Human Rights in the Public Services Sector' in N Boschiero et al. (eds), *International Courts and the Development of international Law* (TMC Asser Press 2013) 595.

¹³⁶ Subedi (n 99) 162.

¹³⁷ Some examples mentioned by Subedi are the Canada – Peru BIT of 2006 and the draft between EU and Pacific members of the ACP countries of June 2006. According to this author, the former goes much further narrowing the scope of indirect expropriations while the latter admits regulatory measures as non-compensable expropriations. *Ibid* 162.

¹³⁸ To review the problems of enforcement of investment awards, and in particular the problems in the recognition and enforcement of ICSID awards, see: Julian Lee, Loukas Mistelis and Stefan Kroll *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 187; Edward Baldwin, Mark Kantor and Michale Nolan, 'Limits to Enforcement of ICSID Awards' (2006) *Journal of International Arbitration* 23; James Barrat and Michael Margarita 'The Automatic Enforcement of ICSID Awards: The Elephant in the Room?' (2014) *The European, Middle Eastern*

obligations are not taken into account, these problems could be more frequent.¹³⁹ Then it could be argued that one consequence of applying IEL in foreign investment disputes is to secure the recognition, validation and enforcement of investment arbitration awards.

Finally, the consideration of IEL in investment disputes contributes to a more inclusive investment dispute resolution mechanism. As a result, it is not strange that recent academic papers¹⁴⁰ are proposing new procedural forms in international investment arbitrations that include the participation of affected populations.

an African Arbitration Review. <<http://globalarbitrationreview.com/reviews/58/sections/202/chapters/2274/>> accessed 15 June 2014.

139 Precisely part of *Metalclad* award was annulled by the Supreme Court of British Columbia.

140 Jose Daniel Amado, 'From Investors' Arbitration to Investment Arbitration: A Mechanism for Allowing the Participation of Host State Populations in the Settlement of Investment Conflicts' (2014) University of Cambridge Legal Studies Research Paper Series 8/2014 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2385776> accessed 16 June 2014.

REFERENCES

- Amado, J. (2014). From Investors' Arbitration to Investment Arbitration; A Mechanism for Allowing the Participation of Host State Populations in the Settlement of Investment Conflicts. *University of Cambridge Legal Studies Research Paper Series*, 8/2014. Retrieved from http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2385776
- Baldwin, E., Kantor, M., & Nolan, M. (2006). Limits to Enforcement of ICSID Awards. *Journal of International Arbitration*, 23.
- Barrat, J., & Margarita, M. (2014). The Automatic Enforcement of ICSID Awards: The Elephant in the Room? *The European, Middle Eastern and African Arbitration Review*. Retrieved from <http://globalarbitrationreview.com/reviews/58/sections/202/chapters/2274/>
- Bean, V., & Beauvais, J. (2003). The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protection and the Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine. 78, *New York University Law Review*, 30.
- Birnie, P., Boyle, A., & Redgwell, C. (2009). *International Law & the Environment*, 3rd edn. OUP.
- Brower, C., & Wong, J. (2005). General Valuation Principles: The Case of Santa Elena. In: Todd Weiler (ed), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, 748. Cameron. (May 2005).
- Coe, J., & Rubins, N. (2005). Regulatory Expropriation and the Tecmed case: Content and Contributions. In: Todd Weiler (ed), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, 664. Cameron. (May 2005).
- Dopson, A. (1999). *Fairness and Futurity: Essays on Environmental Sustainability and Social Justice*. OUP.
- Glave, C. (2011). Modelos incompletos de procesos colectivos en el Perú. 38, *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia RAE Jurisprudencia*, 111.
- Gordon, K., & Pohl, J. (2011). Environmental Concerns in International Investment Agreements: A survey. *OECD Working Papers on International Investment*. OECD Report No. 2011/1. International Centre for the Settlement of Investment Disputes Database of Bilateral Investment Treaties. Documents retrieved from <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. Accessed 27 May 2014.
- Lee, J., Mistelis, L., & Kroll, S. (2003). *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.

- Neumayer, E., & Spess, L. (2005). Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries? *London School of Economics Research Online*. Retrieved from [http://eprints.lse.ac.uk/62711/World_Dev_\(BITs\).pdf](http://eprints.lse.ac.uk/62711/World_Dev_(BITs).pdf)
- Sands, P., Peel, J., Fabra, A., & Mackenzie, R. (2013). *Principles of International Environmental Law*, 3rd edn. CUP.
- Sands, P. (2008). Litigating Environmental Disputes: Courts, Tribunals and the Progressive Development of International Environmental Law. *Global Forum VII on International Investment*. Retrieved from <http://www.oecd.org/investment/globalforum/40311090.pdf>
- Schommer, H. (2007). Environmental Standards in U.S. Free Trade Agreements: Lessons from Chapter 11. *Sustainable Development Law & Policy*. Fall 2007, 36, 84. Retrieved from digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1153&context=sdlp
- Sornarajah, M. (2010). *The International Law on Foreign Investment*, 3rd edn. CUP.
- Subedi, S. (2012). *International Investment Law. Reconciling Policy and Principle*, 2nd edn. Hart Publishing.
- Tanzi, A. (2013). Reducing the Gap between International Investment Law and Human Rights Law in International Investment Arbitration? I, *Latin American Journal of International Trade Law*, 299.
- Tanzi, A. (2013). Recent Trends in International Investment Arbitration and the Protection of Human Rights in the Public Services Sector. In: Boschiero, N. et al. (eds), *International Courts and the Development of international Law*, 595. TMC Asser Press.
- United Nations Conference on Trade and Development. (2000). Bilateral Investment Treaties 1959 – 1999, I. New York and Geneva: United Nations. Retrieved from <http://unctad.org/en/Docs/poiteiad2.en.pdf>
- United Nations. (2002). Report of the World Summit on Sustainable Development. Retrieved from http://www.un.org/jsummit/html/documents/summit_docs/131302_wssd_report_reissued.pdf
- United Nations Conference on Trade and Development. (2009). Recent Developments in International Investments Agreements (2008 – June 2009). New York and Geneva: United Nations. Retrieved from www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098_en.pdf
- Viñuales, J. (2012). *Foreign Investment and the Environment in International Law*. CUP.
- Tienhaara, K. (2009). *The Expropriation of Environmental Governance. Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy*. CUP.

COMENTARIOS

Henry Zevallos Castillo

Profesor del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Estamos ante un *paper* de investigación jurídica correlacional, puesto que tiene por objetivo analizar y explicar la relación que se viene dando entre el *International Environmental Law* (derecho internacional del medio ambiente) y el *Foreign Investment Law* (derecho de las inversiones extranjeras) dentro de la administración de justicia que se imparte desde el fuero arbitral de carácter internacional, cuando se llevan a discusión los actos de expropiación directa o indirecta de los Estados que afectan los derechos de propiedad de los inversionistas extranjeros. El autor titula la investigación: *The Role of International Environmental Law in the Application of Foreign Investment Law*, con lo que, desde el inicio, nos sitúa en la idea principal de su trabajo, la cual consiste en explicar, a través de la revisión de casos arbitrales y laudos emitidos, la progresión o paulatina inclusión por parte de los árbitros internacionales de los conceptos e instituciones jurídicas propios del *International Environmental Law* (IEL) en la resolución de los conflictos de expropiación referidos que, en principio, tienen como marco jurídico principal el *Foreign Investment Law* (FIL).

En tal sentido, el *paper* plantea, a través de una línea temporal, las cuatro etapas de la relación entre el IEL y el FIL. Al respecto, la primera etapa se caracterizó por la carencia de integración entre el FIL y el IEL, para lo cual el autor expone los casos *Santa Elena vs. Costa Rica* (ICSID Case No. ARB/96/1 - 2000) y *Metalclad vs. México* (ICSID Case No. ARB (AF)/97/1 - 2000) como buenos ejemplos de la total desconexión entre estas dos ramas jurídicas, a pesar de que entre los argumentos expuestos se mencionaron aspectos relacionados con la protección del medio ambiente, dado que finalmente el cumplimiento de las normas provenientes del FIL constituían un mandato superior para los tribunales arbitrales que las disposiciones propias del IEL. Así, en el caso *Santa Elena vs. Costa Rica*, en el que se discutió el valor de la compensación que debía recibir la compañía demandante Santa Elena de capital estadounidense, por el decreto de expropiación directa emitido por el Estado de Costa Rica, que supuso la pérdida de esta empresa de la propiedad que se encontraba adyacente al Parque Nacional Santa Rosa, y a efectos de optimizar el mantenimiento de las poblaciones de animales especiales de dicha zona, los árbitros no tuvieron en cuenta al resolver el argumento alegado por el Estado costarricense que la fijación de una alta compensación a favor de Santa Elena podría generar un desincentivo en los países en desarrollo para adoptar medidas destinadas a proteger el medio ambiente. Por su parte, en el caso *Metalclad vs. México*, se asumió que la denegación del permiso de construcción (medida específica), solicitada por la compañía Metalclad, también de capital estadounidense, para la planta de confinamiento de

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/henry-zevallos-castillo/>

residuos ubicada en San Luis de Potosí en México, y la emisión de un decreto ecológico (medida regulatoria), tuvieron una interferencia en el uso o valor de la propiedad de esta empresa sobre dicha instalación, y fueron irrelevantes los aspectos relacionados con la protección del medio ambiente del área circundante a la planta de confinamiento para la exoneración de la responsabilidad del Estado mexicano.

Como segunda etapa, se presenta la aproximación leve que se dio entre el IEL y el FIL en el caso *Tecmed vs. México* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2 - 2003), el cual giró alrededor de la no renovación de la autorización de operación de la planta de confinamiento de residuos de Cytar, empresa perteneciente al grupo español Tecmed, en el estado de Sonora en México, que a pesar de presentar una semejanza con el caso *Metalclad vs. México*, debido a que el tribunal determinó que la medida gubernamental había destruido el valor de la inversión realizada, introdujo, desde la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la idea de que una regulación que constituye una expropiación indirecta no será considerada como una violación de la ley internacional si se trata de una respuesta proporcional a un legítimo interés público, entre los cuales estaría la protección del medio ambiente.

La tercera etapa estaría marcada por un equilibrio entre el IEL y el FIL en las consideraciones de los árbitros para adoptar una decisión sobre una expropiación directa o indirecta, para lo cual el autor nos ofrece los casos de *Methanex vs. Estados Unidos* (Final Award on Jurisdiction and Merits, (2005) 44 ILM 1345, Inside US Trade, 19 August 2005, 12, IIC 167 (2005), 3rd August 2005, Ad Hoc Tribunal - UNCITRAL) y *Chemtura vs. Canadá* (Award, IIC 451 (2010), 2nd August 2010, Ad Hoc Tribunal - UNCITRAL) que evidencian que una medida regulatoria, como la prohibición del estado de California de la venta y el uso de MTBE, un aditivo de gasolina derivado del metanol producido por la empresa canadiense Methanex, o una medida específica, como la cancelación del registro en Canadá para la empresa estadounidense Chemtura en el uso de pesticidas a base de lindano para el tratamiento de la canola, respectivamente, que tengan una interferencia incidental en el uso de la propiedad (no privación de forma sustancial de la inversión realizada por el inversionista extranjero), no suponen actos de expropiación indirecta —a contracorriente de la idea asentada en el caso *Metalclad vs. México*, que se resolvió en el contexto de una separación entre IEL y el FIL— siempre que la actividad regulatoria de los Estados responda al ejercicio de sus poderes de policía en salvaguarda del medio ambiente, en cumplimiento de las normas provenientes del IEL, sobre todo en actividades altamente reguladas como son las industrias de combustibles y pesticidas.

La última etapa de esta confluencia o relación entre el IEL y el FIL, según el autor, vendría dada por aquellos arbitrajes internacionales en donde la protección del medio ambiente constituye el elemento clave de la controversia sobre la afectación a la inversión extranjera realizada, para lo cual nos expone los casos de *Chevron vs. Ecuador* (UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23) y *Renco vs. Perú* (ICSID Case No. UNCT/13/1), en los cuales la determinación de la existencia de derechos ambientales (con las respectivas indemnizaciones en caso de incumplimiento de estos derechos) y/o el análisis de las obligaciones ambientales que tienen los Estados ante las normas provenientes del IEL, serán las cuestiones jurídicas que deben ser evaluadas principalmente por los árbitros antes de poder resolver y considerar la existencia de un acto de expropiación.

Conforme a esta evaluación secuencial de los casos arbitrales resueltos y por resolver mencionados, el autor concluye, con sólidos argumentos, que en el actual estado de la protección a las inversiones extranjeras, cuyo marco jurídico tradicional venía dado por el

FIL, no es posible dejar de lado a las disposiciones provenientes del IEL. Prueba de ello es que, en los últimos años, más tratados de inversión contienen regulaciones ambientales y el número de diferencias relativas a inversiones que reflejan preocupaciones ambientales está en continuo aumento.

En esta dirección, como corresponde a toda investigación correlacional, se nos plantea cuáles serían las principales consecuencias de esta convergencia entre el IEL y el FIL, al indicar que: (i) a futuro, las regulaciones ambientales serán más fuertes en los tratados de inversión debido a que se estaría evaluando recortar el alcance de expropiaciones indirectas sobre los acuerdos vigentes en lo que respecta a la protección del medio ambiente; (ii) los tribunales arbitrales, a efectos de garantizar el reconocimiento, validación y ejecución de los laudos emitidos en el contexto de la protección de las inversiones extranjeras, deberán tener siempre en cuenta el respeto a las normas que provienen del IEL, a fin de evitar las restricciones que pudieran oponer los tribunales nacionales de los Estados por el incumplimiento de normas de orden público en materia ambiental; y, (iii) la consideración del IEL en las disputas sobre las inversiones extranjeras contribuirá a que los mecanismos de resolución de controversias sean más inclusivos, e incentiven la participación de las poblaciones afectadas por las actividades económicas resultantes de las inversiones extranjeras, tal como lo están proponiendo recientes trabajos académicos.

Finalmente, como un aspecto tangencial, pero no menos importante en el análisis del *paper*, es necesario destacar que la investigación se presenta en inglés (jurídico), lo cual es doblemente meritorio, ya que, por un lado, nos introduce al tema en el idioma en el cual principalmente se discuten y analizan los arbitrajes internacionales, además de ser la lengua dominante a nivel global en cuanto se refiere a cuestiones jurídicas y, por otro lado, y en línea con lo anterior, el uso del inglés permite que este trabajo académico pueda ser de amplia difusión, por lo que no resulta casual que en las evaluaciones sobre la calidad de las investigaciones provenientes de las universidades, las entidades evaluadoras, conforme a sus estándares, prioricen aquellas investigaciones realizadas en inglés. Por este motivo, resulta capital que este tipo de trabajos académicos elaborados por investigadores peruanos sean objeto de una amplia difusión a nivel local e internacional para su conocimiento y discusión.

RESPUESTA DEL AUTOR

Efectivamente, la finalidad del *paper* es que se entienda conforme a lo que se ha expresado en los comentarios. El objetivo es demostrar una progresión en la relación entre el derecho internacional del medio ambiente y el derecho de las inversiones. Y, en el camino, este acercamiento se va volviendo más sofisticado.

En concreto, ello se ha llevado a cabo a través del análisis de determinados laudos arbitrales emitidos en el marco de conflictos de inversión. Se ha explicado que, desde que se comenzó a mencionar argumentos relacionados a la aplicación del derecho internacional del medio ambiente en conflictos de inversión, se ha pasado por distintas etapas: desde no considerarlo aplicable, hasta llegar a casos en los que la determinación del cumplimiento de obligaciones ambientales resulta ser un elemento esencial para determinar si existe o no una expropiación.

Sin embargo, con el *paper* también se busca expresar que este camino recién se ha iniciado, ya que el derecho ambiental es una disciplina relativamente nueva. Esto, además, queda reflejado en el *paper* cuando se explica cómo es que los conflictos ambientales nunca pueden ser propia o exclusivamente ambientales, sino que en realidad se tratan de conflictos que forman parte de otras ramas jurídicas, pero que tienen consideraciones ambientales. Debido a esto, aún en el marco de la solución de conflictos relacionados a otras áreas del derecho, como el derecho de inversiones, las consideraciones ambientales irán adquiriendo mayor importancia.

De este modo, el *paper* identifica las cuatro etapas que han sido mencionadas en los comentarios únicamente como una proyección de lo que poco a poco empieza a ocurrir, y consideramos que se presentará en mayor medida en el futuro: la aplicación del derecho internacional ambiental en la solución de conflictos de inversión.

Finalmente, es importante también saludar que en los comentarios se rescate la reflexión que se realiza sobre las consecuencias de la aplicación del derecho internacional ambiental en los conflictos de inversión. Lo señalado implica, en realidad, una constante evolución que, como se ha mencionado, supondrá mayores y más claras regulaciones ambientales en tratados de inversión, así como conciencia por parte de los tribunales arbitrales de la importancia de las consideraciones ambientales, incluso a efectos de garantizar el reconocimiento, validación y ejecución de los laudos.

IMPORTANCIA DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS *AMICUS CURIAE* EN LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES DEL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI) REFERIDOS A LAS EXPROPIACIONES EN LOS PAÍSES EN DESARROLLO

Alejandra Zegarra Blanco

Maestría en Derecho Internacional Económico, PUCP

Categoría Egresados

El propósito de la presente investigación es analizar la importancia de la participación de los *amicus curiae* en los procedimientos arbitrales de inversión a través del estudio de varios casos representativos. Se explora la relevancia de su participación, la cual ha servido para que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) adopte nuevas normas al respecto y acepte su colaboración a través de la presentación del informe *amicus curiae*.

En particular, se ha planteado que, lejos de ocasionar un perjuicio al inversionista y al procedimiento arbitral, los *amicus curiae* podrían contribuir a que los tribunales cuenten con mayor información sobre la controversia, a fin de que se tome una decisión adecuada.

Esta participación resultará relevante para los países en desarrollo que no cuenten con los recursos económicos y humanos suficientes para sustentar su defensa, en especial si se toman en cuenta los altos costos que requiere la participación en este tipo de procedimientos. Esta investigación emplea el método comparativo mediante el estudio de la participación de los *amicus curiae* en cortes internacionales tales como la Organización Mundial del Comercio (OMC), tribunales arbitrales internacionales y el CIADI, donde las controversias que se resuelven involucran la participación de diferentes países en desarrollo.

I. Capítulo I. Evolución del *amicus curiae* (o «amigo de la corte») en el derecho internacional

I.1. Los *amicus curiae* en el derecho internacional.

Para comprender el rol y la importancia del *amicus curiae*, o «amigo de la corte», cabe señalar que esta figura tiene sus orígenes en el derecho romano, donde el rol del *amicus curiae*¹ era dirigir la atención del tribunal hacia un precedente o hecho crucial que había sido pasado por alto (Umbricht, 2001, p. 778). Asimismo, esta figura se incorporó a la práctica judicial en

¹ El *amicus curiae* romano era altamente considerado por su conocimiento legal y su pericia. Las opiniones de estos individuos eran respetadas y constantemente seguidas.

Inglaterra y existe evidencia de su utilización desde el siglo XIV. Posteriormente, se expandió a otros países del *common law*. A la par de su desarrollo en la esfera judicial de algunos países, la figura del *amicus curiae* ha ganado creciente importancia en la arena internacional, donde cortes internacionales como La Corte Internacional de Justicia (CIJ), La Corte Europea de Derechos Humanos (TEDH), tribunales internacionales y organizaciones internacionales han aceptado su intervención. De esta manera, la participación de esta figura en diferentes tipos de procedimientos ha constituido una práctica consolidada y se la ha introducido a los sistemas de solución de controversias del derecho internacional. Sorprendentemente, esta práctica internacional ha ejercido una notable influencia en la proliferación de la participación *amicus curiae* ante los tribunales de países donde esta figura era desconocida (Alija Fernández, 2009, p. 108)².

Con el fin de aclarar el concepto de *amicus curiae*, Lorella de la Cruz Iglesias (2001) propone una definición que pone énfasis en su carácter de fuente de información externa, al considerar que el *amicus curiae* es «aquella persona física o jurídica que, careciendo de legitimación para participar en un litigio como parte principal ni tercero, pero que tiene interés en el mismo, asiste al tribunal mediante la aportación de fuentes adicionales de información sobre cuestiones de hecho o de derecho» (p. 2). Evidentemente, esta información tendrá un carácter especializado y técnico, debido a que tal participación en los procedimientos arbitrales estará basada en el otorgamiento de información que brinde certeza al tribunal y sirva para la toma de decisiones informadas. Es substancial aclarar que los *amicus curiae*, al no contar con el mismo estatus que el de las partes, nunca asumirán las consecuencias jurídicas directas del resultado del proceso (Umbricht, 2001, p. 780).

Indudablemente, en el ámbito internacional, la aportación de este tipo de información puede resultar aun más valiosa al ilustrar al tribunal sobre la práctica y el ordenamiento jurídico de los Estados. Este punto resulta relevante para nuestra investigación debido a que es trascendental que los tribunales tengan conocimiento de situaciones especiales que difieren en cada país a fin de que los mismos tomen decisiones informadas. Sobre el particular, Dinah Shelton (1994, p. 640)³ indica que estas comunicaciones sirven para proporcionar información más allá de lo que las partes están dispuestas a informar, para ayudar en la resolución de aspectos novedosos o técnicos y para proporcionar un punto de vista alternativo (Alija Fernández, 2009, pp. 103 - 132).

Por consiguiente, al referirse a «más allá», podemos interpretar que las partes podrían estar buscando razonablemente un beneficio a su favor, lo cual las llevaría a omitir información valiosa adrede o simplemente por falta de recursos suficientes. En el caso de los países en desarrollo, esta información podrá ayudar a establecer una defensa sólida de sus posiciones e intereses. El tribunal consideraría necesaria esta información para una toma de decisión adecuada. De esta manera, podemos observar la importancia y el rol beneficioso del *amicus curiae* en el derecho internacional, el cual es el propósito de la presente investigación.

2 La autora indica que esa influencia no solo viene propiciada por la práctica judicial, sino que también otros órganos internacionales que promocionan la utilización de esta figura en el ámbito interno, como lo demuestra la recomendación de «facilitar a los tribunales los servicios de especialistas en los derechos del niño, en los casos adecuados en calidad de *amicus curiae* o parte interviniente» hecha a los Estados por el Comité de Derechos del Niño en su Observación General N° 2 sobre el papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño (Organización de las Naciones Unidas, documento HRI/GEN/1/Rev.7, p. 346, párr. 19 r).

3 Véase Shelton (1994, p. 640), citada por Alija Fernández (2009, pp. 103 - 132): «[...] the amicus curiae will inform "beyond what the parties have been willing or able to submit", and will give an alternative point of view "where there is no true adversarial position between the petitioner and the respondent government"».

Es importante señalar que la competencia para admitir *amicus curiae* se fundamenta en el poder inherente del órgano jurisdiccional internacional con el fin de controlar los procedimientos que se sustentan ante él (Alija Fernández, 2009, p. 113).

Particularmente en estos casos, dicha facultad se deriva de interpretaciones extensivas de (a) las normas de funcionamiento, como puede observarse en el caso de las opiniones consultivas de la CIJ, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), o en el Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC); (b) las competencias del órgano en la fase de prueba (así ocurre, por ejemplo, en los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH— o ante la CADHP); o (c) la legitimidad para concurrir ante el órgano con un título diferente y más amplio (como, por ejemplo, el tercer interviniente previsto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos —CEDH—; o incluso como demandante, en los casos del TEDH y de la CADHP) (Alija Fernández, 2009, pp. 111 - 112). En cualquier caso, si se toman en cuenta los rasgos propios del *amicus curiae*, se puede deducir que la intervención de las ONG, de los actores de la sociedad civil, o de los expertos independientes ante las jurisdicciones internacionales presenta dos límites claros:

(a) Su intervención ha de ser autorizada por el órgano judicial; bien sea porque, a partir de su propia iniciativa, este invite a estos terceros a intervenir; o porque acepte estudiar la comunicación espontáneamente presentada por la organización.

(b) En principio, la comunicación deberá hacer referencia a las cuestiones que hayan sido planteadas por el órgano judicial o, cuando menos, deberá abordar aspectos que estén siendo estudiados por el mismo (Alija Fernández, 2009, pp. 111 - 112).

Estos límites establecen las principales cuestiones respecto al informe que podrá emitir el *amicus curiae* en las ya mencionadas cortes internacionales, donde observamos la aceptación de tal participación.

En resumen, el rol que los *amicus curiae* desempeñan en este ámbito es mucho más amplio debido a que se involucran temas como la protección de los derechos humanos y derechos fundamentales para el desarrollo sostenible.

A partir de lo que se ha señalado, queda claro que la aceptación de los informes *amicus curiae* en estos tribunales se basa en cuestiones fundamentales con respecto a su rol y propósito.

1.2. Rol de los *amicus curiae* en la OMC.

En el área de solución de diferencias de la OMC, el tema de la participación de los *amicus curiae* ha evolucionado. Se cuenta con prácticas más transparentes y canales que se comprometen con los actores de la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales (ONG). Cabe destacar que, aunque solamente los Estados miembros de la OMC pueden llevar una disputa ante el Órgano de Solución de Diferencias (OSD), los organismos que no son miembros (tales como los actores de la sociedad civil, las ONG, las asociaciones industriales y los profesores universitarios) han brindado sus contribuciones a los procesos a través de diferentes vías como las que indicamos a continuación:

En primer lugar, el rol de los *amicus curiae* en la OMC ha sido el de asistir a las partes en las disputas al preparar informes o anexas estudios para las sumisiones de los países miembros en disputa. De esta forma, se otorga asesoramiento en los diferentes niveles. En segundo lugar,

se han emitido informes *amicus curiae* al OSD, los cuales podrán ser tomados en cuenta por los paneles correspondientes y el Órgano de Apelación si ellos los consideran útiles. En tercer lugar, se ha asistido a los paneles expertos cuando el panel, por su propia iniciativa y al amparo del artículo 13⁴ del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD), ha requerido la opinión de un experto en determinado tema (Perez-Esteve, 2012, p. 20).

1.2.1. Informes amicus curiae.

Los informes *amicus curiae* son presentados por una ONG o un actor de la sociedad civil interesado en influenciar el resultado de la disputa, sin ser considerado parte de la misma. Por consiguiente, los grupos especiales y el Órgano de Apelación pueden aceptar y considerar presentaciones escritas no solicitadas de estas entidades que no son partes ni terceros en la diferencia⁵. La facultad de aceptar y considerar estas presentaciones escritas por parte de los grupos especiales y el Órgano de Apelación se deriva de la interpretación extensiva que el Órgano de Apelación formuló con respecto al artículo 13 del ESD de la OMC. En tal sentido, pese a que no existe disposición expresa al respecto, se permite a los grupos especiales y al Órgano de Apelación aceptar y considerar comunicaciones no solicitadas (Stern, en Alija Fernández, 2009, pp. 103 - 132).

Esta facultad prevista en el artículo 13 se ejerció en el asunto Estados Unidos - Camarones. El Órgano de Apelación no abordó la pertinencia de las sumisiones de las ONG. Tampoco analizó las sumisiones detrás de esta participación. Solo estableció la legalidad de la sumisión de la ONG (De Brabandere, 2011 - 2012, p. 104). No obstante, en casos posteriores, el Órgano de Apelación recibió y admitió informes *amicus* directamente de países no miembros u otros individuos. Un ejemplo puede encontrarse en el asunto Plomo y bismuto II⁶. En este caso, el Órgano de Apelación consideró que el ESD lo facultaba igualmente a aceptar y examinar comunicaciones *amicus curiae* no solicitadas si este las encontraba pertinentes y provechosas⁷. En otras palabras, la aceptación de estos informes dependerá de la discrecionalidad del Órgano de Apelación, a fin de determinar si algún país miembro no actuó dentro de las normas marco de esta organización y ocasionó una reclamación internacional en el OSD de la OMC.

En el asunto EC - Asbestos se produjo un elemento novedoso respecto a la sumisión de informes *amicus curiae*. En este caso, en virtud de la Regla 16(1) de los procedimientos de trabajo, el Órgano de Apelación decidió adoptar un procedimiento adicional exclusivo para

4 Conforme lo dispone el artículo 13 antes mencionado sobre el derecho a recabar información,

1. Cada grupo especial tendrá el derecho de recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente. No obstante, antes de recabar información o asesoramiento de una persona o entidad sometida a la jurisdicción de un Miembro, el grupo especial lo notificará a las autoridades de dicho Miembro. Los Miembros deberán dar una respuesta pronta y completa a cualquier solicitud que les dirija un grupo especial para obtener la información que considere necesaria y pertinente. La información confidencial que se proporcione no deberá ser revelada sin la autorización formal de la persona, institución, o autoridad del Miembro que la haya facilitado.

2. Los grupos especiales podrán recabar información de cualquier fuente pertinente y consultar a expertos para obtener su opinión sobre determinados aspectos de la cuestión. Los grupos especiales podrán solicitar a un grupo consultivo de expertos que emita un informe por escrito sobre un elemento de hecho concerniente a una cuestión de carácter científico o técnico planteada por una parte en la diferencia. En el Apéndice 4 figuran las normas para el establecimiento de esos grupos consultivos de expertos y el procedimiento de actuación de los mismos.

5 Véase Organización Mundial del Comercio (OMC, s.f., cap. 9)

6 WT/DS138/AB/R: Establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono aleado con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido. Organización Mundial del Comercio; Asunto Estados Unidos (2000) (Informe del Órgano de Apelación, documento), párr. 39 - 42.

7 WT/DS138/AB/R: reporte del Órgano de Apelación, US - Plomo y Bismuto II. Organización Mundial del Comercio, párr. 42.

dicha apelación, para recibir informes *amicus curiae*. En el procedimiento adicional se especificaban varios criterios para estas comunicaciones, y uno de estos requisitos era que la solicitante señalara específicamente la naturaleza del interés que esta tuviera⁸.

A pesar de la aparente disposición inicial por parte del Órgano de Apelaciones de admitir las submissions *amicus curiae*, el Órgano de Apelaciones rechazó todas las solicitudes recibidas y no se denegó a todos los solicitantes la autorización de presentar escritos⁹.

El asunto EC - Biotech fue un caso que contuvo un simbólico interés público, ya que en este se planteaban cuestiones importantes relacionadas con el medio ambiente y la salud. El panel confirmó su autoridad discrecional para recibir estas comunicaciones *amicus curiae*. Sin embargo, cuando llegó el momento de considerar la información enviada por las ONG, el panel simplemente señaló que para tomar una decisión no consideraba necesario tomar en cuenta la comunicación *amicus curiae*¹⁰. Debido a la importancia de las cuestiones en juego, esta decisión fue vista por muchos como una confirmación de la naturaleza cerrada de los procedimientos ante la OMC (De Brabandere, 2011 - 2012, pp. 348 - 349).

Sin lugar a dudas, los actores de la sociedad civil y las ONG tienen un gran interés en los asuntos analizados por el OSD de la OMC que están relacionados a temas como la protección del medio ambiente, los derechos humanos y el desarrollo sostenible de los pueblos (Perez-Esteve, 2012, p. 23). Por esta razón, los mismos sostienen que se encuentran en una mejor posición para presentar argumentos necesarios a fin de defender intereses comunes que comparten con diversos países en desarrollo de la OMC (Perez-Esteve, 2012, p. 23). A esto se suma el hecho de que los *amicus curiae* podrán presentar argumentos que los países miembros de la OMC no puedan o deseen presentar; debido a que son conscientes de la posibilidad de que estos mismos argumentos podrán ser utilizados en su contra en futuras controversias (Perez-Esteve, 2012, p. 25).

A pesar de la percepción de algunos países miembros de la OMC, a los cuales les preocupa que la sociedad civil pueda adquirir un mayor acceso e influir en el proceso de solución de diferencias más que los propios países miembros que no son partes de la controversia, el Órgano de Apelación ha confirmado la autoridad de los grupos especiales y del mismo Órgano de Apelación para aceptar y considerar comunicaciones no solicitadas (Perez-Esteve, 2012, p. 25). No obstante, hasta la fecha, el Órgano de Apelación ha sido muy cauteloso en la consideración de presentaciones independientes *amicus curiae* en el procedimiento.

Por su parte, las negociaciones dirigidas a aclarar y mejorar el ESD también han incluido propuestas para regular las presentaciones de informes *amicus curiae* (Perez-Esteve, 2012, p. 24). Otra de las cuestiones relativas a su participación se refiere al hecho de que el Órgano de Apelación decidió, en la primera disputa del banano, que corresponderá a cada miembro de la OMC decidir sobre la composición de su delegación que lo representará en una disputa ante el Órgano de Solución de Controversias de la OMC. Es decir, las partes podrán incorporar como miembros de sus delegaciones a ONG, representantes de la industria y académicos (Perez-Esteve, 2012, p. 24) con la finalidad de afianzar su posición.

Por lo general, la participación de las ONG como *amicus curiae* suele tener una incidencia limitada, circunscrita a coadyuvar a la resolución del caso concreto en el que presentan sus comunicaciones. Esta participación se realiza (a) a través del aporte de información sobre cues-

8 WT/DS135/AB/R: reporte del Órgano de Apelación, EC - Asbesto. Organización Mundial del Comercio, párr. 52.

9 WT/DS135/AB/R: reporte del Órgano de Apelación, EC - Asbesto. Organización Mundial del Comercio, párr. 56, 57.

10 WT/DS291/R: EC - Biotech. Organización Mundial del Comercio, párr. 7.11.

tiones fácticas (por ejemplo, sobre el contexto en el que se desarrollaron los hechos o sobre legislación interna) o (b) expresando una opinión sobre cuestiones jurídicas (Alija Fernández, 2009, p. 120)¹¹ tanto aspectos sustantivos como procesales (Alija Fernández, 2009, p. 119)¹². A esto se suman los aspectos relativos a su propia participación, sobre todo en un primer momento, o la jurisdicción del tribunal.

Es difícil saber con exactitud el impacto que puedan tener estas comunicaciones *amicus curiae* en el contenido de la decisión final, ya que, por lo general, dicha decisión no precisa en qué cuestiones de derecho ha influido la posición mantenida en el informe *amicus curiae* (Alija Fernández, 2009, p. 121). Sin embargo, un laudo arbitral que contenga una decisión informada podrá beneficiar a cualquier país miembro, el cual podría ser un país en desarrollo, cuya capacidad no le permite sustentar una adecuada defensa con fundamentos técnicos especializados que ayuden a defender su posición. Por consiguiente, el rol de los *amicus curiae* para estos países será positivo.

1.2.2. Asunto Sardinias - Comunidades Europeas, labor de una ONG en beneficio del Perú.

Un ejemplo de la efectividad e importancia de la participación de las ONG y los actores de la sociedad civil en beneficio de los países en desarrollo, ya sea mediante el envío de presentaciones escritas independientes o al adjuntar informes *amicus curiae* a las presentaciones de los países, se puede encontrar en el asunto Sardinias - Comunidades Europeas.

El 26 de septiembre de 2002, el Perú, un país en desarrollo, tuvo una significativa victoria en el sistema de solución de controversias de la OMC sobre la Comunidad Europea. Perú demostró, con la ayuda del Centro de Asesoría Legal de la OMC y la participación de ONG como la Asociación de Consumidores del Reino Unido (Shaffer y Mosoti, 2002, p. 1), que se habrían violado las obligaciones del Acuerdo sobre Barreras Técnicas al Comercio (Acuerdo OTC) de la OMC (Shaffer y Mosoti, 2002, p. 1). Esta violación se produjo debido a la imposición de una medida por la cual solo las especies atrapadas en aguas territoriales de Europa podían comercializarse en la Comunidad Europea bajo la denominación *sardinias* (*Sardina pilchardus*), prohibiéndose, por consiguiente, la comercialización de las sardinias peruanas (*Sardinops sagax sagax*) enviadas a Europa con esta denominación (Shaffer y Mosoti, 2002, p. 2).

11 Ascensio (s.f.), citado por Alija Fernández, señala que una de sus principales aportaciones consiste en advertir a los tribunales internacionales sobre cuestiones de derecho internacional general o sobre sectores del ordenamiento internacional diferentes a los que aplica el tribunal en cuestión, lo que es una forma «*de lutter contre le cloisonnement des contentieux et le risque de fragmentation du droit international*» (Alija Fernández, 2009, p. 120).

12 A este respecto, son ilustrativas las invitaciones hechas por el TPIY a la intervención de *amici curiae* para dar su opinión sobre aspectos procesales sin precedentes en la jurisdicción internacional que se le han planteado, como la posibilidad de emitir una *subpoena duces tecum* (es decir, el instrumento legal mediante el cual el tribunal puede obligar al destinatario a presentar pruebas) a un Estado o a un alto oficial de un Gobierno y las medidas adecuadas en caso de incumplimiento [ICTY, *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic* (1997): Order submitting the matter to Trial Chamber II and inviting *amicus curiae*. (Decisión de la juez Gabrielle Kirk McDonald)] —entre otros, se autorizó la intervención de Allain Pellet en representación de Juristes sans Frontières—; [ICTY, *Le Procureur vs. Tihomir Blaskic* (1997): Ordonnance accordant l'autorisation de comparaître en qualité d'*amicus curiae*, (orden de la Sala de Primera Instancia)]. La invitación cursada en el asunto Milosevic ejemplifica también el uso que el TPIY ha dado a esta figura. Ante la decisión de Slobodan Milosevic de defenderse a sí mismo, el tribunal solicitó que se designaran *amici curiae* para asistir a la sala de instancia haciendo alegaciones sobre cuestiones preliminares, e intervenir en la fase de prueba, indicando cualquier elemento atenuante o eximente, o actuando de cualquier otra forma adecuada para garantizar un juicio justo [ICTY (agosto, 2001): Order inviting designation of *amicus curiae* (Sala de instancia); ICTY (octubre, 2001): Order inviting designation of *amicus curiae* (Sala de instancia); ICTY (noviembre, 2001): Order inviting designation of *amicus curiae* (Sala de instancia)].

Un ejemplo de la participación de los *amicus curiae* se presenta en lo que sucedió en este asunto Sardinas - Comunidades Europeas, dado que el informe de la Asociación de Consumidores del Reino Unido afirmaba que la regulación de las Comunidades Europeas iba en contra de los intereses económicos y de información de los consumidores europeos. Dicho informe señalaba que la asociación del término *sardinas* para los consumidores europeos no estaba referida únicamente a la *Sardina pilchardus*, sino que podía ser cualquiera de sus tipos. De esta manera, se sostenía, la disposición tomada constituía una medida de proteccionismo a favor de una industria particular de la Unión Europea; concretamente, la industria pesquera de España. Esta alegación, evidentemente, tuvo un impacto en la resolución de este asunto en la OMC (Shaffer y Mosoti, 2002, pp. 4 - 6).

Asimismo, el Perú adjuntó este informe de la Asociación de Consumidores del Reino Unido a sus presentaciones, las mismas que fueron aprobadas. En efecto, este trabajo en conjunto nos muestra el beneficio y la importancia que la participación de estas organizaciones, en calidad de *amicus curiae*, puede otorgar apoyo a los países en desarrollo. Cabe señalar que muchos miembros de la OMC confirman la necesidad de trabajar con organizaciones privadas a fin de presentar argumentos sólidos para una adecuada defensa. En este sentido, se sostiene que los países en desarrollo deberían tomar esta iniciativa que únicamente les brindará un beneficio (Shaffer y Mosoti, 2002, p. 6).

1.3. El rol de los *amicus curiae* en el arbitraje internacional de inversiones.

El arbitraje internacional de inversiones viene acompañado de una serie de principios inmersos en el mismo, donde el único objetivo es lograr la toma de decisiones a través de un laudo justo que refleje los intereses de las partes. Por esta razón, se están generando varios centros arbitrales y tribunales *ad hoc*, cuyas decisiones y procedimientos han evolucionado de la misma forma que los principios inherentes en el derecho internacional económico (DIE). Esta evolución se ha dado, por ejemplo, con la aceptación de la participación de la figura del *amicus curiae*, como se evidencia a través de los casos sometidos a los diversos arbitrajes de inversiones en los cuales se admitió sus informes.

Esto se produce, en especial, en el marco de la socialización, la democratización de los asuntos públicos internacionales y el surgimiento de una sociedad civil internacional orientada a la búsqueda del desarrollo sostenible, que implica la protección de los derechos medioambientales y humanos. Tal actuación, por supuesto, no debe darse al margen del control y la crítica (Hinojoza Martínez y Roldán Barbero, 2010, p. 60).

Es importante diferenciar, por un lado, lo que es el arbitraje comercial internacional, donde la privacidad y la confidencialidad de sus procedimientos son conceptos fundamentales; y, por otro lado, el arbitraje de inversiones, en el cual, además de seguir estos principios, su naturaleza deriva de los tratados de inversión (Ishikawa, 2010, p. 375). En tal sentido, el arbitraje internacional de inversiones cuenta con esta característica pública, en la cual los derechos y obligaciones sustantivos en cuestión son establecidos por los tratados. De este modo, el derecho internacional general es aplicable a este tipo de arbitraje (Ishikawa, 2010, p. 347)¹³.

13 Art. 42(1) of the ICSID Convention; art. 1131 of the NAFTA; N° ARB/87/3 para. 21: *AAPL v. Sri Lanka (Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka)* (Award of 27 June 1990). ICSID; N° ARB/02/1 para. 97 *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic: Decision on Liability*. ICSID; Redfern & Hunter, 2004; Parra, 2001 and Schreuer, 2001. pp. 562, 612.

Sin duda, el arbitraje internacional de las inversiones brinda nuevas directrices respecto a la importancia del desarrollo sostenible y la protección de los derechos humanos y medioambientales al conceder herramientas en los procedimientos arbitrales para lograr tal protección. Una de ellas es la participación de la figura del *amicus curiae*. A continuación, se analizará cómo se ha desarrollado su participación dentro de los principales centros de arbitraje de inversiones.

1.3.1. Apertura de la participación *amicus curiae* en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA) y en el marco de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI o UNCITRAL).

El procedimiento de solución de diferencias se introdujo por primera vez en los tratados de libre comercio (TLC) alrededor de 1960 y, desde entonces, se han convertido casi en una disposición estándar de la década de 1990 (Vanduzer, 2007, p. 681). Bajo el capítulo 11 del NAFTA y muchos otros tratados de inversiones, un inversionista podrá elegir las reglas arbitrales que se aplicarán a su disputa¹⁴. Las reglas *ad hoc* más comunes referidas a tratados internacionales de inversiones son las reglas arbitrales de UNCITRAL. Si bien es cierto que el reglamento de UNCITRAL fue diseñado para resolver controversias internacionales entre particulares o entidades privadas (Ishikawa, 2010, p. 374), dicho reglamento es utilizado con frecuencia en disputas arbitrales de inversión.

En este punto es importante señalar que la evolución de la participación de los *amicus curiae* ha sido distinta del capítulo de inversiones del NAFTA al de las reglas de arbitraje de la UNCITRAL. Estos puntos serán desarrollados al final de este apartado.

La apertura del procedimiento de arbitraje de inversiones a una mayor participación pública empezó con la sumisión del informe *amicus curiae* en el caso *Methanex Corp. vs. Estados Unidos*, que fue el primer caso que admitió la intervención de los *amicus curiae* en una controversia desarrollada bajo el capítulo 11 del NAFTA, y donde se procedió conforme a las reglas de la UNCITRAL¹⁵.

Según se afirmaba, la fórmula química usada en los productos de Methanex violaba las disposiciones federales del estado de California del Gobierno de EE. UU. sobre aditivos de gasolina¹⁶, y creaba potenciales riesgos para la salud de las poblaciones locales¹⁷.

Debido al carácter público de esta controversia, el 25 de agosto del año 2000, el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD) y, posteriormente, varias ONG canadienses¹⁸, solicitaron al tribunal arbitral (a) permiso para presentar un informe escrito en calidad de *amicus curiae* sobre importantes cuestiones jurídicas de trascendencia pública, (b) acceso a los documentos del procedimiento arbitral, (c) hacer presentaciones orales y (d) acceso a las audiencias en calidad de observadores¹⁹. Estas solicitudes se formularon sobre la

14 El inversionista podrá elegir las reglas arbitrales para su disputa, como las Reglas de Arbitraje del CIADI, Reglas de Mecanismos Complementarios del CIADI, o las Reglas de UNCITRAL que actuará como un tribunal *ad hoc*.

15 *Methanex Amicus Curiae Decision*, supra note 30.

16 *Methanex Corporation vs. Estados Unidos*: res. sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *amicus curiae*, párr. 5.

17 *Methanex Corporation vs. Estados Unidos*: res. sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *amicus curiae*, párr. 8.

18 Posteriormente, Bluewater Network y la organización Communities for a Better Environment se sumaron a este pedido (*Methanex Corporation vs. Estados Unidos*: res. sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *amicus curiae*, párr. 5 y 7).

19 *Methanex Corporation vs. Estados Unidos*: res. sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas

base de la considerable importancia pública del caso y el impacto crítico que tal laudo tendría en la elaboración de leyes medioambientales y cualquier otra ley relacionada al bienestar público, lo cual se vería reflejado en el desarrollo sostenible de la región NAFTA. Asimismo, se señaló que esta participación ayudaría a disipar la inquietud pública sobre el carácter cerrado de los procedimientos arbitrales en virtud del capítulo 11 del NAFTA.

Con respecto a la facultad del tribunal para aceptar estos informes, el *amicus curiae* hizo referencia a las prácticas del Órgano de Apelación de la OMC y las cortes de Estados Unidos y Canadá²⁰. Los inversionistas emitieron observaciones escritas concernientes a la petición *amicus curiae* al tribunal. Con el fin de resolver este asunto, el tribunal estableció un calendario para que las observaciones sobre la intervención de terceros como *amicus curiae* se dieran a conocer por escrito por parte del peticionario, demandante, demandado, Canadá y México. El tribunal decidiría esta cuestión como un principio general²¹, y tendría consecuencias directas en el futuro de ese procedimiento.

Se puede afirmar que una de las alegaciones más importantes del *amicus curiae* fue el hecho de que en este tipo de arbitrajes no existe el derecho a apelar el laudo arbitral. Debido a ello, es fundamental que no existan errores en la decisión. Dichos errores pueden tener como causa la falta de una perspectiva renovada, fresca y relevante, la cual podría ser brindada por los *amicus curiae*.

Asimismo, la presentación remitida por México señalaba que no estaba de acuerdo con la introducción de esta figura al procedimiento. México consideraba que el capítulo 11 del NAFTA no había previsto esta figura y que si el tribunal la permitía, le otorgaría a los *amicus curiae* derechos no contemplados en el tratado. México señaló que, si se toma como base el capítulo antes mencionado, debería haber un balance entre las legislaciones de los Estados miembros, y destacó que la legislación de México no contemplaba esta figura; por ende, no debería ser insertada en este procedimiento arbitral ni en otros procedimientos²². Por su parte, Canadá sí apoyaba la aceptación de esta figura y la apertura de este procedimiento bajo el capítulo 11 del NAFTA, y tenía en cuenta, evidentemente, las obligaciones de confidencialidad impuestas en el artículo 25(4) de UNCITRAL²³.

Sin embargo, Methanex Corp. mostró una posición contraria y desestimó la aceptación del informe *amicus curiae*. La corporación argumentó tres aspectos²⁴:

En primer lugar, esta empresa inversionista se refirió al tema de la confidencialidad. Methanex Corp. se basó en el artículo 25(4) de las reglas de arbitraje de UNCITRAL para señalar que las audiencias deberían celebrarse a puertas cerradas. Además, indicó que dar acceso a los documentos del procedimiento violaría la confidencialidad del mismo.

En segundo lugar, esta empresa cuestionó la jurisdicción del tribunal. Methanex Corp. señaló que el tribunal no tenía la facultad de adherir la figura del *amicus curiae* al procedimiento.

para intervenir como *amicus curiae*, párr. 5.

20 Methanex Corporation vs. Estados Unidos: res. sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *amicus curiae*, párr. 8.

21 Methanex Corporation vs. Estados Unidos: res. sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *amicus curiae*, párr. 1.

22 Methanex Corporation vs. Estados Unidos: res. sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *amicus curiae*, párr. 9.

23 Methanex Corporation vs. Estados Unidos: res. sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *amicus curiae*, párr. 10, p. 6.

24 Methanex Corporation vs. Estados Unidos: res. sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *amicus curiae*, párr. 11, 12, 13 y 14.

En opinión de esta empresa, otorgar este permiso sería equivalente a adherir partes al procedimiento arbitral. Además, argumentó que no existía ningún precedente en UNCITRAL que haya garantizado el estatus de *amicus curiae* a individuos que no fueran parte en el proceso.

En tercer lugar, también se planteó el tema de la equidad e imparcialidad en el proceso. Methanex Corp. señalaba que no era necesario admitir esta nueva figura debido a que el demandado podría incluir dicho testimonio como evidencia en el procedimiento. También añadió que tal participación elevaría los costos del proceso, y que temía que esta decisión pudiera ocasionar que en este y otros procesos del NAFTA aparezca la figura del *amicus curiae*, originando un perjuicio. Señaló, además, los mismos argumentos que esgrimió México²⁵.

Sin embargo, Estados Unidos consideraba que el tribunal tenía la facultad para aceptar la intervención del *amicus curiae* a través del informe escrito, al tomar como base las normas de solución de controversias de la OMC; concretamente, la jurisprudencia del Órgano de Apelación en el asunto Bismuto vs. Reino Unido. Estados Unidos destacó que no había una regla expresa en UNCITRAL ni en el acuerdo NAFTA que prohibiera la intervención del *amicus curiae*, y consideró, además, la flexibilidad de dichas normas. Asimismo, Estados Unidos indicó que la participación del *amicus curiae* a través de un informe escrito debería ser permitida, dado que su objetivo era asistir al tribunal a través de sus conocimientos y experiencia, y se tomaba en cuenta que esta información sería relevante y ayudaría a tomar una decisión informada²⁶.

Finalmente, el tribunal consideró que tenía el poder de aceptar el informe *amicus curiae*, ya que ni en las normas de UNCITRAL²⁷ ni en las del NAFTA existía una prohibición expresa que negara esta facultad al tribunal arbitral. El tribunal aclaró que recibir tal presentación escrita no significaba adherir otras personas como partes del proceso de arbitraje, dado que las mismas no adquieren ningún derecho, de la misma forma como también lo había señalado el Órgano de Apelación de la OMC. En consecuencia, la naturaleza del arbitraje se mantendría intacta, sin afectarse los derechos de las partes.

Además de lo antes señalado, el tribunal indicó que la equidad e imparcialidad en el proceso no se verían afectadas debido a que correspondía al tribunal analizar la información del informe *amicus* y darle el valor que corresponda. De esta manera, no existiría un riesgo inmediato de trato injusto o desigual para cualquiera de las partes. El tribunal únicamente se pronunció a favor de la recepción de los argumentos escritos por parte de los *amicus curiae*, denegando el pedido de acceso a documentos debido a que las partes habían acordado previamente la confidencialidad del procedimiento. El tribunal también denegó el pedido de los *amicus curiae* a asistir a las audiencias considerando que no tenía la autoridad para permitir ese tipo de participación conforme al artículo 25(4) de las normas de procedimiento de UNCITRAL, el cual requiere el consentimiento de ambas partes para permitir tal presencia en las audiencias²⁸.

25 Methanex Corporation vs. Estados Unidos: res. sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *amicus curiae*, párr. 15, p. 6.

26 Methanex Corporation vs. Estados Unidos: res. sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *amicus curiae*, párr. 17 - 18.

27 El tribunal se basó en el artículo 15(1) de las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, el cual dispone que: «Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos».

28 Methanex Corporation vs. Estados Unidos: res. sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *amicus curiae*, p. 12 - 14.

Respecto a la evolución de la figura del *amicus curiae* en el NAFTA, cabe mencionar que mientras el caso Methanex estaba aún en proceso, el 7 de octubre de 2003 en Montreal, Canadá, se emitió la Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la Participación de partes no contendientes (NAFTA Free Trade Commission —FTC—), en el capítulo 11 del procedimiento NAFTA. La declaración reconoce expresamente que los individuos no contendientes en el proceso (en este caso, los criterios para que un tribunal arbitral autorice a una parte no contendiente a presentar un escrito *amicus curiae*), son que (a) la comunicación de la parte no contendiente pueda asistir al tribunal en las cuestiones de hecho o de derecho relativas al arbitraje, al ofrecer una perspectiva, un conocimiento o un criterio particular distinto del de las partes contendientes; (b) la comunicación de la parte no contendiente aborde cuestiones que están en el ámbito de la disputa; (c) la parte no contendiente tenga un interés significativo en el arbitraje; y (d) exista un interés público sobre el objeto del arbitraje²⁹. Dicha declaración también establece directrices para la aceptación de tales presentaciones (Ishikawa, 2010, p. 380).

Las declaraciones y recomendaciones fueron emitidas por el Grupo de Expertos de Inversión (GEI); el cual, además, presentó un formato para las notificaciones de la intención de someter una reclamación a arbitraje. Concretamente, esta declaración se produjo con el fin de mejorar la transparencia y eficiencia del proceso de solución de controversias inversionista - Estado del capítulo de inversión (TLCAN, 2003).

Por consiguiente, esta declaración emitida por el GEI es un claro ejemplo de la evolución de la figura del *amicus curiae* en el arbitraje de inversiones, ya que señala claramente que el NAFTA no limita la discreción de un tribunal para aceptar comunicaciones escritas. Y, además, se destaca que nada en dicha declaración prejuzga los derechos de las partes del NAFTA conforme al artículo 1128 del tratado (TLCAN, 2003).

Este punto es muy importante debido a que, con esta posición, se desestiman las declaraciones que pudieran hacer los inversionistas, ya que dicha participación ocasionaría un perjuicio tanto a ellos como al procedimiento arbitral. Este aspecto es materia de discusión en la presente investigación, la cual brinda un análisis para demostrar que estas afirmaciones son indudablemente cuestionables.

En casos posteriores como el asunto *United Parcel Service of America, Inc. (UPS) v. Canada*, y el asunto *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, la solicitud *amicus curiae* fue aceptada por el tribunal y calificada como apropiada conforme a los principios establecidos en la Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la Participación de partes no contendientes en el NAFTA, debido a que la misma otorgaba la facultad a los tribunales para aceptar los informes *amicus curiae*. Dicha facultad no fue cuestionada en los subsiguientes procedimientos (Ishikawa, 2010, p. 381).

Si bien los arbitrajes de inversión en el marco del NAFTA citados en el presente trabajo se han regido por las reglas de arbitraje de UNCITRAL, conviene aclarar que ambos (UNCITRAL y NAFTA) revisten una naturaleza jurídica distinta y no necesariamente tiene que haber concurrencia entre ellos. Un ejemplo claro de ello es que la evolución de la participación de la figura *amicus curiae* ha sido distinta tanto en el capítulo de inversiones del NAFTA (a partir de la Declaración de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN sobre la Participación de partes no contendientes de 2003) como en las reglas de arbitraje de UNCITRAL (a propósito de la

29 Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la participación de partes no contendientes (7 de octubre de 2003).

incorporación del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado en 2013).

En este punto cabe señalar que actualmente existen tres versiones distintas del Reglamento de Arbitraje: (i) la versión de 1976; (ii) la versión revisada en 2010; y (iii) la versión de 2013, que incluye el Reglamento de UNCITRAL sobre la Transparencia de los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (UNCITRAL, 2014). En este último se introdujo un nuevo párrafo 4 en el artículo 1 del Reglamento de Arbitraje a fin de incorporar el Reglamento sobre la Transparencia para los Arbitrajes En tablados en Virtud de Tratados de Inversiones celebrados el 1 de abril de 2014 o después de esa fecha.

Esta modificación fue de la mano con los esfuerzos por parte de la Unión Europea a través de la Comisión Europea al proponer nuevas formas de mejorar los mecanismos de solución de controversias inversionista - Estado, las cuales fueron publicadas en una hoja informativa a finales de 2013 (Rosenthal et al., 2015, p. 122).

La finalidad de la comisión era generar mejoras en dos aspectos. La primera fue clarificar y mejorar las leyes de protección a la inversión. Un tema importante en esta mejora está referido a la expropiación indirecta donde señalan si el estado está protegiendo el interés público en una manera no discriminatoria. El derecho del Estado a regular debe prevalecer sobre el impacto económico de estas medidas al inversionista. La comisión ha negociado esta provisión con Canadá y Singapur y ha señalado, además, que esta provisión será incluida en futuros acuerdos.

La segunda fue mejorar cómo opera el sistema de solución de controversias inversionista - Estado. La comisión señaló que esta mejora se llevará a cabo de tal modo que el sistema de solución de controversias inversionista - Estado sea más transparente. La Unión Europea jugó un rol importante en las negociaciones de UNCITRAL donde varios países acordaron que las reglas de transparencia de los procedimientos de inversiones internacionales sean más amplias. Estas reglas permitirán que los documentos de los procedimientos estén disponibles al público, que se provea acceso a las audiencias orales y que se permita a las partes interesadas (como ONG) realizar la sumisión de un informe (Comisión Europea, 2013).

A través de este nuevo Reglamento de Transparencia en la UNCITRAL (2014), se establecen aspectos novedosos concernientes a la participación de un *amicus curiae*, como la publicación de la información al inicio del procedimiento arbitral (UNCITRAL, 2014, art. 2)³⁰, la publicación de documentos incluyendo el escrito de demanda, el escrito de contestación, informes de peritos, declaraciones de testigos y los laudos arbitrales (UNCITRAL, 2014, art. 3)³¹. Cabe destacar que este reglamento le otorgará carácter público a las audiencias, y permitirá la presentación de un escrito *amicus curiae* tras la consulta con las partes y el envío de una solicitud al tribunal en que se señala su descripción, condición jurídica, objetivos genera-

30 El artículo 2 del reglamento de la UNCITRAL (2014) sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado explica que al haber recibido la notificación del arbitraje del demandado, o tras haber recibido la notificación del arbitraje y el registro de su transmisión al demandado, el archivo procederá sin demora a poner a disposición del público la información relativa al nombre de las partes litigantes, el sector económico afectado y el tratado en virtud del cual se formula la demanda. Se puede considerar que, al otorgarse de primera instancia esta información, se facilita al público el conocimiento necesario para que se genere un análisis de la situación de forma global.

31 El artículo 3 del Reglamento de la UNCITRAL (2014) sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado señala una serie de documentos que anteriormente eran confidenciales. No se permitía el acceso de terceros a ninguno de ellos a menos que las partes contendientes consintiesen que así sea. [Reglas de Arbitraje de UNCITRAL Art. 25(4) y Art. 32(5)]

les, índole de sus actividades, afiliación con la parte litigante, interés, y cuestiones de hecho y de derecho a tratar (UNCITRAL, 2014, art. 4)³². Este reglamento estará sujeto a algunas excepciones sujetas a ciertas salvaguardias para la protección de la información confidencial y la integridad del procedimiento arbitral.

De conformidad con el artículo 1.9 de las reglas de transparencia de la UNCITRAL, estas reglas no solo pueden ser usadas en arbitrajes en la UNCITRAL sino también bajo arbitrajes llevados a cabo bajo otras reglas (reglas de arbitraje del CIADI, reglas del mecanismo complementario del CIADI, reglas del Centro de Comercio Internacional, etc.) (Rosenthal et al., 2015, p. 124).

Con esta última incorporación, se puede vislumbrar una preocupación creciente por lograr el desarrollo sostenible de los pueblos en sus diferentes esferas en el ámbito del derecho internacional de las inversiones. Esta preocupación se traduce en la modificación e implementación de los reglamentos de arbitraje internacional con reglas que permitan que estos casos se desarrollen bajo la luz pública. La finalidad de lograr que estos procedimientos sean más transparentes se debe, principalmente, a que la mayoría de arbitrajes inversionista - Estado son de interés público y conllevan en sí la protección del medio ambiente y recursos naturales.

2. Capítulo II. Evolución normativa del CIADI con respecto al rol que desempeñan los *amicus curiae* en su procedimiento arbitral

Esta sección se centra en el análisis de la evolución del procedimiento arbitral del CIADI para permitir a la sociedad civil una participación más activa a través de la figura del *amicus curiae*. Se toma en cuenta el incremento de casos de arbitraje internacional de inversiones, los cuales están relacionados a regulaciones ambientales de protección a la salud, a la seguridad, y la provisión de servicios públicos.

El CIADI es la primera institución en materia de arreglo de diferencias relativas a las inversiones. Se creó en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI). Este convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966. La finalidad primordial del CIADI es brindar instalaciones y servicios de soporte para la conciliación y arbitraje en diferencias relativas a inversiones internacionales (CIADI, s.f).

El arreglo de diferencias entre inversionistas y Estados (ADIE) es una forma de resolución de diferencias entre los inversionistas extranjeros y el Estado respecto de sus inversiones. En ese contexto, es posible someter una controversia al centro siempre que el Estado receptor de la inversión y el Estado de donde el inversionista es nacional hayan ratificado el convenio³³ y siempre que las partes hayan consentido a ese sometimiento (Medina-Casas, 2009, p. 218). Al 30 de junio de 2015, el CIADI contaba con 159 Estados signatarios del convenio, y con 151 Estados contratantes que lo habían ratificado. Además, se requiere que el conflicto sea una disputa jurídica que haya surgido directamente como resultado de una inversión (Ishikawa, 2010, p. 374).

32 Véase el artículo 4 del reglamento de la UNCITRAL (2014) sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado. Si bien es cierto que se describen varios requerimientos similares a los requerimientos de otros tribunales, cabe destacar que este es un cambio en el reglamento de UNCITRAL en comparación a su reglamento anterior.

33 El 27 de septiembre de 1978, el consejo administrativo del CIADI adoptó el mecanismo complementario para facilitar el sometimiento de controversias derivadas de inversión cuando uno de los Estados, sea el receptor o el exportador del capital, no forma parte del Convenio de Washington.

De esta manera, la intervención ante el CIADI está limitada a sujetos calificados. Sin embargo, es posible que en el procedimiento arbitral intervengan sujetos que no cumplen las condiciones antes referidas, pero que tienen un interés significativo en el procedimiento, lo cual permite que se justifique su participación. Se trata de terceros que actúan a título de *amicus curiae* o «amigos de la corte», los cuales gozan de ciertas facultades dentro del procedimiento arbitral (Ishikawa, 2010, p. 374)³⁴.

Es claro que estas regulaciones y medidas gubernamentales cuestionadas por los inversores deberán estar basadas en políticas públicas; por lo tanto, las cuestiones planteadas en dichas disputas se referirán no solo a las partes en la controversia, sino a las cuestiones de interés público que pudieran estar en juego (Ishikawa, 2010, p. 377).

Con la finalidad de realizar un correcto análisis, es necesario revisar los pedidos de presentaciones *amicus curiae* formulados a los tribunales arbitrales del CIADI. De este modo, se podrá observar la evolución de dicha figura dentro de este convenio. Cabe destacar que los casos que se procederá a analizar tienen como característica común la privatización de empresas que brindan servicios de agua potable y alcantarillado, y los subsecuentes reclamos por parte de los inversionistas a los cuales se les ha expropiado tal propiedad o en algunos casos se les ha dado un trato indebido, a la luz de los tratados firmados (Harrison, 2009, p. 403).

Seguidamente, analizaremos la evolución de la figura del *amicus curiae* a partir del primer caso en el cual se buscó introducir esta figura en el año 2002. Este caso involucró un tema controvertido y de mala reputación (Harrison, 2009, p. 403), y el tribunal de arbitraje de inversiones del CIADI rechazó la propuesta de terceras partes de participar como *amicus curiae* (Levine, 2011, p. 208)³⁵. Esta situación se presentó en el caso Aguas del Tunari, S.A. vs. la República de Bolivia, conocido como el caso Bechtel³⁶, el cual se dilucidó en conformidad con las disposiciones del tratado bilateral de inversiones (BIT) Países Bajos - Bolivia. En suma, el tribunal negó a ciudadanos y grupos ambientalistas el pedido de participar como partes del procedimiento, asistir a las audiencias, acceder a los documentos del caso y presentar un informe como *amicus curiae* (Ishikawa, 2010, p. 382).

El tribunal arbitral en este caso se basó en la naturaleza consensual del arbitraje, y señaló que la aceptación de las presentaciones escritas *amicus curiae* iba más allá de las facultades del tribunal (Ishikawa, 2010, p. 382). Es necesario mencionar que, cuando se presentó este caso, dentro de las normas que regulaban el CIADI no existía ninguna disposición que permitiera o regulara la intervención del *amicus curiae*. Posteriormente se presentaron otros casos donde igualmente las normas del CIADI no habían tenido ninguna modificación. Sin embargo, en estos casos sí se aceptó el tener esta facultad, a diferencia de la decisión Bechtel, la cual ha sido sometida a considerables críticas y sugerencias, ya que se

34 Sobre la intervención de *amicus curiae* en otras jurisdicciones, véase Ascencio en Medina-Casas, H.M. (2009), p. 218 y Stern, B., (2003) pp. 247-303.

35 Véase Levine (2011, p. 208): Secretive World Bank Tribunal Bans Public and Media Participation in Bechtel Lawsuit over Access to Water.

36 *Aguas del Tunari SA v. The Republic of Bolivia*. N° ARB/03/02. ICSID Case. (21 de octubre de 2005). En abril de 2000, la compañía, como resultado de protestas masivas en contra del aumento de los precios de más del 50%, abandonó la concesión para luego presentar una demanda en contra de Bolivia en el CIADI. Al no darse la aceptación de los *amicus curiae*, la presión de la sociedad continuó; hasta que el 19 de enero de 2006, los inversionistas principales de Aguas del Tunari, Bechtel y Abengoa decidieron abandonar el caso en el CIADI a cambio de un pago nominal de dos pesos bolivianos.

señala que el enfoque adoptado por el tribunal podría privar al público de las expectativas razonables (Levine, 2011, p. 208). En la evolución de las normas del CIADI, se identifican dos momentos diferenciados.

En primer lugar, observamos el caso Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina, Caso CIADI N° ARB/03/019. El 17 de abril de 2003, el CIADI recibió una solicitud de arbitraje en contra de la República de Argentina por parte de Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Vivendi Universal S.A. y AWG Group Ltd. Esta solicitud estaba referida a la expropiación de la inversión de las demandantes en una concesión para el suministro de agua potable y desagües cloacales en la ciudad de Buenos Aires y algunos municipios circundantes, la cual se realizó a través de una serie de supuestos actos y omisiones por parte de Argentina³⁷.

Alrededor de la presentación del caso Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina, el centro recibió otras dos solicitudes de arbitraje en el marco del Convenio CIADI relativas a concesiones de agua de Argentina presentadas por:

- (i) Aguas Cordobesas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y
- (ii) Aguas Provinciales de Santa Fe, Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e Interagua Servicios Integrales del Agua S.A.

Estas solicitudes fueron registradas posteriormente por el centro y presentadas mediante acuerdo entre las partes al mismo tribunal³⁸.

En este caso se estudió por primera vez la intervención de un *amicus curiae* dentro de un procedimiento arbitral del CIADI. El 28 de enero de 2005, cinco organizaciones no gubernamentales, entre las cuales figuran la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Centro para el Derecho Internacional Ambiental (CIEL), Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria, y la Unión de Usuarios y Consumidores, presentaron ante el CIADI una solicitud de autorización para presentar un informe en calidad de *amicus curiae*³⁹. Estas ONG argumentaron que el caso involucraba cuestiones de interés público y que la decisión final podría afectar los derechos fundamentales de los residentes de la zona afectada en este caso (Medina-Casas, 2009, p. 232).

Concretamente, los peticionarios solicitaron al tribunal lo siguiente:

- (a) Conceder a los peticionarios el acceso a las audiencias que se celebraran en este caso, lo cual fue denegado por el tribunal.
- (b) Conceder a los peticionarios las oportunidades suficientes para exponer argumentos legales en un informe *amicus curiae*. El tribunal arbitral aceptó y recibió el informe el 4 de abril de 2007.

37 Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. N° ARB/03/19. párr. I: CIADI (Decisión sobre la Jurisdicción).

38 Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina N° ARB/03/19. párr. I, nota de pie I (Decisión sobre la Jurisdicción).

39 Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina N° ARB/03/19. párr. I (Res. en Respuesta a la Petición de Transparencia y Participación en Calidad de *amicus curiae*). CIADI.

- (c) Conceder a los peticionarios acceso oportuno, suficiente e irrestricto a los documentos del proceso. En este caso, se postergó la decisión hasta que el tribunal autorizase a una parte no contendiente a presentar un escrito *amicus curiae*.

Sobre el particular, los árbitros advirtieron que si bien no era un asunto regulado en las disposiciones del CIADI, se trataba de una cuestión de procedimiento sobre la cual tenían plena competencia (Medina-Casas, 2009, p. 232) en virtud del artículo 44 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, el cual indica lo siguiente:

Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje. Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal.

De esta manera, en este caso el tribunal autorizó la presentación de solicitudes *amicus curiae*, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

- (i) Que se trate de escritos pertinentes al caso bajo estudio.
- (ii) Que sean presentados por personas con conocimientos especializados, con experiencia e independientes.
- (iii) Que se presenten bajo un procedimiento apropiado definido por el tribunal tendiente a proteger los derechos sustantivos y procesales de las partes contendientes⁴⁰.

En este análisis indudablemente se hizo énfasis en rasgos importantes como la pertinencia de los informes, ya que existe la posibilidad de que estos puedan contener información altamente politizada que no brinde un aporte necesario al proceso; sino, por el contrario, lo entorpezca o cause demoras y gastos innecesarios (Medina-Casas, 2012, nota de pie 40). Frecuentemente, estas alegaciones han sido planteadas por parte de los inversionistas. No obstante, gracias a los requisitos antes descritos, el tribunal tiene la oportunidad de desestimar cualquier informe que no contenga estas precisiones. La experiencia y la pericia de los miembros del tribunal constituyen una garantía para asegurar que las preocupaciones de los inversionistas respecto al entorpecimiento del procedimiento arbitral puedan ser desestimadas; ya que, como se señala, será necesaria la pertinencia y la información técnica y especializada. Esto conllevará a que se protejan efectivamente los derechos sustantivos y procesales de las partes.

Asimismo, estos criterios antes descritos fueron posteriormente confirmados en el Caso CIADI ARB/03/17, Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. vs. República Argentina. Este caso surgió en circunstancias similares al caso Suez/Vivendi, donde el tribunal estaba idénticamente constitui-

40 Posteriormente, dentro de este proceso arbitral se autorizó la presentación de escritos *amici curiae*. Véase: Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. N° ARB/03/19. CIADI (12 de febrero de 2007).

do. De esta manera, cuando una ONG y tres individuos solicitaron su participación como *amicus curiae* a fin de atender audiencias, hacer sumisiones escritas y orales, y acceso a los documentos del caso, el tribunal, como era de esperar, aplicó los tres criterios aplicados en Suez/Vivendi. A diferencia de Suez/Vivendi, sin embargo, el tribunal declinó esta solicitud y se justificó sobre la base de que los aspirantes a *amicus curiae* que no pudieran demostrar su experiencia, conocimientos y perspectivas no podrían asistir al tribunal. El tribunal, además, señaló que ellos no proveyeron información ni razones suficientes para que calificaran como *amicus curiae*⁴¹.

Aparentemente, en respuesta a las inconsistencias percibidas entre los casos Suez/Vivendi vs. Argentina y Suez/InterAguas vs. Argentina (Bastin, 2012, p. 211), y la crítica relativa a la falta de transparencia en el sistema de arbitrajes inversionista - Estado, el 10 de abril de 2006, el CIADI implementó cambios significativos respecto a sus reglas de arbitraje. Estos cambios incluían enmiendas en los procesos preliminares en observancia de las medidas provisionales, además del examen por vía expeditiva de las solicitudes de desestimación de presentación de denuncias injustificadas. También se incorporaban cambios con respecto al acceso de terceras partes al procedimiento, y se permitió la participación de los mismos por razones de transparencia y por tratarse de asuntos que involucran el interés público (Stern, 2002, pp. 329 - 345)⁴².

A partir de la entrada en vigencia de las nuevas reglas de arbitraje del CIADI, la situación cambió. En efecto, estas reglas regularon la intervención de partes no contendientes. En este sentido, la regla 37(2) aborda el tema de las presentaciones de partes no contendientes de la siguiente forma:

Después de consultar a ambas partes, el Tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia (en esta regla 'parte no contendiente') que efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia. Al determinar si permite dicha presentación, el Tribunal deberá considerar, entre otras cosas, en qué medida:

- (a) la presentación de la parte no contendiente ayudaría al Tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particular distinta a aquellas de las partes en la diferencia;
- (b) la presentación de la parte no contendiente se referiría a una cuestión dentro del ámbito de la diferencia;
- (c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento.

El Tribunal deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente.

Esta norma expresa claramente las características de las presentaciones *amicus curiae* que el tribunal deberá tener en cuenta respecto a la utilidad de la presentación escrita y el objeto de la misma.

41 Suez/InterAguas vs. Argentina. N° ARB/03/17: Order in Response to a Petition for Participation as Amicus Curiae (17 de marzo de 2006).

42 Sobre la intervención de un *amicus curiae*, véase: Stern (2002, pp. 329 - 345).

A. Esta deberá aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particular distinta.

En las decisiones arbitrales, se espera que el *amicus curiae* pueda proveer una visión particular sobre las cuestiones objeto de controversia. Sobre esta base, el solicitante deberá aportar una nueva perspectiva y basarse en sus conocimientos sustantivos, conocimientos especializados pertinentes o su experiencia incomparable o que difiere en algún sentido de lo que las partes contendientes alegaron en sus argumento de hecho y de derecho (Schliemann, 2013, p. 371).

Respecto a la importancia de la participación de los *amicus curiae*, es sustancial señalar que sus nuevos aportes podrían ayudar al tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho y de derecho que países en desarrollo no alegaron en sus argumentos. Esto resulta especialmente cierto si se toman en cuenta las limitaciones procedimentales de los tribunales CIADI, los cuales no investigan por su cuenta y más bien dependen enteramente de la información que es provista por las partes, donde el valor adicional de la información *de facto* podrá eventualmente ser esencial para la evaluación por parte del tribunal de los hechos materia de controversia (Schliemann, 2013, p. 371).

B. Interés público y/o interés significativo en el procedimiento.

El interés público y el interés significativo deben ir de la mano a fin de que el tribunal permita la presentación de un informe *amicus curiae*. Este interés público debe ser relevante, y normalmente implicará la protección de los derechos humanos, de la salud, del medio ambiente y el desarrollo sostenible. El interés significativo de esta figura deberá ser legítimo con el fin de justificar su intervención como entidades idóneas e independientes.

C. Dentro del ámbito de la diferencia.

En este sentido, el objeto del informe *amicus curiae* deberá guardar armonía con el objeto del procedimiento arbitral. Esto quiere decir que el informe deberá referirse a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia, a fin de responder cuestiones jurídicas sustantivas que se resolverán en el arbitraje. Cabe señalar que, de acuerdo a esta interpretación, los tribunales arbitrales han clasificado de forma explícita que las cuestiones de procedimiento no son aptas o son inadecuadas para ser desarrolladas en peticiones *amicus curiae* (Schliemann, 2013, p. 375).

D. Experiencia, independencia y pericia.

Este es otro criterio importante que permitirá que un *amicus curiae* presente un informe al tribunal arbitral. Cabe señalar que el tribunal podrá rechazar la solicitud de presentación de un informe *amicus* si los peticionarios no cuentan con experiencia suficiente, no demuestran su independencia o su pericia. Este rechazo se dio a una petición *amicus curiae* bajo la justificación de falta de experiencia y pericia. Uno de los peticionarios, una ONG, fracasó en probar al tribunal información específica respecto a su naturaleza, tipo de membresía y calificaciones de su liderazgo. Además, otros tres peticionarios fallaron en proveer un *curriculum vitae* detallado, el cual permitiría al juez determinar si ellos poseían los requisitos de experiencia y pericia⁴³.

43 (Aguas Provinciales de Santa Fe, supra note 2, párr. 30). El tribunal, sin embargo, otorgó a los peticionarios el derecho a redefinir su descripción y aplicar de nuevo (Aguas Provinciales de Santa Fe, supra note 2, párr. 34).

Con respecto a la independencia, incluso si no está previsto directamente en la regla 37(2) de las reglas de arbitraje del CIADI, tribunales han aplicado la prueba de la independencia, y han señalado que el futuro *amicus curiae* debería proveer en su solicitud de aplicación la descripción del tercero e indicar, si procede, la organización de la que es miembro y su condición jurídica, sus objetivos generales, la índole de sus actividades y toda entidad matriz (incluida toda entidad que controle directa o indirectamente al tercero). El *amicus curiae* deberá señalar si tiene o no algún tipo de afiliación, directa o indirecta, con alguna parte litigante; e informar sobre todo Gobierno, persona u organización que haya prestado ayuda considerable al tercero en cualquiera de los dos años anteriores a la solicitud presentada por este. UNCITRAL señala que para ser considerado independiente, los aportes recibidos no deberán superar el 20% del total de sus operaciones anuales⁴⁴.

Durante la evolución del rol de *amicus curiae*, muchos estudiosos han cuestionado su independencia; pero estos lineamientos, si bien no se encuentran reflejados en los reglamentos del CIADI, permiten vislumbrar un patrón a seguir por parte de los tribunales arbitrales con el fin de defender el procedimiento arbitral y los intereses de las partes contendientes. Este filtro, además, brinda una guía a los futuros *amicus curiae* a fin de lograr que el tribunal acepte sus informes. Es importante aclarar que el hecho de que exista una relación entre el *amicus curiae* y las partes no constituirá un impedimento para que el estatus de *amicus curiae* sea garantizado en un procedimiento arbitral (Schliemann, 2013, p. 380).

E. Que no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes.

Se ha establecido que la obligación de los árbitros será asegurar que la intervención de los *amicus curiae* no interfiera negativamente en el proceso arbitral y no afecte el derecho de defensa y contradicción de las partes contendientes (Medina-Casas, 2009, p. 233). El tribunal deberá distinguir lo sustancial y el impacto procedimental de una sumisión *amicus curiae*.

Desde el ángulo procedimental, cualquier tribunal podrá asegurar que la participación *amicus curiae* no cree una carga indebida al procedimiento, y establecerá salvaguardias, como límites en los plazos, extensión del informe, y otras⁴⁵.

Estas reglas introdujeron cambios que facilitan la labor de los árbitros en la aceptación de escritos *amicus curiae* y que brindan mayor seguridad al sistema de arbitraje de inversiones, y aseguran que los temores por parte de los inversionistas respecto al perjuicio que podría ocasionar la participación del *amicus curiae*, tanto a ellos como al procedimiento arbitral, se vean disipados. Por esta razón, las perturbaciones al procedimiento, la generación de una carga indebida o el perjuicio injusto a cualquiera de las partes no será un peligro; siempre y cuando las salvaguardias procedimentales generadas por cualquier tribunal sean respetadas por el *amicus curiae* (Schliemann, 2013, p. 381).

Además, es importante indicar que la regla 37.2 no crea ni un derecho o estatus en favor de los *amicus curiae* (Medina-Casas, 2009, p. 236)⁴⁶ que los autorice a participar en los

44 UNCITRAL, Reglamento de la UNCITRAL sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado. Artículo 4 (a), (b), (c).

45 UNCITRAL (s.f.), Report of Working Group II, párr. 69, supra note 5.

46 Medina-Casas se exploya acerca de ese punto en *Biwater Gauff Ltd. vs. la República de Tanzania*. Acerca de CIADI N° ARB/05/22, decisión (2 de febrero, 2007), se manifestó: «It might be noted at the outset that the ICSID Rules do not, in terms, provide for an *amicus curiae* 'status', in so far as this might be taken to denote a standing in the overall arbitration akin to that of a party, with the full range of procedural privileges that that might entail» (2009, p. 236).

procedimientos arbitrales del CIADI, ya que su participación está supeditada a la decisión autónoma de cada tribunal arbitral. A fin de ilustrar estas ideas, Medina-Casas (2009) señala «que otorgarles mayores facultades a los *Amicus Curiae* alteraría la igualdad procesal entre las partes contendientes y excedería el consentimiento que estas manifestaron cuando decidieron someter sus controversias al CIADI».

Por otro lado, las partes contendientes no podrán oponerse a la decisión del tribunal que acepte la participación del *amicus curiae*. En este sentido, el derecho de las partes se limita a ser oídos y consultados por los árbitros acerca de la solicitud de intervención realizada. Esto resulta importante porque se refuerzan las facultades del tribunal arbitral (Medina-Casas, 2009, p. 234).

Una vez descrito cómo se ha producido la participación de los *amicus curiae* en los procedimientos del CIADI, es importante abordar sus facultades (Medina-Casas, 2009, p. 234).

Por regla general, los *amicus curiae* realizan tres pedidos en sus intervenciones a los tribunales: (a) tener acceso a las audiencias en el procedimiento arbitral para tener la posibilidad de presentar sus argumentos, (b) tener acceso a los documentos y piezas procesales que conforman el expediente, y (c) introducir el informe escrito al procedimiento arbitral.

Con relación al acceso a las audiencias y presentación de argumentos en las mismas por parte de un *amicus curiae*, según las reglas de arbitraje CIADI, se requiere la aprobación de las partes contendientes. La necesidad de esta aprobación ha sido reconocida en los distintos casos en los que se ha solicitado esta participación⁴⁷.

Al respecto, la regla 32.2 de las reglas de arbitraje del CIADI dispone lo siguiente sobre las actuaciones orales:

Salvo objeción de alguna de las partes, el Tribunal, tras consultar con el Secretario General, podrá permitir, sujeto a los arreglos logísticos pertinentes, que otras personas, además de las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, testigos y peritos durante su testimonio, y funcionarios del Tribunal, asistan a la totalidad o parte de las audiencias, o las observen.

En dichos casos el Tribunal deberá establecer procedimientos para la protección de información privilegiada o protegida.

En la regla 32.2 se aclara que la posibilidad de la participación de los *amicus curiae* en las audiencias estará supeditada a la decisión de las partes. Los árbitros consultarán a dichas partes, quienes tomarán la decisión definitiva respecto a permitir o no la participación de los *amicus curiae*. En la práctica, no se ha aceptado la asistencia de los mismos.

En los casos en los cuales los *amicus curiae* han solicitado el acceso a los documentos del procedimiento arbitral, la respuesta ha sido negativa, y se ha enfatizado que esta decisión igualmente se encuentra en el dominio de las partes. También se ha afirmado que las reglas del CIADI no consagran este derecho a favor de los *amicus curiae* dado que su papel no es el de indicar a los árbitros cómo apreciar las distintas pruebas que obran en el expediente ni debatirlas. En consecuencia, queda fuera de las atribuciones del tribunal y corresponde a las partes la aceptación de la presencia de los *amicus curiae* en las audiencias y aceptar la solicitud de acceso a los documentos. Esto refleja una clara protección a los derechos de las partes.

47 Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. CIADI N° ARB/03/19.; Biwater Gauff Ltd. vs. República de Tanzania. CIADI ARB/05/22.

Finalmente, cabe mencionar que los árbitros tendrán la libertad para aceptar la presentación del informe escrito emitido por los *amicus curiae*. En ese sentido, se ha permitido la presentación de argumentos escritos siempre que se realice en forma conjunta y en un solo documento si son varios los interesados en participar. Este documento no contendrá anexos, y se deberá elaborar siguiendo parámetros estrictos en relación con la extensión, presentación, formato e idioma del documento⁴⁸. En tal sentido, el rol del informe emitido por los *amicus curiae* consistirá en ofrecer a la autoridad decisoria argumentos, perspectivas y conocimientos especializados que las partes litigantes tal vez no presenten, con el propósito de ayudarla a tomar una decisión⁴⁹.

Un árbitro competente no es un árbitro ingenuo que cree que todos los informes de las partes resumirán hechos relevantes y la aplicación de las reglas de manera precisa. Un árbitro competente usa estos informes como una línea de salida y no como una línea de llegada (String, 2015 - 2016, p. 25). Por esta razón, la aceptación de los informes *amicus curiae* ampliará el rango de información de un árbitro.

Del mismo modo, en el ámbito de la transparencia también se han producido cambios. Sobre el particular, la regla 48 del CIADI señala que el centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes. No obstante, con la modificación se facultó a que cualquiera de las partes permita la publicación unilateral del laudo arbitral, sin la necesidad de consentimiento de la otra parte. Incluso, de no existir tal consentimiento, el centro deberá incluir en sus publicaciones extractos del razonamiento jurídico del tribunal con prontitud. En la actualidad, estos laudos se encuentran disponibles en el sitio web del CIADI para la revisión del público⁵⁰.

Con la finalidad de ilustrar los puntos más importantes en nuestro análisis y a modo de recuento de lo ya señalado, es necesario tener en claro lo siguiente a partir de la modificación del reglamento del CIADI:

En primer lugar, el tribunal tiene la facultad de aceptar la sumisión del *amicus curiae*, incluso en contra de la voluntad de las partes del conflicto en la disputa arbitral. De esta forma, se permite la participación del *amicus curiae* a través del informe escrito sin importar la oposición del inversor; lo cual implica no otorgar el poder de veto a cualquiera de las partes (Bernasconi-Osterwalter y Parra, 2011, p. 198). Los tribunales han reconocido el carácter público de estas controversias, el cual los ha llevado a aceptar las presentaciones *amicus curiae* al tomar como base la importancia de los intereses globales como los derechos humanos, derechos medioambientales, así como la búsqueda del desarrollo sostenible. Estos intereses han originado que

48 Medina-Casas señala que los tribunales CIADI han limitado la extensión de los escritos *amicus* a 30 y 50 páginas. Con ocasión del caso AES Summit Generation Ltd. y AES Tisza Eromu KFT vs. Hungría, CIADI ARB/07/22, se han presentado críticas a esta limitación, en la medida en que se ha considerado que la intervención de la Comisión Europea no era la de un simple *amicus*, sino la de un sujeto con un interés especial en el procedimiento que requería seguramente más de esa extensión para fijar los puntos que deseaba proteger; pero que no tenía otra forma distinta para intervenir (Triantafyllou, 2009).

49 Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. CIADI N° ARB/03/19. Decisión (12 de febrero de 2007).

50 Esta modificación ha impulsado la transparencia en el CIADI, lo cual brinda seguridad y credibilidad a los árbitros y a los tribunales ya que sus decisiones que tienen contenido de interés público tendrán que ser más cuidadosas y la información recolectada deberá ser más especializada y técnica. Esto se produce con la finalidad de tomar una decisión adecuada, lo que generará un incentivo para que los tribunales arbitrales acepten y analicen informes emitidos por *amicus curiae*, tomando en cuenta los requisitos necesarios para su admisibilidad antes descritos.

centros de arbitraje como el CIADI hayan modificado sus normativas y entendido la importancia de la participación de esta figura y del rol de brindar información de la misma. Dicha información generará una toma de decisión informada que podría beneficiar a un país en desarrollo.

En segundo lugar, las reglas del CIADI han especificado que las solicitudes referentes al acceso a los documentos del procedimiento y a la presencia de los *amicus curiae* en las audiencias dependerán de la aceptación de las partes, lo cual otorga protección a las mismas.

Por consiguiente, la protección a los derechos de los inversionistas por parte del reglamento del CIADI se realizará en forma efectiva por parte de los tribunales arbitrales. Es evidente, a partir de nuestro análisis anterior, que tanto los límites impuestos a la participación *amicus curiae* como las salvaguardias que el tribunal podrá señalar a fin de proteger estos derechos, constituyen una garantía para que no haya una perturbación al procedimiento arbitral y para que la carga del inversionista no sea indebida o que los mismos se vean injustamente perjudicados.

En tercer lugar, la función de un *amicus curiae* es ofrecer a la autoridad decisoria los argumentos, las perspectivas y los conocimientos especializados que las partes litigantes tal vez no presenten debido a que carecen de recursos humanos y económicos suficientes para ayudar a elaborar su defensa con información técnica especializada. Además, se tiene el propósito de ayudar al tribunal arbitral a tomar una decisión informada⁵¹.

3. Capítulo III. La importancia de los *amicus curiae* en los pronunciamientos del CIADI referidos a las expropiaciones en los países en desarrollo

La naturaleza *sui generis* del arbitraje de inversiones ha recibido considerable atención en los últimos años. El arbitraje de inversiones ha sido caracterizado como un híbrido debido a que mientras la jurisdicción de los tribunales y los estándares de protección están basados en tratados de inversión entre Estados, el arbitraje de inversiones incorpora varias reglas procedimentales del arbitraje comercial internacional (Ishikawa, 2010, p. 373). Estas reglas se vuelven evidentes cuando examinamos los dos principales arbitrajes de inversiones; es decir, el capítulo II del NAFTA y el arbitraje CIADI.

Como se ha desarrollado en el capítulo I y el capítulo II, la evolución de la participación de los *amicus curiae* en el arbitraje internacional de inversiones ha sido creciente, y se han generado cambios en estándares legales aplicables en diferentes contextos del arbitraje de inversiones. En el contexto del TLCAN, el 7 de octubre de 2003 se emitió la Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la Participación de partes no contendientes. En el contexto del CIADI, el 10 de abril de 2006 se implementó la regla 37(2), así como el artículo 41(3) en el Reglamento de Arbitraje Adicional del CIADI en la que explícitamente se incluye la posibilidad de la presentación de informes *amicus curiae*. Además, posteriormente UNCITRAL incorporó en su Reglamento de Arbitraje, en su artículo I párrafo 4, el Reglamento de la UNCITRAL sobre la Transparencia de los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, adoptado en el año 2013. Esta evolución es un claro ejemplo de la importancia del rol que *amicus curiae* ha venido adquiriendo en los últimos años. El presente capítulo analizará casos en los que la participación *amicus curiae* ha sido relevante o pudo ser relevante, con la finalidad de esgrimir la importancia de su participación para los países en desarrollo.

51 Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. CIADI N° ARB/03/19. Decisión (12 de febrero de 2007).

3.1. Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina, Caso CIADI N° ARB/03/19.

La importancia de la participación *amicus curiae* en los pronunciamientos del CIADI en este caso radica en lo siguiente:

En primer lugar, en el hecho de que gracias a la presentación de la solicitud de las ya mencionadas ONG para participar como *amicus curiae*, el tribunal ejerció por primera vez su poder para autorizar presentaciones en calidad de *amicus curiae*.

En segundo lugar, en el hecho de que el tribunal haya considerado la pertinencia del objeto del caso. En cuanto a juzgar la idoneidad de los peticionarios, el tribunal indicó en su resolución del 19 de mayo de 2005 tres factores de importancia a tener en cuenta: posesión de conocimientos especializados, experiencia e independencia.

En tercer lugar, es importante resaltar el análisis del tribunal al concluir que este caso revestía especial interés público al girar en torno a los sistemas que proporcionaban servicios públicos básicos de distribución de agua y alcantarillado a millones de personas. El tribunal reconoció que su decisión, ya fuera a favor de los demandantes o de la demandada, tenía el potencial de afectar a la población de la ciudad de Buenos Aires y municipios que la rodeaban, y se pudo plantear por esta razón una amplia gama de cuestiones complejas en materia de derecho público e internacional, incluidas consideraciones relativas a derechos humanos⁵². En este punto, es importante señalar que los actores de la sociedad civil y las ONG han usado los mismos argumentos como sustento para su pedido de participación en los procedimientos arbitrales del CIADI como *amicus curiae*.

En cuarto lugar, la importancia de la resolución emitida el 19 de mayo de 2005, radica en el hecho de que se tuvo como finalidad determinar el procedimiento apropiado para dar trámite a la solicitud de *amicus curiae*, y se permitió que un *amicus curiae* aprobado presente sus puntos de vista; y se procuró, al mismo tiempo, proteger los derechos sustantivos y procesales de las partes. El tribunal enfatizó que se estableciera un procedimiento que permitiera salvaguardar el debido proceso y el trato equitativo, así como la eficiencia de los procedimientos⁵³.

Con esta resolución, el tribunal claramente antepuso la protección de los derechos de las partes. Aun así, los demandantes sostuvieron que el tribunal debió rechazar la petición porque los peticionarios no buscaban ofrecer ningún elemento de hecho nuevo, sino presentar argumentos legales inapropiados⁵⁴. El tribunal, en la resolución antes mencionada, no limitó la contribución de un *amicus curiae* a «nuevos elementos de hecho». En su lugar, el tribunal sostuvo, en el párrafo 13, que el papel tradicional de un *amicus curiae* «[...] es ofrecer a la autoridad decisoria argumentos, perspectivas y conocimientos especializados, que las partes litigantes tal vez no presenten, con el propósito de ayudarla a tomar una decisión». Dichos «argumentos, perspectivas y conocimientos especializados» pueden referirse al derecho, a los hechos, o a la aplicación del derecho a los hechos⁵⁵. Sobre este fundamento y al considerar la petición y las

52 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. N° ARB/03/19. párr. 19, p. 350. Res. en Respuesta a la Petición de Transparencia y Participación en Calidad de *Amicus Curiae*. CIADI.

53 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. N° ARB/03/19. párr. 19, p. 358. Res. en Respuesta a la Petición de Transparencia y Participación en Calidad de *Amicus Curiae*. CIADI.

54 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. N° ARB/03/19. párr. 19, p. 358. Res. en Respuesta a la Petición de Transparencia y Participación en Calidad de *Amicus Curiae*. CIADI.

55 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. Res. en Respuesta a la Petición de Transparencia y Participación en Calidad de *Amicus Curiae*. N° ARB/03/19, párr. 19, p. 350. CIADI.

observaciones de las partes, el tribunal determinó que los peticionarios podían presentar los informes escritos *amicus curiae*.

Finalmente, los argumentos de los inversionistas que señalan que la participación *amicus curiae* ocasionaría un perjuicio al procedimiento arbitral pueden ser desechados en razón de que el tribunal podrá desestimar comunicaciones que no cumplan los requerimientos necesarios para brindar nuevas luces a la solución de la controversia⁵⁶. El tribunal podrá usar la información contenida en estos informes como una herramienta útil, a fin de enriquecer su análisis y emitir, al final, una decisión justa e informada. Es a partir de este factor que se puede vislumbrar el rol beneficioso de esta figura para los países en desarrollo, los cuales, apoyados en estos informes, podrán sustentar de manera más sólida su defensa para así obtener un resultado favorable que no implique un perjuicio para su población.

Esta conclusión es reforzada por el lenguaje utilizado en la nueva regla 37(2) de las reglas de arbitraje del CIADI desde el 10 de abril de 2006. De conformidad con esta norma, se requiere que los tribunales «se aseguren de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de presentar observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente».

3.2. Caso Biwater Gauff Ltd. vs. la República Unida de Tanzania (ICSID Case N° ARB/05/22).

Este es el primer caso en que se aplicó la nueva regla 37(2) sobre presentaciones de partes no contendientes de las reglas de arbitraje del CIADI. En este caso se trató la mala administración de los servicios de agua potable y saneamiento en Dar es-Salam, en Tanzania. Luego de la privatización del servicio, la empresa inversionista comenzó a facturar más e invertir menos que su predecesora estatal. El inversionista solicitó una revisión del contrato a fin de aumentar la tarifa y alegó que, de esta forma, podría realizar las inversiones necesarias para prestar el servicio de manera adecuada. Tanzania denegó la solicitud de la empresa inversionista. Las consecuencias de esta negativa se reflejaron en el notable deterioro de estos servicios básicos al no realizarse las inversiones necesarias para brindar un servicio adecuado (Bohoslavsky, 2012, p. 55).

Finalmente, el Estado rescindió la concesión y asumió la prestación del servicio (Bernasconi-Osterwalter y Parra, 2011, p. 199). El inversionista demandó a Tanzania ante el CIADI en el marco del BIT entre Tanzania y el Reino Unido.

3.2.1. Solicitud de participación en el procedimiento arbitral como *amicus curiae*.

En noviembre de 2006, cinco ONG, tres nacionales y dos internacionales enviaron una petición al tribunal con la finalidad de obtener la participación en el procedimiento arbitral como *amicus curiae*. Esta participación se llevó a cabo a través de la remisión de un informe escrito; y se requirió, además, el acceso a documentos importantes del arbitraje, conjuntamente con la posibilidad de participar en las audiencias y la oportunidad de replicar o responder directamente cualquier pregunta por parte del tribunal respecto al informe *amicus curiae*.

⁵⁶ Es importante señalar que no hay prueba alguna de los supuestos perjuicios que ocasionaría el informe *amicus curiae* a la parte demandante.

Dicha petición se realizó por parte de The Lawyers' Environmental Action Team (LEAT), The Legal and Human Rights Centre (LHRC), The Tanzania Gender Networking Programme (TGNP), CIEL e IISD⁵⁷.

Estas ONG ampararon su petición en la regla 37(2) anteriormente analizada. A pesar de no existir una forma preestablecida proporcionada para estos fines, las ONG basaron su presentación en los requisitos que se señalaron en dos casos anteriores a la modificación de la normativa del CIADI (Bernasconi-Osterwalter y Parra, 2011, p. 198). Estos requisitos son los siguientes:

- Indicar la identificación y los antecedentes del peticionario, la naturaleza de su membrecía si esta fuera una organización y la naturaleza de su relación con alguna de las partes en disputa.
- Señalar la naturaleza de su interés en el caso.
- Mencionar si el peticionario ha recibido ayuda financiera o económica de alguna de las partes o de alguna persona conectada con las partes del procedimiento.
- Precisar la razón por la cual el tribunal debería aceptar la sumisión de *amicus curiae* en este caso⁵⁸.

En este orden de ideas, las ONG demostraron en el informe *amicus curiae* emitido que cumplían con tales requerimientos, e indicaron el interés público inherente a nivel nacional e internacional de la presente controversia. Asimismo, destacaron la incidencia de este tipo de decisiones en países en desarrollo, los cuales han privatizado o se encuentran contemplando la posibilidad de privatizar los servicios de agua y alcantarillado o de otras infraestructuras de servicios públicos. También se indicó que este arbitraje tendría incidencia en el desarrollo sostenible, lo cual es un asunto que concierne a toda la comunidad internacional (Bernasconi-Osterwalter y Parra, 2011, p. 202).

La empresa Biwater Gauff, al igual que los otros inversionistas involucrados en los casos analizados, se opuso a dicha participación y alegó que los intereses de los peticionarios eran irrelevantes tanto de hecho como de derecho respecto a las cuestiones que debían decidirse por el tribunal⁵⁹.

3.2.2. Respuesta del tribunal respecto al estatus *amicus curiae*.

El tribunal en la Orden Procedimental N° 5 aceptó los argumentos de las ONG, y permitió que presentaran el informe escrito en febrero de 2007. Para arribar a esta conclusión, el tribunal tomó en cuenta, en particular, los siguientes hechos. En primer lugar, observó que la controversia fue muy pública y ampliamente difundida. En segundo lugar, notó que la Orden Procedimental N° 5 no permitiría la revelación de los documentos del procedimiento a los peticionarios. El tribunal también negó a los peticionarios la participación en las audiencias orales, y descartó la posibilidad de que las mismas estén abiertas al público o que en su rol de *amicus curiae* puedan responder en forma directa a cualquier pregunta del tribunal referente al informe *amicus*

57 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania Amicus Curiae Submission* N° ARB/05/22. ICSID. (26 marzo de 2007).

58 *Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*. N° ARB/03/19. CIADI.

59 *Laudo Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*. N° ARB/05/22. párr. 357. ICSID.

*curiae*⁶⁰. Y, en tercer lugar, consideró que en sus presentaciones escritas los peticionarios no debían referirse a los documentos intercambiados en el arbitraje (excepto si estos previamente hubiesen sido puestos a disposición del público)⁶¹.

Asimismo, el tribunal tuvo cuidado de no brindar más derechos que aquellos que se encontraban específicamente mencionados en la regla 37(2) y en los casos antes mencionados.

3.2.3. Informe *amicus curiae*.

Esta presentación *amicus curiae* fue realizada sobre la base de la Orden Procedimental N° 5, emitida el 2 de febrero de 2007, y se siguieron los términos y condiciones especificados por el tribunal en dicha orden. En el informe se concluyó que la cancelación del contrato de concesión se había producido con la finalidad de prevenir el futuro deterioro de los servicios de agua, ya que en esos momentos los ciudadanos estaban sufriendo directamente sus consecuencias⁶².

La presentación señala que, en realidad, el inversionista había fallado debido a su falta de visión y competencia empresarial al usar la renegociación del contrato como una estrategia poco después de su entrada en vigor. Esto debería ocasionar consecuencias jurídicas importantes en contra del inversionista en el derecho internacional de inversiones. Esta responsabilidad se amplificaría debido a que estaba en juego un proyecto importante de privatización de agua, el cual afectaría directamente los derechos del ser humano al agua limpia y segura, además de la capacidad de la sociedad para alcanzar sus objetivos de desarrollo sostenible⁶³.

De igual manera, se indicó al tribunal que, si antes de invertir el inversionista no había realizado una adecuada labor de investigación respecto a las características del sistema de aguas en Tanzania, no se podía usar el acuerdo de inversiones como una póliza de seguros contra estas decisiones erradas en su inversión⁶⁴.

De la misma manera, el informe *amicus curiae* señaló que el acceso al agua potable no solo era esencial para el desarrollo sostenible, sino que se consideró que el agua era un bien público, un recurso natural limitado y fundamental para la vida y la salud. Asimismo, se insistió en que el derecho humano al agua era indispensable para llevar una vida digna. Si bien no hay duda de que lograr el cumplimiento de este derecho conlleva una serie de desafíos, el simple hecho de que la vida no sea posible sin agua, y que la salud no sea posible sin agua potable demuestra el carácter de este derecho humano básico⁶⁵.

Adicionalmente, en el informe presentado, los *amicus curiae* se pronunciaron sobre el deber de los inversionistas de actuar de buena fe en el derecho internacional, ya que este tipo de actuación es un elemento básico en las relaciones entre el inversionista y el Estado anfitrión.

60 Laudo *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, N° ARB/05/22, párr. 67. ICSID. Laudo *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID CASE N° ARB/05/22, párr. 67.

61 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, párr. 67 (Final Award), párr. 67.

62 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, N° ARB/05/22, párr. 95 (26 marzo, 2007): *Amicus Curiae Submission*.

63 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, N° ARB/05/22, párr. 8 (26 marzo, 2007): *Amicus Curiae Submission*.

64 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, N° ARB/05/22, párr. 16 (26 marzo, 2007): *Amicus Curiae Submission*.

65 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, N° ARB/05/22, párr. 48 (26 marzo, 2007): *Amicus Curiae Submission*.

En el informe *amicus curiae* se indicó que el patrón de comportamiento del demandante sugería el uso de una estrategia de pre y post renegociación que consistía en hacer una oferta baja a fin de recibir el contrato para luego renegociarlo. Se señaló que el inversionista tenía una sola estrategia que consistía en, primero, obtener la concesión del contrato, para posteriormente pedir la renegociación del mismo de manera encubierta una vez que los potenciales competidores estuvieran fuera de competencia⁶⁶.

Es importante señalar que el tribunal se reservó el derecho de formular preguntas específicas a los peticionarios en relación a su presentación escrita y a solicitar presentaciones escritas adicionales y/o documentos u otras pruebas que podrían ayudar a lograr una mejor comprensión de la posición de los peticionarios, las cuales se darían antes o después de la audiencia⁶⁷.

3.2.4. Decisión final.

De esta manera, en julio de 2008 el tribunal del CIADI en el caso *Biwater Gauff vs. Tanzania* emitió este laudo definitivo y ofreció un interesante ejemplo sobre el tratamiento de la presentación del informe de los *amicus curiae*. Dicho laudo ha brindado un contexto inicial útil para los tribunales arbitrales. Quizás más que el hecho que los tribunales aceptaran el informe *amicus curiae*, lo más significativo resulta ser el grado en que el tribunal se basó en los argumentos de hecho y de derecho del informe *amicus curiae* en el laudo final (Bernasconi-Osterwalter y Parra, 2011, p. 206).

Cabe señalar que, aunque no exista el requerimiento dentro de las reglas de arbitraje del CIADI de que el panel deba basarse o referirse a argumentos del informe *amicus* cuando se emita el laudo final, este tribunal no solo lo hizo explícitamente, sino que afirmó que «esta presentación escrita *amicus curiae* había proporcionado un contexto inicial muy útil para la investigación y análisis del tribunal arbitral»⁶⁸. El tribunal usó doce páginas en el laudo final para discutir los argumentos expuestos en el informe *amicus* e indicó que esta «sumisión había informado el análisis de la demanda y que dentro de la presentación escrita se encontraron puntos relevantes y específicos»⁶⁹.

Resulta notable que tras resumir los argumentos expuestos en el informe *amicus curiae* en forma considerablemente detallada, el tribunal declaró explícitamente que los argumentos y la información proporcionada por los peticionarios fueron útiles e informaron debidamente al tribunal, y se generó así un adecuado análisis de la controversia⁷⁰. Como principio, se resumieron temas importantes como la responsabilidad del inversionista, que se expresa en términos de limitaciones correlativas en el ámbito de protección del tratado bilateral. En este sentido, se destaca la decisión en el caso *Maffezini*, en la cual se sostiene que «el Tribunal debe enfatizar que los acuerdos bilaterales sobre inversiones no son pólizas de seguro contra malas decisiones

66 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*. N° ARB/05/22, párr. 48 (26 marzo, 2007): *Amicus Curiae Submission*.

67 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*. N° ARB/05/22, párr. 65 (26 marzo, 2007): *Amicus Curiae Submission*.

68 *Laudo Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. and United Republic of Tanzania*. N° ARB/05/22, párr. 355 (26 marzo, 2007): *Amicus Curiae Submission*.

69 *Laudo Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. and United Republic of Tanzania*. N° ARB/05/22, párr. 392 (26 marzo, 2007): *Amicus Curiae Submission*.

70 *Laudo Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. and United Republic of Tanzania*. N° ARB/05/22, párr. 371 - 392 (26 marzo, 2007): *Amicus Curiae Submission*.

de negocios»⁷¹. Estos acuerdos no son pólizas de seguro para todos los efectos negativos de las acciones o actividades gubernamentales. Se hizo énfasis en que la falla de un inversionista para llevar a cabo una adecuada evaluación de riesgo o la conducta inescrupulosa por parte del inversionista con el fin de ganar una licitación afectará sus derechos en virtud del contrato de inversión y cualquier acuerdo de inversión aplicable o BIT⁷².

En el caso materia de la controversia, el inversionista ya contaba con experiencia suficiente para conocer cómo se realizaban estas operaciones. Dicha experiencia incluía la distribución de agua potable en países en desarrollo tales como Guatemala, Indonesia, México, Malasia, Nigeria, Panamá y Filipinas.

Igualmente, se trató el punto acerca de que los inversionistas extranjeros estaban sujetos a ciertas condiciones o al cumplimiento de ciertos deberes tales como aplicar estándares comerciales o empresariales para el proceso de inversión con el fin de observar el principio *pacta sunt servanda*. Se sostuvo que el inversionista había incumplido obligaciones del contrato, en especial lo referido a la infraestructura del proyecto, lo cual puso en riesgo el bienestar de los ciudadanos debido al carácter monopólico del servicio básico que prestaba. De manera similar, se esgrimió el hecho de que el inversionista no haya actuado de buena fe⁷³.

Adicionalmente, se planteó que el nivel más alto de responsabilidad debía ser impuesto a los inversionistas extranjeros antes de solicitar la protección del derecho internacional cuando estos se involucran en proyectos íntimamente relacionados con los derechos humanos y la capacidad de lograr el desarrollo sostenible en determinados países. En este sentido, las cuestiones en derechos humanos y la capacidad de lograr el desarrollo sostenible son factores que equilibran los derechos y las obligaciones entre el inversionista y el estado anfitrión⁷⁴.

Sin embargo, los argumentos presentados por el *amicus curiae* que mencionaban los principios de desarrollo sostenible o el derecho al agua en buenas condiciones no fueron, en realidad, examinados en el laudo. Esto parece contradecir la relevancia otorgada al informe *amicus curiae* y la propia declaración de que «fueron relevantes los puntos específicos que surgieron de las alegaciones del *amicus curiae*, en este contexto»⁷⁵. Aunque el tribunal reconoció en el laudo emitido que esta era una controversia de naturaleza pública, es lamentable que el tribunal no reconsiderara y examinara estas cuestiones.

En este caso, los *amicus curiae* tuvieron un especial interés y conocimiento de los derechos humanos y medioambientales, y su importancia radica en que en el informe *amicus curiae* se proporcionaron perspectivas que diferían sustancialmente de lo argumentado por las partes contendientes. Se aportó, así, una valiosa contribución al procedimiento (Ishikawa, 2010, p. 408).

71 Maffezini vs. España. Award, párr. 16 y 64; Amici Brief (13 noviembre de 2000). Véase también Eudoro A. Olguin vs. República de Paraguay. N° ARB/98/5. párr. 73. Award. ICSID. (26 de julio de 2001); MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. vs. Chile. N° ARB/01/7. párr. 178. Award. ICSID. (25 de mayo de 2004).

72 Laudo *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. and United Republic of Tanzania*. N° ARB/05/22, párr. 375.

73 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. and United Republic of Tanzania*. N° ARB/05/22, párr. 9 (26 de marzo 2007) (Amicus Curiae Submission).

74 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. and United Republic of Tanzania*. N° ARB/05/22, párr. 9 (26 de marzo 2007) (Amicus Curiae Submission); *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, párr. 380 (Final Award) párr. 380.

75 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. and United Republic of Tanzania*. N° ARB/05/22, párr. 392 (26 de marzo de 2007). (Amicus Curiae Submission).

A partir del presente caso analizado, observamos que, excepto en el caso Bechtel, existe un reconocimiento por parte del tribunal respecto al uso de esta información. Países como Tanzania, Argentina y Bolivia, que han realizado la privatización de los servicios de agua, se han visto involucrados en este tipo de controversias internacionales. Por su especial carácter público, en tanto se refiere a la protección de los derechos humanos y la protección del medioambiente a fin de generar un adecuado desarrollo sostenible, este tipo de controversias ha originado que los tribunales arbitrales del CIADI reciban estas solicitudes de intervención como *amicus curiae* por parte de la sociedad civil y las ONG.

3.3. Caso AES Summit Generation Ltd. y AES Tisza Eromu KFT vs. Hungría, CIADI ARB/07/22.

Otro ejemplo de la evolución que viene desarrollándose dentro del CIADI se encuentra en el caso CIADI ARB/07/22, AES Summit Generation Ltd. y AES Tisza Eromu KFT vs. Hungría en noviembre de 2008, en el cual se autorizó la participación de la Comisión Europea a título de *amicus curiae*. Se trata de un asunto sin precedentes en el arbitraje CIADI, ya que los *amicus curiae* que solicitan intervenir en este tipo de procedimientos arbitrales suelen ser ONG y demás actores de la sociedad civil (Medina-Casas, 2009, p. 234). Ante esta situación, se piensa que la figura del *amicus curiae* seguirá evolucionado de la misma forma que continuará evolucionando el arbitraje de inversiones.

3.4. Piero Foresti y otros vs. la República de Sudáfrica, CIADI ARB/10/15.

En este caso, inversionistas italianos y luxemburgueses llevaron esta controversia al CIADI y aludieron que la República de Sudáfrica había adoptado una serie de medidas a fin de incentivar la participación de inversionistas nacionales en la explotación de canteras de granito. Los inversionistas indicaron, además, que estas medidas expropiatorias generaron la extinción definitiva de los derechos de algunas empresas de los inversionistas dedicados a esta explotación. Asimismo, señalaron que no habían sido compensados debidamente por Sudáfrica⁷⁶.

Cinco ONG dedicadas a la promoción de los derechos humanos y la protección del medio ambiente solicitaron intervenir en el procedimiento arbitral como *amicus curiae* y solicitaron lo siguiente: presentar observaciones escritas a través de un informe *amicus curiae*, acceder a documentos clave del procedimiento arbitral y permiso para atender a las audiencias y formular alegaciones en las mismas⁷⁷. Es importante señalar que este procedimiento se desarrolló bajo el Mecanismo Complementario del CIADI y que en su artículo 41 (3) establece una redacción idéntica a la regla 37(2) del reglamento del CIADI.

Las ONG señalaron que las medidas tomadas por Sudáfrica revestían gran importancia en el proceso de consolidación del principio de igualdad en Sudáfrica. Además, señalaron que estas medidas llevaban en sí mismas una proyección internacional que podría afectar numerosos sectores normativos como el derecho al desarrollo y otros derechos humanos⁷⁸.

⁷⁶ Piero Foresti y Otros vs. la República de Sudáfrica. ARB/10/15. CIADI.

⁷⁷ Petition for Limited Participation as Non-Disputing Parties in Terms of Articles 41 (3), 27, 39, and 35 of the Additional Facility Rules.

⁷⁸ Petition for Limited Participation as Non-Disputing Parties in Terms of Articles 41 (3), 27, 39, and 35 of the Additional Facility Rules, párr. 6.8 y 6.3.

El tribunal, luego de hacer un test de idoneidad, analizar el interés significativo de las peticionarias y cerciorarse de que las mismas cumplieran con los requisitos del artículo 41 (3), les permitió presentar observaciones escritas a través de un informe *amicus curiae*. En cuanto a la petición de atender a las audiencias orales y realizar alegaciones en las mismas, el tribunal denegó esta petición a las peticionarias.

La importancia de la participación *amicus curiae* en el presente caso radica en que sus argumentos fueron lo suficientemente eficaces y adecuadamente sustentados⁷⁹ para lograr que, por primera vez, un tribunal arbitral en un caso de arbitraje internacional de inversiones permita a un *amicus curiae* el acceso a documentos necesarios para que puedan formular alegaciones con relación a las cuestiones principales del litigio, así como para determinar la posición de ambas partes⁸⁰. Esta autorización, además de ser un paso importante para la transparencia de los procedimientos arbitrales de inversión, es un reconocimiento tácito de un tribunal CIA-DI de la relevancia de la información que podría contener un informe *amicus curiae* al contar con documentos necesarios del procedimiento arbitral. Estos nuevos informes podrán brindar información revestida de nuevas reflexiones y argumentos de hecho y de derecho.

La importancia de estas presentaciones *amicus curiae* como un beneficio para los países en desarrollo radica en que al tener acceso a documentos importantes del procedimiento, los *amicus curiae* podrán analizar las posiciones tomadas por los países en desarrollo con el fin de añadir información especializada para su defensa o de resaltar hechos que conlleven una toma de decisión beneficiosa para ellos por parte del tribunal.

3.5. Caso Bernhard von Pezold y Otros vs. La República de Zimbabue CIADI ARB/10/15 y Border Timbers Ltd. y Otros vs. Zimbabue CIADI ARB/10/25.

En este caso, el arbitraje se refirió a presuntas violaciones de su BIT como consecuencia de las medidas tomadas por parte de la República de Zimbabue referidas a la transformación de madera y la silvicultura. Una ONG y cuatro comunidades indígenas pidieron intervenir en el procedimiento arbitral como *amicus curiae* y solicitaron lo siguiente: presentar observaciones escritas a través de un informe *amicus curiae*, acceder a documentos clave del procedimiento arbitral y tener permiso para atender a las audiencias con la posibilidad de responder a preguntas formuladas por el tribunal⁸¹. En este caso, el tribunal arbitral denegó la solicitud de la ONG y las comunidades indígenas de participar en el procedimiento arbitral como *amicus curiae*, y señaló que ellas habían fallado en satisfacer los requerimientos de la regla 37(2).

Si bien es cierto que en el presente caso no se aceptó la participación *amicus curiae*, esta decisión del tribunal von Pezold ocasionó la fragmentación del derecho internacional y la violación de estándares legales aplicables del arbitraje de inversiones y la interpretación (Schliemann, 2013, p. 384).

El tribunal, al rechazar la aplicación del derecho internacional fuera del contexto de inversiones, contravino la aplicabilidad directa de las normas prevalecientes en jerarquía, así como la

79 Los *amicus curiae*, a fin de obtener acceso a los documentos del procedimiento arbitral, sustentaron su petición en precedentes arbitrales, discusiones sobre la transparencia en el seno de la UNCTAD, y directrices adoptadas en julio de 2001 por NAFTA sobre el acceso a documentos.

80 Piero Foresti y Otros vs. la República de Sudáfrica. ARB/10/15. CIADI. Comunicación de la Secretaria del Tribunal sobre la petición para participar como partes no contendientes. (5 de octubre de 2009).

81 Von Pezold/Border vs. Zimbabue. N° ARB/10/15. Proc. ord. N° 2. párr. 57 - 61. CIADI.

integración sistemática de otras normas relevantes vía interpretación. Cuando el tribunal consideró que la solicitud *amicus curiae* estaba sustentada en normas del derecho internacional, consideró que su pedido no guardaba relación con el ámbito de la diferencia, lo cual tuvo como consecuencia que varios requerimientos procedimentales no se pudieran cumplir; y finalmente se rechazara la participación de las solicitantes como *amicus curiae* en el procedimiento arbitral (Schliemann, 2013, p. 382).

Con respecto a las observaciones del tribunal, podemos señalar que este es un claro ejemplo de cómo un tribunal de inversiones ha limitado un análisis exhaustivo de una controversia debido a lo siguiente:

En primer lugar; al generar un quebrantamiento que va en contra de todos los esfuerzos que los actores del derecho internacional han logrado y omitir un análisis de la jurisprudencia arbitral referida a la participación *amicus*. El tribunal von Pezold ha tenido como resultado la emisión de una decisión arbitraria, demasiado restrictiva y provista de ninguna justificación legal (Schliemann, 2013, p. 387).

En segundo lugar; el tribunal, al no contar con toda la información necesaria para emitir una decisión informada ya que los argumentos aducidos por los *amicus curiae* a menudo giran alrededor de normas de derecho internacional (como las normas de protección al medio ambiente y derechos humanos), emitirá una decisión que no refleje el contexto real en el que un Gobierno tomó una determinada medida o una decisión que origine un perjuicio irreparable para las poblaciones más vulnerable de estos Gobiernos.

Este es un claro ejemplo de la importancia de la participación de los *amicus curiae* en beneficio de los países en desarrollo, debido a que esta información pudo ser útil al momento de evaluar si las medidas gubernamentales tomadas por el Gobierno de Zimbabwe, las cuales originaron la expropiación, sirvieron a un interés público y no fueron medidas discriminatorias, tal como se señaló en la decisión del tribunal von Pezold (Schliemann, 2013, p. 384).

3.6. Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay ICSID Case N° ARB/10/7.

La controversia estuvo referida a alegaciones de las demandantes acerca de que, mediante diversas medidas de control del tabaco aplicables a la industria tabacalera, la demanda violó el BIT en razón del trato otorgado a las marcas comerciales registradas de las marcas de cigarrillos en las que las demandantes habían invertido. Dentro de esas medidas, se encontraban la adopción de una parte del Gobierno del requisito de la presentación única que impedía a las tabacaleras comercializar más de una variante de cigarrillos bajo una misma familia de marca, y el aumento del tamaño de las advertencias sanitarias con imágenes que aparecían en cajetillas de cigarrillos⁸².

El 30 de enero de 2015, la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Secretaría del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (Secretaría del CMCT) presentaron una solicitud para efectuar una presentación escrita en calidad de parte con contendiente, de conformidad con la regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI. El 12 de febrero de 2015, el tribunal autorizó a la OMS y a la Secretaría del CMCT a efectuar una presentación escrita e informó a las partes que posteriormente emitiría una decisión fundada. El tribunal, en la Resolución Procesal N° 3 del 17 de febrero de 2015, manifestó lo siguiente:

82 Philip Morris Brand Sard, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. vs. Oriental Rublic of Uruguay. N° ARB/10/7. párr. 9.8. ICSID (Laudo Arbitral).

La presentación puede ser beneficiosa para su proceso de toma de decisiones en este caso, teniendo en cuenta la contribución en términos de conocimiento y experiencia particulares de las dos entidades calificadas (la OMS y la Secretaría del CMCT) en lo que se refiere a las cuestiones objeto de la controversia. Considera que, en vista del interés público que implica este caso, aceptar la solicitud sustentaría la transparencia del procedimiento y su aceptabilidad por parte de los usuarios en general.

El 6 de marzo de 2015, el centro recibió una solicitud para recibir un informe escrito *amicus curiae* por parte de la Organización Panamericana de la Salud (OPS). De acuerdo a la peticionaria, esta abordaría cuestiones relacionadas a la disputa. Además, ayudaría a establecer el contexto regional y, específicamente, el contexto en el que Uruguay tomó medidas regulatorias referidas al empaquetado y etiquetado de productos de tabaco, y la razonabilidad y efectividad para la toma de estas medidas⁸³.

En las consideraciones del tribunal de aceptar o no la sumisión del informe *amicus curiae*, el tribunal consideró la opinión del tribunal Methanex⁸⁴, particularmente el párrafo 49 donde señalaba que, indudablemente, había un interés público por parte de los solicitantes y que el procedimiento arbitral podría beneficiarse al ser percibido como más abierto y transparente o, por el contrario, ser perjudicado al ser percibido indebidamente como secreto (*Methanex v. United States*, fn 1, párr. 49).

El tribunal, además, señaló que este creía que la sumisión podría ser beneficiosa en el proceso de la toma de decisión, al considerar en este caso la contribución del conocimiento particular y la pericia de una entidad tan calificada como la OPS en relación a las cuestiones objeto de esta controversia. El tribunal consideró que concedería la solicitud en vista del interés público en el que estaba envuelto este caso y, así, afianzaría la transparencia de los procedimientos y la aceptabilidad de los mismos por parte de sus usuarios a la larga. Al tomar en cuenta estas consideraciones, el 24 de marzo de 2015 el tribunal aceptó la sumisión del informe *amicus curiae* por parte de la OPS⁸⁵.

El tribunal señaló en su decisión que Uruguay adoptó medidas impugnadas con el fin de proteger la salud pública en la observancia de sus obligaciones nacionales e internacionales. El tribunal señaló que estas medidas se tomaron de buena fe y en forma no discriminatoria. Señaló, además, que las medidas fueron proporcionales al objetivo al que se aspiraba; muy lejos de su impacto adverso limitado sobre el negocio de Abal. Contrario a los argumentos de los demandantes, las medidas impugnadas no fueron arbitrarias e innecesarias, sino potencialmente un medio efectivo para la protección de la salud pública; una conclusión que también respaldaron los escritos de la OMS/OPS⁸⁶.

El rol de estas organizaciones internacionales que actuaron como *amicus curiae* en este procedimiento tuvo una importancia relevante en la toma de decisión del tribunal. Además,

83 *Philip Morris Brand Sard, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, N° ARB/10/7, Proc. Ord N° 4, ICSID, (25 de marzo de 2015).

84 *Philip Morris Brand Sard, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, N° ARB/10/7, Proc. Ord N° 4, párr. 28, ICSID, (25 de marzo de 2015).

85 *Philip Morris Brand Sard, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, N° ARB/10/7, Proc. Ord N° 4, párr. 30, ICSID, (25 de marzo de 2015).

86 *Philip Morris Brand Sard, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, N° ARB/10/7, párr. 306, ICSID (Laudo Arbitral), (25 de marzo de 2015).

cabe señalar que el propio tribunal indicó que era cierto que era difícil y podría ser imposible demostrar en forma aislada el impacto individual de las medidas como la RPU o la Regulación 80/80. El tribunal señaló que las investigaciones acerca de las motivaciones en relación con el consumo de tabaco son difíciles de realizar (como lo han reconocido los peritos de ambos lados). Además, las medidas impugnadas se introdujeron como parte de un amplio plan para el control del tabaco y es difícil desglosar sus distintos componentes. Sin embargo, el hecho es que la incidencia del cigarrillo en Uruguay ha disminuido, en particular entre los jóvenes fumadores, y estas son medidas de salud pública que apuntaban a este fin y fueron capaces de contribuir a su alcance. En la opinión del tribunal, esto era suficiente para desestimar el reclamo plantado en virtud del artículo 5(1) del BIT⁸⁷.

En este párrafo, el tribunal cita directamente el escrito *amicus curiae* de la OMS, párrafo 90, que señala: «Estos elementos probatorios coherentes con la práctica del Estado respaldan la conclusión de que las medidas uruguayas en cuestión son un medio efectivo para la protección de la salud pública» y el escrito *amicus curiae* de la OPS, párrafo 100, que expresa: «Las medidas para el control del tabaco de Uruguay son una respuesta razonable y responsable ante las estrategias de promoción, comercialización y publicidad engañosa empleada por la industria tabacalera, se basan en pruebas fehacientes y han demostrado ser efectivas para la reducción del consumo de tabaco. Por este simple motivo, la industria tabacalera se ve en necesidad de impugnarlas»⁸⁸.

Este caso es un claro ejemplo de la importancia de la participación de los *amicus curiae* en procedimientos arbitrales de inversión donde intereses tan importantes como la salud pública están en juego. El rol de la OMS y OPS ha sido un claro ejemplo de la importancia de su participación para un país en desarrollo, el cual se vio beneficiado de la experiencia y pericia de estas organizaciones. Tal como el mismo tribunal señaló, sin la participación de estas organizaciones internacionales, hubiera sido difícil determinar puntos importantes para la toma de una decisión.

Con la finalidad de responder en forma concreta a las críticas en contra de la aceptación de los informes *amicus curiae* en el procedimiento arbitral del CIADI, desarrollaremos las principales preocupaciones que se han generado respecto a su participación.

En primer lugar, los inversionistas alegan que esta participación los perjudicará, pues tendrán que litigar contra dos partes, además de darse un incremento en los costos y de producirse demoras en el procedimiento arbitral. Sobre el particular, cabe mencionar que cuando el CIADI modificó su reglamento, tuvo mucho cuidado al elaborar su regla 37(2), a fin de no otorgar ningún derecho al *amicus curiae*, dejándose así a la discrecionalidad del tribunal el aceptar o no tales presentaciones escritas. Por ejemplo, no se otorgó una facultad excesiva para que estos no litigaran como parte, limitándose únicamente a brindar información que pueda ser útil al tribunal. En este sentido, será el tribunal el que procurará el equilibrio entre recibir información excesiva o estar informado en todo lo posible respecto a los diferentes puntos de vista.

Respecto a los costos extras que esta participación pueda generar a las partes, cabe destacar que no se generará ningún costo adicional al inversionista ni al país demandado. Esta es otra razón por la cual esta participación podrá ser beneficiosa para los países en desarrollo, ya que el análisis y la investigación que realizarán los *amicus curiae* con el fin de emitir este informe

87 Philip Morris Brand Sard, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Rubric of Uruguay. N° ARB/10/7. párr: 306. ICSID. Laudo Arbitral (25 de marzo de 2015).

88 Philip Morris Brand Sard, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Rubric of Uruguay. N° ARB/10/7. párr: 306. ICSID. Laudo Arbitral (25 de marzo de 2015).

no acarreará ningún costo extra para estos países; los cuales, en la mayoría de los casos, no cuentan con los medios suficientes para sustentar una adecuada defensa.

En segundo lugar, se alega la existencia de una politización de la controversia dentro del foro arbitral. Al respecto, cabe señalar que estas preocupaciones son cuestionables, debido a que este riesgo siempre existirá de producirse una controversia que esté relacionada a asuntos públicos importantes, independientemente de que se lleve a cabo o no la participación de los *amicus curiae*. Ha de tenerse en cuenta el interés público que conlleva este tipo de casos, y que cualquier información que se desprenda del mismo generará una reacción pública notoria.

Por otro lado, existen inquietudes tanto por parte de los inversionistas como de los países en desarrollo respecto a la idoneidad de los *amicus curiae*, en especial al tratarse de las ONG. Los inversionistas, además de expresar sus reservas sobre las actuaciones de las ONG en el campo del derecho internacional, esgrimen argumentos como la desigual distribución de las ONG, e indican que ellas eclosionan más en los países desarrollados que en los países en desarrollo. Esto obedece a la misma evolución y desarrollo de la sociedad civil, la existencia de tradiciones democráticas y participativas, y la presencia de recursos económicos y de otra naturaleza, lo cual implica para las mismas alianzas que pondrán en desventaja a los países en desarrollo, sin tomar en consideración que las mismas se han ido extendiendo hacia ellos (Pons Ráfols, 2009).

Asimismo, se alega que estas organizaciones únicamente tendrán intereses particulares, como son los intereses comerciales o industriales, los cuales estarían contrapuestos a los intereses públicos. También se sostiene que estas ONG pueden ser manipuladas por un Estado o las corporaciones privadas a través de subsidios o financiamientos (Kamminga, en Ishikawa, 2010, p. 399), lo cual —se señala—, conduce a una cierta pérdida de autonomía y se afecta la independencia de las ONG; la misma que, si bien no se llega a anular, por lo menos se difumina (Pons Ráfols, 2009). Cabe señalar que, en la actualidad, existen criterios específicos que ayudarán al tribunal a determinar si estas preocupaciones por parte de los inversionistas tienen sustento. El tribunal podrá tener en cuenta los lineamientos del nuevo reglamento de UNCITRAL sobre la Transparencia a fin de determinar la independencia e intereses de las partes.

Con relación a la presente investigación, es necesario tener en claro que, tal como lo sostuvo el tribunal en su resolución del 19 de mayo de 2005 en el caso Suez Sociedad General de Aguas Barcelona, S.A. y Vivendi S.A. vs. la República de Argentina, para que el mismo pueda ejercer su poder para autorizar las presentaciones *amicus curiae* en el procedimiento arbitral, deberá tener en cuenta como criterio básico la pertinencia del objeto del caso analizando y la independencia de los *amicus curiae*. Esto responde a las preocupaciones tanto de los inversionistas como de los países en desarrollo.

Otro argumento en contra de la participación del *amicus curiae* se refiere al carácter cuestionable de su legitimidad. Además, se alega la naturaleza del proceso de toma de decisiones interno, el cual se considera que no es democrático ni transparente (Ishikawa, 2010, p. 399). Estas críticas han sido contrarrestadas mediante la adopción de medidas de fomento de la transparencia, códigos de buenas prácticas y mecanismos de auditoría. Esta fórmula está demostrando ser efectiva para hacer frente a estas situaciones en el caso de las grandes coaliciones o redes de ONG que cooperan estrechamente con intereses comunes (Pons Ráfols, 2009).

Finalmente, en la presente investigación no está en discusión el examen general respecto a la idoneidad de la participación de las ONG en la elaboración del derecho internacional. No obstante, en el contexto del arbitraje de tratados de inversiones, la idoneidad de las presentaciones *amicus curiae* ha sido abordada por el tribunal en el caso Suez Sociedad General de

Aguas Barcelona, S.A. y Vivendi S.A. vs. la República de Argentina. En este caso se sostuvo que, a través del análisis de la posesión de conocimientos especializados, experiencia e independencia que posea esta figura, el tribunal determinará la pertinencia del objeto del caso con el fin de autorizar las presentaciones *amicus curiae*.

Existen otras opiniones al respecto. Así, Tomoko Ishikawa (2010) plantea, con respecto a la idoneidad de la participación de las ONG, que las preocupaciones que surgen por parte del inversionista y de los países en desarrollo anteriormente analizadas se encuentran fuera de lugar. Primero, se señala que el aceptar presentaciones de varios tipos de *amicus curiae*, entre ellos ONG industriales o corporaciones de negocios, en el arbitraje de inversiones no traerá ningún perjuicio ni a las partes ni al procedimiento. Un ejemplo de esto lo constituye el hecho de que el tribunal UPS haya aceptado la presentación de la Cámara de Comercio de Estados Unidos. De modo similar, el tribunal Glamis aceptó la presentación de la Asociación Nacional de Minas, la cual está comprometida con las corporaciones del sector minero americano. De esta manera, se debe tener en cuenta que al aceptar argumentos de *amicus curiae* que cuentan con perspectivas y propósitos diferentes, los tribunales podrán obtener una amplia gama de fundamentos a fin de tomar una decisión adecuada. Se afirma, además, que la diversidad de opiniones y la aptitud analítica de las presentaciones *amicus curiae* enriquecerán el debate y contribuirán así a un análisis más profundo. En segundo lugar, se destaca el hecho de que siempre queda a discreción del tribunal rechazar presentaciones que no reúnan los criterios suficientes antes mencionados.

Asimismo, se plantean dudas sobre la efectividad de las presentaciones *amicus curiae* sin que exista una completa transparencia en el procedimiento. Se argumenta que los *amicus curiae* necesitan tener información suficiente respecto a una controversia determinada para poder contribuir con su experiencia y sus perspectivas. Como respuesta a esta supuesta ineffectividad, el tribunal en el caso Piero Foresti vs. la República de Sudáfrica autorizó la solicitud de los *amicus curiae* al acceso a documentos del procedimiento. El acceso a documentos a fin de realizar un informe que contenga información especializada que las partes no añadieron a sus alegatos logrará que el tribunal se beneficie y pueda emitir una decisión informada. Además, es importante señalar que el hecho de que exista o no efectividad dependerá de muchos factores, y no únicamente del acceso que se pueda tener a documentos del procedimiento o el acceso a las audiencias del mismo. Esto se debe a que estas controversias normalmente cuentan con un rango de información potencial que es de dominio público que puede ser tomada en cuenta. Además, estas organizaciones podrán obtener dicha información a través de otras fuentes de información que no sean únicamente las actuaciones del procedimiento arbitral. Esto generará argumentos sólidos que sostengan la redacción y futura presentación del informe *amicus curiae* (Ishikawa, 2010, p. 400), tal como sucedió en el caso Bewater Gauff vs. Tanzania, donde existió considerable información de carácter público que pudo ser usada por los *amicus curiae*⁸⁹.

De manera similar, existen otros beneficios que surgen de la presentación del informe escrito *amicus curiae*. Estos beneficios están basados en el hecho de que estos informes escritos pueden contener cierta información que las partes están imposibilitadas de otorgar o no están dispuestas a admitir debido a varios factores, tales como la falta de recursos económicos y humanos suficientes para afianzar su defensa, o que simplemente no lo hagan debido al temor de que estos mismos argumentos puedan ser usados en su contra en futuras controversias.

89 Laudo *Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*. Case N° ARB/05/22, párr. 367. ICSID

Cualquiera sea la razón, esta perspectiva adicional podrá ayudar a los tribunales no solo a ver el caso en general, sino a hacer un análisis más profundo, enriquecer el debate y otorgar al tribunal argumentos legales más comprensibles, como la realización de estudios jurídicos comparativos detallados. Esto se evidenció en el caso *Biwater Gauff vs. Tanzania*, donde se le proporcionó al tribunal un análisis jurídico detallado sobre el deber de los inversionistas de actuar de buena fe en el derecho internacional, ya que este es un elemento básico en las relaciones entre el inversionista y el Estado anfitrión. En el informe *amicus curiae* en este caso, se indicó que el patrón de comportamiento del demandante sugería una estrategia de pre y post renegociación que consistía en hacer una oferta baja a fin de recibir el contrato para luego renegociarlo⁹⁰. Como observamos, este análisis proporcionado tendrá la posibilidad de influenciar la decisión del tribunal.

Otro beneficio que brindará la presentación de estos informes *amicus curiae* es la capacidad de proveer al tribunal información científica y conocimientos técnicos especializados, o proporcionar información fáctica sobre hechos específicos en la disputa. Cuando se requiera que el tribunal evalúe la idoneidad de las medidas ambientales como una aplicación de la política medioambiental, el análisis exhaustivo realizado por expertos de las organizaciones no gubernamentales (por ejemplo, las organizaciones no gubernamentales internacionales y locales pueden combinar su experiencia y conocimientos, y realizar una presentación conjunta) será especialmente valiosa. Esto se produce, en especial, en el campo de los derechos humanos donde, como se ha señalado, las ONG, en base a su experiencia, están en mejor condición para proponer «buenas prácticas» (Decaux en Ishikawa, 2010, p. 381).

Por otro lado, es necesario considerar que estas organizaciones no gubernamentales internacionales están exentas de cualquier mandato, y cuentan así con más libertad que un Gobierno para representar intereses globales. A manera de ilustración, es necesario referirnos al asunto *Sardinas - Comunidades Europeas*, donde la Asociación de Consumidores del Reino Unido emitió un informe que señalaba las preferencias del consumidor que favorecería la posición peruana y el hecho de que la Unión Europea, a través de una medida proteccionista, haya pretendido proteger a la industria pesquera española. Si esta asociación no hubiese estado exenta del mandato de la Unión Europea, esta información que fue muy útil para nuestra defensa no habría sido examinada por el OSD de la OMC, y no se habría presentado un beneficio considerable para un país en desarrollo como el Perú.

Otro aspecto significativo a señalar es la adopción de BIT por parte de los Estados que expresamente permitan la participación *amicus curiae*. Un ejemplo de ello es el artículo 28(3), que provee la autoridad de un tribunal de aceptar y considerar las sumisiones *amicus curiae* por una persona o entidad que no es parte en una disputa. Aunque este método para lograr la participación *amicus curiae* no abarca lo suficiente como una modificación en el CIADI, tendrá un efecto incremental. Si un Estado incluye habitualmente estas provisiones en sus BIT y tratados de libre comercio (FTA), podrá tener como consecuencia que su participación incrementalmente en el sistema de arbitraje inversionista - Estado, tendencia que ya es evidente en este sistema (Bastin, 2012, p. 221).

Por las razones señaladas, se considera que los informes *amicus* deben tener un rol substancial más que nominal en el procedimiento arbitral, y es necesario que el uso de los

⁹⁰ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*. p. 32, párr: 70. Amicus Curiae Submission (26 de marzo de 2007).

informes *amicus curiae* se haga efectivo y que los mismos sean tomados en cuenta por el tribunal (Ishikawa, 2010, pp. 401 - 412). De manera análoga, estos informes pueden ser beneficiosos para los países en desarrollo que no cuentan muchas veces con los medios suficientes para establecer defensas sólidas basadas en información técnica y especializada como el que poseen otro tipo de organizaciones civiles. Este beneficio no solo será efectivo para los países en desarrollo que son parte de una controversia, sino también podrán resultar beneficiados países en desarrollo que no son partes del procedimiento arbitral, pero que pueden resultar afectados por la decisión del tribunal. Esto puede producirse debido a la relación estrecha que estos países podrían tener con el asunto controvertido que busca una solución en un centro de arbitraje de inversiones (Ishikawa, 2010, p. 403).

Finalmente, tal como ha sido recomendado por estudiosos en esta materia (como el profesor Peter Häberle), para que la información brindada sea eficiente, será necesario trabajar de manera conjunta y coordinada con el país en desarrollo; y preferentemente con las sumisiones de los mismos al tribunal arbitral de forma anterior; a fin de que sus argumentos no sean contradictorios ni generen efectos negativos en contra de la posición del Estado al que están ayudando a sustentar su posición (Häberle, 2012).

4. Conclusiones

En la presente investigación se ha probado la importancia de la participación del *amicus curiae* en los arbitrajes de inversiones a través de la presentación del informe escrito, a fin de afianzar la posición y los argumentos de defensa de los países en desarrollo. A diferencia de otros casos notablemente similares, el reconocimiento por parte del tribunal arbitral de la utilidad y el rol positivo de esta figura se ha visto reflejado, en forma parcial, en el laudo emitido en el caso *Biwater Gauff vs. Tanzania*. A esta posibilidad de participación que los propios tribunales arbitrales han reconocido en los casos estudiados le sigue el reconocimiento por parte de los tribunales de la facultad de aceptar estos informes, al tomar como base intereses importantes como la protección de los derechos humanos y del medioambiente con el fin de lograr el desarrollo sostenible de los pueblos. Si bien es cierto que los países en desarrollo se han mostrado en contra de dicha participación por el peligro que considera que la misma podría acarrear; los tribunales han afirmado el respeto al debido proceso y al derecho de las partes. Otro ejemplo de la importancia de la participación del *amicus curiae* lo encontramos en *Philip Morris vs. Uruguay*, donde el tribunal expresamente citó los informes *amicus curiae* de la OMS y de la OPS. La pericia y experiencia de estas organizaciones ayudó al tribunal en la toma de una decisión informada que benefició a un país en desarrollo que no contaba con los medios suficientes para defender su posición de una manera informada y con la pericia científica necesaria.

La importancia del *amicus curiae* en relación a la nueva información que podrá brindar al procedimiento arbitral ha logrado que peticiones tales como el acceso a documentos del procedimiento hayan sido concedidas por parte del tribunal arbitral en el caso *Piero Foresti vs. La Republica de Sudáfrica*. Esta aceptación ha sido otro paso importante en la evolución de la figura del *amicus curiae* en los arbitrajes del CIADI, especialmente porque el *amicus curiae* podrá analizar los alegatos de ambas partes y otorgar información especializada omitida o respaldar alegatos que sustenten la toma de medidas gubernamentales que se discutirán en este tipo de arbitraje de inversiones.

Este beneficio expresado en la participación del *amicus curiae* no será otorgado únicamente a los países desarrollados o a los países en desarrollo partes de una controversia inter-

nacional, sino que también se extenderá a países en desarrollo que no sean partes del proceso, pero cuyos intereses están relacionados al asunto controvertido revisado por un tribunal arbitral. La importancia de esta figura se basa en la posibilidad de argumentar adecuadamente en la defensa de los últimos. Por eso, el informe *amicus curiae* es un beneficio para ellos.

A partir de los casos analizados, podemos concluir que los intereses tales como la protección al medio ambiente, a los derechos humanos y al desarrollo sostenible de los pueblos que representen los *amicus curiae* no se verán supeditados a determinados mandatos. Dichos mandatos podrían restringir participaciones de gran utilidad. Esto fortalece una posición a favor de los países en desarrollo, la cual se llevará a cabo a través de una toma de decisión informada por parte del tribunal.

Se ha probado que son cuestionables las alegaciones por parte de los inversionistas respecto a los perjuicios que la participación que esta figura podría ocasionar, tanto a ellos como al procedimiento arbitral. Tales alegaciones han sido desestimadas por los propios tribunales arbitrales, ya que uno de los principales objetivos de la aceptación de estos informes *amicus curiae* es proveer al tribunal de información especializada u omitida por las partes. Esto no generará ningún perjuicio, sino que el tribunal podrá contar con todas las herramientas necesarias para tomar una decisión justa.

A través del análisis de diversos casos por tribunales internacionales, la OMC y los centros de arbitrajes de inversiones, se ha demostrado que tanto la participación del *amicus curiae* en forma independiente o en asociación con los países en desarrollo podrá dar como resultado una decisión informada respecto a hechos y alegaciones especializadas presentadas por los mismos. Se resalta la importancia de la figura del *amicus curiae* al no existir la posibilidad en el arbitraje de inversiones de apelar a esta decisión.

La modificación de las reglas del CIADI muestra una clara tendencia en la aceptación que esta figura ha tenido en los casos analizados. Evidentemente, esto se produce en el marco de un cumplimiento de estrictos parámetros procedimentales, de forma tal que no se alteren los derechos sustanciales y procesales de las partes. Este cambio va de la mano con la evolución del derecho internacional económico donde estos nuevos roles se van implementando basados en la protección de intereses globales.

A partir de este análisis, considero importante que los tribunales arbitrales de inversión hayan permitido la participación de los *amicus curiae* en primer lugar a través de la sumisión de un informe escrito y, más adelante, a través del acceso a documentos del procedimiento arbitral, en especial por el CIADI. Se estima necesaria una participación más activa de los *amicus curiae*, principalmente en colaboración con los países en desarrollo a fin de que se hagan las coordinaciones necesarias con estas organizaciones para que los argumentos expuestos tanto en el informe *amicus curiae* como en los que sustente la defensa de los países en desarrollo no resulten contradictorios al momento de remitir sus presentaciones a los tribunales arbitrales. Esto tiene como finalidad última otorgarles un beneficio a estos países.

REFERENCIAS

- Alija Fernández, R. A. (2009). Las ONG y su intervención como *amicus curiae* ante órganos jurisdiccionales e internacionales: el tratamiento de la pena de muerte en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En H. Abellán y J. Bonet Pérez, *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público* (pp. 103 - 132). Recuperado de http://vlex.com/vid/ong-amici-curiae-rganos-jurisdiccionales-57842136?ix_resultado=15.0&query%5Bpage%5D=2&query%5Bq%5D=amicus+curiae
- Bastin, L. (2012). The Amicus Curiae in Investor-State Arbitration. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*. 1(3). Recuperado de <https://a.next.westlaw.com/Document/18D2AEA10B92311E2AC26EBBE0F81>
- Bernasconi-Osterwalter, N. y Parra, A. (2011). Transparency and Amicus Curiae in ICSID Arbitration. En M. C. Cordonier Segger, M. W. Gehring y A. Newcombe, *Sustainable development in world investment* (pp. 188 - 207). Holanda: Kluwer Law International.
- Bohoslavsky, J. P. (2012). Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento). Artículo publicado para la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- CIADI - Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (s.f.). Información General sobre Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Recuperado de <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Documents/ICSID%20Fact%20Sheet%20-%20SPANISH.pdf>
- CIEL - Center For International Environmental Law. (2007). Revising the UNCITRAL Arbitration Rules to Address State Arbitrations. Recuperado de http://www.iisd.org/pdf/2007/investment_revising_uncitral_arbitration.pdf
- Comisión Europea. (noviembre, 2013). Fact Sheet: Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements. Recuperado de http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf
- Cordonier Segger, M.-C., Gehring, M. W. y Newcombe, A. (2011). *Sustainable Development in World Investment*. Holanda: Kluwer Law International.
- De Brabandere, E. (2012). NGOs and the "Public Interest". The Legality and Rationale of Amicus Curiae Interventions in International Economic and Investment Disputes. *Chicago Journal of International Law*, 12(1). Recuperado de www.copyright.com/copyrightsearch.do?operation=go&searchtype=0&lastsearch=simple&all=on&titleOrsldno+1529-0816

- De la Cruz Iglesias, L. (2001). Las comunicaciones *amicus curiae* en el mecanismo de solución de diferencias de la organización mundial del comercio: el asunto Amianto. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 3. Recuperado de <http://www.reei.org/index.php/revista/num3/notas/comunicaciones-amicus-curiae-mecanismo-solucion-diferencias-organizacion-mundial-comercio-asunto-amianto>
- Dupuy, P.M., Francioni, F. y Petersman, E.-U. (2009). *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press.
- Fach Gómez, K. (2012). Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest. *Fordham International Law Journal*, (35). Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=1999374>
- Häberle, P. (26 de septiembre de 2012). No state actor in the dispute settlements system. Intervención en la sesión de la Organización Mundial del Comercio, 35.
- Harrison, J. (2009). Human Rights Arguments in Amicus Curiae Submission: Promoting Social Justice?. En F. Francioni, y E. U. Petersmann, *Human Rights in International Investment law Arbitration* (pp. 396 - 421). Nueva York: Oxford University Press.
- Hinojosa Martínez, L. M. y Roldan Barbero, J. (2010). *Derecho Internacional Económico*. Madrid: Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Ishikawa, T. (2010). Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration. *International and Comparative Law Quarterly*, 59, pp. 373 - 412. Recuperado de <http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391>
- Levine, E. (2011). Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation. *Berkeley Journal of International Law*, 1 (29). Recuperado de <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol29/iss1/6>
- Medina-Casas, H. M. (2009). Las partes en el arbitraje CIADI. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (15), pp. 215 - 242. Recuperado de http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/08_LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf
- NAFTA - North American Free Trade Agreement. (7 de octubre de 2003). Statement of the Free Trade Commission on Non-Disputing Party Participation, 16 W.T.A.M. 167. (2004). Recuperado de <https://www.state.gov/documents/organization/38791.pdf>
- OMC - Organización Mundial del Comercio. (2012). Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. Artículo 1. Recuperado de http://docsonline.wto.org/GEN_searchResult.asp?RN=0&searchtype=browse&q1=%28@meta_Symbol+LTüURüA2üDSüUü1%29+%26+%28@meta_Types+Legal+text%29
- OMC - Organización Mundial del Comercio. (s.f.). Módulo de Formación sobre el Sistema de Solución de Diferencias. Capítulo 9. Participación en el procedimiento de Solución de

- Diferencias. Recuperado de http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/disp_settlement_cbt_s/c9s3pl_s.htm
- OpinoJuris. (10 de febrero de 2006). Bechtel abandons its ICSID claim against Bolivia [Mensaje en un blog]. Recuperado de <http://lawofnations.blogspot.com/2006/02/bechtel-bands-its-icsid-claim.htm>
- Parra, A. R. (2001). Applicable Substantive Law in ICSID Arbitrations Initiated Under Investment Treaties. *ICSID Review*, 1 (16).
- Perez-Esteve, M. (18 de septiembre de 2012). WTO rules and practices for transparency and engagement with civil society organizations. World Trade Organization. Economic Research and Statistics Division, Staff Working Paper ERSD-2012-14. Recuperado de http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201214_e.pdf
- Pons Ráfols, X. (2009). Las Organizaciones No Gubernamentales y el Derecho Internacional: planteamiento de tendencias y problemas actuales. La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público. Recuperado de: <http://vlex.com/vid/57842131>
- Redfern, A. y Hunter, M. (2004). *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (4ª ed.). Londres: Sweet & Maxwell.
- Rosenthal, J., Kaufman, S., y Hanly, E., Burn, G., Blumrosen, A., Malet-Deraedt, F., Horrigan, B., Kleinknecht, G. y Menz, J. (2015). International Arbitration. 49 *Int'l Law ABA/Section of International Law*, 11, p. 122. Recuperado de www.copyright.com/copyrightsearch.do?&operation=go&searchtype=0
- Schliemann, C. (2013). Requirements for Amicus Curiae Participation in International Investment Arbitration: A Deconstruction of the Procedural Wall Erected in Joint ICSID Cases ARB/10/25 and ARB/10/15. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 12. Recuperado de <http://www.a.next.westlaw.com/Document/I7d4ea20d38ee11ddb-8f2ead008c6b935>
- Schreuer, C. (2001). *The ICSID Convention: A Commentary; A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. Cambridge University Press.
- Shaffer, G. y Mosoti, V. (2002). The EC-Sardines Case: How North-South NGO-Government Links Benefited Perú. *Bridges*, 6(7). Recuperado de <http://www.ictsd.org/monthly/bridges/BRIDGES6-7.pdf>
- Shelton, D. (1994). The Participation of Non-Governmental Organizations in International Judicial Proceedings. *American Journal of International Law*, 88(4).
- Sornarajah, M. (2010). *International Law in Foreign Investment* (3ª ed.). Nueva York: Cambridge University Press.

- Stern, B. (2002). L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et Investisseur. *Revue de l'Arbitrage*, 2.
- Stern, B. (2003). L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC. *Revue Générale de Droit International Public, RGDIP*, 107(2).
- String, S. I. (2015). Reasoned Awards in International Commercial Arbitration: Embracing and Exceeding the Common Law-Civil Law Dichotomy. *Michigan Journal of International Law*, 37(1). Recuperado de www.copyright.com/ccc/basicsearch.do?&operation
- TLCAN - Tratado de Libre Comercio de América del Norte. (7 de octubre de 2003). Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la Participación de partes no contendientes. Montreal: Comisión de Libre Comercio del TLCAN. Recuperado de http://www.economia.gob.mx/files/comunidad_negocios/Nondispute_s.pdf
- Triantafilou, E. (11 de mayo de 2009). A More Expansive Role for Amicus Curiae in Investment Arbitration? [Mensaje en un blog]. Recuperado de www.kluwerarbitrationblog.com
- Umbricht, G.C. (2001). An "amicus curiae brief" on the Amicus Curiae Brief at the WTO. *Journal of International Economic Law*, 4(4), pp. 773 - 794. Recuperado de <http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/218086390?accountid=2839>
- UNCITRAL - Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil. (2014). Reglamento de la UNCITRAL sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado.
- UNCITRAL - Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil. (s.f.) Report of Working Group II.
- Vanduzer, J.A. (2007). Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration through Transparency and Amicus Curiae Participation. *McGill Law Journal*, 681. Recuperado de <https://a.next.westlaw.com/Document/I7d4ea20d38ee11ddb8f2ead008c6b935>

JURISPRUDENCIA

AES Summit Generation Ltd. y AES Tisza Eromu KFT vs. Hungría, CIADI N° ARB/07/22.

Aguas del Tunari S.A. vs. República de Bolivia, CIADI N° ARB/03/02.

Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania, Procedural Order N° ICSID Case N° Arb/05/22: Amicus Curiae Submission. (26 de marzo de 2007).

Methanex Corporation vs. Estados Unidos: Respuesta Sobre la Petición de Terceras Personas para Intervenir como Amicus Curiae.

Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio. (7 de junio del 2000). Informe del Órgano de Apelación sobre el caso Estados Unidos - Plomo y bismuto II. Establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono aleado con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido, WT/DS138/AB/R. Adoptado el 7 de junio del 2000.

Philip Morris Brand Sard, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, Procedural Order N° 4. ICSID Case N° ARB/10/7. (25 de marzo de 2015).

Piero Foresti y otros vs. la República de Sudáfrica, CIADI ARB/10/15: *Petition for Limited Participation as Non-Disputing Parties*. (2009). Recuperado de https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC2391_En&caselId=C90

Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Aguas Argentinas S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina, Caso CIADI N° ARB/03/19.

Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Aguas Argentinas S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina, Caso N° ARB/03/19: *Solicitud de transparencia y participación en calidad de Amicus Curiae*. (2005). Recuperado de http://ciel.org/Publications/SuezAmicus_27Jan05_Spanish.pdf

Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Aguas Argentinas S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina, Caso CIADI N° ARB/03/19: *Solicitud de transparencia y participación en calidad de Amicus Curiae*. (12 de febrero del 2007). Recuperado de https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC519_Sp&caselId=C19

Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Aguas Argentinas S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina, Caso CIADI N° ARB/03/19: *Res. en Respuesta a la Petición de*

Transparencia y Participación en Calidad de *Amicus Curiae*. (2006). Recuperado de https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC512_Sp&caselId=C18

US - Lead and Bismuth II. (2000). Appellate Body Report. World Trade Organization.

Von Pezold/Borders v. Zimbabwe, Procedural Order N° 2. Caso CIADI N° Arb/10/15; Caso CIA-DI N° Arb/10/25. (26 de junio 2012).

COMENTARIOS

Víctor Saco Chung

Profesor del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Alejandra Zegarra nos presenta un trabajo basado en la investigación que realizará en su tesis para optar por el título de magíster en Derecho Internacional Económico a través de la maestría del mismo nombre que se imparte en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El trabajo analiza la posibilidad de que personas y organizaciones distintas a las partes de un arbitraje, en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), puedan presentar ante el tribunal a cargo de resolver el caso documentos en los que acerquen desde su postura respecto a la solución del caso hasta pruebas, entre otros elementos.

La materia es relevante debido a dos aspectos. En primer lugar, porque en derecho internacional solo es obligatorio aquello sobre lo cual existe una norma que justamente recoge la mencionada obligatoriedad. En segundo lugar, y como ejemplo de lo primero, el arbitraje es un mecanismo reglado por las partes. Ellas son quienes deciden qué les será obligatorio en el procedimiento y qué no, lo cual tiene como efecto que si los árbitros se alejan de lo que las partes acordaron, el laudo podría ser considerado nulo¹. De esta forma, si ya en el derecho internacional no se podría imponer algo que no es obligatorio, en el arbitraje ello se reforzaría con la nulidad del laudo.

Alejandra Zegarra es partidaria no solo de la posibilidad de que los tribunales del CIADI puedan aceptar las mencionadas comunicaciones, sino también de que los documentos antes referidos resultan relevantes para los países en desarrollo «que no cuenten con los recursos económicos y humanos suficientes para sustentar su defensa»², en especial porque un arbitraje ante el CIADI resulta muy costoso.

Primero, respecto a la posibilidad de que un tribunal CIADI acepte documentos de personas o instituciones que no son parte en el arbitraje, el artículo se basa en un argumento en el cual se aplica una analogía que consiste en indicar que la figura del *amicus curiae* ha sido aceptada por otros tribunales internacionales. Se presenta el caso de estas formas de participación de no-partes del proceso ante el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), y se recuerda el caso Estados Unidos - Camarones y Comunidades Europeas, entre otros. Es importante mencionar que estos casos se dieron en el mecanismo contencioso del OSD (grupos especiales «en primera instancia» y Órgano de Apelación en segunda); no ante un tribunal arbitral, supuesto también permitido ante el OSD.

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/victor-saco-chung/>

1 Por ejemplo, el artículo 52 del Convenio de Washington enlista entre las causas de anulación: la extralimitación de sus facultades por parte del Tribunal (literal b), o el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (d). El Convenio de Washington o Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados es el que crea el CIADI. Puede revisarse en: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf (recuperado el 6 de octubre de 2016).

2 Véase la sumilla del artículo.

En principio, ante el OSD no existe una disposición escrita al respecto. En el proceso contencioso dependerá de los grupos especiales o del Órgano de Apelación decidir si aceptarlo o no, al interpretar el artículo 13 del Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD). Esta postura de recibir las comunicaciones ha sido criticada durante la primera etapa de su uso, pero los colegiados que la usaron interpretaron que era una forma de recabar información que no necesariamente influiría su posición al respecto. Cabe destacar, como lo hace el documento en la página 7, el procedimiento creado al respecto por el Órgano de Apelación en el caso Comunidades Europeas - Amianto.

En el caso de los tribunales arbitrales no-CIADI, también se presentan algunos ejemplos en los cuales los tribunales decidieron, frente a la falta de regulación del asunto, aceptar informes de terceros no-partes. Se indica como ejemplo el caso Methanex, en el que el tribunal arguyó la falta de prohibición y que la recepción de documentos no implicaba convertir a quienes los emitían en parte del proceso³.

Esta postura no ha sido seguida en algunos tribunales CIADI, como también se cita en el trabajo⁴. En el caso Aguas del Tunari (Bechtel), el tribunal consideró que recibir documentos de terceros «iba más allá de las facultades del tribunal».

Lo que sí es común a los arbitrajes no-CIADI, basados tanto en la reglas de UNCITRAL como aquellas del CIADI, es que las reglas CIADI y UNCITRAL han sido modificadas con miras a lograr una mayor transparencia en los procesos y permitir, en algunos casos de manera expresa, las comunicaciones de terceros, como la regla 37(2), en vigencia desde el año 2006.

Estas modificaciones siguen teniendo excepciones planteadas por las partes, como cuando es necesario proteger la confidencialidad y no podrán ser realizadas sin que ambas partes sean consultadas. Esto último, «ser consultadas», ha sido interpretado por la doctrina (y la autora sigue esta misma línea) de manera que los documentos pueden aceptarse incluso «en contra de la voluntad de las partes»⁵.

Al llegar a este punto, se vuelve importante conocer cuál ha sido la incidencia de la aplicación de esta regla tanto de manera cualitativa como cuantitativa. En la tercera parte de este trabajo se hace referencia al impacto cualitativo, y se presentan diversos casos en los que la participación de terceros no-parte aportó en la discusión. Se hace referencia a aquellos donde hayan participado países en desarrollo (y donde se haya alegado la vulneración del estándar de expropiación). Entre estos casos destaca el de Biwater⁶.

El segundo punto antes enumerado, la importancia de estos documentos para los países en desarrollo, no es abordado de manera directa. Se pueden apreciar algunos beneficios, como en el caso Foresti, en el que se pudo acceder a nueva información mediante las comunicaciones de terceros⁷. Sin embargo, no se profundiza al respecto y se toma en cuenta, primero, que los *amicus curiae* estarían destinados a beneficiar al arbitraje como mecanismo de solución de diferencias y, a partir de ese beneficio, se pueden favorecer ambas partes y el sistema en general, pues un beneficio directo para una de las partes en el proceso podría desbalancear los pesos en el arbitraje. Si bien se puede alegar que los Estados (países en de-

3 Véase la sección 1.3.1.

4 Véase la sección 2.

5 Véase la sección 2.E.

6 Véase las secciones 3.2., 3.2.1. - 3.2.4.

7 Véase la sección 3.6.

sarrollo) se encuentran en desventaja frente a los inversionistas (grandes multinacionales), y que la participación de terceros podría equilibrar la balanza, ello podría ser contraproducente si las partes dejan de encontrar en el arbitraje una forma imparcial de solución de diferencias.

Para concluir, el trabajo es claramente interesante y realiza un aporte relevante para impulsar mayores investigaciones sobre esta temática en el futuro.

RESPUESTA DE LA AUTORA

Los comentarios a un artículo de investigación son de suma importancia para los lectores, el autor y la investigación. En esta ocasión, tengo el agrado de responder a los del profesor Víctor Saco.

El profesor Saco realiza un análisis interesante sobre mi investigación, la cual está basada en la tesis que realicé para optar al título de magíster en Derecho Internacional Económico, por la maestría del mismo nombre que se imparte en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Tal como menciona Víctor Saco, mi trabajo analiza la importancia de la participación de la figura *amicus curiae* en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante CIADI), a través de la presentación de un informe escrito con el fin de afianzar la posición y los argumentos de defensa de los países en desarrollo.

El profesor Víctor Saco expresa su preocupación sobre la participación del *amicus curiae* en los tribunales arbitrales del CIADI, ya que considera que tal intervención podría generar la posibilidad de que una de las partes solicite la anulación del laudo arbitral. Este argumento está basado en el artículo 52 del Convenio de Washington, en el cual se enlista entre las causas de anulación las siguientes posibilidades: la extralimitación de sus facultades por parte del tribunal o el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento.

A fin de dar respuesta a esta observación, debemos indicar que, cuando el CIADI fue creado, hubo una preocupación explícita referida al concepto de justicia, y se indicó que era de suma importancia que los aspectos naturales de justicia no fueran violados en el laudo arbitral. Aun más, como política y enfoque normativo, el tomar una decisión justa para los inversionistas y la población de los Estados miembros del CIADI es seguramente tan importante como cumplir los objetivos del convenio. Como se ha analizado durante el estudio de varios casos, el principal argumento por parte de los solicitantes ha estado basado en el interés público de la controversia y las posibles consecuencias de una decisión injusta que pueda violar los derechos humanos de la población de un país miembro del convenio.

Cuando nos referimos a la extralimitación de las facultades del tribunal como una causal de anulación, cabe señalar que para determinar que un tribunal ha excedido manifiestamente sus facultades, se requiere determinar cuáles son estas facultades y si han sido excedidas o simplemente ha habido una aplicación errónea de las mismas.

En el Convenio del CIADI, en la regla 37(2), se ha señalado que el tribunal cuenta con facultades para aceptar los informes *amicus curiae*. Como se ha analizado anteriormente, el tribunal primero consultará con las partes luego de analizar sus argumentos. El tribunal contará con la facultad de aceptar a su discreción la intervención del *amicus curiae* a través de un informe escrito.

Cuando la nulidad está referida al quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, es importante indicar si este error causará daño a una de las partes. Como varios tribunales arbitrales y solicitantes han señalado a lo largo del análisis de esta investigación, el beneficio de la toma de una decisión informada y justa es relevante tanto para el procedimiento arbitral como para las partes.

Cabe señalar que, cuando fue creado el Convenio del CIADI, su propósito era promover la inversión extranjera privada en países en desarrollo, propósito que aún prevalece. Sin embargo, la política mundial y las condiciones macroeconómicas de la actualidad no son las mismas que las de 1965, año de creación del Convenio del CIADI. En la actualidad ha habido cambios impresionantes en el poder económico de las potencias económicas del mundo y en varios países en desarrollo. En este contexto geoeconómico, podría ser apropiado reconsiderar el Convenio del CIADI desde la óptica de la justicia, más que de solo ser un fomento a la inversión extranjera.

Tal como menciona Víctor Saco en su comentario, mi investigación señala más de un beneficio de la participación del *amicus curiae* a través de la sumisión de un informe escrito ante los tribunales del CIADI.

A fin de realizar un análisis comparado de la participación de los *amicus curiae* en diferentes tribunales internacionales, tribunales arbitrales y el Mecanismo de Solución de Diferencias (OSD) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), he analizado el rol de esta figura y los diferentes casos y asuntos en los que su participación ha sido beneficiosa, para finalmente estudiar el rol de los *amicus curiae* en los procedimientos arbitrales del CIADI referidos a las expropiaciones en los países en desarrollo.

Víctor Saco, efectivamente, indica que mi investigación es partidaria no solo de la posibilidad de que los tribunales del CIADI puedan aceptar los informes *amicus curiae* a fin de beneficiar a la toma de una decisión informada, sino también he señalado que la información nueva y relevante que puedan contener estos informes podría resultar beneficiosa para los países en desarrollo que no cuenten con los recursos económicos y humanos suficientes para sustentar su defensa, en especial si se tiene en cuenta la onerosidad que conlleva la participación en un procedimiento arbitral ante los tribunales del CIADI.

Víctor Saco hace una mención relevante referida al Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OSD), y recuerda que el caso Estados Unidos-Camarones y Comunidades Europeas, entre otros, se dieron en el mecanismo contencioso del OSD (Grupos Especiales «en primera instancia» y Órgano de Apelación, en segunda), no ante un tribunal arbitral, supuesto también permitido ante el OSD.

Respecto a las comunicaciones, es correcto que, en principio, ante el OSD, no existe una disposición escrita al respecto. En contraste al hecho de que en el proceso contencioso dependerá de los grupos especiales o del Órgano de Apelación decidir si aceptarán una comunicación escrita *amicus curiae* al basarse en la interpretación del artículo 13 del Entendimiento de Solución de Diferencias, tal postura, como se señaló durante la investigación, fue criticada por los miembros de la OMC cuando se realizó tal interpretación del artículo 13 por primera vez. Los colegiados indicaron que los informes *amicus curiae* recibidos no serían necesariamente tomados en cuenta. Este punto fue indicado igualmente en el procedimiento creado al respecto por el Órgano de Apelación en el caso Comunidades Europeas - Amianto. El órgano de apelaciones ha mostrado cautela en cuanto a su consideración.

Víctor Saco, efectivamente, numera varios casos de tribunales distintos al CIADI, donde ellos decidieron, frente a la falta de regulación, aceptar informes *amicus curiae* de terceros no partes. Se indica como ejemplo el caso Methanex, en el que el tribunal consideró que tenía la facultad de aceptar el informe *amicus curiae* ya que ni en las normas de UNCITRAL ni en las normas de NAFTA existía una prohibición expresa que negara esta facultad al tribunal. Y, a fin de mantener intacta la naturaleza del arbitraje y el derecho de las partes, el tribunal aclaró

que el recibir el informe *amicus curiae* no adheriría nuevas partes en el procedimiento pues las mismas no adquirirían ningún derecho.

Esta postura no fue seguida por algunos tribunales CIADI, como en el caso Aguas del Tunari (Bechtel), donde el tribunal consideró que recibir documentos de terceros «iba más allá de las facultades del tribunal». Esta decisión fue criticada, ya que contrastó con casos que tenían un vacío normativo similar; pero en estos casos el tribunal sí aceptó que tenía esta facultad.

Cabe indicar nuevamente que las reglas CIADI y UNCITRAL han sido modificadas con miras a lograr una mayor transparencia en los procedimientos arbitrales y permitir, en algunos casos, de manera expresa, las comunicaciones de terceros, como la Regla 37 (2), en vigencia desde el 2006, además del Reglamento de UNCITRAL sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, adoptado en 2013.

Víctor Saco describe claramente que, si bien es cierto que estas modificaciones han impulsado la transparencia en el CIADI, los asuntos que tengan contenido de interés público deberán ser analizados y llevados con más cuidado. El tribunal deberá procurar que la información recolectada sea más especializada y técnica. Sin embargo, el tribunal tiene la facultad de aceptar los informes *amicus curiae* incluso en contra de la voluntad de las partes.

Estas modificaciones siguen teniendo excepciones referidas a las solicitudes de acceso a los documentos del procedimiento, y a la presencia de los *amicus curiae* en las audiencias. Su participación dependerá de la autorización de las partes.

En promedio, han sido seis casos relevantes donde se ha analizado el rol de esta figura, la incidencia de la misma y la posible participación dentro de los procedimientos arbitrales de casos en los tribunales del CIADI, los cuales han sido discutidos extensivamente en este artículo.

Tal como menciona Víctor Saco en la última parte de su comentario, los beneficios de la participación de los *amicus curiae* no se dan en forma directa. Primero, porque los tribunales arbitrales no pueden aceptar una solicitud que exprese libremente una posición a favor de una de las partes de procedimiento porque esto iría en contra de las normas y reglamentos del CIADI.

Esta investigación ha analizado varios casos en diferentes tribunales internacionales, tribunales arbitrales y el OSD, a fin de encontrar factores comunes en la amplia esfera del derecho internacional económico. Este análisis me ha ayudado a determinar aspectos similares en un número de controversias internacionales que tengan como una parte de la controversia a un país en desarrollo y, como otra parte, a una potencia económica, a una multinacional o a un bloque de integración económica.

El factor común que me llevó a realizar esta investigación es el hecho de que uno de los actores haya sido un país en desarrollo, que posiblemente tenga una situación económica, política, o institucional fracturada o en construcción.

El segundo factor común está relacionado al interés público que conllevan estas controversias y las consecuencias de una toma de decisiones sin la información suficiente, donde la estabilidad económica de una nación pone en juego más que el índice de crecimiento económico de la misma. Se arriesga la protección de derechos humanos fundamentales como la salud, la vida, el derecho al agua, etc.

El derecho internacional a las inversiones ha tenido características muy marcadas durante varios años, las cuales no han sido siempre compatibles con la protección a los derechos humanos, el medio ambiente, etc. Sin embargo, la evolución del mismo ha generado corrientes, doctrinas que han originado un cambio, modificaciones en sus reglamentos que buscan transparencia y equilibrio. Es en este punto que diferentes organizaciones han tenido

la oportunidad de presentar argumentos válidos, eficaces e informados para que la decisión de los tribunales tome en cuenta información relevante que no haya sido presentada por las partes, que podrían beneficiar a países en desarrollo. En los casos analizados, podemos observar en el razonamiento de los tribunales la apertura de forma muy moderada, la aceptación de estos informes, el reconocimiento de su posible utilidad, y finalmente la mención de los mismos en sus decisiones.

El caso *Philip Morris Brand Sard, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay* es un claro ejemplo de la importancia de la participación de los *amicus curiae* en procedimientos arbitrales de inversión en los que intereses tan importantes como la salud pública están en juego. El rol de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS) ha sido un claro ejemplo de la importancia de su participación para un país en desarrollo, el cual se vio beneficiado por la experiencia y pericia de estas organizaciones.

Si bien es cierto que, tal como lo menciona Víctor Saco, resulta difícil hacer una generalización de las actuaciones *amicus curiae* en los procedimientos arbitrales de inversión, ya que, como hemos analizado en la presente investigación, también encontramos participaciones como la de la Comisión Europea a título de *amicus curiae*. Por esta razón, se puede señalar que esta figura seguirá evolucionando de la misma forma que seguirá evolucionando el arbitraje internacional de las inversiones.

La presente investigación ha analizado la importancia de la participación *amicus curiae* para el beneficio de los países en desarrollo en las decisiones de los tribunales arbitrales del CIADI, las cuales están evolucionando y, en los últimos casos mencionados, están generando un rol activo que podría traer beneficios a estos países⁸.

Washington DC, 23 de octubre de 2016

⁸ Véase Cheng, T. H. (2013). The Role of Justice in Annulling Investor State Arbitration Awards. *Berkeley Journal of International Law*, 31(1), p. 254. Recuperado de <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1438&context=bjil>

CONTROL DE NORMAS CONSTITUCIONALES POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: SUBSIDIARIEDAD, DEFERENCIA E IMPACTO EN LA TEORÍA DEL CAMBIO CONSTITUCIONAL

Natalia Torres Zúñiga

Máster en Derecho Constitucional, Universidad Internacional Menéndez Pelayo y el
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid)

Categoría Egresados

Este documento tiene como objetivo presentar el impacto que la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) genera en el ordenamiento de los estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando aquella lleva a cabo el control de convencionalidad de normas de rango constitucional. Este trabajo presenta los criterios materiales que sustentan la decisión de la Corte IDH de declarar inconvencionales normas de rango inconstitucional, y, a su vez, da cuenta de los principios de subsidiariedad y margen de deferencia que se definen como los delimitadores de la competencia y la intensidad con las que la Corte Interamericana realiza este tipo de control normativo. Asimismo, este documento da cuenta de algunas interrogantes respecto de los límites que el Derecho Internacional plantea al poder de reforma constitucional, al principio de supremacía constitucional y a la teoría de separación de poderes.

I. Estructura y justificación

I.1. Estructura.

El presente trabajo se divide en tres apartados. Para tal efecto, en un primer apartado se realizará un breve repaso de los fundamentos de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para controlar normas constitucionales, así como del principio de subsidiariedad y las reglas derivadas de la aplicación del margen de deferencia a favor de los ordenamientos nacionales, ya que estos principios sustentan la competencia y modulan la intensidad con la que la Corte IDH controla normas constitucionales. Luego, se analizarán los casos *Boyce vs. Barbados* (2007) y *Caesar vs. Trinidad y Tobago* (2005), en los que se han controlado normas constitucionales que impedían la inaplicación o declaración de inconstitucionalidad de normas preconstitucionales, aun cuando estas afectaban derechos esenciales como la vida, la integridad o la tutela jurisdiccional efectiva (cláusulas de exclusión).

A partir de los casos elegidos, en el segundo apartado, se presentarán los criterios aplicados por la Corte IDH para controlar las normas mencionadas y ordenar la reforma constitucional de las mismas. En concreto, se abordará la aplicación de la regla del consenso articulada con el principio de

proporcionalidad como elementos que justifican, en un sentido material, la labor de control de la Corte IDH, y sustentan su función frente a críticas que se enfocan en su supuesta falta de legitimidad para tomar decisiones que afecten a los Estados, ya sea porque no tiene respaldo democrático o, en todo caso, porque tampoco tiene un sustento de carácter legal que se derive del propio tratado (CADH) que le permita ejercer o controlar las decisiones de un parlamento democrático o del Poder Constituyente (Gargarella, 2015; Dulitzky, 2015; Verdugo y García, 2013).

Asimismo, en un tercer apartado, se plantearán las consecuencias de la aplicación del control de convencionalidad en la teoría del cambio constitucional y, finalmente, se planteará una interrogante respecto del posible conflicto entre jurisdicciones que se genera a partir de la labor de control que realiza la Corte IDH. En concreto, esta se refiere a quién tiene la última palabra en la tutela de los derechos fundamentales o de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1.2. Justificación.

El impacto del control de convencionalidad que realiza la Corte IDH respecto de la legislación aprobada por las democracias latinoamericanas ha generado una serie de críticas por parte de autoridades¹ y académicos que señalan que la Corte IDH no respeta las decisiones de las mayorías (Gargarella, 2015). En efecto, si se hace un recuento del caso *Gelman vs. Uruguay* (2011), se puede señalar que este es un claro ejemplo de un supuesto en el que el fallo de la Corte IDH, que declara la inconvencionalidad de una ley de autoamnistía, entraría en conflicto con la decisión adoptada por una mayoría parlamentaria en democracia —que luego fue ratificada por la población a través de dos procesos de democracia directa—.

Dichas críticas conllevan una reflexión, también, acerca del impacto que la labor de la Corte IDH genera en algunos dogmas del derecho constitucional cuando esta controla normas constitucionales y ordena su modificación por ser contrarias a los estándares de protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como en los casos *La Última Tentación de Cristo vs. Chile* (2001) o los casos que serán objeto de análisis en el presente documento. En concreto, al igual que en el caso *Gelman*, estos supuestos también involucran una discusión acerca de la autoridad de la Corte IDH para controlar a las mayorías en democracia o al Poder Constituyente.

Los cuestionamientos que se encuentran presentes en el ámbito latinoamericano, en realidad, se enmarcan dentro de un contexto general en el que la autoridad de los jueces internacionales se coloca en entredicho, a medida que los tribunales vienen adquiriendo un rol más activo en el ejercicio de su jurisdicción (Bodansky, 1999, p. 597). Así, por ejemplo, Bellamy (2015) discute la legitimidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para controlar las decisiones de una mayoría parlamentaria como la inglesa, a partir del fallo *Hirst* (pp. 243 - 271). En dicho caso, el TEDH estableció que la decisión del parlamento inglés de limitar el derecho al voto de los condenados en prisión había afectado el derecho a la participación política. Al respecto, Bellamy (2015) ha brindado algunas razones por las cuales la labor del TEDH, al momento de controlar la decisión de una mayoría parlamentaria, se encuentra legitimada, como el hecho de que los propios procesos democráticos son imperfectos (pp. 261 - 262).

¹ La Corte Suprema de Uruguay declaró inconstitucional la ley 18831. Pretensión punitiva del estado, Restablecimiento para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de estado hasta el 1º de marzo de 1985. En concreto, señaló que la decisión de la Corte IDH de declarar la inconvencionalidad de la ley de amnistía uruguaya afectaba el principio de irretroactividad de las leyes.

En relación con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), es innegable que la Corte IDH ejerce una especie de *judicial review* sobre la legislación nacional y, en específico, sobre normas constitucionales. En ese sentido, al ejercer autoridad pública (Staden, 2011, p. 1024), la Corte IDH «interferiría» con las actividades y funciones que ejercen los poderes estatales de las democracias latinoamericanas (Ulfstein, 2009, pp. 126 - 127). Por ello, este trabajo busca hacer visibles estos cuestionamientos, pero también justificar las decisiones de la Corte IDH que declararon inconvencionales tales normas, con el fin de que este sea un pequeño aporte a la reflexión en torno a la autoridad o legitimidad del tribunal interamericano para limitar a los Estados y a las mayorías que constituyen el poder democrático de cada uno de los países latinoamericanos.

En todo caso, el presente estudio se enfoca en los criterios o razones por los cuales la Corte ha ejercido un escrutinio estricto respecto de las normas constitucionales controladas. Este aspecto forma parte del marco o de los estándares de legitimidad democrática que se vienen construyendo doctrinalmente en torno a las instituciones de derecho internacional, en especial en el aspecto relacionado con el proceso mediante el cual se llega a la toma de una decisión². De este modo, los aspectos aquí abordados en torno a la justificación y razones o sentido del fallo son un aspecto o punto de partida para la construcción de los estándares de legitimidad democrática.

De cualquier modo, aunque no es el objeto de este documento, se hace necesario señalar la necesidad de promover los estudios sobre legitimidad democrática de tribunales internacionales como la Corte IDH. Este documento brinda pequeños aportes para una posterior teoría de la legitimidad democrática de la Corte IDH.

2. Control de normas constitucionales por la Corte IDH

En el SIDH, la Corte IDH viene ejerciendo desde hace algún tiempo el llamado control de convencionalidad respecto de leyes nacionales. El control de normas nacionales se realiza en la vía contenciosa, a partir del examen de casos en los que hay una presunta víctima determinada o determinable³. En ese sentido, no se trata de un control abstracto, sino más bien de orden concreto.

Este tipo de examen normativo involucra un contraste entre un parámetro controlador y un objeto controlado. En concreto, el parámetro controlador está conformado por los instrumentos que pertenecen al SIDH. Sin embargo, en este trabajo se hará referencia únicamente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (Torres Zúñiga, 2013, p. 12). En cuanto al objeto de control, de la práctica de la Corte IDH se deduce que este se concentra en las normas de rango legal (Gelman vs. Uruguay, Barrios Altos vs. Perú); interpretaciones de la ley que realizan los tribunales nacionales (Gomes Lund vs. Brasil); omisiones legislativas (Trujillo Oroza vs. Bolivia); y en el control de normas de rango constitucional.

En relación con el último de los supuestos, algunos ejemplos son los fallos La Última Tentación de Cristo vs. Chile (2001), Boyce vs. Barbados (2007), Caesar vs. Trinidad y Toba-

2 La legitimidad democrática se analiza de forma transversal en las etapas vinculadas a lo que la doctrina llama *input, procedure and outcomes*. Estas etapas se referirían a aspectos relacionados con el nombramiento de los jueces internacionales, al procedimiento y la participación de diversos sujetos de derecho en la decisión, y a la motivación de un fallo, pero también a los resultados prácticos de la labor de los tribunales internacionales (Bogdandy y Venzke, 2014; Grossman, 2013).

3 Artículo 44 de la CADH. Artículo 28 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

go (2005), y Yatama vs. Nicaragua (2005). De la casuística mencionada en estos trabajos se abordarán los casos Boyce y Caesar. En ambos supuestos, las normas constitucionales que fueron controladas por la Corte IDH se encontraban vigentes al momento en que el tribunal interamericano controló dichas normas y emitió un fallo condenatorio declarando la inconvencionalidad de dichos dispositivos y ordenando la reforma de los mismos. Asimismo, conviene mencionar que la elección de los casos referidos se debe a su relación con la afectación de derechos esenciales, como son la vida y la integridad. En líneas generales, los casos que se abordarán involucran el análisis de una norma constitucional que ha surtido efectos en un caso en concreto, en principio, a partir de actos de aplicación e interpretación de dichas disposiciones por parte de los jueces nacionales.

2.1. Competencia para el control de normas constitucionales.

El control de convencionalidad que realiza la Corte IDH es, en realidad, una competencia implícita no reconocida en la CADH, pero que se desprende del principio *kompetenz-kompetenz* que, si bien no tiene reconocimiento expreso en la CADH, se encuentra ampliamente aceptado en el ámbito internacional⁴. La Corte IDH ha señalado de manera específica que «todo órgano con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia»⁵. Con mayor especificidad, el fundamento del control de convencionalidad se encuentra en un principio general del derecho que ha sido reconocido en el artículo 2 de la CADH, que recoge el deber de adecuación del derecho interno al derecho internacional, y en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En ese contexto, es necesario señalar que la Corte IDH no distingue entre una norma constitucional y una norma de rango legal al momento de analizar los dispositivos a la luz de los parámetros de la CADH. Ello se desprende de todos los casos que involucran el examen de una norma constitucional. Así, en el caso en el caso La Última Tentación de Cristo, la Corte IDH señaló que el artículo 19 número 12 de la Constitución sobre la censura cinematográfica involucra una vulneración a los artículos 2 y 1.1 de la Convención (La Última Tentación de Cristo vs. Chile, 2001, párr. 88). Aunado a ello, el artículo 2 de la CADH se refiere, en términos generales, a las disposiciones legislativas que debe adoptar el Estado para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado.

De hecho, ello concuerda con lo establecido en la Opinión Consultiva OC-04/1984, en la que el Gobierno de Costa Rica consultó a la Corte IDH si la propuesta de reforma constitucional de los artículos 14 y 15 de su Constitución, relativos a la naturalización de extranjeros, afectaban el derecho a la nacionalidad y a la igualdad⁶. Para responder el fondo del

4 El principio *kompetenz-kompetenz* tiene origen en el año 1796 a propósito del caso Betsey, decidido al amparo del tratado Jay entre Gran Bretaña y Estados Unidos de América (Amerasinghe, 2003, pp. 121-122).

5 Por ejemplo, en los casos González Medina y familiares vs. República Dominicana (2012, párr. 45) Ivcher Bronstein vs. Perú (1999, párr. 78); y García Lucero y otras vs. Chile (2013, párr. 24). Igualmente, en fallo del caso Tadic, se ha indicado que el principio de *kompetenz-kompetenz* no necesita haber sido reconocido en el tratado que constituye un tribunal, ya que es parte inherente de los órganos jurisdiccionales (Fallo de la sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para ex-Yugoslavia. Caso Tadic, 1999).

6 El proyecto de modificación de los artículos 14 y 15 de la Constitución establecía condiciones preferentes para obtener la nacionalidad costarricense a favor de los centroamericanos, iberoamericanos y españoles eran conforme con la CADH (derecho a la igualdad y derecho a la nacionalidad).

asunto, la Corte IDH tuvo que definir si las normas constitucionales (las que se encontraban vigentes al momento de la solicitud de Opinión Consultiva) podían ser o no controladas por ella misma. En ese sentido, indicó que la expresión «leyes internas» del artículo 64.2 de la CADH se refería a cualquier tipo de norma, incluyendo las constitucionales (Corte IDH, 19 de enero de 1984, párr. 13).

A su vez, esta posición encuentra asidero en lo establecido por la teoría del derecho internacional, para la cual el derecho interno es un «mero hecho» (Brownlie, 1990, p. 50). De este modo, aunque una norma constitucional determinada tenga legitimidad sustentada en la soberanía popular para el derecho internacional, ella no puede tener valor normativo oponible al derecho internacional, ya que ello involucraría que se legitime un eventual incumplimiento de obligaciones internacionales asumidas por el Estado. Sin embargo, esta es una mera ficción legal, en la medida que los tribunales internacionales interactúan con el derecho nacional de manera constante, así como también tienen en cuenta decisiones jurisprudenciales nacionales y las contradicen (Urueña, 2013a, p. 213).

En efecto, esta realidad se corresponde con la noción de pluralismo constitucional y el proceso de internacionalización del derecho constitucional y de la constitucionalización del derecho internacional al que hoy hacen alusión de manera recurrente diversos sectores de la doctrina (Bayón, 2013, pp. 57 - 99). El concepto de pluralismo, como se verá más adelante, alude a la coexistencia de diversos órdenes constitucionales entre los que no existe una prevalencia predeterminada de uno sobre otro (Núñez, 2004, pp. 115 - 136)⁷, sino influencias y limitaciones mutuas en función de un *ethos* constitucional transnacional que se refiere a la tutela de los derechos humanos. A la vez, el concepto de pluralismo supone que todos los ordenamientos tienen una autoridad que involucra el reconocimiento mutuo entre aquellos que lo ostentan; de lo contrario, no es posible hablar de un modelo pluralista basado en la regla de horizontalidad y coordinación.

Así, el hecho que la Corte IDH controle normas constitucionales involucra que el paradigma del modelo tradicional del Estado Constitucional, en el que la supremacía descansa en la Constitución formal adoptada por un Poder Constituyente, se adecue a los postulados derivados del modelo de pluralismo, que alude a la existencia de valores transversales al Derecho Constitucional e Internacional, lo que a su vez legitima la existencia de modelos jurisdiccionales que se basan en la cooperación y diálogo.

Ahora bien, la condición para que la Corte IDH realice de modo legítimo una especie de control normativo es que este sea de orden subsidiario, y que el examen material que realice la Corte respecto de una norma constitucional se legitime en función del criterio del mayor o menor margen de deferencia a favor de los Estados respecto de un derecho reconocido en la CADH que ha sido objeto de una limitación en un caso en concreto.

En efecto, no debe perderse de vista que se trata de un contexto en el que uno de los principios que rige la interrelación entre ordenamientos es otorgar al Estado el orden de prelación para cumplir con las obligaciones que se derivan de los tratados y la costumbre internacional. En esa misma lógica, debe prevalecer la perspectiva de que tanto los ordenamientos nacional e internacional como sus tribunales se relacionan en términos de horizontalidad (Torres Pérez, 2010, p. 165).

7 De acuerdo con el fenómeno pluralista, la relación entre normas de origen distinto se ajusta más a una figura como de tela de araña tejida desde varios centros, es decir, la pirámide kelseniana no resiste la perspectiva multinivel.

2.1.1. El principio de subsidiariedad: elementos procesales y normativos.

Una de las piedras angulares del SIDH es el principio de subsidiariedad. En específico, el artículo 1.1 de la CADH establece que los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. Si bien este principio no establece de manera concreta que se trata del principio de subsidiariedad, este señala de manera específica que los Estados son los sujetos de derecho que ostentan la responsabilidad de tutelar y proteger los derechos de los individuos. Al respecto, la propia Corte IDH ha señalado que esta se guía por el principio de subsidiariedad. En ese sentido, ha afirmado que de acuerdo con el principio de subsidiariedad, «el Estado es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y reparar antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos»⁸.

Esta concepción del principio de subsidiariedad al que se refiere la Corte IDH recoge elementos procesales y sustantivos. En concreto, la dimensión material del principio de subsidiariedad se relaciona con la idea de que las autoridades nacionales tienen la capacidad de dotar de contenido y proteger los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, pero también las autoridades internacionales la tienen. Así, el principio de subsidiariedad reconoce la existencia de diversos niveles de autoridad en torno a la protección de derechos humanos. En consecuencia, en un sentido normativo o sustantivo, se reconoce que el ámbito local tiene *the first right* para decidir cuestiones de derecho (Carozza, 2003, p. 40).

Asimismo, este principio reconoce la existencia de la diversidad, pero sobre la base de la existencia de principios, como el de dignidad y libertad de la persona humana (Carozza, 2003, p. 69). Desde el punto de vista material, el principio de subsidiariedad se articula adecuadamente con la universalidad de los derechos humanos. En efecto, no existe contradicción con este último principio, en la medida que el principio de subsidiariedad permite que la protección de un derecho se brinde en el ámbito más cercano a la persona afectada.

En general, el principio de subsidiariedad expresa una visión positiva, pero también negativa del rol de los Estados. En parte reconoce su autoridad, pero también la limita. El principio de subsidiariedad involucra el reconocimiento de la diversidad, así como el de la existencia de un fin común que necesariamente va más allá de las fronteras estatales.

En el mismo sentido, el principio de subsidiariedad se articula con el principio democrático en la medida que este último reconoce el valor de la deliberación y de la toma de decisiones a nivel local, ya que los intereses de los representados o los participantes de dicho proceso se tomarán en cuenta para llegar a un acuerdo común. En ese sentido, se reafirma nuevamente que, desde el punto de vista democrático, la subsidiariedad promueve que las unidades políticas y las decisiones sean preferiblemente de carácter local, y solo cuando sea estrictamente necesario se apelará a la autoridad de otros órganos que se encuentran en otro nivel de la distribución de competencias dentro de un territorio o incluso en el ámbito internacional (Follesdal, 1998, p. 198).

Ahora bien, también se debe afirmar que, en todo caso, la democracia, entendida como autogobierno de los individuos, se encuentra dentro de una estructura en la que existen diferentes niveles de toma de decisiones y que, entre sus autoridades, se encuentran los jueces

8 Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú (2006, párr. 66), Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador (2007, párr. 47); y Perozo y otros vs. Venezuela (2009, párr. 64).

internacionales (Staden, 2011, p. 1034). De ahí que el vínculo entre subsidiariedad y el principio democrático cobre vigencia y relevancia, puesto que no sirve únicamente para reafirmar la lógica del autogobierno sino también para limitarlo cuando sea necesario y justificado. Precisamente, la justicia constitucional permitirá corregir algunas de las fallas de los propios procesos democráticos, entre los que se encuentran la falta de representación de minorías o problemas relativos al propio proceso deliberativo o a los propios resultados (contenido de una decisión adoptada por un parlamento).

Por ello, se puede afirmar que el principio de subsidiariedad también tiene relación con el argumento contramayoritario. Si bien el principio democrático se constituye en el límite frente al accionar de tribunales internacionales como la Corte IDH (ya que las decisiones en torno a un derecho primero se establecen en el ámbito estatal), también es cierto que el principio de subsidiariedad justifica la intervención de tales cortes cuando las decisiones mayoritarias parecen no ser razonables en sentido material⁹.

En concreto, si la subsidiariedad es una condición para activar la competencia contenciosa de la Corte, también es cierto que esta debe ir acompañada de reglas materiales que permitan definir cuándo es que es legítimo que la Corte IDH lleve a cabo un control de convencionalidad, aunque en la práctica ello se defina de forma casuística. De lo contrario, la subsidiariedad puede parecer un concepto vacío. Dado que se trata de un principio que solo establece una premisa general pero no la forma en que esta opera cuando se trata de resolver un caso, la forma en que la subsidiariedad se concretiza debe ser objeto de estudio. Al respecto, Bayón (2013, p. 89) y Möllers (2011, p. 257) dan cuenta de la insuficiencia del concepto para definir cuál es el nivel correcto de decisión en torno a la protección de derechos humanos; es decir, es un concepto que más bien describe que una decisión se debe tomar en el nivel más apropiado, pero no señala cuál.

En la práctica de los tribunales internacionales surgen distintos criterios por los cuales estos controlan con mayor o menor exigencia la acción u omisión de los Estados en la tutela de los derechos fundamentales. Dichos criterios se articulan con el concepto de margen de deferencia, que involucra el reconocimiento de la autoridad primaria de los Estados. En efecto, ambos conceptos se relacionan —de acuerdo con Yubal (2005)— como consecuencia del debate contemporáneo en torno a la naturaleza del principio de subsidiariedad en un contexto en el que los tribunales internacionales han adquirido un poder considerable que genera un impacto en el comportamiento de las autoridades y miembros de los distintos poderes del Estado (p. 908).

En todo caso, habría que analizar hasta qué punto la Corte IDH ha incorporado el margen de apreciación —figura que se aplica en el Sistema Europeo de Derechos Humanos de forma recurrente— en su práctica jurisdiccional, aunque fuese de manera implícita, como modo o forma de concretar la aplicación del principio de subsidiariedad.

En líneas generales, habría que analizar la forma en que el principio de subsidiariedad ha operado a través de la casuística de la Corte IDH. A manera ilustrativa, los casos que se presentan en el presente documento dan cuenta de la aplicación del concepto de margen de apreciación como herramienta a través de la cual el principio de subsidiariedad se ha materializado, es decir, justifican la intervención de la Corte IDH tomando en cuenta las circunstancias particulares de

9 Por otro lado, debe señalarse que el autor parte de la premisa de que dicha teoría se debe sustentar en el principio o bases democráticas de la autoridad de los tribunales internacionales (Staden, 2010).

cada caso. Sin embargo, habría que analizar si es que la subsidiariedad, entendida en sentido normativo como el *first right* de los Estados para definir los alcances de un derecho reconocido en la CADH, ha operado en la práctica de la Corte en el sentido expuesto, o si es que eventualmente la subsidiariedad en sí misma se ha aplicado en un sentido débil, es decir, en un sentido descriptivo, que no reconoce necesariamente la presunción de la prioridad de los Estados para resolver un tema relativo a la protección de los derechos humanos (Contesse, 2015). En todo caso, esto debe ser materia de valoración en un estudio más amplio y más profundo sobre el tema.

2.2. Margen de deferencia.

En principio, se ha señalado que el principio de subsidiariedad se complementa con la figura del margen de apreciación o la deferencia, ya que esta permite que las acciones u omisiones de los Estados que llegan para conocimiento de un tribunal internacional, luego de que se han agotado las vías procesales nacionales, sean analizadas tomando en cuenta la discrecionalidad que guía a un estado en el cumplimiento de las obligaciones de hacer y no hacer derivadas de un tratado internacional. Respecto de ello, el tribunal internacional podrá eventualmente controlar el accionar del estado o validar el derrotero que este ha seguido (Schluetter, 2010). Se podría decir que la subsidiariedad «tiene su prolongación en la determinación de estándares de revisión judicial, es decir, en las teorías de deferencia, o margen de apreciación en el ámbito internacional» (Contreras, 2014, p. 239). El margen de deferencia o de apreciación refleja la descentralización o diversos niveles de autoridad en un contexto de pluralismo (Sweeney, 2005, pp. 471 - 472).

Si bien es cierto que el concepto de margen de apreciación es problemático y ha sido empleado por el TEDH, Nuñez (2012) señala que este se aplica en favor de los Estados cuando estos deben (1) limitar un derecho para preservar otro derecho de la misma naturaleza, u otro fin o bien jurídico de la misma relevancia; (2) definir el contenido y el desarrollo de un derecho en un ordenamiento; o (3) apreciar circunstancias materiales que ameritan la implementación de medidas excepcionales como consecuencia de una emergencia (p. 6).

En general, se podría decir que la aplicación de este principio en el ámbito interamericano encajaría en el contexto por el que este atraviesa. En efecto, los Estados latinoamericanos se encuentran en una etapa de democratización, de modo que la autoridad de los poderes de los Estados parte del SIDH se legitima o descansa en la voluntad de la ciudadanía. Así, luego de una primera etapa en la cual la Corte IDH resolvía casos relacionados con graves violaciones de derechos humanos cometidos por las dictaduras latinoamericanas y una segunda en la cual esta buscaba preservar el modelo democrático de las democracias emergentes, en el presente, la labor de la Corte IDH está relacionada con casos vinculados a la protección de grupos específicos o a casos en los cuales los gobiernos democráticos señalan tener desacuerdos con las posiciones de la Corte IDH (Contesse, 2015, p. 20).

De esta manera, entre las razones que justifican la adopción del margen de apreciación, se puede señalar que este sería aplicable en el SIDH en la medida que otorga ventajas institucionales. En concreto, se considera que las autoridades nacionales tienen mayor conocimiento y experiencia relativa a los contextos nacionales; así, de manera preferente, estos se encuentran en capacidad de resolver los conflictos del orden legal interno (Yúval, 2005, p. 918). Igualmente, se puede señalar que el margen de apreciación es una herramienta que permite que un tribunal internacional defina la responsabilidad del Estado con un criterio de prudencia (Yúval, 2005, p. 921), dadas las consecuencias de un fallo como el de la Corte IDH. En la medida que la responsabilidad internacional se declara *ex post facto*, es necesario que el tribunal ejerza su

jurisdicción tomando en consideración las implicancias de su fallo en relación con los Estados, pero ello no significa que la Corte dejará su función de tutela de los derechos reconocidos en la CADH, sino únicamente que tomará una decisión equilibrada.

Por otro lado, aunque el margen de deferencia puede parecer un concepto vacío o meramente descriptivo, su uso necesariamente da lugar a la aplicación de criterios y grados de escrutinio que se plantearán en el apartado siguiente. Estos se refieren a la naturaleza de los derechos limitados y otros factores que brindan al tribunal internacional argumentos para controlar al estado con mayor o menor flexibilidad. En ese sentido, se puede señalar que el margen de apreciación establece un equilibrio «entre el poder soberano de los Estados y el control internacional que ejercen los tribunales regionales» (Contreras, 2014, p. 249).

Más allá de todo lo mencionado, el concepto de margen de apreciación o la regla de la deferencia no han sido adoptados de forma explícita por la Corte IDH, salvo en la Opinión Consultiva OC-04/1984, relativa a los requisitos y condiciones para acceder a la nacionalidad y naturalización en el ordenamiento costarricense, frente a lo cual la Corte IDH ha señalado que el Estado cuenta con cierto margen de apreciación para definir «los criterios que han de orientar el otorgamiento o no de la nacionalidad a los extranjeros que aspiran a obtenerla» (Corte IDH, 19 de enero de 1984, párr: 58 - 59). Más allá de este ejemplo y otra mención al margen de apreciación en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, la Corte IDH no se ha referido expresamente a la aplicación de esta regla, aunque se pueden encontrar casos que permiten dar cuenta de su aplicación

No obstante, ello no es óbice para señalar que la Corte IDH ha hecho uso de este criterio, aunque de manera implícita, para aplicar un control estricto o más flexible respecto de las acciones u omisiones de los Estados que son parte demandada en un proceso contencioso.

Así, por ejemplo, en el caso Castañeda Gutman vs. México (2008), la Corte reconoció la amplia discrecionalidad de los Estados para crear un sistema de candidaturas independientes o de un sistema basado en la exclusividad de la nominación de candidatos a través de los partidos políticos. En ese sentido, la Corte IDH señaló que no podía hacer una valoración en «abstracto respecto de si el sistema que permite las candidaturas independientes es o no una alternativa menos restrictiva de regular el derecho a ser votado que otro que no lo permite» (Castañeda Gutman vs. México, 2008, párr: 200). De ese modo, dicho tribunal señaló que ambos sistemas pueden ser compatibles con la Convención y, en consecuencia, «la decisión de cuál sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales» (Castañeda Gutman vs. México, 2008, párr: 204). En líneas generales, se podría decir que la Corte ha reconocido la discrecionalidad de los ordenamientos nacionales para hacer efectivo el derecho a la participación política de los individuos, lo que, en otras palabras, califica como deferencia¹⁰.

Ahora bien, habría que señalar que el uso del margen de deferencia en el ejercicio de la función contenciosa de la Corte IDH no se justifica únicamente porque este tribunal tenga una naturaleza análoga a la labor del TEDH¹¹, sino también porque su aplicación guarda coherencia

10 Sin embargo, en el caso Yatama vs. Nicaragua (2005), la Corte IDH realizó un escrutinio más estricto, porque las víctimas a las que se les impidió ejercer el derecho de sufragio pasivo pertenecían a una minoría, de modo que la Corte IDH indicó que el estado de Nicaragua no podía establecer como única alternativa para la postulación a un cargo de elección popular la presentación de candidaturas a través de un sistema de partidos políticos, ya que esta era un modelo ajeno a los usos y costumbres de los pueblos indígenas de Nicaragua (párr: 218).

11 Se trata de dos sistemas de protección de derechos humanos cuyo principio base es el de subsidiariedad.

con la característica de los estándares del SIDH, es decir, el perfil de estándares mínimos a los que los Estados se deben adherir (Queralt Jiménez, 2008; Torres Zúñiga, 2016, p. 190). En efecto, en la medida que la Corte IDH establece reglas mínimas, entonces se admite que los Estados brinden un trato diferente al contenido de un derecho, de conformidad con las necesidades que se derivan del contexto de cada ordenamiento. El límite a la restricción de los derechos reconocidos en la CADH se encontraría en el contenido mínimo o esencial de un derecho, pero también en la razonabilidad o proporcionalidad de la medida adoptada.

En todo caso, el uso del margen de deferencia debería hacerse más explícito, ya que así la Corte IDH fortalecería la legitimidad de sus fallos. En efecto, ello es así, ya que, como se ha afirmado anteriormente, en el contexto latinoamericano, donde las democracias emergentes se vienen consolidando, los problemas que la Corte IDH resuelve ya no solo se refieren a casos relativos a graves violaciones de derechos humanos, sino a temas relativos a la regresividad de los derechos sociales, fecundación *in vitro*, discriminación por orientación sexual, entre otros relativos a temas de desigualdad estructural. De hecho, como se ha señalado anteriormente, y siguiendo a Abramovich (2009), el SIDH se encuentra en una etapa en la que debe asegurar la efectividad de los derechos reconocidos en la CADH y otros instrumentos del SIDH para los que tiene competencia a través del reconocimiento de un margen de autonomía de los procesos políticos nacionales (pp. 7 - 40).

Pero el margen de deferencia es de utilidad en el seno del SIDH en la medida que eventualmente la Corte IDH puede echar mano del mismo para hacer frente a las críticas que la perfilan como un tribunal supraconstitucional¹², y para plantear una perspectiva equilibrada sobre su rol en el control de las decisiones de las mayorías en democracia. En efecto, frente a una decisión mayoritaria que es controlada por el tribunal interamericano, pueden surgir argumentos que señalen que este carece de legitimidad democrática, tal como sucede con la crítica a los tribunales constitucionales. Ejemplos de ello son las polémicas generadas a partir de los fallos *Gelman vs. Uruguay* (2011) y *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, las mismas que atentan o debilitan la autoridad de la Corte IDH (Gargarella, 2016; Bellamy, 2015). En ese contexto, el margen de deferencia puede fortalecer el rol que juega dicho tribunal; y, por ello, habría que visibilizarlo o fortalecer su aplicación como elemento que perfila o guía la práctica de la Corte IDH en los casos en que ello se justifica.

En general, debe entenderse que el margen de deferencia es, en sí mismo, una herramienta que permite lograr el equilibrio entre las decisiones democráticas de los Estados respecto de la tutela de un derecho o la limitación de los mismos y la protección de los derechos reconocidos en instrumentos internacionales. Así, hay que señalar que la aplicación del margen de apreciación no es absoluta, sino que también goza de límites que se encuentran en la proporcionalidad y el justo equilibrio de intereses, fines y medios en relación con la restricción de un derecho.

2.2.1. El modo de aplicación del margen de deferencia: grados de escrutinio.

Ahora bien, si se intenta analizar el modo en que los jueces de un tribunal internacional aplican el margen de apreciación, la doctrina ha tratado de sistematizar el derrotero de la jurisprudencia internacional. Así, García Roca (2007) ha señalado que el margen de deferencia se aplica en tres grados o niveles, dependiendo del tipo de derechos de los que se trate: el escrutinio puede ser estricto, intermedio o débil. Estas categorías se utilizan para analizar las acciones u omisiones

12 Como ya ha sido señalado en la nota al pie 2. Ver Urueña (2013b).

de los Estados en torno a la afectación de un derecho (p. 127). Se podría decir que existe una correspondencia entre el otorgamiento de un margen de apreciación mínimo al Estado parte del conflicto jurisdiccional y el grado de escrutinio estricto, y entre el otorgamiento de un margen amplio y un escrutinio débil¹³.

En concreto, el margen estricto se aplicaría en el caso de que se trate de un derecho considerado como esencial. Por ejemplo, la vida es un derecho que se define como una condición para ejercer otros derechos, y, a su vez, el artículo 27 de la CADH establece que los derechos a la vida, a la integridad, así como a las garantías judiciales no pueden suspenderse, aun en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado. En el caso del escrutinio débil, este se aplicaría a los derechos con escaso contenido esencial y un amplio desarrollo legal, como el derecho a la propiedad o los derechos económicos. En el caso del escrutinio intermedio, este se aplica al resto de derechos, como el de libertad, juicio justo, etc.

Si bien la naturaleza de los derechos es un elemento a tomar en cuenta al momento de determinar el grado de control que ejercerá un tribunal como la Corte IDH respecto de las acciones u omisiones del Estado, lo cierto es que los jueces recogen otros factores para definir los alcances del escrutinio, es decir, si otorgan un mayor o menor rango de deferencia al Estado (Legg, 2012). En la doctrina, las razones o factores externos que un tribunal incluye en su argumentación y que le permiten justificar el grado de escrutinio sobre el caso en concreto son aquellas que Legg (2012) ha clasificado de la siguiente manera: (a) consenso, (b) legitimidad democrática, y (c) experiencia del Estado en los casos relativos a la limitación de un derecho.

Los factores (b) y (c) escapan a los alcances de este trabajo, pero no el primero. En una breve referencia a aquellos, en el supuesto relativo a la experiencia de los ordenamientos estatales, el Tribunal Internacional otorga un margen de apreciación al Estado, sobre todo cuando se trata de casos o normas cuya aplicación involucra aspectos como el de seguridad nacional o derechos económicos (*Albán Cornejo vs. Ecuador*, 2008, párr. 74 - 78); mientras que en casos relativos al debido proceso o el plazo razonable del proceso (*caso Cantos vs. Argentina* [2002, párr. 54])¹⁴, el tribunal internacional llevará a cabo un escrutinio más estricto, ya que tiene un mayor control sobre la materia.

Por su parte, en el caso de una norma, el escrutinio de un Tribunal respecto de dicho dispositivo será más estricto en los casos en los que estas afecten a las minorías o a grupos en desventaja (*Yatama*) o afecten derechos preferentes, como el de la libertad de expresión (*La Última Tentación de Cristo*). Ahora bien, la Corte IDH ha admitido que en el caso de la afectación de las minorías ejercerá un escrutinio más estricto que en el supuesto en el cual se limite el mismo derecho a un sujeto o individuo que no encaja dentro de los supuestos de los grupos en desventaja. De ese modo, la decisión tomada por un parlamento en relación con la limitación de un derecho podría ser objeto de un control más o menos estricto dependiendo del vínculo de la decisión con algunos aspectos del modelo democrático (participación, protección de minorías, etc.).

13 Al respecto, Contreras (2014) también ha planteado la existencia de escrutinios y/o grados de intensidad en lo relativo a la aplicación del control de convencionalidad. En opinión del autor, los niveles de intensidad son los siguientes: control fuerte, débil, y directriz (p. 261).

14 Si bien se reconoce que el derecho de acceso a un tribunal jurisdiccional involucra que el Estado tiene cierta discrecionalidad, como el establecimiento de tasas para el ejercicio del derecho, la Corte IDH se refirió a la razonabilidad del costo de las tasas.

Más concretamente, la regla del consenso conlleva la aplicación del recurso relativo a la práctica de los Estados y, si se quiere, a la interpretación sobre los alcances de un derecho que realizan jueces de otros ámbitos de protección internacional de los derechos humanos. Este es un ejercicio que realizan tanto la Corte IDH como el TEDH (Legg, 2012, p.116) para dar la razón ya sea a la víctima o ya sea al Estado cuando el consenso avala a uno u otro en su petitorio y/o defensa, respectivamente.

En líneas generales, la aplicación de los criterios de deferencia permite establecer una serie de reglas que contribuyen a que las relaciones del modelo de pluralismo constitucional, que podrían generar un conflicto o tensiones respecto de la legitimidad de la Corte para controlar una acción u omisión del Estado, se lleven a cabo de forma ordenada. Estas reglas permitirían plasmar un modelo pluralista ordenado, en el que las decisiones se tomen sobre la base de principios que permitan identificar quién es la autoridad última respecto de la regulación del contenido de una norma nacional, es decir; si en determinado caso concreto prevalecerá el tratamiento legislativo nacional o el que plantee la Corte IDH.

Precisamente, la deferencia en un contexto de pluralismo constitucional presupone que hay un reconocimiento mutuo de autoridad entre ordenamientos y jurisdicciones que permitirá una interacción entre los mismos, sobre todo en los casos en los que se trata de otorgar un margen de apreciación amplio o restringido a uno u otro ordenamiento.

3. Análisis de casos: control de normas constitucionales que impiden el derecho a un recurso efectivo

3.1. Caso Boyce vs. Barbados (2007)¹⁵: afectación del derecho al recurso efectivo y el derecho a la vida.

En el caso Boyce, la Corte IDH trata de forma directa la afectación del derecho a la vida (artículos 4.1 y 4.2) y al recurso efectivo (artículo 25.1), así como la vulneración del deber general de garantía (artículo 1.1) y el deber de adecuación del derecho interno (artículo 2 de la CADH).

La CIDH demandó a Barbados por la naturaleza obligatoria de la pena de muerte (a través del método de la horca) impuesta a los señores Lennox Ricardo Boyce y Jeffrey Joseph como consecuencia de su condena por la comisión del delito de homicidio en el año 2001. En uno de los apartados de la demanda se solicitó a la Corte IDH que declarase la responsabilidad internacional de Barbados por la falta de adecuación del derecho interno a la CADH, en concreto, a la sección 2 de la Ley de Delitos contra las Personas que establecía «pena de muerte obligatoria»¹⁶, y al artículo 26 de la Constitución de Barbados que impedía que la víctima contase con un recurso efectivo frente a la imposición de dicha pena¹⁷.

15 El caso *Dacosta Cadogan vs. Barbados* (2009) es posterior al caso Boyce. En dicho fallo, la Corte IDH se ha pronunciado en la misma línea que lo indicado en este último, por eso no se comentará de manera específica.

16 La pena de muerte obligatoria es aquella que involucra la imposición de la pena de muerte por la comisión de un delito sin que la ley permita que se evalúen criterios como el de circunstancias atenuantes que permitan determinar una pena menos drástica para el autor del delito. Es decir; no permite que el juez determine distintos grados de culpabilidad del delincuente.

17 Artículo 26: «Nada de lo que se incluya en una ley escrita ni lo que se realice conforme a ella será considerado inconsistente con las disposiciones de los artículos 12 al 23 siempre que dicha ley (a) sea una ley (en este artículo, referido a "ley existente") que fue promulgada antes del 30 de noviembre de 1966 y que ha continuado siendo parte de la legislación de Barbados desde ese entonces».

Al respecto, la Corte IDH declaró que el artículo 2 violaba el artículo 4.1 y 4.2 de la CADH por la imposición de la «pena de muerte obligatoria» a las víctimas del caso, así como por el hecho de que el ordenamiento de Barbados tuviese una ley penal que incorporase dicha pena. La Corte IDH argumentó que esta norma *per se*, así como su aplicación por los tribunales de Barbados, afectaba el principio de prohibición arbitraria del derecho a la vida (Boyce y otros vs. Barbados, 2007, párr. 72).

También se declaró la inconventionalidad del examen de la disposición constitucional (artículo 26) que establecía que los tribunales no tenían competencia para declarar la inconstitucionalidad de leyes que hubiesen sido promulgadas antes de la entrada en vigor de la Constitución, esto es, antes del 30 de noviembre de 1966. En concreto, se recogía una «cláusula de exclusión» que impidió examinar la constitucionalidad del artículo 2 de la sección 2 de la Ley de Delitos contra las Personas, en cuanto esta era una norma preconstitucional que entró en vigor en 1868.

En efecto, si bien las víctimas plantearon un recurso de apelación por la condena que se les impuso ante el Comité Judicial del Consejo Privado (la máxima corte de apelaciones), este indicó que los tribunales internos no podían declarar la inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley de Delitos contra las Personas, pues el artículo 26 de la Constitución se lo impedía, aun cuando los jueces considerasen que la ley en mención afectaba los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (Boyce y otros vs. Barbados, 2007, párr. 105).

En relación con ello, la Corte IDH estableció que una disposición de esta naturaleza afectaba el derecho al recurso efectivo de los condenados a la pena de muerte, así como el derecho a la vida de las víctimas, ya que se impedía el escrutinio judicial del artículo 2 de la Ley de Delitos contra las Personas (Boyce y otros vs. Barbados, 2007, párr. 79).

La Corte ha expresado en otras oportunidades que una “cláusula de exclusión” que se encontraba en la Constitución de Trinidad y Tobago tenía el efecto de excluir del escrutinio judicial ciertas leyes que, de otra forma, serían violatorias de derechos fundamentales. De manera similar, en el presente caso, el artículo 26 de la Constitución de Barbados le niega a sus ciudadanos en general, y a las presuntas víctimas en particular, el derecho de exigir protección judicial contra violaciones al derecho a la vida. (Boyce y otros vs. Barbados, 2007, párr. 79)

Asimismo, la Corte IDH indicó que el hecho de que se hubiera realizado un examen de constitucionalidad sin haber llevado a cabo el examen de convencionalidad del artículo 2 de la Ley de Delitos contra las Personas involucraba un incumplimiento de las obligaciones generales de Barbados derivadas de la CADH (Boyce y otros, 2007, párr. 78). De ahí se desprende que, en el caso de que los tribunales hubieran llevado a cabo el examen de convencionalidad siguiendo los estándares del SIDH, se habría evitado, en parte, llegar la instancia jurisdiccional interamericana.

En líneas generales, la Corte IDH consideró que la «cláusula de exclusión» debía modificarse necesariamente, de modo que ordenó al Estado adoptar medidas que sean necesarias para asegurar que la Constitución y la legislación de Barbados se adecuen a los estándares derivados de la CADH. Asimismo, indicó que debería prestarse especial atención a la necesidad de «eliminar el efecto del artículo 26 de la Constitución de Barbados con respecto a la inimpuñabilidad de las leyes existentes» (Boyce y otros vs. Barbados, 2007, párr. 127).

El fallo aborda los alcances de dos derechos que son esenciales en el seno del SIDH: el derecho a la vida y el derecho a la tutela efectiva. De hecho, la sentencia es relevante porque en ella se visibiliza la relación entre estos dos derechos, precisamente porque la ausencia de un

recurso efectivo para impugnar una acción u omisión del Estado destinada a limitar el derecho a la vida es una omisión arbitraria. Se trata de dos derechos esenciales; la vida lo es porque es un derecho que permite el ejercicio de las demás garantías reconocidas a los individuos¹⁸ y la tutela efectiva lo es porque permite que la persona humana cuente con mecanismos o herramientas que le permitan proteger sus derechos frente a la acción y omisión del Estado¹⁹.

En el SIDH, el derecho a la tutela judicial efectiva es uno de los derechos básicos respecto de los que la Corte IDH ha emitido sistemáticamente jurisprudencia orientada a proteger y/o restaurar el derecho en mención. En efecto, el propio artículo 27 de la CADH señala o hace referencia a la imposibilidad de suspender las garantías judiciales, como lo ha previsto la Corte IDH en la OC-09/87 y en la OC-08/87 (Corte IDH, 30 de enero de 1987, párr. 34). En la medida que la restricción del derecho al recurso efectivo involucra una amenaza o, si se quiere, una afectación a cualquier derecho reconocido en la CADH, entonces la Corte IDH seguramente condenará la acción u omisión del Estado sobre la materia.

En general, la Corte IDH realiza un escrutinio estricto de una decisión estatal cuando se afecta el derecho de acceso a un recurso efectivo. Así, a manera ilustrativa, la Corte IDH ha condenado a México y a Nicaragua en los casos *Castañeda Gutman vs. México* (2008) y *Yatama vs. Nicaragua* (2005) por denegar el acceso a un recurso efectivo para proteger derechos electorales de los ciudadanos, cuestión que refleja la relevancia de la tutela tanto para el ejercicio de derechos políticos como para las minorías. En el mismo sentido, cuando se trata de tutelar el derecho a la vida y su afectación real o potencial se encuentra ligada a la ausencia de un recurso efectivo para la víctima entonces la Corte realiza un escrutinio estricto en el que el margen de deferencia a favor del Estado es bastante limitado.

De modo que, aun tratándose de una norma de rango constitucional, si esta afecta el estándar del aseguramiento de un recurso efectivo para los casos relacionados con el derecho a la vida, entonces deber ser declarada inconvencional. En la medida que en el SIDH el derecho a la vida es precisamente uno de los más relevantes —en efecto, es un prerequisite para el goce de todos los demás derechos humanos—²⁰, la Corte IDH protegerá su contenido, aunque una decisión de un Poder Constituyente sea la que ha impuesto la limitación.

Más allá de lo mencionado, conviene indicar el artículo 4 de la CADH establece una aplicación restringida de la pena de muerte. De esta forma, el artículo 4.2 establece un límite a la pena de muerte en relación con los delitos hacia el futuro (Corte IDH, 9 de diciembre de 1994); el artículo 4.4 hace referencia a una prohibición para su aplicación a los delitos políticos y comunes conexos con ellos, y señala que solo es factible de aplicar frente a los delitos más graves; y el artículo 4.5 establece una prohibición de aplicación de pena de muerte a niños y mujeres embarazadas al momento de cometer el delito sancionado.

Al respecto, la Corte IDH ha señalado que el artículo 4 de la CADH, si bien no llega a abolir este tipo de sanción penal, tiene un matiz de progresividad, en tanto y en cuanto prevé

18 «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, 1999, párrafo 144; «Instituto de Reeduación del Menor» vs. Paraguay, 2004, párrafo 161; Masacre de Pueblo Bello, supra nota 6, párr. 120; 19 Comerciantes, 2004, párrafo 153; Myrna Mack Chang, 2003, párrafo 152; Baldeón García vs. Perú, 2006, párrafo 82; Artavia Murillo y otros («Fecundación in vitro») vs. Costa Rica, 2012, párrafo 172.

19 Castillo Páez vs. Perú, 1997, párrafo 82; Ximenes Lopes vs. Brasil, 2006, párrafo. 192; Claude Reyes y otros vs. Chile, 2006, párrafo 131; Castañeda Gutman vs. México, 2008, párrafo 78.

20 «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, 1999, párrafo 144; y Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, 2010, párrafo 186.

criterios orientados a «limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que este se vaya reduciendo hasta su supresión final» (Corte IDH, 8 de setiembre de 1983, párr. 57).

Esta posición refleja que la Corte IDH brinda especial protección al derecho objeto de comentario. En ese sentido, el caso de estudio se analiza bajo la regla de un escrutinio estricto, precisamente porque la aplicación de esta sanción es de carácter irreversible. De este modo, la Corte IDH, independientemente del caso del que se trate, debe verificar si los Estados respetan las garantías judiciales del condenado, pues de lo contrario ello involucrará una privación arbitraria de la vida (Corte IDH, 1 de octubre de 1999, párr. 136).

En relación con el caso, conviene señalar que el sentido del fallo de la Corte IDH se fundamenta en la doctrina que ella misma ha construido sobre la prohibición de la «pena de muerte obligatoria». En efecto, no debe perderse de vista que, en fallos previos, este órgano jurisdiccional ha establecido que este tipo de pena involucra que las personas sean tratadas no como seres individuales, sino como miembros indiferenciados y sin rostro de una masa que será sometida a la aplicación ciega de la pena de muerte²¹.

Ahora bien, aunque en el fallo no se encuentra esta información, se debe resaltar que existe una amplia tendencia en los países del Caribe a abrogar la «pena de muerte obligatoria». Así, por ejemplo, de acuerdo con la CIDH, los tribunales nacionales de Santa Lucía (*The Queen vs. Hughes*), Dominica (*Balson vs. The State*), Belice (*Reyes vs. The Queen*), Las Bahamas (*Bowe vs. The Queen*) y Grenada (*Coard et al. vs. Grenada*), entre otros han declarado la inconstitucionalidad de la «pena de muerte obligatoria». En la actualidad, únicamente Trinidad y Tobago y Barbados tienen aún vigente este tipo de norma (CIDH, 2011).

Asimismo, a nivel del Sistema Universal de Derechos Humanos, el establecimiento de una sanción como la «pena de muerte obligatoria» ha sido declarado contrario al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²². Ello demuestra que existe un amplio consenso respecto de la necesidad de proteger el derecho a la vida y prohibir el establecimiento de este tipo de penas.

De ese modo se justifica que el examen que ha llevado la Corte IDH respecto de la ausencia de un recurso efectivo para prevenir la aplicación de una ley que no establece gradaciones a la aplicación de una pena de muerte fuera de índole estricto.

3.2. Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago (2005): afectación del derecho al recurso efectivo y a la integridad.

En el caso Caesar, la Corte IDH analizó la situación del señor Winston Caesar, quien fuera condenado en 1992 a 20 años de prisión con trabajos forzados y la aplicación de quince azotes por la comisión del delito de tentativa de violación sexual ocurrido en el año 1983. La imposición de dicha pena corporal tenía sustento expreso en la Ley de Castigos Corporales de 1976. El castigo llegó a aplicarse con una herramienta llamada «gato de nueve colas»²³, ya que el sentenciado del caso no apeló la decisión sobre la sanción impuesta porque la Ley de

21 Véase Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, 2002, párrafo 103; Raxcacó Reyes vs. Guatemala, 2005. Serie C, párrafo 80.

22 ONU, Comité de Derechos Humanos. Kennedy c. Trinidad y Tobago (Comunicación No. 845/1999), UN Doc. CCPR/C/74/D/845/1999 de 28 de marzo de 2002, párrafo 7.3; Thompson c. San Vicente y Las Granadinas (Comunicación No. 806/1998), UN Doc. CCPR/C/70/D/806/1998 de 5 de diciembre de 2000, párrafo 8.2; Pagdayawon c. Filipinas, Comunicación 1110/2002, párrafo 5.2.

23 Para la imposición del castigo, el condenado fue obligado a permanecer desnudo mientras la pena corporal se ejecutaba, y además fue atado a una estructura de metal y su cabeza fue cubierta con una sábana.

Castigos Corporales no podía ser controlada e inaplicada por los jueces nacionales, ya que la Constitución de Trinidad y Tobago preveía una cláusula que excluía el derecho preexistente del control de constitucionalidad²⁴.

En relación con ello, la CIDH solicitó a la Corte IDH que declarase la responsabilidad internacional de Trinidad y Tobago por la violación del artículo 5.1, 5.2 (derecho a la integridad), 25.1 (derecho a un recurso efectivo), 1.1 (deber general de garantía) y 2 (deber de adecuación del derecho interno) de la CADH; es decir, por la comisión de actos contrarios a la integridad física y por el hecho de que la conducta se encontrara legalizada dentro del ordenamiento jurídico de Trinidad y Tobago.

Sobre el tema, la Corte IDH indicó que existía una prohibición universal tanto de la tortura como de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 5.1 y 5.2). Esta obligación había sido infringida por Trinidad y Tobago tanto por la aplicación de la pena al señor Caesar como por el hecho de que existía una norma cuyo contenido era contrario a los estándares del SIDH²⁵.

Igualmente, la Corte IDH condenó al Estado por la violación del derecho al recurso efectivo (artículo 25.1 de la CADH), ya que la Ley de Penas Corporales, a pesar de que establecía la imposición de castigos corporales que atentaban contra los derechos reconocidos en la CADH, no podía ser impugnada por la víctima del caso (Caesar vs. Trinidad y Tobago, 2005, párr: 117).

En la medida que la Ley de Castigos Corporales era previa a la entrada en vigor de la Constitución, no podía ser objeto de control constitucional, pues, como ya se adelantó, la Constitución de 1976 del Estado de Trinidad y Tobago contenía una «cláusula de exclusión» que impedía que una norma preconstitucional sea objeto de impugnación por ser contraria a la Constitución. En ese sentido, la norma en mención seguía siendo aplicable, aun cuando afectaba el derecho a la integridad de las personas (Caesar vs. Trinidad y Tobago, 2005, párr: 133).

La víctima no apeló el fallo ante el Privy Council²⁶. Sobre el punto, la Corte IDH señaló que habría sido improbable que el señor Caesar hubiera podido impugnar de forma exitosa la aplicación de las penas corporales, ya que, en casos similares, el Privy Council había indicado que no era posible cuestionar la constitucionalidad de las penas corporales, ya que esta era una dispo-

24 Section 6: savings for existing law:

1. Nothing in sections 4 and 5 shall invalidate:

a. an existing law; b. an enactment that repeals and re-enacts an existing law without alteration; or c. an enactment that alters an existing law but does not derogate from any fundamental right guaranteed by this Chapter in a manner in which or to an extent to which the existing law did not previously derogate from that right.

[...]

3. In this section- "alters" in relation to an existing law, includes repealing that law and re-enacting it with modifications or making different provisions in place of it or modifying it; "existing law" means a law that had effect as part of the law of Trinidad and Tobago immediately before the commencement of this Constitutions, and includes any enactment referred to in subsection (1); "right" includes freedom.

25 La Corte IDH ha establecido de manera específica que el castigo corporal es una regla prohibida a nivel universal. En concreto, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura ha declarado que el artículo 31 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Corte Europea de Derechos Humanos, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (Caesar vs. Trinidad y Tobago, 2005, párrafos 61 - 68).

26 De acuerdo con el artículo 109 de la Constitución de Trinidad y Tobago, este órgano es una especie de tribunal de apelación que tiene la última palabra en todos los procesos de naturaleza penal, civil o de otra índole que involucren un tema relativo a la interpretación de la Constitución.

sición normativa previa a la entrada en vigor de la Constitución de 1976. De hecho, dicho órgano, si bien había reconocido que la imposición de una pena corporal era contraria a la prohibición de tortura y/o tratos crueles, inhumanos y degradantes, consideró que no podía inaplicar o controlar la constitucionalidad de la ley de penas corporales (*Caesar vs. Trinidad y Tobago*, 2005, párr. 115).

En la medida que el Estado había incurrido en responsabilidad internacional en relación con el artículo 25.1, se ordenó que Trinidad y Tobago modificara la norma constitucional que recogía la «cláusula de exclusión». En específico, se indicó lo siguiente:

Al imposibilitar que la Ley de Penas Corporales sea impugnada, la "cláusula de exclusión" contenida en la Sección 6 de la Constitución de Trinidad y Tobago es incompatible con la Convención. En consecuencia, la Corte considera pertinente ordenar que el Estado enmiende, dentro de un plazo razonable, la mencionada Sección 6 de la Constitución de Trinidad y Tobago, en cuanto imposibilite a las personas el acceso a un recurso efectivo ante un tribunal competente para la protección violaciones de sus derechos humanos (*Caesar vs. Trinidad y Tobago*, 2005, párr. 115).

Este fallo involucra la existencia de una «cláusula de exclusión» que vulnera el derecho al recurso efectivo, ya que la víctima no se encontraba en capacidad de discutir una decisión que afectaba el derecho a la integridad. Tal como se ha señalado, era probable que el fallo del Privy Council no hubiera anulado la pena corporal, de ahí que este elemento no habría calificado como un recurso que hubiera permitido a la víctima evitar la lesión a su integridad.

Ello concuerda con lo establecido por la Corte IDH en relación a los recursos que resulten ilusorios por las condiciones generales del país o por la situación del caso en concreto («Niños de la calle» vs. Guatemala, 1999, párr. 237). En efecto, debe tenerse en cuenta que el recurso de apelación, en el caso en análisis, no era efectivo, pues, a pesar de existir formalmente, no servía para obtener resultados de tutela del derecho a la integridad (*Comunidad Mayagna [Sumo] Awast Tingsi vs. Nicaragua*, 2001, párr. 111).

De esta manera, el derecho a un recurso efectivo es esencial en el marco del modelo de estado de derecho, precisamente para tutelar los derechos de las personas. Las garantías jurisdiccionales son necesarias, justamente, porque estas se caracterizan por la imparcialidad de quien juzga, pero también por el hecho de que una decisión se sustenta en criterios de índole jurídica (CIDH, 2007).

Asimismo, se ha mencionado que, de manera conexa, la integridad también se vio afectada, en tanto y en cuanto la víctima no logró impedir, a través de un mecanismo judicial, que una manifestación o modalidad de tortura le fuese aplicada. En efecto, para ello, la Corte IDH apeló al consenso que existe sobre la materia en el seno del derecho internacional para condenar la práctica de las penas corporales.

De hecho, es importante que la Corte haya calificado el castigo corporal como tortura²⁷, ya que ello guarda coherencia con la finalidad que la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura le atribuye al ilícito en mención: como pena, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva o con cualquier otro fin. En ese sentido, el Tribunal indicó:

27 De hecho, en el caso en concreto se cumple el carácter especial del agente que comete el delito: autoridades estatales o individuos que actúan con aquiescencia del Estado (Artículo 3 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura).

En atención a la regulación y aplicación de las penas corporales de flagelación en Trinidad y Tobago, la Corte considera que la naturaleza misma de estas refleja una institucionalización de la violencia que, pese a ser permitida por la ley, ordenada por las autoridades judiciales y ejecutada por las autoridades penitenciarias, constituye una sanción incompatible con la Convención. (Caesar vs. Trinidad y Tobago, 2005, párr. 73)

Por otra parte, es relevante que la Corte IDH inicialmente haya recalcado que la prohibición de tortura es absoluta, incluso en circunstancias de guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, entre otros comparables (Caesar vs. Trinidad y Tobago, 2005, párr. 59). Ello refleja que, en supuestos de este tipo, el derecho a la integridad tiene una protección absoluta, precisamente porque el artículo 27 de la CADH hace referencia a la imposibilidad de que se suspenda en este tipo de supuestos.

A partir de ello, hizo referencias a la tendencia, a nivel internacional e interno, hacia la prohibición de las penas corporales (Caesar vs. Trinidad y Tobago, 2005, párr. 70). Para respaldar esta afirmación, la Corte IDH hizo mención de los estándares que se derivan del Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Sooklal vs. Trinidad y Tobago), del Sistema Europeo de Derechos Humanos (Tyrer vs. Reino Unido) (Caesar vs. Trinidad y Tobago, 2005, párr. 63 - 64) y de tribunales nacionales, en los que también se ha establecido «que la imposición de castigos corporales, independientemente de las circunstancias del caso y de las modalidades en que se llevó a cabo, es contraria y no aceptable en un ordenamiento democrático» (Caesar vs. Trinidad y Tobago, 2005, párr. 66).

Para la Corte IDH, en el caso de la pena corporal de flagelación, se puede afirmar que esta constituye *per se* una forma de tortura (Caesar vs. Trinidad y Tobago, 2005, párr. 59). El caso Caesar pone de relieve la prohibición absoluta de la adopción de penas corporales en el SIDH. El derecho a la integridad es un derecho esencial conexo con el derecho a la vida. En el ámbito interamericano, la tutela de la integridad ha sido objeto de tratamiento en diversos fallos, precisamente por el tipo de casos que ha resuelto la Corte IDH (desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, encarcelamientos, etc.).

Ahora bien, en el seno del SIDH, las referencias a la afectación del derecho a la integridad han estado vinculadas principalmente a casos de graves violaciones de derechos humanos, en concreto, a las relativas a casos en los que se ha vulnerado la integridad física y psicológica de los detenidos y procesados por delitos de terrorismo o en contextos de conflicto armado (19 comerciantes vs. Colombia; Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia) y de regímenes dictatoriales (Loayza Tamayo vs. Perú, Cantoral Benavides vs. Perú), entre otros.

Del examen de las sentencias se desprenden criterios orientadores para establecer un control estricto de las prácticas y normas que afectan la integridad de las personas, pero, a diferencia del Tribunal Europeo, la Corte Interamericana, en estas sentencias, no ha fijado criterios que admitan, en casos similares, un margen de deferencia de los Estados.

3.3. Análisis de los argumentos empleados por la Corte IDH.

Los derechos que han sido objeto de protección por parte de la Corte IDH son aquellos que se conocen como de naturaleza esencial. En concreto, la Corte IDH ha tutelado el derecho a la vida, en el aspecto relativo a la privación del derecho a la vida de forma arbitraria (artículo 4 de la CADH); la integridad, en concreto, en el aspecto vinculado con la prohibición de someter a una persona a un trato cruel, inhumano y degradante (artículo 5); y el derecho a un recurso efectivo (artículo 25.1). Por ello, entre otras razones, el escrutinio que ha aplicado la Corte IDH ha sido de orden estricto.

En este documento se analizará la regla del consenso, ya que los casos que han sido descritos se sustentan en argumentos que califican dentro de este tipo de factor. Se podría decir que la regla del consenso opera como una razón para elevar o flexibilizar el escrutinio sobre las razones del Estado para limitar o desconocer un derecho en favor de un determinado grupo. En concreto, el consenso opera en tres direcciones: (a) el consenso de los Estados favorece a la posición del demandante; (b) el consenso de los Estados favorece la posición del Estado demandado; y (c) la falta de consenso permite la deferencia a favor del Estado.

En lo que sigue se hará mención al primero de los supuestos y al tercero como correlato del primero. Con ello se pretende visibilizar que el factor relativo al consenso, en realidad, es un supuesto que se articula con otros criterios o razones en el momento en que un tribunal determina si un estado ha vulnerado o no el contenido de un derecho reconocido en un tratado sobre el que ejerce competencia contenciosa, y que, por ende, no es una regla de carácter absoluto. En efecto, tanto la naturaleza del derecho como el criterio del consenso se articulan con principios como el de legitimidad democrática y/o el de la proporcionalidad para determinar los alcances del examen con el que la Corte IDH controla las normas nacionales, incluidas las de rango constitucional. De este modo, no siempre el consenso o la ausencia del mismo son criterios determinantes para definir la intensidad del escrutinio sobre el derecho interno.

3.3.1. Consenso de los Estados y organizaciones internacionales.

En supuestos en los que existe un consenso en los Estados y en las organizaciones internacionales sobre los alcances de un derecho o sobre la prohibición de alguna práctica estatal que limite un derecho y el estado que sea parte del proceso contencioso tiene una norma o ha realizado una acción que es contraria al estándar mencionado, la Corte IDH brindará un margen de deferencia mínimo o no lo brindará, y, a su vez, analizará la norma o práctica en cuestión a la luz de las reglas del escrutinio estricto. En los casos que son objeto de análisis, el control sobre normas constitucionales será estricto, pues se refieren a supuestos en los que se han afectado derechos esenciales y existe un amplio consenso a favor del peticionario.

En el caso *Caesar*, la Corte IDH ha apelado al recurso comparado del derecho internacional para demostrar que existe un consenso sobre lo que constituye una privación arbitraria del derecho a la vida o sobre la prohibición de tortura. En efecto, como ya se mencionó, la Corte IDH hizo referencia a los casos *Sooklal*, del Comité de Derechos Humanos, y *Tyrer*, resuelto por el Sistema Europeo de Derechos Humanos. Igualmente, mencionó el informe sobre el Gobierno de Holanda, emitido en 1997 por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, para señalar que las penas corporales se encontraban prohibidas en los Estados democráticos.

No obstante, hay que indicar que el hecho de que la tortura y los tratos crueles se encuentren prohibidos no implica que el margen de deferencia no se aplique cuando de restringir el derecho a la integridad se trata, siempre que este no califique como uno de los supuestos prohibidos. De esta forma, por ejemplo, en el caso *Jalloh vs. Alemania*, el Tribunal Europeo condenó la decisión de la policía alemana de suministrar eméticos a un detenido por tráfico de estupefacientes con el fin de provocarle el vómito de los paquetes de droga que se había tragado. La razón para su decisión se sustentó, en parte, en el hecho de que los países del Consejo de Europa tienen mecanismos menos lesivos con los que logra el mismo propósito, como esperar a la eliminación natural del cuerpo del procesado. De este modo, la razón por la que se declaró que esta práctica era contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos

se sustentó, en parte, en la práctica de los Estados en la materia que fue objeto de análisis. Sin embargo, conviene señalar que en este caso de restricción de la integridad eventualmente se hubiera podido brindar un margen de deferencia a favor del Estado, si es que eventualmente sus actos se hubieran asemejado a las prácticas menos lesivas.

Por su parte, en el caso Boyce, la Corte IDH hizo únicamente referencia a las observaciones emitidas por el Comité de Derechos Humanos en relación a la necesidad de que Barbados modificase la legislación que tornaba obligatoria la imposición de la pena de muerte respecto de ciertos delitos, porque ello impedía que el juez que juzgaba el delito tuviera cierta discreción para imponer una sanción de conformidad con las circunstancias de cada caso en concreto (Boyce y otros vs. Barbados, 2007, párr. 59, nota al pie 60).

De hecho, la decisión de la Corte IDH en el caso que se comenta se basó en la jurisprudencia derivada de los casos Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago (2005) y Raxcacó Reyes vs. Guatemala (2006), es decir, en sus propios precedentes. Pero lo cierto es que en la jurisprudencia previa al caso Boyce, a partir de la que se construyó la prohibición de la llamada «pena de muerte obligatoria», la Corte IDH sí hizo mención a los estándares derivados de la práctica del Comité de Derechos Humanos e incluso de la Corte Suprema de Estados Unidos de América. Sin embargo, en el caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, la práctica de los Estados fue un elemento esencial o, si se quiere, el principal para construir el criterio que define a la «pena de muerte obligatoria» como un supuesto de privación arbitraria del derecho a la vida.

En efecto, en Hilaire, la Corte IDH apeló a los estándares derivados de los casos Lubuto vs. Zambia del Comité de Derechos Humanos y Bachan Singh vs. State of Punjab resuelto por la Corte Suprema de la India. Cada uno de dichos tribunales había señalado la imposición de la «pena de muerte obligatoria» sin que la legislación previera atenuantes respecto de la sanción a imponer al responsable de un delito, de modo que las sentencias de estos tribunales sirvieron a la Corte IDH como sustento de su posición (Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, 2002, párr. 103, nota al pie 112).

En todo caso, es importante señalar que la Corte IDH tiene en cuenta la práctica de Estados que no son parte del SIDH, lo que demuestra que esta apela al consenso en sentido amplio, y no necesariamente se circunscribe al análisis de los países que han ratificado la CADH y otros tratados que forman parte del *corpus iuris* interamericano. De hecho, en una concepción restrictiva, la regla del consenso debería aplicarse únicamente al supuesto antes mencionado.

No obstante, más allá de ello, habría que establecer el impacto que tiene este tipo de casos en la protección del derecho al recurso efectivo. En efecto, en tanto y en cuanto la limitación de este último afecta también a derechos como el de la vida o la integridad, el acceso un recurso judicial se plantea también como un supuesto que no admite un margen de deferencia a favor del Estado. En efecto, como ya se ha señalado, la relevancia del derecho al recurso efectivo se refleja en el hecho de que puede ser suspendido, en tanto protege los derechos señalados en el artículo 27.2 de la CADH como no susceptibles de suspensión en situaciones de emergencia, pero, al mismo tiempo, es un mecanismo de control de acciones u omisiones estatales que se guía conforme a los principios de independencia e imparcialidad para la tutela de los derechos humanos (Corte IDH, 6 de octubre de 1987, párr. 25). En el modelo de Estado constitucional ningún órgano se encuentra exento de control.

A pesar de todo ello, la regla del consenso en el derecho latinoamericano tiene un efecto que supone que su imposición genera efectos que, en específico, son de carácter

contramayoritario en relación con la voluntad democrática expresada por el poder constituyente. En ese sentido, no se debe perder de vista que el concepto de democracia en el SIDH es el de democracia sustantiva, antes que procedimental. De ahí que la limitación desproporcionada de un derecho fundamental no sea admisible, aun en el supuesto de que esta hubiera sido aprobada en función del principio de soberanía o en ejercicio del poder constituyente y de conformidad con los procedimientos de aprobación de una decisión mayoritaria.

En efecto, en este documento se parte de la idea de que el proceso de toma de decisiones de carácter democrático debe guiarse por el principio de igualdad, esto es, debe promover la participación de la ciudadanía y seguir las reglas o procedimientos preestablecidos para arribar a un acuerdo de mayorías. Asimismo, se adopta una posición en la cual los contenidos o resultados del proceso de toma de decisiones son relevantes, y, frente a decisiones injustas, los jueces pueden cumplir un rol que permite hacer un balance de la forma en que el poder democrático ejerce su poder. A manera ilustrativa, se puede mencionar que la labor de los jueces en general, incluyendo a los jueces de la Corte IDH, es asegurar los derechos de las minorías o asegurar que no se afecten principios básicos como la igualdad, no discriminación, entre otros.

Como bien señala De Vega (2003), la democracia no debe entenderse únicamente como una forma de gobierno «por el pueblo y para el pueblo», en la que impera una concepción que la define como un ordenación institucional o un proceso únicamente encaminado a la toma de decisiones políticas, sino que debe visibilizarse su estrecho vínculo con los principios de «libertad, igualdad, fraternidad» que se encontraban en la génesis de las revoluciones burguesas, las cuales dieron lugar al concepto de estado de derecho (p. 12). En líneas generales, más allá de las distintas concepciones de la democracia y su crítica a la *judicial review*, el hecho es que se debe buscar un equilibrio entre la defensa del modelo democrático y la finalidad de la *judicial review*. Lo que parece real es que los jueces sí cumplen un rol necesario frente a los procedimientos y resultados derivados de un acuerdo de mayoría, los cuales nunca son perfectos ni se asemejan necesariamente a la concepción idealizada de sus promotores²⁸.

Por su parte, es necesario señalar que la regla del consenso también se articula con una concepción material de los «límites a los límites» de los derechos fundamentales. Las normas constitucionales que fueron declaradas contrarias a la CADH eran irrazonables, o, si se quiere, desproporcionadas, ya que imponían una sanción de pena de muerte obligatoria, así como una sanción física; es decir, se trataba de dos medidas que afectan el contenido mínimo del derecho a la vida y el derecho a la integridad. En efecto, aunque en ninguno de los casos que son objeto de comentario la Corte IDH realizó un examen de proporcionalidad expreso²⁹, ambas cláusulas de exclusión eran inidóneas, pues pretendían asegurar la prevalencia de normas derivadas de un orden preconstitucional e impedían la tutela material de los derechos antes mencionados, e incluso afectaban de forma expresa los dispositivos de la CADH.

28 Langford apela a un equilibrio pragmático de la teoría democrática, pues señala que la forma representativa de la democracia disminuye la participación y deliberación; mientras que la forma deliberativa no genera mecanismos totalmente representativos; y la forma participativa puede generar o afectar el propio proceso deliberativo. En ese sentido, parece necesario apelar al concepto de la *judicial review*, ya que permite equilibrar los modelos teóricos ideales y sus fallas.

29 El examen de proporcionalidad que aplica la Corte IDH consta de tres pasos: idoneidad de la medida, necesidad de la medida y estricta proporcionalidad de la medida (Kimel vs. Argentina, 2008, párrafo 58).

No debe perderse de vista que, de acuerdo con el artículo 4 de la CADH, la pena de muerte solo se aplica para el caso de los delitos más graves. Además, prohíbe que esta se imponga como pena aplicable a la comisión de los delitos políticos. Ahora bien, la Corte IDH ha señalado que la aplicación de la pena de muerte involucra necesariamente la adopción de penas individualizadas, en función de la participación del procesado en la comisión del delito grave. En el mismo sentido, la Corte IDH señaló que la aplicación de la pena de muerte debía adecuarse a las reglas del debido proceso (Boyce y otros vs. Barbados, 2007, párr: 50).

En el caso Boyce, la aplicación de la pena de muerte obligatoria, sin tener en consideración los elementos antes mencionados, involucró que la ley fuera declarada contraria a la CADH, al igual que la norma constitucional que prohibía a los jueces la inaplicación de dicho dispositivo legal, pues en las disposiciones normativas anulaban los contenidos mínimos que la CADH reconoce al derecho a la vida y a la tutela efectiva.

En el mismo sentido, en el caso Caesar, la CADH ha previsto una «norma regla» explícita en la que señala que ninguna persona debe ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y además se establece de forma precisa que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. De ese modo, se podría decir que tanto la Ley de Penas Corporales como la cláusula que impedía la inaplicación del castigo físico atentaban contra la regla expresa prevista en el artículo 5.2 del tratado. De ahí su falta de idoneidad, ya que atentaban contra una regla expresa. Por ello, la Corte ha precisado que la imposición de una pena corporal refleja la institucionalización de la violencia y, por ende, su incompatibilidad con el principio democrático y con la CADH (Caesar vs. Trinidad y Tobago, 2005, párr: 73).

En general, la utilización del derecho comparado, si bien da cuenta de la tendencia universal respecto de la prohibición de tortura y de la prohibición de pena de muerte obligatoria, también coadyuva a plantear de manera directa la razón material por la cual una regla en específico no es admisible en el SIDH, más allá del hecho de que haya un acuerdo en la comunidad de Estados.

Más allá de todo lo mencionado, si bien el caso de la aplicación de la regla del consenso cuando esta favorece a la víctima del caso y se convierte en un criterio por el cual la Corte IDH realiza un escrutinio estricto es una pauta que puede justificar que el tribunal internacional otorgue un margen mínimo a los Estados, tampoco es absoluta, ni es la única razón por la cual un tribunal toma una decisión como la de ordenar una reforma constitucional, sino que se acompaña de razones materiales, que se reflejan en el uso de los estándares comparados e internacionales. Lo mismo sucede con los supuestos en los que la falta de consenso; en principio, otorga un margen de deferencia más amplio a favor de los Estados, pero dicha regla tampoco es absoluta.

3.3.2. La falta de consenso: su aplicación relativa y no absoluta.

Un supuesto distinto a la regla del consenso es el relativo a los casos en los que ocurre una falta de este. En este caso, en principio, se brinda al Estado un margen de acción que le permite fijar; de acuerdo a circunstancias jurídicas, sociales y culturales, el contenido y alcance de ciertos derechos (Benavides Casals, 2009, p. 301). En concreto, la falta de consenso implicaría que el Estado tiene algún grado de deferencia para limitar de modo legítimo el derecho que se considera vulnerado, y que el escrutinio del tribunal internacional puede ser más flexible respecto de la norma o práctica del Estado.

Sin embargo, la aplicación del criterio en mención, si bien es influyente, no será determinante en la decisión del tribunal de brindar un mayor margen de discrecionalidad, más aun cuando el caso que este analiza involucra un supuesto de discriminación por un motivo prohibido o cuando se afectan los derechos en concreto. Así, en el caso *Atala Riffo vs. Chile*, este tribunal ha señalado que la falta de consenso relativa a los derechos de grupos o minorías que son víctimas de discriminación (por razón de su orientación sexual) no puede significar una limitación o falta de reconocimiento de sus derechos o un medio «para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido» (*Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 2012, párr. 92).

El ejemplo que se acaba de plantear denota que las directrices aquí expuestas sobre la aplicación de la falta de consenso no son necesariamente determinantes *in abstracto*, sino que cada caso requiere una evaluación conforme a determinados criterios, que pueden tener un mayor o menor peso.

4. Implicancias del control que realiza la Corte IDH respecto de normas constitucionales en el derecho constitucional

El control que viene realizando la Corte IDH respecto de normas constitucionales, si bien encuentra justificación en el principio *kompetenz-kompetenz* y en el artículo 2 de la CADH, genera, además, un impacto en el concepto de poder constituyente y en la teoría del cambio constitucional, en concreto, en el poder de reforma constitucional. En efecto, en la medida que se controla la norma creada en ejercicio del poder constituyente y, además, se ordena como reparación la modificación de la Constitución, se debe analizar en qué sentido el rol que ejerce la Corte IDH afecta o no la teoría constitucional, o si, en todo caso, esta última se ha redimensionado.

En los casos que han sido comentados, la Corte IDH ordenó la reforma constitucional de las normas declaradas inconvencionales; no obstante, estas no han sido reformadas. Barbados viene realizando esfuerzos para concretar la reforma (*Boyce y otros vs. Barbados*, 2011). Trinidad y Tobago incluso ha denunciado la CADH en 1999. De tal modo, en principio, los fallos no habrían sido ejecutados, lo cual refleja la tensión que existe cuando se realiza este tipo de control, más aún porque, ya que se trata de una decisión que involucra la puesta en marcha del poder de reforma constitucional, el cumplimiento de la reparación se sujeta a criterios de orden político.

4.1. Poder Constituyente y Poder de reforma: cambios constitucionales condicionados.

En la teoría continental, dos de los elementos esenciales en la construcción del modelo de estado constitucional son el poder constituyente y el poder de reforma. El concepto de poder constituyente, de carácter originario, es el que da origen al Estado y, en principio, carecería de límites; mientras que el poder de reforma, un poder constituido que encuentra sus límites en el poder de revisión en sí mismo, es la expresión de la continuidad del modelo de estado constitucional y la autolimitación del poder constituyente (De Vega, 1985, p. 60).

Ahora bien, conviene señalar que, conforme a la teoría de los límites constitucionales, una reforma constitucional se vería restringida por el núcleo esencial de una constitución en el caso de que se adopte una posición que establezca que existen cláusulas o valores y principios irreductibles en el marco de un modelo de estado de derecho. Mientras tanto, en el caso de que no se optara por

la alternativa de las cláusulas pétreas, sería posible reformar cualquier aspecto de la Constitución³⁰.

Independientemente de las dos aproximaciones al poder de reforma constitucional, el hecho es que, en la teoría tradicional continental, este no podría activarse si no por la propia comunidad política de un determinado territorio. Ello, además, refleja el respaldo del principio democrático que requiere una reforma constitucional. Esta afirmación, sin embargo, se encuentra relativizada por el hecho de que los fallos de la Corte IDH reflejan que la comunidad política se activa porque así lo dispone un tribunal internacional.

Este hecho no es ajeno al fenómeno de expansión del derecho internacional, ya que la influencia de sus principios se ha reflejado en la expansión del constitucionalismo en el periodo post Segunda Guerra Mundial. Al respecto, Pegoraro (2013), ha señalado que las Constituciones contemporáneas son, en muchos casos, fruto de procesos de imitación y/o de imposiciones previas a la adopción formal de una reforma constitucional, o del inicio de un proceso constituyente. En algunos casos, las imposiciones o condicionamientos vienen desde la comunidad internacional y/o de organizaciones internacionales (p. 356).

A su vez, en la medida que se parte de la premisa de que los derechos humanos y la democracia están intrínsecamente vinculados, debido a que uno legitima al otro y viceversa, los derechos otorgan al individuo el status para participar dentro de una comunidad política en condiciones de igualdad (Besson, 2011, p. 22).

En el SIDH, al igual que en el modelo de Estado Constitucional, también se protegen derechos fundamentales, y se reconoce el vínculo indisoluble de estos con la democracia, tal como se desprende del preámbulo de la CADH, de la Carta de la Organización de Estados Americanos y de la propia Carta Democrática Interamericana (Acuña, 2014, p. 8). En ese sentido, se podría decir que en el SIDH se ha optado por un modelo de democracia sustantiva, que también se constituye en un límite a los derechos fundamentales, no solo porque el Estado ha ratificado el tratado por su propia voluntad, sino también porque la tutela de los derechos es condición de la existencia de la democracia. De este modo, aunque una constitución no contenga criterios expresos, como cláusulas intangibles, lo cierto es que los estándares del SIDH se constituyen en barreras que impiden que el poder de reforma afecte el contenido esencial de un derecho fundamental y, en todo caso, obligan al ordenamiento a modificar las normas constitucionales adoptadas en contradicción a los estándares del SIDH.

Así, la democracia de mayorías y el principio de soberanía popular sobre los que descansa el modelo de estado latinoamericano, en realidad, no son ilimitados, sino que encuentran su término en los llamados límites inmateriales o en la tutela de los derechos fundamentales. En el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH también ha reconocido de manera expresa que la legitimidad democrática o el criterio de las mayorías no están exentos de controles, sino que, por el contrario, frente a este prevalecerá la naturaleza del derecho o una visión relacionada con la «corrección» del derecho (*Gelman vs. Uruguay*, 2011, párr. 239).

30 Pero, en palabras de Pedro de Vega (1985), se puede señalar que en el modelo de estado constitucional existen límites materiales implícitos que impiden que determinados fundamentos puedan modificarse por el poder de reforma. De hecho, este último tiene su razón de ser en la necesidad de brindar continuidad jurídica al ordenamiento jurídico (p. 267).

4.2. Cambio en el paradigma: del dualismo estatalista a la tutela de los derechos en un escenario de pluralismo constitucional.

El condicionamiento de las reformas constitucionales también se explica por el cambio de paradigma del modelo de estado constitucional, que, en palabras de Peter Häberle (2001), se define como cooperativo y abierto a la influencia del derecho internacional (pp. 73 - 76). En el modelo tradicional del estado constitucional, la supremacía constitucional supone que la Constitución es la norma fundante que da lugar al origen de una comunidad política y a un ordenamiento jurídico del que la Constitución es la norma máxima, respecto de la cual no existe una norma superior:

Este punto de vista se refleja en la adopción de posturas dualistas respecto de la relación entre el derecho interno e internacional. La postura dualista, también llamada estatalista, considera que el cumplimiento de las obligaciones internacionales o su incumplimiento es una cuestión irrelevante, porque en el derecho internacional existe una ausencia de legitimidad democrática. Desde esta perspectiva, además, existe únicamente un principio relevante, que es el democrático, de modo que la autoridad última de un ordenamiento se encuentra en el pueblo. Bajo esta premisa, el modelo dualista admite incluso el apartamiento de la democracia sustantiva, ya que los contenidos de una constitución son contingentes, es decir, no necesariamente están relacionados con otros elementos del constitucionalismo liberal (Kumm, 2010, p. 211).

En ese sentido, se viene desarrollando el concepto de pluralismo constitucional, que, aunque inicialmente ha servido para explicar la relación entre el derecho interno y el derecho de la Unión Europea, también explica la relación en contextos como el SIDH (Matej y Kómarek, 2012, pp. 1 - 17)³¹. En concreto, el concepto de pluralismo constitucional da cuenta de la existencia de un conjunto de ordenamientos jurídicos que se encuentran interrelacionados entre sí, pero cada uno con su propia Constitución, sin que exista un vínculo basado en el principio de jerarquía constitucional (Torres Pérez, 2010, p. 165).

No obstante, resulta problemático referirse al concepto constitución cuando, en la teoría tradicional, esta norma se adscribe a un territorio determinado y tiene un sustento democrático que se deriva del poder constituyente. Igualmente, un tratado como la CADH no recoge elementos esenciales, como el principio de separación de poderes o el control de constitucionalidad con capacidad de anulación/expulsión de normas nacionales. Sin embargo, para Kumm (2010), estos son elementos de los que se puede prescindir en aras de atender a elementos de índole sustantiva derivadas del concepto de constitucionalismo. Salvadas las excepciones, se puede indicar que la noción de pluralismo atiende a una caracterización de orden material que se construye sobre la base de principios comunes entre el derecho internacional y el derecho constitucional, como la protección de los derechos del individuo y la promoción de la democracia y del modelo de estado de derecho.

De ahí que la tutela de los derechos fundamentales y la democracia sean competencias complementarias para el ordenamiento constitucional e internacional. Por ello, el concepto tradicional de poder de reforma constitucional debe comprenderse en la dimensión del pluralismo, en el que el Estado ya no posee la autoridad última respecto de la tutela de los derechos. De lo contrario, se adoptaría una postura estatalista, que no se corresponde con la realidad.

31 De hecho, en Latinoamérica se viene reflexionando sobre el concepto de pluralismo constitucional, aunque aún es un tema en el que se debe profundizar (Urueña, 2013a, pp. 302-309; Acosta Alvarado, 2013, pp. 347-368).

4.3. Alteración del principio de separación de poderes.

La forma tradicional en que se concibe la relación entre el poder externo y el poder interno de un estado ha influido en la perspectiva relativa al control de las normas constitucionales. Si se asume que se trata de dos manifestaciones distintas no relacionadas del ejercicio de soberanía estatal, todo lo que ocurre en el seno del derecho interno no interesa al derecho internacional y el accionar del Estado en el ámbito exterior tampoco, pues la autoridad última en el seno del derecho interno es el poder constituyente; y, en el seno del derecho internacional, el propio Estado, ya que no se encuentra limitado por ningún poder.

De acuerdo con Bustos (2005), tradicionalmente, las constituciones desarrollan dos aspectos sobre su relación con el derecho internacional, entre los que se encuentran los medios para que el Estado se obligue internacionalmente y la forma en que se convierten en derecho aplicable. Empero, en dichos textos, por lo general, no se incorporan criterios materiales de orientación para el ejercicio del poder exterior (p. 92). Ello se debe a la influencia de la teoría de Locke sobre el Estado y el derecho internacional. En el *Segundo Tratado sobre Derecho Civil*, Locke (2006) alude al poder federativo como diferenciado de los poderes legislativo y ejecutivo, pues considera que aquel constituye una rama autónoma del poder estatal. Dicho poder federativo no puede estar sujeto a reglas permanentes y previas, sino que precisa de la prudencia y sabiduría de aquellos que lo administran en aras de alcanzar el público (pp. 143 - 148). Desde la perspectiva lockeana, el poder federativo carecería de controles debido a la disociación entre los límites derivados del principio de separación de poderes en el derecho interno y la autonomía del poder exterior: «los principios de la soberanía interna valen para la esfera interna, pero no para las relaciones internacionales» (La Pérghola, 1987, p. 86).

Sin embargo, en el presente, el concepto de «soberanía externa del Estado» no es más una libertad absoluta, sino que queda limitado por el imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos³². De este modo, esta no es un fin en sí misma, sino que se guía bajo la premisa de la defensa de los derechos de los ciudadanos, tanto en el ámbito interno como en el externo (Waldron, 2006, pp. 15 - 30).

En este contexto, el modelo de estado cooperativo, que surge a partir de dicha reconceptualización de la soberanía (Häberle, 2003, p. 259), impulsa y promueve el fortalecimiento de la institucionalidad internacional, pero también actúa sobre la base de los principios derivados del derecho internacional.

Bustos (2005) indica, entonces, que, bajo esta premisa, el control sobre la soberanía del Estado no solo proviene del ámbito internacional, sino que además las propias constituciones establecen los mismos patrones de control para los poderes estatales tanto en su labor interna como externa, pues ya no existe más la disociación entre los mismos. Ello se refleja no solo en la incorporación de cláusulas de apertura en las constituciones nacionales, por la práctica de los Estados, sino también porque el contenido ontológico del modelo de estado constitucional se ha trasladado al ámbito supranacional.

De ahí que la relativización del concepto de soberanía de los Estados brinde a los jueces nacionales la competencia para aplicar el derecho interno e internacional. Lejos de convertirlos en un poder dependiente, les brinda una posición de empoderamiento que opera contra el propio Estado (Nollkaemper, 2011, pp. 25 - 26).

32 Un interesante desarrollo sobre el derrotero que ha seguido la soberanía estatal se encuentra en Ferrajoli (1999).

En ese sentido, la limitación al poder soberano exterior e interior es impuesta tanto por el Estado como por la propia comunidad internacional, pues aquel no es el único que ostenta un poder; sino que se ubica en un contexto de globalización en el que comparte sus espacios de autoridad con otras entidades u organizaciones internacionales. En todo caso, a pesar de la coherencia de las premisas de un contexto en el que la autoridad pública se ejerce de forma multinivel (más allá del Estado), sería necesario profundizar en los aspectos referidos a la relación entre el derecho interno y el derecho internacional, y entre la soberanía nacional y el poder exterior.

5. ¿Quién tiene la última palabra respecto del control de las normas constitucionales?

El control sobre normas constitucionales que lleva a cabo la Corte IDH involucra el planteamiento de una pregunta respecto al ordenamiento y al sujeto que tiene la última palabra en relación con la adecuación de las normas nacionales a los estándares de tutela de un derecho fundamental. Dependiendo de la posición que se asuma, una teoría dualista prestaría mayor peso al Estado mientras que una teoría monista con prevalencia del derecho internacional brindaría mayor peso al SIDH y sus estándares (lo que convertiría a la Corte IDH en un tribunal supranacional). Sin embargo, una teoría pluralista, como la que se asume en este documento, tiene una respuesta distinta.

Como ya se ha adelantado, el pluralismo descarta que alguno de los ordenamientos que forman parte del modelo tenga predefinida la autoridad última respecto de temas en los que hay una concurrencia de funciones, como el de la protección de los derechos humanos y/o fundamentales. En todo caso, se configura una red de normas últimas y de autoridades últimas. De ello se deriva la necesidad de que establezcan mecanismos de cooperación o coordinación entre los sistemas constitucionales que forman parte del modelo pluralista (o constitucionalismo en red, como indica Bustos [2005]).

La inexistencia de una autoridad última prevista de forma inmutable conlleva que, en el examen de convencionalidad de normas constitucionales, la Corte IDH no pueda ser definida como un tribunal supraconstitucional, sino que actúa sobre la base de los criterios de deferencia y proporcionalidad, a fin de realizar un examen de control normativo que no invada un ámbito que debiera quedar en el seno o la esfera de decisión de los propios Estados.

Frente a la interrogante, el margen de deferencia que se ha planteado es uno de los mecanismos que permite definir de manera ordenada qué autoridad —si el ordenamiento constitucional estatal o el SIDH— tiene la última palabra en determinado caso o situación concreta. La aplicación del margen de deferencia permite desarrollar y aplicar patrones materiales para la solución de conflictos entre los sistemas normativos. En todo caso, la adhesión a las técnicas de diálogo y coordinación, como la que se ha mencionado, se hacen necesarias frente a la connatural situación de tensión que existe entre los ordenamientos que conforman la llamada red constitucional.

No obstante, al mismo tiempo, la aplicación de técnicas de deferencia refleja la necesidad de lograr un equilibrio entre el elitismo judicial transnacional (jueces nacionales e internacionales) para la tutela de los derechos del individuo y el concepto de democracia que subyace en la esencia del modelo constitucional. La aplicación de un margen de deferencia como elemento ordenador o clarificador de la labor de la Corte IDH, junto con el principio de

proporcionalidad, se hace necesaria para el fortalecimiento del SIDH. En ese sentido, la Corte IDH debe hacer más explícitos los criterios de autocontención o aquellos por los cuales decide controlar una norma constitucional, pues ello permitirá que haya un reconocimiento mutuo de las jurisdicciones, de modo que las tensiones entre ordenamientos no se eleven, sino que se mantengan en el margen de lo razonable. De lo contrario, se corre el riesgo de que se le califique como corte supraconstitucional, como ya lo hacen algunos sectores críticos con la labor de este órgano jurisdiccional.

Como se ha mencionado, ello es relevante en un contexto en el que los países de América Latina se han democratizado y los temas que forman parte de su agenda política atañen a cuestiones de desigualdad estructural o de respeto de minorías, precisamente porque, en temas relativos a la defensa de los derechos sociales, el concepto de progresividad permite cierto margen de discrecionalidad en la forma y contenido con que los Estados los dotan.

En general, se puede decir que ninguno de los ordenamientos normativos tiene la última palabra como potestad predefinida de manera previa, de modo que la única regla predeterminada es que ambos reclaman autoridad, y la decisión sobre cuál ordenamiento primará sobre el otro dependerá de cada caso en concreto. No obstante, debe apuntarse al desarrollo de un modelo de pluralismo en el que las reglas de coordinación entre ordenamientos se guíen por principios y valores previos y asentados en el postulado del reconocimiento y colaboración mutua. Precisamente, el reconocimiento a favor de un estado o de la Corte IDH para resolver un caso es el presupuesto para la puesta en práctica del margen de deferencia.

A su vez, el impacto de la labor de la Corte IDH sobre los conceptos clásicos del derecho constitucional, como democracia, voluntad del pueblo, soberanía popular o poder constituyente, abre una discusión relativa a la legitimidad democrática de este tribunal internacional. Una primera interrogante se encuentra vinculada a los fundamentos democráticos que legitiman la labor de la Corte IDH para llevar a cabo un examen de convencionalidad, incluso de normas constitucionales. En concreto, habría que preguntarse si es posible aplicar el concepto de legitimidad democrática al ámbito del derecho internacional, ya que esta ha sido una discusión vinculada a la *judicial review* y el límite que los jueces imponen a las mayorías parlamentarias o a la voluntad de la población.

Ahora bien, habría que añadir que la propia estructura y fundamentos del derecho internacional no descansan en la voluntad de las personas, sino en la de los Estados, de modo que no necesariamente se puede hablar de democracia en un sentido estricto, ya que los individuos no tienen una representación plena en el ámbito del derecho internacional. Aun así, dentro de dicho contexto, es necesario señalar que los destinatarios de los fallos de la Corte IDH no solo son los Estados, sino también los individuos. Así, que los individuos sean los destinatarios de las decisiones de los tribunales internacionales, tanto porque estos les brindan su protección como por el hecho de que también las decisiones de dichos tribunales les vinculan, tiene relevancia para la reflexión sobre la legitimidad democrática de la Corte IDH.

En el caso en el que fuera posible hablar de la legitimidad democrática de los tribunales internacionales, habría que responder una segunda pregunta relacionada con los criterios o estándares con los que debe contar un tribunal internacional para encontrarse democráticamente legitimado. En todo caso, se hace necesario construir un parámetro o estándares relativos a la composición, funcionamiento y resultados del ejercicio de jurisdicción de las cortes internacionales.

6. Conclusiones

- (1) La CADH no establece de forma expresa que la Corte IDH tiene competencia contenciosa para llevar a cabo un control normativo de disposiciones de derecho interno. No obstante, este tribunal lo ha entendido así a partir de la interpretación del artículo 2 de la CADH y del artículo 62.3, que establece que la Corte IDH tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH. En dicha labor, ha apelado de manera implícita al principio kompetenz-kompetenz para definir los alcances de su jurisdicción.
- (2) El control de convencionalidad que realiza la Corte IDH en la vía contenciosa tiene como prerequisite que en el ámbito nacional se hayan agotado los recursos que permitan a la víctima acceder a la justicia. No debe perderse de vista que la función jurisdiccional de la Corte IDH es de carácter subsidiario. El principio de subsidiariedad permite establecer que las autoridades del ámbito interno son las que deben tutelar los derechos reconocidos en la CADH en primer término, y, solo en el caso de que ello no sea posible, es la Corte la que determinará la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones generales. No debe perderse de vista, sin embargo, que el control de convencionalidad también es un deber que los jueces nacionales y autoridades en general deben aplicar al momento de determinar si una decisión o interpretación de una norma nacional va en contra o no de los estándares del SIDH.
- (3) Sin embargo, el principio de subsidiariedad debe ir acompañado de una serie de reglas o principios materiales que permitan determinar a la Corte IDH cuando se justifica que esta controle una norma y declare su inconvencionalidad, o cuando la última palabra sobre la materia la tiene el ordenamiento nacional.
- (4) El margen de deferencia es, en sí mismo, una herramienta que permite lograr el equilibrio entre las decisiones democráticas de los Estados respecto de la tutela de un derecho o la limitación de los mismos y la protección de los derechos reconocidos en instrumentos internacionales. Este principio permite hacer efectivo el principio de subsidiariedad, el cual establece de manera específica que las comunidades locales o los Estados son los primeros llamados a tomar decisiones que les conciernen en función del principio de autodeterminación. El margen de deferencia es una herramienta que permite fortalecer la institucionalidad del SIDH y de la Corte IDH frente a las críticas que les atribuyen un carácter monista o de tribunal supraconstitucional.
- (5) Los criterios materiales que la Corte IDH ha tenido en cuenta para evaluar los casos en los que decide ser ella quien tiene la última palabra respecto de la conformidad de una norma constitucional con los estándares del SIDH son: la regla del consenso, cuando esta favorece a la víctima, y también la falta de consenso, para favorecer la práctica del Estado. Por ejemplo, en los casos analizados, el consenso en torno a la prohibición de pena de muerte obligatoria, la prohibición de la tortura,

tratos crueles, inhumanos y degradantes, así como en relación con el derecho a un recurso efectivo dieron a la Corte IDH las bases suficientes para no brindar un margen de apreciación a los Estados condenados.

- (6) El margen de deferencia también se aplica de modo estricto o de manera más flexible en función de los criterios de legitimidad democrática o de la experiencia de las autoridades nacionales o internacionales. Un ejemplo de los casos en los cuales opera un escrutinio estricto es el de la protección de las minorías frente a las decisiones de las mayorías. Otro ejemplo se encuentra vinculado a los casos en los que la Corte IDH ha llevado a cabo un amplio desarrollo en torno al contenido de un derecho. En razón de su experiencia en torno a dicho tema (v. gr: tutela jurisdiccional efectiva), ejerce un escrutinio más estricto.
- (7) Los casos analizados reflejan que la teoría del cambio constitucional y, en concreto, el poder de reforma constitucional vienen siendo condicionados por fallos de tribunales internacionales como la Corte IDH. Si bien ello se basa, en principio, en que el Estado ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, también se sustenta en el hecho de que, al igual que en el ámbito interno de los Estados, los límites de los poderes de estado y de las mayorías provienen del propio valor y sentido del constitucionalismo.
- (8) El control de normas constitucionales por la Corte IDH refleja el impacto y la relevancia que el derecho internacional y las organizaciones internacionales ejercen sobre el derecho interno. El papel que la Corte IDH ejerce revela el desfase de la teoría estatista o dualista relativa a las relaciones entre derecho interno e internacional, y que brinda prevalencia al Estado.
- (9) En la medida que el modelo de pluralismo constitucional alude a la dimensión transnacional de la protección de los derechos humanos, entonces los estándares del SIDH se constituyen en un límite para el poder de reforma constitucional. En ese sentido, el modelo de estado constitucional y el SIDH se articulan sobre la base de un concepto de democracia sustantiva, en el que el poder de las mayorías está limitado por la tutela y defensa de los derechos fundamentales.
- (10) En América Latina aún hay posturas estatales que son, más bien, de orden dualista o estatista (lo que se refleja en el incumplimiento de los fallos que ordenan una reforma constitucional o en las críticas a la Corte IDH). Por ello, es necesario promover la idea y concepto de pluralismo constitucional, a fin de consolidarlo en el seno del SIDH, a la vez que debe enfocarse como un proceso aún inacabado y en formación. El fortalecimiento de un modelo pluralista que descansa en las premisas de la protección multinivel de los derechos humanos —lo que involucra que los Estados asuman, en la práctica, una posición de apertura constitucional e incorporación efectiva de los estándares del SIDH—, en la práctica, contribuye a la protección de los derechos humanos y a la delimitación del principio democrático de mayorías.

- (11) El modelo de pluralismo constitucional implica que el derecho constitucional y el derecho interno se reconozcan mutuamente como sistemas normativos con autoridad, de modo que ninguno tenga prevalencia sobre el otro. En ese sentido, aunque no existe una autoridad predeterminada que tenga la última palabra, se debe promover una serie de reglas que permitan que la relación entre ambas disciplinas se lleve a cabo de forma ordenada, es decir, sobre la base de principios y reglas materiales que se sustenten en la coordinación y cooperación. En ese sentido, la regla de la deferencia se presenta como una alternativa para la construcción y fortalecimiento del modelo pluralista en el SIDH.
- (12) La legitimidad democrática de la Corte IDH para controlar decisiones de las mayorías parlamentarias o del poder constituyente debe ser objeto de estudio. En la medida que el contexto latinoamericano atraviesa por un proceso de democratización, es necesario que se analicen las bases de la legitimidad de la Corte para realizar el control de convencionalidad. En ese sentido, existen diversas interrogantes en torno a si el concepto de legitimidad democrática es aplicable al ámbito internacional. Las críticas en torno a la legitimidad democrática de la Corte IDH para controlar las decisiones o normas adoptadas en el seno de un modelo de estado democrático, en realidad, reflejan un fenómeno generalizado en el ámbito del derecho internacional, en el que estos tribunales ejercen en un rol político dentro de un modelo de tutela transnacional de los derechos humanos.

REFERENCIAS

- Abramovich, V. (2009). De las violaciones masivas a los patrones estructurales: Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista Sur*, 6(11), pp. 7 - 40.
- Acosta Alvarado, P. (2013). El pluralismo constitucional como respuesta a los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica. Comentarios a la propuesta de René Urueña. *Revista Derecho del Estado*, (31), pp. 347 - 368.
- Acuña, J. M. (2014). Democracia y derechos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Cuestiones Constitucionales*, 30, pp. 3 - 23.
- Alonso García, R. (2014). La cuestión prejudicial, piedra angular de la integración europea. *European inklings (EUj)*, (IV), pp. 9 - 27.
- Amerasinghe, C. (2003). *Jurisdiction of international tribunals*. La Haya: Kluwer Law International.
- Arozsa, P. (2003). Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law. *American Journal of International Law*, 97, pp. 38 - 79.
- Bayón, J. C. (2013). Constitucionalismo en la esfera pública global. *Anuario de filosofía del derecho*, (XXIX), pp. 57 - 99.
- Bellamy, Richard. (2007) *Political Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bellamy, Richard. (2015). The democratic legitimacy of international human rights conventions: political constitutionalism and the Hirst case. En A. Føllesdal, G. Ulfstein y J. Schaffer, *The Legitimacy of International Human Rights Regimes: Legal, Political and Philosophical Perspectives* (pp. 243 - 271). Cambridge: Cambridge University Press.
- Benavides Casals, M. A. (2009). El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. *Ius et Praxis*, 15(1), pp. 295 - 310.
- Besson, S. (2011). Human rights and democracy in a global context: decoupling and recoupling. *Ethics & Global Politics*, 4(1), pp. 19 - 50.
- Bogdandy, A. y Venzke, I. (2014). *In whose name: A public law theory of international adjudication*. Oxford: Oxford University Press.
- Brownlie, I. (1990). *Principles of Public International Law* (4ta ed.). Oxford: Clarendon Press.
- Bodansky, D. (1999). The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law? *The American Journal of International Law*, 93(3), pp. 596 - 624.
- Buchanan, A. y Keohane, R. (2008). The legitimacy of global governance institutions. *Legitimacy in International Law*, 194, pp. 25 - 62.

- Bustos Gisbert, R. (2005). *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Carozza, P. (2003). Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law. *American Journal of International Law*, 97, p. 38 - 79.
- CIDH. (2007). *El Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*. Doc. 4. OEA/Ser.L/V/II.129.
- CIDH. (2011). *La pena de muerte en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de restricciones a la abolición*. Doc. 68. OEA/Ser.L/V/II.
- Contreras, P. (2014). Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Ius et Praxis*, (2), pp. 235 - 274.
- Contesse, J. (2015). Subsidiarity in inter-American human rights law. Recuperado de: https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15_Contesse_CV_Eng.pdf
- Contesse, J. (s.f.). *Srr lawfare and the inter-american human rights system: a bottom-up approach to transnational litigation?* [Inédito].
- De Vega García, P. (2003). La democracia como proceso. (Consideraciones en torno al republicanismo de Maquiavelo). *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, (120), pp. 7 - 43.
- Dulitzky, A. (2015). An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Right. *Texas International Law Review*, 50(1), pp. 45 - 93.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Follesdal, A. (1998). Subsidiarity. *The Journal of Political Philosophy*, 6(2), pp. 231 - 259.
- García Roca, J. (2007). La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. *Teoría y Realidad Constitucional*, (20), pp. 117 - 143.
- Gargarella, R. (2015). The constitutionalization of international law in Latin America: Democracy and rights in Gelman v. Uruguay. Recuperado de: <https://www.asil.org/sites/default/files/Gargarella%2C%20Democracy%20and%20Rights%20in%20Gelman%20v.%20Uruguay.pdf>
- Gargarella, R. (2016). Tribunales internacionales y democracia: enfoques deferentes o de interferencia. *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, (4), pp. 2 - 17. Recuperado de: <http://www.revistaladi.com.ar/numero4-gargarella/>
- Grossman, N. (2013). The normative legitimacy of international courts. *Temple Law Review*, 86, pp. 61 - 107.
- Häberle, Peter. (2003). *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos.

- Kumm, M. (2010). The best of times and the worst of times. Between constitutional triumphalism and nostalgia. En P. Dobner y M. Loughlin, *The Twilight of constitutionalism?* (pp. 201 - 220). Oxford: Oxford University Press.
- La Pégola, A. (1987). Un ensayo sobre Antonio de Luna. En *Poder Exterior y Estado de Derecho* (pp. 81 - 104). Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Legg, A. (2012). *The margin of appreciation in international human rights law. Deference and proportionality*. Oxford: Oxford University Press.
- Locke, J. (2006). *Segundo Tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Madrid: Tecnos.
- López Pina, A. y Gutiérrez Gutiérrez, I. (2002). *Elementos de derecho público*. Madrid: Marcial Pons.
- Matej, A. y Kómarek, J. (2012). *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*. Oxford: Hart Publishing.
- Möller, C. (2011). Multi-Level Democracy. *Ratio Juris*, 24, pp. 247 - 266.
- Nollkaemper, A. (2011). *National courts and the international rule of law*. Oxford: Oxford University Press.
- Núñez, M. (2004). Una introducción al constitucionalismo postmoderno y al pluralismo constitucional. *Revista Chilena de Derecho*, 31(1), pp. 115 - 136. Recuperado el 13 de abril de 2012 de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650456>
- Núñez Poblete, M. (2012). Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos. En P. Acosta Alvarado y M. Nuñez Poblete (coords.), *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales* (pp. 3 - 49). México D.F.: UNAM.
- Pegoraro, L. (2013). Constituciones (y reformas constitucionales) «impuestas» o «condicionadas». *Pensamiento Constitucional*, (18), pp. 331 - 356.
- Queralt Jiménez, A. (2008). *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rasilla Del Moral, I. (2006). The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation. *German Law Journal*, 7(6), pp. 295 - 310.
- Schluetter, B. (2010). What is subsidiarity in international human rights review and how do we tell it when we see it? Recuperado de: <https://www.jus.uio.no/smr/for-ansatte/aktuelt/arrangementer/2010/docs/subsidiary-intl-hr.pdf>
- Staden, A. (2011). Democratic Legitimacy of Judicial Review Beyond the State: Normative Subsidiarity and Judicial Standards of Review. Recuperado de: <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/11/documents/JMWPI0vonStaden.pdf>

- Sweeney, J. (2005). Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War era. *International and Comparative Law Quarterly*, 4(2), pp. 459 - 474.
- Thomas, C. (2014). The Uses and Abuses of Legitimacy in International Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 34(4), pp. 729 - 758.
- Torres Pérez, A. (2010). En defensa del pluralismo constitucional. En J. Ugartemendía y G. Jáuregui (coords.), *Derecho constitucional europeo: actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Torres Zúñiga, N. (2013). *El control de convencionalidad: alcances y características. Algunos aspectos de su aplicación en la práctica del Tribunal Constitucional Peruano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: PUCP - CICAJ.
- Torres Zúñiga, N. (2016). Control de convencionalidad (en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos). *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, (9), pp. 186 - 194
- Urueña, R. (2013a). Luchas locales, cortes internacionales. Una exploración de la protección multinivel de los derechos humanos en América Latina. *Revista Derecho del Estado*, (30), pp. 301 - 328.
- Urueña, R. (2013b). Global governance through comparative International Law? Inter-American Constitutionalism and the changing role of domestic courts in the construction of the International Law. Jean Monnet Working Paper 21/13. Recuperado de: <http://www.jean-monnetprogrm.org/papers/13/documents/Uruena.pdf>
- Vega García, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.
- Verdugo, S. y García, J. F. (2012). Radiografía al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Actualidad Jurídica*, (25), pp. 175 - 216.
- Waldron, J. (2006). The rule of international law. *Harvard journal of law and public policy*, 30(1), pp. 15 - 30.
- Yuval, S. (2005). Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? *European Journal of International Law*, 16(5), pp. 907 - 940.

JURISPRUDENCIA

- Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C No. 157.
- Corte IDH, Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador (Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C No. 183.
- Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros («Fecundación in vitro») vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 noviembre de 2012, Serie C No. 257.
- Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239.
- Corte IDH, Caso Baldeón García vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C No. 147.
- Corte IDH, Caso Boyce y otros vs. Barbados (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C No. 169.
- Corte IDH, Caso Boyce y otros vs. Barbados (Cumplimiento de Sentencia), Resolución de la Corte IDH de 21 de noviembre de 2011.
- Corte IDH, Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 11 de marzo 2005, Serie C No. 123.
- Corte IDH, Caso Cantos vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C No. 97.
- Corte IDH, Caso De la Cruz Flores, Sentencia de 18 de noviembre de 2004, Serie C No. 115.
- Corte IDH, Castañeda Gutman vs. México (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C No. 184.
- Corte IDH, Castillo Páez vs. Perú (Fondo), Sentencia de 3 de noviembre de 1997, Serie C No. 34.
- Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151.
- Corte IDH, Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214.
- Corte IDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79.

- Corte IDH, Caso *García Lucero y Otras vs. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267
- Corte IDH, Caso *Gelman vs. Uruguay* (Fondo y Reparaciones), Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221.
- Corte IDH, Caso *González Medina y familiares vs. República Dominicana* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de febrero de 2012, Serie C No. 240.
- Corte IDH, Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago* (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 9.
- Corte IDH, Caso «*Instituto de Reeducción del Menor*» vs. Paraguay (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112.
- Corte IDH, Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú* (Competencia), Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 54.
- Corte IDH, Caso «*La Última Tentación de Cristo*» (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73.
- Corte IDH, Caso *Loayza Tamayo vs. Perú* (Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas), Sentencia de 3 de junio de 1999, Serie C No. 57.
- Corte IDH, Caso *Myrna Mack Chang*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101.
- Corte IDH, Caso «*Niños de la Calle*» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (Fondo), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63.
- Corte IDH, Caso *Kimel vs. Argentina* (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177.
- Corte IDH, Caso *Perozo y otros vs. Venezuela*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C No. 195.
- Corte IDH, Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo (Reparaciones y Costas), Sentencia de 15 de septiembre del 2005, Serie C No. 133.
- Corte IDH, Caso *Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
- Corte IDH, Caso *Trabajadores Cesados del Congreso* (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C No. 158.
- Corte IDH, Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149.
- Corte IDH, Caso *Yatama vs. Nicaragua* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127.
- Corte IDH, Caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador* (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C No. 166.

Corte IDH, 19 Comerciantes, Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C No. 109.

Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del debido proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

Corte IDH. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987.

Corte IDH. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984.

LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER EN EL DERECHO INTERNACIONAL: EL CASO DE LIBIA EN EL CONTEXTO DE LA PRIMAVERA ÁRABE

Pablo Rosales Zamora
Facultad de Derecho, PUCP

Categoría Egresados

Desde mediados del siglo XX hasta la actualidad, se ha cuestionado la labor del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (ONU) para hacer frente a tragedias humanitarias. Un intento reciente de superar este problema ha sido la formulación del concepto de responsabilidad de proteger (R2P) en el seno de esta organización internacional. A partir de un enfoque descriptivo, la presente investigación discute el surgimiento de la R2P y su estatus actual, con el objetivo de comprender la eficacia de sus pilares a partir del análisis de la intervención autorizada del Consejo de Seguridad ejercida por la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) en Libia durante el transcurso de la Primavera Árabe en el 2011.

En la primera parte se profundiza en los precedentes de la R2P y su evolución. Sobre este desarrollo, se exploran los roles del Estado y de la comunidad internacional. Luego, se examina cómo procedió el Consejo de Seguridad en Libia en base a la invocación de la R2P. En este punto, el estudio se centra en sostener la aplicación implícita de pautas provenientes de la teoría de la guerra justa (TGJ) en la resolución 1973 (2011) del Consejo de Seguridad, por la cual se autoriza la realización de operaciones militares para proteger a la población civil.

I. Introducción

Uno de los conceptos que más rápidamente se ha integrado a las discusiones teóricas sobre el derecho internacional es la responsabilidad de proteger (R2P), cuya definición actual se recoge en los párrafos 138 y 139 del Documento final de la Cumbre Mundial de 2005. Su atractivo, pero también su debilidad, reside en enlazar simultáneamente varias instituciones fundamentales del derecho internacional como la soberanía, la comunidad internacional y el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, sin generar efectos vinculantes.

Inicialmente, dos posibles confusiones se tejen alrededor de la R2P: una de carácter polisémico y otra de carácter conceptual. En el primer plano, se identifica al término *responsabilidad* en el derecho internacional, por un lado, con la responsabilidad internacional que surge de un hecho internacionalmente ilícito atribuible a un Estado¹ o a una organización internacional² y,

1 Artículo 1 del proyecto de artículos de responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001.

2 Artículo 3 del proyecto de artículos de responsabilidad de las organizaciones internacionales de 2011.

por otro lado, con la responsabilidad como función que ejerce un determinado órgano de las Naciones Unidas (ONU)³. Sin embargo, ninguno de estos usos del término se equipara con la R2P. Ni es sinónimo de responsabilidad internacional ni es, por ejemplo, una función del secretario general ni del Consejo de Seguridad.

En un plano más profundo, si no se está familiarizado con la R2P, se la puede confundir con la intervención humanitaria; pero una identificación de este calibre no solo es incorrecta jurídicamente, sino sumamente peligrosa. En esa línea, cuando la ONU acoge el concepto de R2P no aprueba con ello las intervenciones unilaterales que se inician para la protección de derechos humanos (ONU, 2015, párr. 13). De esta forma, en la primera parte de la presente investigación, se sostiene que la R2P converge con la Carta de la ONU, mientras que la intervención humanitaria es contraria a este tratado.

Ante este inicial panorama de incertidumbre, el presente estudio tiene como finalidad presentar este concepto en sus características centrales a diez años de la Cumbre Mundial de 2005 y explorar su alcance práctico en la actividad del Consejo de Seguridad a partir de la intervención autorizada en Libia.

2. Aproximación conceptual a la R2P. El rol del Estado y de la comunidad internacional

En esta parte se explora la génesis de la R2P y su naturaleza jurídica, y se toman como base los documentos emitidos, entre ellos, por la Asamblea General de la ONU. Además, se estudian las pautas extraídas de la teoría de la guerra justa (TGJ) para la actuación militar del Consejo de Seguridad, plasmadas en el informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (CIISE). Con ambos elementos es que se analizan, posteriormente, los sucesos en Libia.

2.1. De la R2P.

Desde las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial hasta la década de los noventa, la comunidad internacional⁴ reconoció derechos a los individuos en el plano internacional y suscribió de manera creciente una visión expansiva de los derechos humanos (Rosales Zamora, 2012, p. 208). Un acontecimiento que demostraría esta voluntad sería la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 y la celebración de posteriores tratados en la materia. De este modo, el estatocentrismo del derecho internacional clásico daría paso a una consideración del individuo a la luz de la normatividad internacional, aunque el concepto de inviolabilidad de la soberanía estatal perduraría con esta evolución (Carrillo Salcedo, 1996, pp. 64 - 67).

La onda expansiva de los derechos humanos, y el correlato de su protección, solo sirvió para poner de relieve la impotencia del Consejo de Seguridad y, con ello, las deficiencias del propio sistema de paz y seguridad internacionales cimentado en la Carta de la ONU. Por ejemplo, en 1978, cuando Pol Pot exterminó a millones de personas en la provincia de Tay Ninh en Camboya, los Estados se mantuvieron al margen. Pero cuando Vietnam ingresó a Camboya para detener a los jeremes rojos fue condenado, paradójicamente, por la Asamblea General al haber vulnerado el derecho internacional (De Castro, 2005, pp. 135 - 138).

En plena década de los noventa, las crisis humanitarias en distintas partes del globo hicieron necesario recurrir a intervenciones militares, hasta que los incidentes en Kosovo revelaron una

3 Véase el uso del término *responsabilidad* por la Carta de Naciones Unidas en sus artículos 13.1, 24.1, 53.1, 60 y 100.2.

4 Para una delimitación del concepto *comunidad internacional*, ver el punto 2.1.5.2. del presente trabajo.

terrible contradicción: la actuación de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), pese a ser una violación evidente del principio de no intervención, fue simultáneamente considerada como moralmente legítima (Hehir, 2009, pp. 245 - 264). Muy pocos creyeron en la legalidad de la intervención de la OTAN en Kosovo. En esa línea, se construyeron varias justificaciones, unas basadas en la combinación de las resoluciones 1160 y 1199 del Consejo de Seguridad respecto al tratamiento de Serbia de las etnias albanas, y otras en la importancia de prevenir más las catástrofes humanitarias o en el argumento del estado de necesidad (Momtaz, 2000).

La yuxtaposición del imperativo moral de intervención con su concomitante ilegalidad en el sistema internacional condujo a insistir en el cambio de las normas internacionales que gobiernan el uso de la fuerza. El resultado fue el desarrollo del concepto de R2P en el seno de la ONU a comienzos del siglo XXI, como respuesta lógica a la progresión de los derechos individuales (Magnusson, 2010, pp. 267 - 272; Martin, 2011, p. 154). En este sentido, la aparición de la R2P participa de los esfuerzos de la ONU para dar fin a las principales violaciones sistemáticas de derechos humanos (Massingham, 2009, p. 807) y válida, asimismo, la intervención militar autorizada por el Consejo de Seguridad, cuando esta sea necesaria para estos casos.

Para explorar la R2P será necesario, en primer lugar, distinguirla de los conceptos de intervención humanitaria y de injerencia humanitaria.

2.1.1. De la intervención humanitaria y su relación con la injerencia humanitaria.

La intervención humanitaria puede definirse como el uso de la fuerza con el fin de detener u oponerse a la violación masiva de derechos humanos en un tercer Estado, siempre que las víctimas no sean nacionales del Estado interventor y no haya una autorización de una organización internacional competente. Es necesario, además, que el Estado intervenido no haya dado su consentimiento (Kolb, 2003, pp. 208 - 209). En sentido contrario, si la intervención está cubierta por un mandato dado por el Consejo de Seguridad o cuenta con la aprobación del propio Estado intervenido, no se podría sostener la existencia de una intervención humanitaria. Se trataría, en el primer caso, de una injerencia humanitaria (Buirette y Lagrange, 2008, p. 94) y, en el segundo, de una intervención por invitación (Kolb, 2003, pp. 225 - 226).

Respecto de la titularidad de la intervención humanitaria, esta puede ser individual (si se trata de un Estado) o colectiva (si se procede de una coalición de Estados). Ambos supuestos serán contrarios al derecho internacional, al no encontrarse autorizados por el Consejo de Seguridad.

De lo indicado, se puede sostener que dos tipos de consentimiento son anulados por la intervención humanitaria. Por un lado, del Estado en cuyo territorio es tomada la acción interventora y, por otra parte, de la ONU.

En este sentido, la diferencia entre la injerencia humanitaria y la intervención humanitaria radica en que la primera se caracteriza por la presencia de la voluntad de la organización internacional encargada de velar por la seguridad y paz internacionales, mientras que la segunda carece de ella. La principal razón por la cual se podría considerar la primera como lícita reside en que la intervención humanitaria se aleja del sistema de la Carta y supone, por tanto, una vulneración al principio de no intervención y al de prohibición de la amenaza y uso de la fuerza. No obstante, algunos elementos son coincidentes entre estas dos figuras, como se detalla a continuación:

- (a) Las dos implican el uso de la fuerza, sea de modo lícito (injerencia humanitaria) o ilícito (intervención humanitaria).

- (b) Las dos están aparentemente basadas en motivos de humanidad, es decir, de proteger a una población de los ataques de su propio Estado o de un actor no estatal. Se cuestiona en la doctrina que la intervención humanitaria responda a motivos propiamente humanitarios y que, en realidad, encubre intereses económicos y políticos subyacentes (Chornet, 1995, pp. 64 - 67). Ahora bien, esta misma crítica se puede realizar respecto del Consejo de Seguridad en la medida que sus miembros permanentes constituyen una «oligarquía de hecho» (Weil, 1982, p. 45).
- (c) En principio, la población civil a la que se busca proteger no alberga sino a extranjeros respecto de l(os) Estado(s) interviniente(s), sea que actúe(n) o no bajo mandato del Consejo de Seguridad.
- (d) En ambos casos, se prescinde de la voluntad del Estado intervenido.

Una vez establecidas las diferencias y rasgos en común de ambas figuras, se puede ver cuál sería su relación con la R2P y la adopción de esta por el derecho internacional.

2.1.2. De la injerencia humanitaria a la R2P.

La oposición entre un supuesto derecho u obligación de injerencia o de intervención, en la lógica de las definiciones de injerencia humanitaria o intervención humanitaria dadas, puede conducir a un terreno teórico de suma complejidad. Lo cierto es que esta dicotomía implícitamente brindaría una mayor importancia a las prerrogativas de los Estados intervinientes que a las urgencias que sufre la población civil.

Por otra parte, la formulación tradicional de estas figuras tiende al encapsulamiento al no tomar en cuenta las iniciativas, tanto preventivas como posteriores al acto de intervención, que revisten incluso mayor importancia que el recurso militar. La R2P pretende romper con esta visión circunscrita del problema. En este sentido, la R2P supone la evaluación del dilema más desde el punto de vista de aquellos que necesitan protección, que son las víctimas de crímenes internacionales, y no en términos de derechos o deberes de intervención de los Estados (López-Jacoiste Díaz, 2006, pp. 289 - 290).

Adicionalmente, puede que se piense que la R2P no se limita, sino que comprende en su faceta armada a la injerencia humanitaria, la cual corresponde al uso autorizado de la fuerza. Pero, ¿esto no conllevaría a la confusión entre ambas?

Ante esta interrogante, cabe realizar las siguientes precisiones. En primer lugar, la R2P se confina a cuatro categorías, que son el genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. En cambio, el ámbito de la injerencia humanitaria *per se* nunca ha sido definido. Por ello, no toda amenaza a la paz implicará la invocación de la R2P; solo se llevará a cabo en los supuestos citados. Por otra parte, la R2P enfatiza la protección del Estado a su población civil (ONU, 2015, párr. 12). En este sentido, establece una jerarquía en las responsabilidades en la cual primero se encuentra la responsabilidad del propio Estado de proteger y, subsidiariamente, la actuación de la comunidad internacional (Gierycz, 2010, p. 115).

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) (2005) ha afirmado que «la prohibición del uso de la fuerza es una piedra angular de la Carta de Naciones Unidas» (párr. 148)⁵. Este tratado no autoriza explícitamente ni la intervención humanitaria ni tampoco señala la necesidad de

5 Traducción libre.

invocar la R2P para que el Consejo de Seguridad intervenga o autorice intervenir⁶. Las dos únicas excepciones previstas son la legítima defensa, prevista en el artículo 51 de la Carta, y las medidas que adopte el Consejo de Seguridad en base al capítulo VII. En este último supuesto, el Consejo de Seguridad puede acudir a mencionar la R2P en el preámbulo de sus resoluciones⁷. En esta línea, la lectura sistemática del artículo 2.4 y 55 de la Carta —esta última disposición señala que la ONU promueve «el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos [...]»— conduce a afirmar que este instrumento autoriza la intervención del Consejo de Seguridad para proteger a los individuos de las violaciones de derechos humanos como cumplimiento de sus finalidades, siempre que tales actuaciones no vulneren «la integridad territorial» o la «independencia política de un Estado» (Magnusson, 2010, p. 296).

Por otra parte, no se puede sostener, bajo una «lógica de la sustitución» (Dupuy, 1979, p. 515), que cuando el Consejo de Seguridad esté en un punto muerto, los Estados puedan acudir a la intervención humanitaria sobre la base de la costumbre internacional, porque no existe un derecho a la intervención humanitaria. Y es que no puede existir una norma consuetudinaria sobre la base de una práctica continua de intervención humanitaria, dado que carecería de *opinio juris* por contravenir el principio de no intervención y el principio de prohibición de la amenaza y uso de la fuerza. En esta línea, la CIJ (1986) ha concluido que el derecho consuetudinario no ampara las intervenciones unilaterales (párr. 186).

2.1.3. Del nacimiento de la R2P.

El repetitivo fracaso de la comunidad internacional en Ruanda, República Democrática del Congo, Sudán, entre otros, y el temor a una intervención sin autorización, como en Kosovo, impulsó a la ONU a intensificar los esfuerzos de elaborar principios destinados a la prevención de futuras atrocidades contra los civiles (Gierycz, 2010, p. 120). Tal iniciativa dio lugar a la formulación de la R2P.

El propósito del presente punto es ahondar en la formación de la R2P a través de la lectura de los documentos que le dieron origen. En ese sentido, existe controversia sobre si la R2P pertenece al *hard law* o se mueve en el terreno del *soft law* (Peters, 2011, p. 7).

2.1.3.1. Informe del Milenio: Nosotros los pueblos: el papel de las Naciones Unidas en el siglo XXI.

En abril de 2000, el informe del ex secretario general Kofi Annan, *Nosotros los pueblos: la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI*, trató de elaborar una respuesta al problema de la intervención humanitaria. En esa ocasión, sostuvo que la réplica a las tragedias humanitarias comprendía varias alternativas, desde las respuestas diplomáticas hasta el recurso a la fuerza armada (ONU, 2001, párr. 215; Revilla Montoya, 2007, pp. 644 - 646). A través de este informe, se ratificó el pedido a los Estados miembros de la ONU a unirse a la finalidad de detener el asesinato organizado de masas y las violaciones de derechos humanos. Además, formuló la siguiente pregunta que generó el desarrollo posterior de la R2P:

6 Este último supuesto tiene evidente razón histórica, dado que para el momento de la adopción de la Carta de la ONU, no existía el concepto de R2P.

7 Sin embargo, también es notable la presencia de la mención a la R2P fuera del ámbito de la fuerza en las resoluciones del Consejo de Seguridad, como se verá en el punto 3.2.1. de la presente investigación.

¿Si la intervención humanitaria es un asalto inaceptable a la soberanía, cómo se podría responder a Ruanda, a Srebrenica o a graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos que atentan cada precepto de nuestra humanidad común? (ONU, 2001, párr. 217).

Tal invocación obtuvo respuesta del gobierno canadiense, que creó una comisión *ad hoc* —la CIISE—, presidida por Gareth Evans y Mohamed Sahnou, a la que se le encargó la tarea de dilucidar las cuestiones que surgían de la pregunta formulada por el secretario general. La comisión albergó a veinte miembros que eran de distintas disciplinas y países.

En diciembre de 2001, la CIISE presentó un informe en la Asamblea General en el que desarrolló el concepto inicial de R2P y sus elementos constitutivos. Este documento constituyó un llamado a los Estados y a la comunidad internacional de proteger a las poblaciones que experimenten los siguientes problemas:

- (a) grandes pérdidas de vidas humanas, reales o previsibles, con o sin intención genocida, que sean consecuencia de la acción deliberada de un Estado, de su negligencia o incapacidad de actuar o del colapso de un Estado; o
- (b) «depuración étnica» a gran escala, real o previsible, llevada a cabo mediante el asesinato, la expulsión forzosa, el terror o la violación (CIISE, 2001, xvi).

2.1.3.2. Informe del grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio. Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos.

En el 2004, se anunció la creación de un panel de alto nivel que se encargaría de las siguientes funciones: examinar las amenazas en el mundo de hoy y realizar un análisis de los futuros desafíos a la paz y a la seguridad internacionales; indicar la contribución que se puede hacer a partir de la acción colectiva para superar tales problemas; y recomendar los cambios necesarios para asegurar una acción colectiva eficaz. El informe elaborado por este grupo se tituló *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*, en el cual se exploraron los principales problemas que experimentan actualmente los Estados y se señaló que su solución no pasa necesariamente a través de la fuerza (ONU, 2004, p. 13). Se propuso responder a este conjunto de dilemas a través de ciertas estrategias: el perfeccionamiento de los marcos normativos internacionales, la necesidad de un mejor procesamiento de la información y análisis, la diplomacia preventiva y el despliegue preventivo (ONU, 2004, p. 8).

Respecto a la R2P, el informe sostiene lo siguiente:

Existe un reconocimiento cada vez mayor de que el problema no es el «derecho de intervenir» de un Estado sino la «obligación de proteger» que tienen todos los Estados. [...] Está cada vez más aceptado [...] que si bien incumbe a los gobiernos soberanos la responsabilidad primordial de proteger a sus propios ciudadanos de catástrofes, [...] cuando no pueden o no quieren hacerlo, es la comunidad internacional en general la que debe asumir esa responsabilidad, que comprende un proceso que va de la prevención y la respuesta a la violencia de ser necesaria a la reconstrucción de sociedades devastadas (ONU, 2004, párr. 201). (El subrayado es nuestro).

Este párrafo establece que la R2P es del Estado y, subsidiariamente, de la comunidad internacional. Al tratar tal responsabilidad en términos de *obligación de proteger*, se inclina por

considerar que la intervención para proteger a una población no se trata propiamente de un derecho. No obstante, el informe carece de nitidez respecto a cómo se realiza tal protección. Tal vacío es significativo porque si no existiese un límite, ello sería admitir la legalidad de la intervención humanitaria y su confusión con el concepto de la R2P.

En torno a su posible naturaleza jurídica, se afirma lo siguiente:

[La responsabilidad de proteger] es la norma que se está imponiendo en el sentido de que existe una responsabilidad internacional colectiva de proteger, que el Consejo de Seguridad puede ejercer autorizando la intervención militar como último recurso en caso de genocidio y otras matanzas a gran escala, de depuración étnica o de graves infracciones del Derecho internacional humanitario que un gobierno soberano no haya podido o querido prevenir (ONU, 2004, párr. 203). (El subrayado es nuestro).

Aquí se incide en la faceta de reacción de la R2P como norma internacional en formación. Sin embargo, del supuesto de hecho, que sería el incumplimiento de la prevención del Estado o su incapacidad para prevenir los crímenes comprendidos como matanzas a gran escala, no se derivaría *ipso facto* que el Consejo de Seguridad autorice una intervención militar.

2.1.3.3. Documento final de la Cumbre Mundial de 2005.

A diferencia de los informes anteriores, será recién con el Documento final de la Cumbre Mundial del 2005 que se estará ante un instrumento que surge en el seno de la Asamblea General de la ONU, la cual tiene una tarea fundamental en la formación del derecho internacional. Este paso, aunque no supone la obligatoriedad del concepto, sí es un gran avance en términos de su legitimidad para la comunidad internacional.

Este documento menciona la R2P en los párrafos 138 y 139. En el primero se señala que:

Cada Estado tiene la responsabilidad de proteger a su propia población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad [...]. Esa responsabilidad conlleva la prevención de dichos crímenes, incluida la incitación a su comisión, mediante la adopción de las medidas apropiadas y necesarias. La comunidad internacional debería exhortar y ayudar a los Estados a ejercer esta responsabilidad y brindar soporte a las Naciones Unidas en establecer una temprana alerta de respuesta. (El subrayado es nuestro).

Los crímenes citados atentan contra el denominado «núcleo duro de los derechos humanos»⁸ (ONU, 2015, párr. 15). Se podría sostener la extensión de este conjunto de obligaciones perentorias que se enmarcan en el derecho internacional de los derechos humanos a todos los sujetos de derecho internacional, dado que de aquel derivan obligaciones *erga omnes* (López-Jacoiste Díaz, 2006, p. 291). Pero bajo el otro extremo, no cabría postular que es una obligación vinculante proteger a la población a través del recurso a la fuerza (CIJ, 1986, párr. 268).

Por su parte, en relación al párrafo 139 del Documento final de la Cumbre Mundial, este deja establecido que:

8 En cuanto al uso de esta terminología, ver Salmón (2012, pp. 41 - 43).

La comunidad internacional, a través de Naciones Unidas, también tiene la responsabilidad de usar los mecanismos diplomáticos apropiados, humanitarios y cualquiera que sea de índole pacífica, de acuerdo con los capítulos VI y VIII de la Carta para ayudar a proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. En este contexto, estamos dispuestos a adoptar medidas colectivas, de manera oportuna y decisiva, por medio del Consejo de Seguridad, de conformidad con la Carta, incluido su Capítulo VII, en cada caso concreto y en colaboración con las organizaciones regionales pertinentes cuando proceda, si los medios pacíficos resultan inadecuados y es evidente que las autoridades nacionales no protegen a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad.

Mientras que el informe de la CIISE no había terminado de zanjar la discusión sobre quién tenía la autoridad para iniciar las medidas coercitivas, mediante este párrafo se aclara el panorama, pues, sería el Consejo de Seguridad el que retiene el monopolio de la fuerza. Ahora bien, del mismo párrafo citado, no cabría postular que la Asamblea General entienda que se trate de una obligación vinculante el proteger a la población a través del recurso a la fuerza, medidas contenidas en el capítulo VII de la Carta. Si se observa, se proponen otras metodologías que sirven a tal propósito, como son los medios diplomáticos, humanitarios o cualquier otro de índole pacífica. De esta manera, en la Cumbre Mundial se reconoció que la prevención es parte del paquete de obligaciones que involucran a cada uno de los Estados de la comunidad internacional y que esta responsabilidad se ve respaldada por los mecanismos institucionales que ofrece la ONU. La labor de esta organización internacional no se limitaría simplemente a la eficacia de la responsabilidad de reacción, lo que se subraya seguidamente en el mismo párrafo:

[...] Destacamos la necesidad de que la Asamblea General siga examinando la responsabilidad de proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad, así como sus consecuencias, teniendo en cuenta los principios de la Carta y el Derecho internacional. También tenemos intención de comprometernos, cuando sea necesario y apropiado, a ayudar a los Estados a crear capacidad para proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad y a prestar asistencia a los que se encuentren en situaciones de tensión antes de que estallen las crisis y los conflictos.

En esta parte se reafirma la idea anteriormente planteada. Es decir que, al ser el Estado el sujeto central en el cumplimiento y protección de los derechos humanos⁹, la función de la ONU es de brindarle colaboración y fortalecer su desenvolvimiento en el ámbito de su R2P.

Pero un aspecto más destacable aun es que este instrumento limita el concepto de R2P a los crímenes de genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad, también denominados *crímenes atroces* (ONU, 2013, párr. 2). Mediante la resolución 1674, el Consejo de Seguridad (2006, párr. 4) reafirmaría el consenso alcanzado sobre la R2P en la Cumbre Mundial de 2005. Adicionalmente, el secretario general Ban Ki Moon (2008), en defensa de esta visión restringida de la R2P, ha señalado lo siguiente:

9 También se incluye el derecho internacional humanitario, el derecho de los refugiados y el derecho penal (ONU, 2015, párr. 18).

Nuestra concepción de la R2P [...] es estrecha pero profunda. Su ámbito de aplicación es limitado, centrado exclusivamente en los cuatro crímenes y violaciones acordados por los líderes mundiales en 2005. La ampliación del principio para cubrir otras calamidades, como el VIH/SIDA, el cambio climático o la respuesta a los desastres naturales, socavaría el consenso de 2005 y extendería el concepto más allá del reconocimiento o utilidad operativa¹⁰.

En el informe *Hacer efectiva la responsabilidad de proteger*, el secretario general (ONU, 2009, párr: 10.b) reiteró que la R2P se limita a este ámbito, sin considerar directamente otros temas que también son de interés humanitario como los arriba mencionados. En esta línea, la lectura de la R2P se ha cernido, hasta la fecha, sobre los crímenes atroces (ONU, 2015, párr: 11) sin que ello suponga restringir el concepto al punto de su inutilidad, sino, por el contrario, la construcción de un enfoque en lenguaje de derecho penal internacional que ha mostrado ser, al menos, medianamente flexible y unificador frente a los retos humanitarios de este siglo. No obstante, al moverse dentro de una resolución de la Asamblea General con un lenguaje desiderativo, el concepto *per se* no es sino perteneciente a la órbita del *soft law*.

2.1.4. De los elementos constitutivos de la R2P.

De acuerdo con la CIISE, la R2P involucra tres responsabilidades específicas: la responsabilidad de prevenir, la responsabilidad de reaccionar y la responsabilidad de reconstruir. Este diseño se ha visto superado porque posteriormente, en el 2009, el secretario general indicó que la R2P está compuesta por tres pilares. El primer pilar corresponde a la prevención estatal; el segundo pilar a la asistencia de la comunidad internacional para el fortalecimiento del primero; y el tercer pilar engloba la respuesta del Consejo de Seguridad, e incluye el uso de la fuerza (ONU, 2009, párr: 11). Debe advertirse que esta última división no supone una redefinición de la R2P, sino que está basada en el contenido de los párrafos 138 y 139 del Documento final de la Cumbre Mundial de 2005.

La CIISE sostuvo que, al contemplar la posibilidad de la intervención, también es fundamental que la comunidad internacional diseñe una estrategia relativa al período post-reacción. Evidentemente, si se decide participar militarmente, debe existir la voluntad real de consolidar una paz duradera. El informe de la CIISE (2001, pp. 43 - 49) señaló que son tres los ámbitos esenciales en que reside la responsabilidad de reconstruir, a saber: la seguridad, la justicia y reconciliación, y el desarrollo económico.

Respecto de la seguridad, las cuestiones más espinosas que se plantean son el desarme, la desmovilización y la reintegración de las fuerzas de seguridad locales, así como la estrategia de retirada de las tropas que participan en la intervención militar (CIISE, 2001, párr: 7.45). Una de las funciones esenciales de las fuerzas de intervención hasta su retirada es ofrecer seguridad y protección básica a todos los integrantes de la población civil. En relación a la justicia, en caso de que el país nunca haya contado con un sistema judicial, o no haya funcionado adecuadamente, es preciso que los Estados intervinientes redacten, por ejemplo, un modelo de código penal (CIISE, 2001, párr: 5.13 - 5.14). Con respecto a la reconciliación, es importante resolver, además, el problema del retorno de los refugiados y expatriados pertenecientes a minorías étnicas o a grupos en situación de vulnerabilidad (CIISE, 2001, párr: 5.15). Por último, respecto del desarrollo económico, debe fomentarse, en la medida de lo posible, el renacimiento de los mercados y el desarrollo sostenible (CIISE, 2001, párr: 5.19).

10 Traducción libre.

Además, para una paz de larga duración, las condiciones que ocasionaron la operación militar de otros Estados no deben volver a reproducirse. En esta tarea es fundamental un esfuerzo concertado con la población civil. En este sentido, los Estados que han participado en la actividad militar deberían ayudar, entre otras medidas, a fomentar la reconciliación, promover la integración política y la unidad nacional, colaborar en la creación de instituciones democráticas, garantizar la celebración libre e imparcial de elecciones, facilitar que los refugiados y desplazados puedan repatriarse de modo inmediato, frenar la compraventa de armas, reinsertar a los ex combatientes y a otras personas en la sociedad productiva, entre otras medidas (CIISE, 2001, párr. 5.5 - 5.6).

Aunque estas líneas de acción son positivas y es rescatable que el informe de la CIISE las haya mencionado, no obstante, el actual concepto de R2P que parte del Documento final de la Cumbre Mundial no parece contemplar este post-escenario. Se genera una diferencia, entonces, entre la propuesta de la CIISE y la del 2005, la cual estriba en que bajo la primera clasificación se contempla la responsabilidad de reconstrucción, mientras que en el caso de los pilares de 2009, su concatenación apunta a si ha de darse o no la incursión militar del Consejo de Seguridad, sin que se resuelva, expresamente, lo que ocurra después.

A continuación, se estudiará la R2P a partir de sus pilares, que es el esquema que se sigue del Documento final de la Cumbre Mundial, el cual constituye la piedra de toque en el estudio de la R2P.

2.1.4.1. El primer y segundo pilar.

La prevención es la dimensión más importante de la R2P y se identifica con el primer pilar que concierne al Estado. Las acciones preventivas buscan la reducción e incluso la eliminación de la opción del uso de la fuerza. La CIISE consideró que la prevención efectiva de un conflicto armado requiere el reconocimiento de la fragilidad de la situación y el riesgo asociado con ello, las medidas políticas habilitadas para evitar la violación sistemática de derechos humanos y una auténtica voluntad política por parte de los Estados (Massingham, 2009, p. 807). Sin embargo, no puede identificarse la prevención de los crímenes comprendidos por la R2P con la prevención de un conflicto armado. Como señala Ban Ki Moon, «[n]o todos los conflictos armados generan crímenes atroces ni todos los crímenes atroces ocurren en un contexto de conflicto armado» (ONU, 2013, párr. 12).

Para la R2P, la prevención puede ocurrir en dos posibles niveles, uno inmediato y otro estructural. En el primer plano, la prevención puede ser asociada con las acciones diplomáticas y económicas inmediatamente anteriores a, por ejemplo, la comisión de genocidio. Pero, desde un punto de vista estructural, la prevención busca combatir y eliminar aquellas causas profundas que generan la presencia de los crímenes atroces, entre las cuales destacan la desigualdad económica y el subdesarrollo (Rosales Zamora, 2012, p. 213).

La identificación exclusiva de esta responsabilidad con la prevención estructural presenta varios problemas. Primero, dificultaría la adopción de medidas directamente ligadas a la prevención del crimen. En esa línea, no se configura una relación causal directa entre factores estructurales como la desigualdad económica con la comisión de genocidio. Segundo, no es por sí mismo evidente que la prevención estructural contribuya, de manera inevitable, a la desaparición de los crímenes atroces (Bellamy, 2009b, pp. 120 - 121).

Por otra parte, el segundo pilar expresa la asistencia de la comunidad internacional a los Estados para la realización del primer pilar. En este ámbito, lo que más se necesita, desde el punto de vista de la R2P, son programas de asistencia orientados cuidadosamente a formar capacidad específica en las sociedades, de modo que sean menos proclives a transitar la senda de los crímenes atroces (ONU, 2009, párr. 44). El segundo pilar puede revestir las siguientes formas: impulsar a los Estados a

cumplir las obligaciones que se expresan en el primer pilar; ayudarles a ejercitar esta responsabilidad y a construir capacidades para el mejor cumplimiento del primer pilar; y asistir a aquellos Estados que se encuentren bajo crisis humanitarias o conflictos armados (ONU, 2009, párr. 15).

Respecto al segundo pilar destaca, por una parte, la falta de claridad en la formulación de las medidas que han de emplearse. Por otra, no se trataría, necesariamente, de la creación de mecanismos novedosos, sino de aprovechar la cooperación de los acuerdos regionales y subregionales, la Corte Penal Internacional, la sociedad civil internacional, así como las ventajas institucionales y comparativas del sistema de la ONU.

2.1.4.2. El tercer pilar.

Cuando las medidas preventivas del propio Estado no logran resolver las causas inmediatas de los crímenes atroces, entonces puede ser factible la reacción de la comunidad internacional. No obstante, como señala CIISE:

El hecho de que las medidas de prevención de las causas profundas o de prevención directa no hayan logrado evitar o frenar una crisis humanitaria o un conflicto no implica necesariamente que se requiera una intervención militar. (CIISE, 2001, p. 33)

Esta línea ha sido seguida por los Estados respecto a la R2P en el 2005. La intervención puede ser de índole económica, política o diplomática, y, en caso extremo, militar. De acuerdo al tercer pilar, tales modos de intervención solo son admitidos siempre que sean dirigidos por el Consejo de Seguridad. En este sentido, aquel no se limita estrictamente a lo militar, sino que contempla otro tipo de medidas, en el marco de lo previsto en la Carta (ONU, 2015, párr. 38). Dado que la intervención militar es la medida de mayor gravedad, para su configuración el umbral será más alto que en los otros casos.

Ahora bien, aunque las medidas coercitivas económicas son en general preferibles a las militares, también pueden tener efectos indiscriminados hacia la población civil (Bahrani y Parsi 2012). Debido a ese problema, el Consejo de Seguridad ha tendido a reemplazar medidas con efectos generales a medidas con efectos selectivos (Bennouna, 2002, pp. 36 - 37). Por otra parte, la restricción de los viajes ha demostrado ser de utilidad cuando se aplica a ciertos dirigentes o individuos y a sus familias. En el caso libio, se prohibió la recepción del clan Gaddafi y sus aliados en cualquiera de los Estados que conforman la Unión Europea. En este sentido, sería más eficaz recurrir a sanciones selectivas como la indicada o el congelamiento de cuentas de quienes forman parte del gobierno, que una sanción económica general. Aquella medida, como se verá más adelante, fue aplicada inicialmente por el Consejo de Seguridad al clan Gaddafi a través de la resolución 1970 (2011).

Por último, en relación a la incursión militar, el punto de partida es el principio de prohibición de la amenaza y uso de la fuerza, contenido en el artículo 2.4 de la Carta. Justamente, sus excepciones son, por un lado, la legítima defensa recogida en el artículo 51 de la Carta y, por otro, la actuación del Consejo de Seguridad de acuerdo con el capítulo VII de este instrumento. Este último refiere a los supuestos de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz y el acto de agresión contenidos en el artículo 39 de la Carta. Ahora bien, dicho principio no es contrario al hecho de que, en caso existan disturbios interiores o conflictos armados no internacionales, sean los propios Estados los que hagan cumplir su legislación interna (Salmón, 2012, pp. 28 - 29). Su interdicción reside en el plano de las relaciones interestatales.

Una vez delimitados los elementos constitutivos de la R2P, se explora a continuación el rol del Estado y de la comunidad internacional.

2.1.5. De la titularidad de la R2P.

En el presente apartado, se pretende identificar cuáles son las obligaciones que competen al Estado y cuáles serían las que corresponden a la comunidad internacional, de acuerdo con los tres pilares anteriormente mencionados.

2.1.5.1. Del Estado.

El primero que tiene la R2P es el propio Estado y este debe crear resiliencia para evitar la aparición de los crímenes atroces (ONU, 2015, párr. 21 - 23). En el ejercicio del primer pilar, el Estado es el primer garante del respeto y promoción de los derechos humanos, cuyo ejercicio de poder se sujeta a ciertas reglas y límites, consecuencia del reconocimiento de aquellos como atributos inherentes a la persona (ONU, 2009, párr. 16). Como ha especificado Lafont (2014, p. 19), las diversas actitudes del Estado que ameritan el estudio de la R2P se pueden resumir en las siguientes: (a) El Estado no quiere respetar los derechos humanos bajo su jurisdicción. En este caso, la propia estructura estatal es la que fomenta la perpetración de los crímenes internacionales, como en el caso libio; (b) el Estado no es capaz de garantizar los derechos humanos dentro de su jurisdicción, por no contar con los suficientes recursos; o (c) el Estado no tiene los medios efectivos para proteger los derechos humanos que son afectados por terceras partes, por ejemplo, ante el avance del terrorismo.

Según el informe nacional del gobierno de Gaddafi presentado al Consejo de Derechos Humanos el 2011, Libia era, en ese momento, Estado parte de varios tratados de derechos humanos, y destacaban entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid¹², la Convención Internacional para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio¹³, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los delitos de guerra y los delitos de lesa humanidad¹⁴, la Convención sobre la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes¹⁵, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos¹⁶, y la Carta Árabe de Derechos Humanos¹⁷. En este sentido, el Estado libio contaba para el 2011 con un conjunto de obligaciones internacionales de derechos humanos, al ser parte de cada uno de estos tratados, que lo conducían a proteger a su población de las violaciones que surgen de los crímenes atroces.

Al haberse adherido, por ejemplo, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Libia tiene como obligación la protección del derecho a la vida¹⁸. Complementariamente, a partir de su adhesión a la Convención Internacional para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, tiene la obligación de prevenir este delito, lo cual supone la obligación de no cometerlo (CIJ, 2007, párr. 166) sea en tiempos de paz o de guerra¹⁹.

11 Se adhirió el 15 de mayo de 1970.

12 Se adhirió el 08 de julio de 1976.

13 Se adhirió el 16 de mayo de 1989.

14 Se adhirió el 16 de mayo de 1989.

15 Se adhirió el 16 de mayo de 1989.

16 Se adhirió el 26 de marzo de 1987.

17 Se adhirió el 07 de agosto de 2006.

18 Artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

19 Artículo 1 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

2.1.5.2. De la comunidad internacional.

La comunidad internacional es uno de los conceptos más ambiguos del derecho internacional. En principio, no es un sujeto de este ordenamiento (Carrillo Salcedo, 1996, pp. 25 - 40), dado que no puede ser centro de imputación de derechos u obligaciones de carácter internacional. Como ha indicado Gaja (2012): «[...] Una comunidad internacional desorganizada difícilmente puede ser vista como una entidad que actúa a través de los Estados cuando estos persiguen un interés perteneciente a la misma comunidad. Este monstruo que todo lo abarca no solo es invisible: es una ficción» (p. 31)²⁰.

Adicionalmente, la comunidad internacional es identificada muchas veces como sinónimo de *comunidad interestatal*, cuando los tipos de actores y/o sujetos de derecho internacional no son exclusivamente Estados. Respecto a los primeros, es destacable la presencia de la sociedad civil internacional y, en relación a los segundos, están las organizaciones internacionales.

En esta línea, los párrafos 138 y 139 del Documento final de la Cumbre Mundial tratan dos aspectos a destacar respecto de la comunidad internacional. En primer lugar, no queda lugar a dudas en quién reside el tercer pilar de la R2P, mientras que en el caso del segundo pilar, la lista de sujetos de derecho internacional que jugarían un rol en el fortalecimiento de la prevención de los Estados no parece estar del todo definida. Sin embargo, el secretario general (ONU, 2014, párr: 22 - 24) ha indicado que varias son las organizaciones internacionales que podrían brindar ayuda al Estado para que este cumpla su R2P, como el Banco Mundial o la Corte Penal Internacional²¹.

Respecto al tercer pilar, en tanto que la ONU ha asumido en su tratado constitutivo el deber de vigilar la paz y seguridad internacionales, debe ser ella quien retenga el control del uso de la fuerza. Como sostienen Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez Posse (1985),

Con la ONU se consolida el proceso de institucionalización de la [c]omunidad internacional. [...] A favor del Consejo de Seguridad se opera una verdadera transferencia de competencias estatales: puede disponer medidas coercitivas, incluso el empleo de la fuerza, que obligan a los Estados Miembros. Reconocen ellos que tal órgano actúa en su nombre cuando asume la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacional (p. 41).

En este sentido, el Consejo de Seguridad no encierra su actuación a labores de asistencia humanitaria (como ocurriría con el Comité Internacional de la Cruz Roja) al extender su radio de acción a medidas que califican de injerencia humanitaria. De esta forma, asume que las violaciones masivas y graves de derechos humanos fundamentales son susceptibles de calificar como «amenazas a la paz», y que, por ende, podrían justificar una intervención (Giles Carnero 1997, pp. 15, 136 - 137). En este orden de ideas, el tercer pilar sería una manifestación específica de la injerencia humanitaria²². Sin embargo, cabe destacar que esta no es la única forma en que participa la ONU. En este sentido, también goza un rol protagónico en el fortalecimiento de la prevención estatal. En

20 Traducción libre.

21 Entre las organizaciones regionales, menciona a la Unión Africana, la Comunidad Económica de Estados de África Occidental o la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático.

22 Sin que esto signifique que la R2P se identifique con la injerencia humanitaria, como ya se ha demostrado en el punto 2.1.2. de la presente investigación.

esa línea, tiene la capacidad de enviar agentes destinados a brindar soluciones diplomáticas antes que se produzca la aparición de crímenes atroces (Bellamy, 2009b, p. 124)²³.

2.2. La actuación militar en nombre de la comunidad internacional.

En buena parte de la historia de la humanidad, la decisión de la intervención armada se ha visto ligada a la TGJ (Mani, 2005, pp. 34 - 133). En realidad, no es propiamente una sola teoría, sino varias posturas que se desarrollan con autores como San Agustín, pasando por Hugo Grocio y Francisco de Vitoria, y pensadores de nuestra época como Kenneth Waltz, quienes han ido identificando una serie de estándares que inciden en la decisión justa de un gobernante de acudir a la guerra. No se trata de la justicia en la guerra, sino *para* la guerra. En la actualidad, la pregunta puede ser reconducida al Consejo de Seguridad, dado que los Estados han perdido su *ius ad bellum*.

En la presente investigación, los presupuestos planteados para la validez de la actuación militar se basan en el informe de la CIISE, que se inspira en la TGJ (Mani, 2005, pp. 53 - 63). Tales pautas son compatibles con el derecho internacional en la medida que sean generadas al interior del Consejo de Seguridad (y no fuera de este), antes de que emita una resolución que autorice la reacción militar. Las directrices indicadas son la autoridad legítima, la causa justa, la intención correcta, la proporcionalidad en los medios, el último recurso y las probabilidades razonables²⁴. De todas ellas, la primera no será vista aquí porque, como ya se ha indicado, el Consejo de Seguridad es el único que autorizaría la aplicación del recurso a la fuerza bajo el derecho internacional contemporáneo. Habría que recordar, además, que los párrafos 138 y 139 del Documento final de la Cumbre Mundial que definen la R2P no recogen explícitamente tales presupuestos. Sin embargo, como se verá a continuación, parece que el Consejo de Seguridad los toma en cuenta para el caso libio.

2.2.1. Causa justa.

Esta pauta que habilitaría la incursión del Consejo de Seguridad queda configurada cuando existe, o es inminente, un daño humano grave e irreparable. Con el cambio que supone la presencia de la Carta de la ONU, habrá causa justa siempre y cuando se califique bajo los supuestos de su artículo 39 que son la amenaza a la paz, el quebrantamiento de la paz y el acto de agresión.

Si bien se parte de la consideración del último recurso, en tanto el Consejo de Seguridad retiene el *ius ad bellum*, es lícito el emprendimiento del uso de la fuerza armada autorizado por este órgano ante la prueba de la inminencia de un daño de tal magnitud como el ocasionado por un genocidio, depuración étnica, crímenes de guerra o de lesa humanidad. Si la causa justa no comprendiese la posibilidad de actuar legítimamente ante la inminencia de un daño, el Consejo de Seguridad se vería obligado a esperar a que se produzca el crimen y luego actuar (López-Jacoiste Díaz, 2006, pp. 299 - 300). Evidentemente, se trata de un delicado equilibrio entre la inviolabilidad de la soberanía estatal y la reacción frente a los crímenes. Se debe descartar, en todo supuesto, la lógica de la defensa preventiva (Ghafur Hamid, 2007, pp. 447 - 461) y la incursión militar por sospechas infundadas.

23 Asimismo, por ejemplo, la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos también juega un importante papel para lograr respuestas tempranas a las crisis humanitarias. Estas últimas medidas formarían parte, no obstante, del segundo pilar de la R2P.

24 Como se verá más adelante, esta última pauta no parece haber estado en el plano de la discusión de los Estados miembros del Consejo de Seguridad.

2.2.2. Intención correcta.

La intención correcta alude a la pretensión (paradójica) de evitar el sufrimiento humano a través del despliegue armado. Es notorio que la incursión armada puede responder a objetivos políticos, económicos o de otra índole, que subyacen y difieren del propiamente humanitario. No obstante, no se puede pretender colonizar un territorio ni ocuparlo ni, en general, atentar contra la independencia política o la integridad territorial de un Estado.

Esta situación se puede producir dado que al interior del Consejo de Seguridad existe un reparto desigual de poder; al tener solo los miembros permanentes derecho de veto. Los objetivos contrarios al humanitario no deberían coexistir con este, pero una exigencia de este tipo sería utópica en un escenario internacional como el actual.

De acuerdo con Bellamy, la intención correcta está íntimamente relacionada con la idea de un emprendimiento de la fuerza que se basará en el respeto al derecho internacional humanitario (2009a, p. 323) porque, prácticamente, se revelaría en la actuación sobre el terreno y en una responsabilidad de reconstruir (2009a, p. 320) que recae en las circunstancias posteriores a la reacción militar. Sin embargo, esto supone una mezcla de *ius ad bellum* con *ius in bello* y con *ius post bellum*. Por esta razón, un verdadero propósito humanitario es difícil de identificar *ex ante*. En este punto, una de las dudas específicas radica en si es lícito el derrocamiento de un régimen para proteger a la población civil. Frente a esta duda, la CIISE señaló lo siguiente:

Tampoco el derrocamiento de un régimen es de por sí un objetivo legítimo, aunque para cumplir el mandato de proteger pueda resultar imprescindible privar a dicho régimen de la capacidad de perjudicar a su población y, según los casos, se adoptarán distintas medidas para lograrlo. Tal vez no pueda evitarse la ocupación de un territorio pero esta no debe constituir un fin en sí misma y desde el principio debe existir un claro compromiso de devolver el territorio a sus dueños soberanos en cuanto concluyan las hostilidades o, si ello no es posible, de establecer una administración transitoria bajo los auspicios de las Naciones Unidas. (CIISE, 2001, p. 40). (El subrayado es nuestro).

Es evidente que la salida del gobernante por medio del uso de la fuerza puede responder a obvios objetivos políticos, incompatibles con los propósitos de humanidad. Más aún si la ejecución de la operación militar autorizada depende de la voluntad de los Estados de participar o no en la coalición armada, y se apuntan aquellos que tengan intereses en juego sobre la zona. Precisamente en el caso libio se pone a discusión el tema si la operación militar autorizada por el Consejo de Seguridad apuntaba a un derrocamiento del régimen o si se buscaba proteger a la población civil.

2.2.3. Proporcionalidad en los medios.

La proporcionalidad es un principio general del derecho internacional, que se recoge tanto por el *ius ad bellum* como por el *ius in bello* (Gardam, 1993, p. 391). El primero se caracteriza por un análisis *ex ante* del conflicto armado y el segundo hace un análisis en el conflicto y busca determinar si se respetó o no las reglas consuetudinarias y convencionales humanitarias. En esta línea, la CIISE (2001) señala que «la escala, duración e intensidad de la intervención militar debería ser la mínima necesaria para asegurar el objetivo humanitario en cuestión» (p. 37). Ambos niveles del principio actúan independientemente; en ese sentido, no es posible afirmar que desde la evaluación de las vulneraciones al principio de proporcionalidad durante el desarrollo de un conflicto armado, se pueda corroborar la vulneración de la proporcionalidad en el ámbito del *ius ad bellum*. A la hora de evaluar la licitud de la medida, el Consejo de Seguridad debe tener

en cuenta el alcance de los daños que esta pueda producir. Se trata de limitar la autorización del uso de la fuerza a lo estrictamente necesario (Massingham, 2009, p. 821).

Además, no se debe evaluar el impacto de la intervención solo bajo elementos puramente cuantitativos, sino también cualitativos, tales como «la importancia del interés protegido por la norma violada y la gravedad de la violación» (López-Jacoiste Díaz, 2006, p. 303).

2.2.4. Último recurso.

Este criterio alude a la excepcionalidad del empleo de la fuerza. Por su potencial destructivo, la intervención armada debe ser utilizada como último recurso, dado que las relaciones internacionales, en principio, no se rigen por el uso de la fuerza, como se establece en el artículo 2.4 de la Carta. En esta línea, deben agotarse todas las vías diplomáticas, las posibles sanciones económicas y cualquier medida que fuese efectiva para la protección de la población civil (López-Jacoiste Díaz, 2006, p. 302).

Asimismo, debe existir certeza de la comisión de los crímenes atroces o de su inminencia con la configuración de algunos de sus elementos. Sin pruebas de su ocurrencia, no se puede realizar la operación militar porque supondría atentar contra el principio citado. Ante la inminencia del daño, será preferible acudir a acciones diplomáticas, económicas o de asistencia humanitaria. Es decir, medidas no militares y únicamente destinadas a la protección de la población (Massingham, 2009, p. 821).

2.2.5. ¿Probabilidades razonables?

Esta pauta recogida en el informe de la CIISE no aparece expresamente ni se desprende del Documento Final de la Cumbre Mundial. La idea detrás de ella reside en la posibilidad de emprender una acción militar si esta no logra revertir el crimen, sea actual o inminente. El análisis es de costo-beneficio, y se acude a argumentos consecuencialistas. Se derivaría del presente criterio que si un Estado tiene mayor poder bélico que la coalición armada autorizada, entonces, no se podría acudir a la reacción. Además, aquella puede acarrear un mayor número de pérdidas de vidas humanas que las generadas propiamente por la represión del Estado.

3. La R2P y la incursión de la OTAN en Libia

Tanto el abordaje del papel de la injerencia humanitaria como la definición de la noción jurídica de la R2P y de sus elementos, así como la presentación de los requisitos de la configuración de la responsabilidad de reacción, constituyen la base teórica para examinar el caso de la intervención en Libia, que se desarrollará en el presente punto. Se explorarán los principales problemas jurídicos que surgen de las resoluciones 1970, 1973, 2016, 2017 y 2022 del Consejo de Seguridad, emitidas durante el 2011.

En este orden de ideas, se analizará la invocación de la R2P, y se examinará de qué manera se siguen las pautas que pide la TGJ. La exposición del contexto y de los hechos del caso es importante para el análisis jurídico de las resoluciones del Consejo de Seguridad, por lo que es preciso comprender por qué y cómo se desenvolvió el conflicto armado y cómo es que se hace presente la R2P.

3.1. Del contexto en el que se inserta el conflicto armado libio: la Primavera Árabe.

Con el término *Primavera Árabe* se designó al conjunto de revueltas y levantamientos populares que acaecieron espontáneamente contra regímenes dictatoriales de la región del

Magreb desde el 2011 y que suponen un desafío al orden postcolonial del mundo árabe (Ismael e Ismael, 2013, pp. 229 - 230). Dadas las particularidades y problemas de cada Estado, no constituyó un fenómeno homogéneo, lo que no impidió su potencial expansivo (efecto dominó). El resultado primerizo de la Primavera Árabe ha sido que la población árabe derrocó a Ben Ali en Túnez, Hosni Mubarak en Egipto y Muammar Gaddafi en Libia, gobernantes perpetuados en el poder desde hace varias décadas (Anderson, 2011, p. 2). Sin embargo, el resultado luego de casi cinco años es un panorama desolador en el Medio Oriente (Spencer, 2015).

En este punto, se explican los rasgos en común de las revueltas en Túnez, Siria, Egipto y Libia durante el 2011. Se enfatiza este último caso, con el propósito de responder a la interrogante de cómo la R2P se hizo presente en este escenario a través de la labor del Consejo de Seguridad.

3.1.1. Túnez, Egipto y Siria.

La Primavera Árabe comenzó en Túnez porque fue ahí donde se iniciaron las protestas a raíz de un evento aislado: la quema a lo bonzo de Mohamed Bouazizi, joven tunecino que se suicidó públicamente por el maltrato de la policía de la localidad y en señal de protesta respecto de las condiciones económicas del régimen (Bix, 2011, p. 332).

A partir de su independencia, dos autócratas han gobernado este país: Habib Bourguiba, a partir de 1956, y Zine el-Abidine Ben Ali, a partir de 1987. Desde la entrada de Ben Ali al gobierno, la población tunecina experimentó un crecimiento económico estable, gozando para el 2011 del más alto nivel de vida en el Magreb. No obstante, pese a tener Túnez la mejor de calidad de vida de la región, esta situación convivió con la exclusión social y económica de una parte de la población. Tal hecho probablemente haya sido la causa principal de la repentina aparición de las eventuales revueltas contra el régimen. No obstante, un factor adicional a tomar en cuenta fueron los métodos de opresión empleados durante décadas (Ismael e Ismael, 2013, p. 233). Ben Ali ha ejercido el control sobre los tunecinos a través de una policía secreta y un partido nacionalista denominado el Reagrupamiento Constitucional Democrático (Bix, 2011, pp. 332 - 333).

La oposición interna al régimen fue consolidándose paulatinamente a lo largo de los años, y se concentró en grupos de estudiantes, abogados, pequeños partidos y algunos activistas de la Unión General de Trabajadores de Túnez, que se sumaron posteriormente (Bix, 2011, pp. 332 - 333). Dentro de estos grupos, los protagonistas de las revueltas tunecinas fueron la población más joven²⁵.

Al parecer, no se perpetraron crímenes para reprimir las protestas ni tampoco se generó una reacción por parte de la ONU. En todo caso, fue escasa la oportunidad para una respuesta represiva, dada la pronta huida de Ben Ali a Yeda, en Arabia Saudí. Las manifestaciones fueron, en su mayoría, pacíficas (Bix, 2011, pp. 332 - 333).

Pronto, el espíritu de protesta se extendió a Egipto. La caída del régimen de Hosni Mubarak en manos de su población, innegablemente, no solo fue fruto de la influencia de la revolución tunecina. El gigante de Medio Oriente cedió ante la presión popular por la misma razón de fondo que en Túnez: problemas internos. Mubarak, un gobernante que se

25 Recientemente, el Tunisian National Dialogue Quartet ha recibido un Premio Nobel de la Paz (Den Norske Nobelkomite, 2015).

creía perennizado en el poder; cedió ante una revuelta popular de 18 días convocada por las principales fuerzas políticas de la oposición; entre estas, la de los Hermanos Musulmanes (Zahid, 2010, pp. 226 - 229).

Durante el 2011, el ejército egipcio trató de contener a la población pero no atentó contra ella (Anderson, 2011, pp. 4 - 6), por lo que no se presenciaron ninguno de los crímenes que involucran a la R2P, sino hasta después de 2011. Por otra parte, las manifestaciones fueron igualmente pacíficas, aunque con incidentes de violencia de mayor grado que en Túnez.

Respecto de Siria, las protestas contra Bashar al-Assad se iniciaron el 15 de mayo de 2011. Para ese año, el gobierno dio una respuesta brutal que dejó más de un millar de civiles muertos y miles de heridos, detenidos, torturados y desaparecidos, actos que han dado lugar a crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad (Reyes, 2013, pp. 144, 147). El ataque indiscriminado contra la población civil ha llevado a miles sirios a huir hacia Turquía y al Líbano. Por otra parte, durante el desarrollo de la Primavera Árabe, el gobierno sirio privó a la población del acceso a los suministros de alimentos, agua y atención médica, y restringió el acceso a los hospitales²⁶.

Ante la escalada de violencia, el secretario general de la ONU y la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos denunciaron las violaciones graves contra los derechos humanos por parte del gobierno sirio. Por su parte, con la finalidad de evitar la continuidad de la represión, Reino Unido, Francia, Alemania y Portugal presentaron ante el Consejo de Seguridad un proyecto de resolución que condenó los actos de represión del régimen sirio, pero que no imponía sanciones concretas en el 2012. Tal proyecto se desaprobo al recibir nueve votos a favor y cuatro abstenciones, además del voto en contra de la Federación Rusa y China, que cuentan con el poder de veto²⁷ (Alston y Goodman, 2012, pp. 751 - 752). Posteriormente, el Consejo de Seguridad (2014a, párr. 1), a través de la resolución 2139, ha condenado al Estado sirio por vulnerar sus obligaciones en derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

3.1.2. Libia.

En 1969, Muammar Gaddafi asumió como mandatario de Libia al despojar del trono al rey Idris, primer gobernante y monarca libio, a través de una revolución de carácter socialista. A partir de marzo de 1977, propició cambios políticos radicales con la constitución de la Gran Jamahiriya Árabe Libia Popular y Socialista, y sustituyó los marcos burocráticos tradicionales por un organigrama totalmente distinto basado en el «poder popular» (Gran Jamahiriya Árabe Libia Popular Socialista, 2010, p. 3). Esto trajo consigo cuatro décadas de un régimen represivo,

26 El secretario general (ONU, 2015, párr. 8) ha indicado sobre la situación en Siria que «el surgimiento del Estado Islámico del Iraq y el Levante (EIL) y de otros grupos extremistas violentos ha dado lugar a un aumento de crímenes atroces y ataques dirigidos deliberadamente contra minorías religiosas». Además, como se conoce a partir de los medios (Braw, 2015; Tabler, 2015), la situación de Siria ha empeorado para el 2015 y se ha tornado sumamente compleja por la presencia de varios Estados en el terreno (Estados Unidos, Federación de Rusia, Francia, Turquía) y otros actores no estatales (entre ellos, el Estado Islámico). No se avizora una solución inmediata de esta situación.

27 La perplejidad de este escenario es que ambos Estados han cometido violaciones de derechos humanos en su territorio. Sin embargo, cualquier acción que quiera emprenderse desde el Consejo de Seguridad se verá paralizada debido al ejercicio del derecho de veto. En esa línea, el caso del Tíbet en China o el de Chechenia en Rusia permanecen fuera del radar del Consejo de Seguridad, lo que generaría que difícilmente se explore la R2P en esos casos, especialmente, desde el ángulo del tercer pilar: En este orden de ideas, la composición del Consejo de Seguridad ocasionaría que algunas situaciones permanezcan fuera del radar de Naciones Unidas, aunque se cometan atrocidades contra los individuos a gran escala.

que en el nombre de su «permanente revolución» (Anderson, 2011, p. 6) diseñó una sociedad carente de instituciones civiles y partidos políticos, con un sistema de extendida corrupción. Peor aún, la sociedad libia se vio fragmentada en tribus que se encuentran permanentemente en confrontación (El País, 2011).

A inicios de 2011 estallaron las protestas en Libia producto del contagio de las revueltas en Túnez y Egipto descritas. A diferencia de estas, salvo en el caso sirio, las protestas libias y su represión desataron la aparición de fuerzas rebeldes al régimen y del Consejo Nacional Provisional de Transición (CNPT) de Libia²⁸.

En el transcurso de 2011, la finalidad del CNPT y de los rebeldes fue derrocar el régimen de Gaddafi e iniciar una nueva era en Libia (Ghosh, 2011). Los rebeldes se enfrentaron a las fuerzas leales, lo cual dio lugar inicialmente a un conflicto armado no internacional. Ello supuso una escalada de violencia y una dura respuesta del régimen, que recurrió a ataques aéreos y la presencia de mercenarios provenientes de Níger, República del Congo, Chad, Sudán y de otros países del África Subsahariana para sofocar al bastión rebelde (Smith, 2011). En la medida que este contexto fue empeorando, el Consejo de Derechos Humanos (2011) señaló que:

[...] [L]as autoridades de Libia han cometido violaciones graves y manifiestas de los derechos humanos, incluyendo privación arbitraria de la vida, tortura y desapariciones forzadas, de ese modo [incumplen] sus obligaciones en virtud de los tratados internacionales de derechos humanos en los que Libia es parte [...]²⁹.

Durante el período en estudio, los principales afectados por el conflicto armado han sido la población civil y, en determinados momentos, los mismos rebeldes (Escola de Cultura de Pau, 2011, pp. 27 - 28). Justamente, en este contexto de hostilidades, la correlativa desprotección de la población libia y el avance de las tropas de Gaddafi motivaron un debate al interior del Consejo de Seguridad sobre la posibilidad de acudir a la fuerza por motivos humanitarios.

Es a partir de la presencia de la OTAN en el terreno de las hostilidades, que el conflicto armado se internacionalizó; y se aplicó, por tanto, las reglas propias de un conflicto armado internacional (Salmón, 2012, pp. 152 - 156). En el desarrollo del conflicto, los rebeldes, el gobierno de Gaddafi y la OTAN han cometido excesos. En este último caso, la OTAN bombardeó a la población civil en varias oportunidades del conflicto y ha buscado ayudar a los rebeldes a derrocar al régimen (Fogh Rasmussen, 2011, pp. 2 - 4). Ello confirma que, realmente, no hubo por parte de la OTAN una intención de proteger a la población civil, sino un intento de iniciar un cambio en el régimen, lo cual ha traído un vacío de poder y varios problemas a nivel del respeto y garantía de los derechos humanos.

3.2. De los documentos oficiales del Consejo de Seguridad: las resoluciones 1970, 1973, 2009, 2016, 2017 y 2022.

Libia es el primer test de aplicación de la R2P en su faceta más controversial: el recurso a la fuerza armada. Ante los sucesos en el país magrebí, el Consejo de Seguridad aprobó inicialmen-

28 Posteriormente, el CNPT traspasaría sus funciones al Congreso Nacional General elegido democráticamente el 7 de julio de 2012 (ONU, 2012b, párr: 1 - 2).

29 Traducción libre.

te dos resoluciones: la 1970, del 26 de febrero de 2011; y la 1973, del 17 de marzo de 2011. Al evolucionar el conflicto armado, algunos párrafos de tales resoluciones fueron modificados o sustituidos, y destacaron en el 2011 la resolución 2009 del 16 de septiembre, la resolución 2016 del 27 de octubre, la resolución 2017 del 31 de octubre y la resolución 2022 del 2 de diciembre. En el presente apartado, se examinan estas resoluciones en la medida que sirvan para estudiar los pilares de la R2P.

3.2.1. De la resolución 1970 (2011): ¿invocación del primer y segundo pilar?

Esta resolución, aprobada por votación unánime³⁰, fue la primera respuesta oficial del Consejo de Seguridad ante la situación en Libia durante la Primavera Árabe. En ella se afirmó que «los ataques generalizados y sistemáticos contra la población civil [...] pueden constituir crímenes de lesa humanidad» (Consejo de Seguridad, 2011a, párr. 6 del preámbulo). En este documento, el órgano con la responsabilidad primordial para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales recordó al gobierno libio la R2P a su población³¹ y señaló expresamente que actuaría en virtud del artículo 41 de la Carta. En ese sentido, las medidas invocadas por la resolución no implicaron el uso de la fuerza armada.

La resolución 1970 se dirige, por un lado, a las autoridades libias y, por otra parte, a los Estados miembros de la ONU.

A las primeras, exigió que pongan inmediatamente fin a la violencia; que satisfagan las demandas legítimas de la población; y que cooperen con la Corte Penal Internacional (CPI) y su fiscal, cuyo inicio de investigaciones se referenciaba desde el 15 de febrero de 2011 y sin que la investigación abarque a extranjeros³². Para el 3 de marzo de ese año, el fiscal abrió la investigación acusando a Saif al-Islam y al coronel Abdullah al-Senussi por crímenes de lesa humanidad. Cabe destacar que, en virtud del inciso b) del artículo 13 del Estatuto de Roma, el inicio de la actuación de la CPI solo podía llevarse a cabo por el Consejo de Seguridad porque Libia no es parte del mencionado tratado.

A los segundos, exigió que impidan el suministro o la transferencia directa o indirecta de armas a Libia (Consejo de Seguridad, 2011a, párr. 15); que impidan la entrada a sus territorios o el tránsito por ellos del clan Gaddafi y sus aliados (Consejo de Seguridad, 2011a, anexo I); que congelen todos los fondos, activos financieros y recursos económicos que se encuentren en su territorio de M. Gaddafi y sus hijos. Asimismo, les exhortó a que pongan a disposición asistencia humanitaria y ayuda conexa en Libia.

30 Como se comprueba de las actas de sesión del Consejo de Seguridad, los siguientes Estados fueron miembros no permanentes ese año: Bosnia y Herzegovina, Colombia, Francia, Gabón, Alemania, India, Líbano, Nigeria, Portugal y Sudáfrica. En el caso específico de la resolución 1970 se comprueba esta unanimidad en el S/PV.6491.

31 No ha sido la única oportunidad en que el Consejo de Seguridad recuerda la R2P a un Estado. Entre otras oportunidades, cabe destacar que el 8 de julio de 2011, a través de la resolución 1996, hizo recordar la R2P a la República de Sudán del Sur (lo haría, también, más adelante, mediante la resolución 2206 del 3 de marzo de 2015). El 21 de octubre de 2011, mediante la resolución 2014, el Consejo lo hizo respecto del gobierno de Yemen. Para el 19 de diciembre de 2012, pedía a la African-led International Support Mission to Mali que apoye a las autoridades malienses en su R2P. Durante el año 2013, a través de la resolución 2100, refirió a la R2P de las autoridades de transición en Mali. Pero también mediante la resolución 2121 subrayó la R2P de la República Centroafricana (y, más adelante, lo haría a través de la resolución 2217 del 28 de abril de 2015). A través de la resolución 2165 del 27 de mayo de 2014, reafirmó en las autoridades sirias la R2P a su población.

32 En el preámbulo de la resolución 1970 (2011) se cita el artículo 16 del Estatuto de Roma que refiere a la potestad del Consejo de Seguridad de fijar o no la suspensión de las investigaciones de la CPI.

Desde la óptica de la R2P, se puede considerar que, al ser la fuerza armada la *ultima ratio*, la resolución optó adecuadamente por la aplicación de medidas que no atañen al uso de la fuerza, sin que dejen de ser coercitivas. Se podría decir que, con la indicación de que Libia deja de lado su R2P y que la CPI inicie una investigación en el terreno, la resolución estaría invocando el primer y segundo pilar, respectivamente. Sin embargo, no se debe olvidar que con esta resolución ya se estaban aplicando sanciones de naturaleza económica, como el congelamiento de los fondos financieros del clan Gaddafi. Estas medidas están propiamente comprendidas en el tercer pilar de la R2P, al ser autorizadas por el Consejo de Seguridad sin que conlleve, en la práctica, la aplicación del aspecto más discutido y la que supone un mayor desafío para este órgano: el empleo de las denominadas «medidas necesarias».

3.2.2. De la resolución 1973 (2011): el uso de la fuerza en la práctica.

Esta respuesta institucional surge al no haber las autoridades libias acatado la resolución anterior. Es importante evaluar dos aspectos relevantes para el caso libio. En primer lugar, la R2P en la resolución 1973 y las medidas aplicables; y, en segundo lugar, la justificación del empleo del recurso armado.

3.2.2.1. De la «responsabilidad de proteger» en la resolución 1973 (2011).

A diferencia de la resolución 1970, la resolución 1973 no fue aceptada por unanimidad³³. Con esta última resolución se invoca la R2P de la comunidad internacional, específicamente al configurarse elementos de los crímenes de lesa humanidad en Libia. El profesor Pellet ha calificado la resolución 1973 como muestra de un proceso de «mutación lenta» que «parte de una concepción tímida de la R2P, cautelosamente promulgada por los textos de la Asamblea General, hacia una obligación colectiva de los Estados de ayudar y reparar en situaciones de urgencia» (Peters, 2011, p. 3). De este modo, lo relevante de la presente decisión no es la confirmación del Documento Final de la Cumbre Mundial del 2005 por el Consejo de Seguridad, sino su puesta en práctica. Sin embargo, debe indicarse que esta aplicación de «medidas necesarias» e invocación a la R2P resulta ser; hasta el momento, un caso aislado en la práctica del Consejo de Seguridad.

En esta resolución, se autoriza el empleo de la fuerza en los siguientes términos:

Autoriza a los Estados Miembros que hayan notificado previamente al Secretario General a que, actuando a título nacional o por conducto de organizaciones o acuerdos regionales y en cooperación con el Secretario General, adopten todas las medidas necesarias, pese a lo dispuesto en el párrafo 9 de la resolución 1970 (2011), para proteger a los civiles y las zonas pobladas por civiles que estén bajo amenaza de ataque en la Jamahiriya Árabe Libia, incluida Benghazi, aunque excluyendo el uso de una fuerza de ocupación extranjera de cualquier clase en cualquier parte del territorio libio [...] (Consejo de Seguridad, 2011b, párr. 4).

A partir de este mandato de «adopt[ar] todas las medidas necesarias» es que la OTAN asumió la «tarea» de ingresar al territorio libio. No puede cuestionarse que esta autorización es conforme al derecho internacional. Lo objetable es, más bien, que la OTAN excedió en la

33 El acta S/PV.6498 del 17 de marzo de 2011 revela que hubo diez votos a favor (Bosnia y Herzegovina, Colombia, Francia, Gabón, Líbano, Nigeria, Portugal, Sudáfrica, Reino Unido y Estados Unidos) y cinco en abstención (Brasil, China, Alemania, India y la Federación de Rusia).

práctica el fin planteado por la resolución de proteger a los civiles (Oshea, 2012, p. 178). En esta línea, la principal refutación vendría desde el plano del *ius in bello*.

Adicionalmente a la invocación a la reacción armada, tema central de la resolución, también se expresó la determinación de la ONU de asegurar la protección de la población civil a través de la asistencia humanitaria (Consejo de Seguridad, 2011b, párr. 7 y 8 del preámbulo). Las medidas adoptadas, entre otras, fueron las siguientes: (a) establecer una zona de prohibición de vuelos (párr. 6 - 12 y 17 - 18); (b) sustituir el párrafo 11 de la resolución 1970 en relación al cumplimiento de embargo de armas (párr. 13 - 16); y (c) ampliar el congelamiento de activos (párr. 19 - 21). En esta línea, la autorización del uso de la fuerza no fue aislada, sino que se acompañó de medidas de diversa índole.

3.2.2.2. De la justificación de la incursión militar de la comunidad internacional ante la irresponsabilidad de prevención del Estado libio. Principales cuestionamientos.

Se han señalado anteriormente las pautas de la TGJ a seguir para la actuación militar del Consejo de Seguridad: autoridad legítima, causa justa, intención correcta, proporcionalidad, *ultima ratio* y probabilidades razonables. Es interesante ver que en la resolución 1973 no solo se acudió al concepto de R2P, sino que también parece que el Consejo de Seguridad implícitamente concurrió a tales pautas. Esto, sin embargo, no es una lectura que se derive directamente del Documento final de la Cumbre Mundial. Tampoco en sus diversos aportes posteriores, el secretario general ha profundizado en la clarificación sobre la relación de la R2P con la TGJ. En todo caso, ambas parecen no ser incompatibles cuando lo aplica el Consejo de Seguridad y, en esa medida, cabría sostener la utilidad de la TGJ.

Respecto a la autoridad legítima, resulta interesante saber si la Unión Africana (UA) podía invocar la R2P dada su competencia regional. El artículo 4 inciso h de la Carta Constitutiva de la UA prevé paralelamente al principio de no injerencia, «el derecho de la UA de intervenir en un Estado Miembro en virtud de una decisión de la Asamblea en situaciones graves, a saber: crímenes de guerra; genocidio y crímenes contra la humanidad». En ese sentido, la UA ejerce tal competencia expresa en su propia Carta a través de su Consejo de Paz y Seguridad (CPS). Sin embargo, deberá contar con la autorización del Consejo de Seguridad, dado que la regionalización experimentada en este caso no supone la descentralización en términos de autoridad para el recurso a la fuerza (Sarkin, 2009, pp. 16 - 17).

Para comprender la coordinación entre el rol del Consejo de Seguridad y del CPS, es necesario remitirse al Consenso de Ezulwini de 2005 en el cual la UA reconoció la R2P de la comunidad internacional (párr. B, i.2) y afirmó que la intervención de las organizaciones regionales debe contar con la aprobación del Consejo de Seguridad (párr. B, i.3). En los hechos, la UA no intervino, criticó la operación militar de la OTAN por la manera en que se desarrolló y no reconoció al CNPT de Libia como gobierno, pese a que treinta de sus miembros lo habían hecho (ICRtoP, 2011).

En relación a la causa justa, esta fue detener «la grave y sistemática violación de los derechos humanos, incluidas las detenciones arbitrarias, las desapariciones forzadas, los casos de tortura y las ejecuciones sumarias [...] [que podían determinar la configuración] de crímenes de lesa humanidad» (Consejo de Seguridad, 2011b, párr. 5 del preámbulo). Esta misma tónica descriptiva se puede observar en la resolución S - 15/1 del Consejo de Derechos Humanos, por lo que puede decirse que diversos órganos de la ONU coincidían en que en Libia, para el 2011, se estaban presenciando elementos configurativos de crímenes de lesa humanidad.

Respecto a la proporcionalidad, habría que resaltar que la resolución «autoriza a los Estados Miembros [...] a [adoptar] todas las medidas necesarias» (Consejo de Seguridad, 2011b, párr: 4). Desde este punto de vista, este mandato, aun siendo conforme al derecho internacional, guarda respecto a este principio una dosis de ambigüedad. La «necesidad» de las medidas remite al principio de proporcionalidad que se sujeta con la finalidad de proteger a los civiles, pero incluir el término *todas* parece haber sido tomado por la OTAN como una *carte blanche* para incurrir en excesos en la propia conducción de las hostilidades, tales como la violación del derecho internacional humanitario y el derrocamiento de Gaddafi por la fuerza, lo que atentaría contra el dominio exclusivo del Estado y contra la propia resolución.

Ahora bien, una interpretación según la cual se entienda que el Consejo de Seguridad ha permitido tal autorización debe ser descartada, dado que las resoluciones de las organizaciones internacionales deben ser interpretadas conforme a su tratado constitutivo (Barberis, 1994, p. 165)³⁴. Por tanto, y si se acude al punto de vista del derecho internacional humanitario, la OTAN debió respetar los principios de distinción y proporcionalidad en toda su incursión por el país. Lastimosamente, esta organización bombardeó a la población civil en varias oportunidades, lo cual ha traído como consecuencia que el Consejo de Seguridad sea cuestionado y, con ello, la operatividad de la R2P (ONU, 2015, párr: 9). Ante este escenario, Brasil propuso el concepto de «responsabilidad *al* proteger» que sería luego incorporado en el discurso oficial de la ONU (ONU, 2012a, párr: 50).

Pese a las críticas, el Consejo de Seguridad ha reafirmado el valor de la R2P en varias oportunidades. Entre ellas destaca la resolución en conmemoración de los veinte años del genocidio en Ruanda, al indicar lo siguiente:

Exhorta a los Estados a que reiteren su compromiso de prevenir y combatir el genocidio y otros crímenes graves conforme al derecho internacional, reafirma los párrafos 138 y 139 del Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 (A/60/L.1), relativos a la responsabilidad de proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad, y recalca la importancia de tener en cuenta las enseñanzas aprendidas del genocidio de 1994 contra los tutsis en Rwanda, en el que también fueron asesinados hutus y otras personas que se opusieron a él (Consejo de Seguridad, 2014b, párr: 1).

Esto supone un intento de diferenciar el plano teórico y práctico de la R2P. En este sentido, desde el primer plano, el concepto parece ser conforme al derecho internacional y a la Carta, pero en la práctica, los sucesos en Libia han supuesto que no haya una nueva invocación a este concepto cuando se ha empleado o autorizado el uso de la fuerza³⁵. Este aspecto requiere un mayor esfuerzo. Como afirma el secretario general (ONU, 2015, párr: 14), la R2P no fue pensada «para que los Estados Miembros y otros agentes internacionales se sintieran cómodos: su propósito, y su valor, es impulsarnos a todos a hacer más y hacerlo mejor».

Por otra parte, en relación a la intención correcta, surgen dos cuestionamientos que se verán a continuación. El primero es relativo a la discrecionalidad del Consejo de Seguridad a partir del empleo del veto, y el segundo es el derrocamiento del régimen de Gaddafi.

34 En esta hipótesis, el principio de no intervención y el principio de prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza.

35 Por lo menos hasta la fecha de la entrega de esta investigación.

3.2.2.2.1. De la discrecionalidad del Consejo de Seguridad.

Una de las críticas que se puede plantear a que el Consejo de Seguridad sea el órgano encargado del tercer pilar de la R2P es el veto (Torrecuadra, 2010, p. 107), que consiste en el derecho que tienen, de manera exclusiva, los miembros permanentes de emitir un voto negativo que impida al Consejo de Seguridad arribar a una decisión sobre cualquiera de las materias de los capítulos VI, VII, VIII y XII de la Carta.

En esta línea, pese a que el Consejo de Seguridad, de acuerdo con el artículo 24.1 de la Carta, tiene el mandato de resguardar la paz y la seguridad internacionales (lo que limita su discrecionalidad), el veto impedirá cualquier tipo de incursión extranjera, militar o de otra índole en el territorio de los miembros permanentes y de sus aliados. De ello se deriva, por un lado, que la faceta militar de la R2P obedecerá, en última instancia, a la decisión de los miembros permanentes y, por otra parte, que las intervenciones autorizadas por el Consejo de Seguridad recaerán en quienes no son miembros permanentes; es decir, el resto de Estados. Cabe resaltar que la decisión de usar la R2P para intereses políticos, económicos o de otra índole de los miembros permanentes irá en contra del mandato del Consejo de Seguridad y también revelaría una falta de intención correcta.

Adicionalmente, ante casos similares se evidenciará la discrecionalidad si se acude a medidas de protección de la población civil solo en algun(os) caso(s) y no en todos. Un ejemplo de ello es Siria que, a pesar de suponer una situación humanitaria bastante deteriorada, China y la Federación de Rusia han rechazado de plano varios proyectos de resolución del Consejo de Seguridad destinados a poner fin a la violencia presenciada en este país.

3.2.2.2.2. Del derrocamiento del régimen Gaddafi por la OTAN.

Como se ha visto, no habría intención correcta si la incursión militar se destina al derrocamiento del régimen; incluso si este es opresor de la población, como sucedió con el gobierno de Gaddafi. Sin embargo, no se imposibilita que se pueda privar al gobierno de la capacidad de perjudicar a su población (CIISE, 2001, p. 40)³⁶.

Algunos autores (Payandeh, 2012, pp. 388 - 389) indican que la resolución 1973 no estaba destinada a la protección de la población y sí al apoyo de las fuerzas rebeldes para el cambio de régimen. Pese a la ambigüedad del término que contiene la resolución, referido a «todas las medidas necesarias», esta no podía interpretarse con la intención de derrocar a un régimen³⁷; no solo porque eso iría contra la soberanía del Estado libio, sino que haría más difícil afirmar que existió una intención correcta. Por tanto, a partir de este margen inicial, la OTAN se excedió y terminó alejándose del mandato conferido por el Consejo de Seguridad.

36 Además, surge la duda de por qué recién reaccionó la comunidad internacional si anteriormente se tenía noticia de la comisión de excesos calificables de crímenes de lesa humanidad. ¿No es acaso necesario acudir a la R2P ante el hecho de que el régimen haya participado en la comisión de cientos de desapariciones forzadas?

37 Ahora bien, en la S/PV.6498, el representante del Reino Unido, Sir Mark Lyall Grant, subrayó que «el propósito fundamental de esta resolución es claro: [...] hacer posible que el pueblo libio, liberado de la tiranía del régimen de Al-Qadhafi, determine su propio futuro». Seguidamente, el representante de Alemania sostuvo que «Muammar Al-Qadhafi debe abandonar el poder inmediatamente. Su régimen ha perdido toda legitimidad». Por su parte, el representante de Estados Unidos declaró que «el futuro de Libia debe decidirlo el pueblo de Libia. Los Estados Unidos están con el pueblo libio para apoyar sus derechos universales». Por último, Moraes Cabral afirmó que «para la comunidad internacional, el régimen que ha gobernado Libia durante más de 40 años ya ha llegado a su fin, por voluntad del pueblo libio».

3.2.3. De las resoluciones 2009, 2016, 2017 y 2022: ¿responsabilidad de reconstrucción?

Además de condenar las violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, y de modificar o suprimir algunas medidas de las resoluciones 1970 y 1973, la resolución 2009 intenta completar el sendero marcado por estas, y busca, entre otras cosas, las siguientes: el regreso voluntario y sostenible de los refugiados como medida para la consolidación de la paz; que la ONU encabece «el proceso de reconstrucción» encaminado a establecer la democracia en Libia; que se establezca un gobierno de transición inclusivo y que proteja a la población; que se prevengan abusos y violaciones a los derechos humanos; que se garantice la seguridad de los ciudadanos extranjeros; que se prevenga la proliferación de misiles tierra-aire portátiles; y que se instale una Misión de Apoyo de la ONU en Libia (UNSMIL) cuyo mandato contiene también muchas de las medidas que conforman la responsabilidad de reconstrucción (Consejo de Seguridad, 2011 h, párr. 12).

Por otra parte, el asesinato de Gaddafi se cometió el 20 de octubre de 2011 a manos de milicianos del CNPT de Libia. Unos días después de su muerte, el Consejo de Seguridad emitió la resolución 2016, la cual, al suprimir los párrafos 4 y 5 de la resolución 1973, desautoriza a la OTAN a seguir en Libia y pide su retiro inmediato. Además, deja sin efecto la zona de prohibición de vuelos al suprimir los párrafos de 6 a 12 de la resolución 1973. Inclusive, la resolución insiste con énfasis en la reconciliación nacional (Consejo de Seguridad, 2011 h, párr. 4 del preámbulo), acoge con beneplácito los acontecimientos positivos en perspectiva de un futuro democrático (Consejo de Seguridad, 2011 h, párr. 1) y muestra la preocupación de la ONU por la proliferación de armas en Libia (Consejo de Seguridad, 2011 h, párr. 5 del preámbulo).

Con la resolución 2017, el Consejo de Seguridad profundiza en el tema de la no proliferación de armamentos, «[exhortando] a las autoridades libias a que adopten todas las medidas necesarias para impedir la proliferación de los armamentos y materiales conexos de todo tipo [...]» (Consejo de Seguridad, 2011 g, párr. 1); y extiende la indicación a los Estados de la región (Consejo de Seguridad, 2011 g, párr. 3), a los Estados Miembros de la ONU (Consejo de Seguridad, 2011 g, párr. 4), a las organizaciones internacionales, entre otros (Consejo de Seguridad, 2011 g, párr. 5). En esta misma línea, la resolución 2022 prorroga las funciones de la UNSMIL y expande su mandato a «afrontar las amenazas que entraña la proliferación de los armamentos y materiales conexos de todo tipo» (Consejo de Seguridad, 2011 h, párr. 2).

De la lectura de estas resoluciones se infiere que se destinaba a poner en práctica la responsabilidad de reconstrucción que mencionaba el informe de la CIISE, pese a no estar considerada en el Documento Final de la Cumbre Mundial. En este punto se pueden destacar, entonces, dos elementos, uno positivo y otro negativo, de la discrecionalidad del Consejo de Seguridad en relación a la R2P. Por un lado, no existe ningún tipo de norma que lo obligue a actuar militarmente frente a crímenes internacionales. Por otro lado, esta discrecionalidad bien llevada puede cubrir más allá del concepto de R2P de 2005 que recorta la responsabilidad de reconstrucción que cubría la R2P de acuerdo con la postura de la CIISE. En esta línea, el Consejo de Seguridad ha destacado la importancia de la reforma de la seguridad para el logro de la reconstrucción de un Estado después de un conflicto (Consejo de Seguridad, 2014c, párr. 1), así como para la lucha contra la impunidad (Consejo de Seguridad, 2014c, párr. 5).

En todo caso, parece que el empeño que encierra el concepto se ve debilitado por su propio carácter no vinculante en una materia tan delicada como es el uso de la fuerza, y se vuelven a experimentar los límites ya conocidos del Consejo de Seguridad: carácter político del órgano,

dificultades en alcanzar consenso, carencia de un ejército propio para la ejecución de actividades militares, incapacidad de controlar el ejercicio de un despliegue armado autorizado, entre otros. En definitiva, el camino de la R2P hacia su plena efectividad necesitará de reformas en la ONU.

4. Conclusiones

La R2P nace como una propuesta del informe de la CIISE de 2001. En un período corto se fueron perfilando sus principales características hasta que la ONU asumió el concepto como parte del Documento final de la Cumbre Mundial de 2005. Esta última difiere principalmente en la acotación a los crímenes atroces y en la desaparición de la responsabilidad de reconstrucción.

El estándar fundamental de la R2P es que los Estados deben proteger a su población ante la comisión de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio y depuración étnica, los también llamados «crímenes atroces». Una idea que es angular a la R2P es que, si bien descansa en el Estado como figura principal, no deja de asumir la contribución de la comunidad internacional en el fortalecimiento de la capacidad de protección de aquel y tampoco deja de comprender la actuación del Consejo de Seguridad. En esta línea, la idea de comunidad internacional que maneja la R2P supera a la de comunidad interestatal, al contemplar la actuación de otros sujetos de derecho internacional, como las organizaciones regionales o incluso actores como la sociedad civil internacional.

El secretario general ha contribuido en abordar, minuciosamente, varios de los aspectos relativos a la R2P que no habían quedado del todo especificados en el Documento final de la Cumbre Mundial; especialmente, mediante el informe *Hacer efectiva la responsabilidad de proteger* (2009), a través del cual ha manifestado que la R2P se esquematiza en tres pilares. El primero corresponde a la prevención de crímenes atroces por parte de los Estados; el segundo alude a la comunidad internacional para el fortalecimiento de esta capacidad; y el tercero se refiere a la labor del Consejo de Seguridad, y se incluyen las medidas aplicables que surgen del capítulo VII.

Como planteamiento conceptual, la R2P es conforme al derecho internacional contemporáneo. Esta conclusión es de gran relevancia porque no se identifica con la intervención humanitaria y porque concretiza en determinados supuestos la denominada «injerencia humanitaria», que se halla bajo la autorización o actuación del Consejo de Seguridad. Cuando el Estado comete crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, depuración étnica o genocidio contra su población, o los permite o no puede controlarlos, es que se podría dar lugar a que el Consejo de Seguridad actúe en base al capítulo VII de la Carta, sin que ello reduzca la posibilidad de emplear la fuerza en otros supuestos.

En el marco de la expansión evolutiva de los derechos humanos, la R2P reformula el concepto de soberanía como deber del Estado de proteger a su población frente a los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio y depuración étnica. En esta línea, el esquema de la R2P es de *soft law*, dado que el Documento final de la Cumbre Mundial es una resolución de la Asamblea General y, por lo tanto, carece de carácter obligatorio. Al no ser vinculante, la discrecionalidad del Consejo de Seguridad prevalece.

Como se puede observar de los escenarios examinados en la presente investigación, los riesgos para la población civil son evidentes y se mantendrán, siempre y cuando el gobierno recurra a la fuerza militar para atentar contra su población. Es crucial que, de acuerdo con la R2P, los Estados miembros de la ONU utilicen todos los medios disponibles para promover el fin de casos de represión y evitar que situaciones de este tipo sigan deteriorándose.

¿Puede el concepto de R2P trabajarse desde la óptica de la TGJ? Mientras que el informe CIISE es el que engarza la R2P con la TGJ, el Documento final de la Cumbre Mundial no recoge explícitamente sus pautas. No obstante, a partir de esta declaración de la Asamblea General pueden entenderse recogidas, al menos, los presupuestos de autoridad legítima, causa justa, intención correcta y proporcionalidad.

En el 2011, sobre la base de la posible comisión por el Estado de crímenes de lesa humanidad, el Consejo de Seguridad invocó la R2P en Libia. Este sería el primer caso de aplicación de la R2P en su faceta más controversial: el recurso a la fuerza armada. En este caso se aprecia la aplicación implícita de los presupuestos de la TGJ asumida en el informe de la CIISE. Sobre su utilidad, las pautas indicadas parecen contribuir a determinar, en los hechos, cuándo la ONU debe acudir a la reacción militar. Sin embargo, se requerirá que la intervención siga una pauta adicional exógena al *ius ad bellum*: el derecho internacional humanitario.

La interpretación de toda resolución del Consejo de Seguridad que autorice la fuerza supone circunscribirla al tratado constitutivo de la ONU que es su Carta. En el caso de la incursión militar en Libia, la OTAN se alejó de este razonamiento e infringió, adicionalmente, las normas del derecho internacional humanitario. Esto demuestra no solo la debilidad del Consejo de Seguridad en el plano de ejecutar sus decisiones por tener que valerse de terceros, sino en el descrédito que ha supuesto para el tercer pilar de la R2P. Pero esto no ha supuesto la muerte de la R2P, sino un mayor estudio de este concepto y la inauguración de un camino que debe recorrerse en la búsqueda de una mejor y más amplia protección del ser humano.

REFERENCIAS

- Alston, P., y Goodman, R. (2012). *International Human Rights*. Oxford University Press.
- Amnistía Internacional. (2010). *Libya - Report 2010*. Recuperado de <http://www.amnesty.org/es/region/libya/report-2010>
- Anderson, L. (2011). Demystifying the Arab Spring. Parsing the Differences between Tunisia, Egypt, and Libya. *Foreign Affairs*, 90(3).
- Asamblea General de Naciones Unidas. (2005). Documento final de la Cumbre Mundial de 2005. (Resolución A/60/L.1 aprobada por la Asamblea General en su quincuagésimo noveno período de sesiones. (15 de septiembre de 2005).
- Bahrami, N., y Parsi, T. (2012). *Blunt Instrument*. Recuperado de <http://www.bostonreview.net/natash-bahrami-trita-parsi-iran-sanctions>
- Barberis, J. (1994). *Formación del Derecho internacional*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma.
- Bellamy, A. (2009a). *Guerras Justas: de Cicerón a Iraq*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Bellamy, A. (2009b). Realizing the Responsibility to Protect. *International Studies Perspectives*, 10(2). pp. 111 - 128.
- Benouna, M. (2002). Les sanctions économiques des Nations Unies. *Recueil des cours*, 300, pp. 9 - 78.
- Bix, H. (2011). The North African-Middle East Uprising from Tunisia to Libya. *Massachusetts Review*, 52(2).
- Braw, E. (octubre, 2015). *Foreign Fighters Financing. The Very Non-Halal Ways Potential Jihadists Are Funding Their Work*. Recuperado de <https://www.foreignaffairs.com/articles/syria/2015-10-25/foreign-fighters-financing>
- Buiette, P. y Lagrange, P. (2008). *Le droit international humanitaire*. Francia: La Découverte.
- Carrillo Salcedo, J.A. (1996). *Curso de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos.
- Carrillo Salcedo, J.A. (1997). Droit international et souveraineté des Etats. Cours général de droit international public. *Recueil des cours*, 257, pp. 35 - 222.
- Chornet, C.R. (1995). ¿Violencia necesaria? La intervención humanitaria en Derecho internacional. Madrid: Trotta.
- CIISE - Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados. (diciembre, 2001). *The Responsibility to Protect*. Canadá: IDRC Books.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (febrero, 2011). Statement delivered on behalf of all Special Procedures mandate holders of the United Nations Human Rights Council at the Fifteenth Special Session of the Human Rights Council on the human rights situation in the Libyan Arab Jamahiriya. Ginebra: Naciones Unidas. Recuperado de <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10761&LangID=E>

- De Castro, C. (2005). *El derecho de injerencia humanitaria en el orden internacional contemporáneo. El impacto de la "Operación Libertad para Irak"*. Madrid: Universitas.
- Den Norske Nobelkomite. (2015). *The Nobel Prize for 2015*. Recuperado de http://www.nobel-prize.org/nobel_prizes/peace/laureates/2015/press.html
- Dupuy, R.-J. (1979). Communauté internationale et disparités de développement. Cours général de droit international public. *Recueil des cours*, 165(IV). pp. 9 - 231.
- El País. (23 de febrero de 2011). El destino de Gaddafi, en manos de los líderes tribales. Recuperado de http://internacional.elpais.com/internacional/2011/02/23/actualidad/1298415614_850215.html
- Escola de Cultura de Pau. (2011). *Barómetro 27, Sobre conflictos y construcción de la paz*. Recuperado de <http://escolapau.uab.cat/img/programas/alerta/barometro/barometro27.pdf>
- Fogh Rasmussen, A. (2011). NATO after Libya. *Foreign Affairs*, 90(4). Recuperado de <http://www.foreignaffairs.com/articles/67915/anders-fogh-rasmussen/nato-after-libya>
- Gaja, G. (2012). The Protection of General Interest in the International Community. *Recueil des cours*, 364, pp. 9 - 185.
- Gardam, J.G. (1993). Proportionality and Force in International Law. *The American Journal of International Law*, 87(3). pp. 391 - 413.
- Ghafur Hamid, A. (2007). The legality of anticipatory self-defense in the 21st Century World Order: A reappraisal. *Netherlands International Law Review*, 54(3). pp. 441 - 490.
- Ghosh, B. (2011). The Gaddafi regime is broken. What will take its place? *Time International (Atlantic Edition)*, 178(9)
- Gierycz, D. (2010). From Humanitarian Intervention to Responsibility to Protect. *Criminal Justice Ethics*, 29(2), pp. 110 - 128.
- Giles Carnero, R. (1997). *De la asistencia a la injerencia humanitaria. La práctica reciente del Consejo de Seguridad*. Sevilla: Universidad de Huelva.
- Gran Yamahiriya Árabe Libia Popular Socialista. (24 de agosto de 2010). Informe Nacional presentado con arreglo al párrafo 15 (a) del anexo de la Resolución 5/1 del Consejo de Seguridad del 24 de agosto de 2010 al Consejo de Derechos Humanos.
- Hehir, A. (2009). NATO's "Humanitarian Intervention" in Kosovo: Legal Precedent or Aberration? *Journal of Human Rights*, 8, pp. 245 - 264.
- ICRtoP - International Coalition for the Responsibility to Protect. (13 de septiembre de 2011). Accounting for the African Union (AU) response to Libya: A missed opportunity? [Mensaje en un blog]. Recuperado de <http://icrtopblog.org/2011/09/13/accounting-for-the-african-union-au-response-to-libya-a-missed-opportunity/>
- Ismael, J. e Ismael, S. (2013). The Arab Spring and the Uncivil State. *Arab Studies Quarterly*, 35(3). pp. 229 - 240.
- Kolb, R. (2003). *Ius contra bellum, le droit international relatif au maintien de la paix*. Précis. Bâle: Helbing & Lichtenhahn.
- Lafont, C. (2014). Human Rights, Sovereignty and the Responsibility to Protect. *APSA 2014 Annual Meeting Paper*, pp. 1 - 24.

- López-Jacoiste Díaz, E. (2006). La Responsabilidad de Proteger: Reflexiones sobre su fundamento y articulación. *Anuario de Derecho Internacional*, 22, pp. 289 - 290.
- Magnusom, W. (2010). The Responsibility to Protect and the Decline of Sovereignty: Free Speech Protection under International Law. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 43(2), pp. 255 - 312.
- Mani, V.S. (2005). "Humanitarian" Intervention Today. *Recueil des Cours*, 313, pp. 9 - 324.
- Martin, S. (2011). Sovereignty and the Responsibility to Protect. Mutually Exclusive or Codependent? *Griffith Law Review*, 20(1), pp. 153 - 187.
- Massingham, E. (2009). Military Intervention for humanitarian purposes: does the Responsibility to Protect doctrine advance the legality of the use of force for humanitarian ends? *International Review of the Red Cross*, 87(91), pp. 803 - 831.
- Momtaz, D. (2000). La "intervención humanitaria de la OTAN" en Kosovo y la prohibición de recurrir a la fuerza. *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Recuperado de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdnwn.htm>
- Moncayo, G., Vinuesa, R. y Gutierrez Posse, H. (1985). *Derecho internacional público. Tomo I*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavallá.
- O'shea, E. (2012). Responsibility to Protect (R2P) in Libya: Ghosts of the Past Haunting the Future. *International Human Rights Law Review*, 1(1), pp. 173 - 190.
- ONU - Organización de las Naciones Unidas. (2001). Informe del Secretario General de las Naciones Unidas. Nosotros los pueblos: la función de Naciones Unidas en el siglo XXI (A/54/2000). (27 de marzo de 2000).
- ONU - Organización de las Naciones Unidas. (2004). Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las Amenazas, los Desafíos y el Cambio (Resolución A/59/565 de la Asamblea General Quincuagésimo noveno período de sesiones). (2 de diciembre 2004).
- ONU - Organización de las Naciones Unidas. (2008). Secretary-General Defends, Clarifies 'Responsibility to Protect' at Berlin Event on 'Responsible Sovereignty: International Cooperation for a Changed World' (SG/SM/11701). Recuperado de <http://www.un.org/press/en/2008/sgsm11701.doc.htm>
- ONU - Organización de las Naciones Unidas. (2009). Informe del Secretario General de las Naciones Unidas. Hacer efectiva la responsabilidad de proteger (A/63/677). (15 de julio de 2008).
- ONU - Organización de las Naciones Unidas. (2012a). Informe del Secretario General de las Naciones Unidas. La responsabilidad de proteger: respuesta oportuna y decisiva (A/66/874). (25 de julio de 2012).
- ONU - Organización de las Naciones Unidas. (2012b). Informe del Secretario General de las Naciones Unidas. Informe del Secretario General sobre la Misión de Apoyo de las Naciones Unidas en Libia (S/2012/675). (30 de agosto de 2012).
- ONU - Organización de las Naciones Unidas. (2013). Informe del Secretario General de las Naciones Unidas. La responsabilidad de proteger: responsabilidad del Estado y prevención (A/67/929). (9 de julio de 2013).

- ONU - Organización de las Naciones Unidas. (2014). Informe del Secretario General de las Naciones Unidas. Cumplimiento de nuestra responsabilidad de proteger colectiva: asistencia internacional y la responsabilidad de proteger (A/68/947-S/2014/449). (11 de julio de 2014).
- ONU - Organización de las Naciones Unidas. (2015). Informe del Secretario General de las Naciones Unidas. Un compromiso vital y perdurable: hacer efectiva la responsabilidad de proteger (A/69/981). (13 de julio de 2015).
- Payandeh, M. (2012). The United Nations, Military Intervention, and Regime Change in Libya. *Virginia Journal of International Law*, 52, pp. 355 - 403.
- Peters, A. (2011). The Security Council's Responsibility to Protect. *International Organizations Law Review*, 8, pp. 1 - 39.
- Revilla Montoya, P.C. (2007). Hacia la Responsabilidad de Proteger: Bases jurídicas para una respuesta colectiva ante crisis humanitarias. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (7), pp. 643 - 673.
- Rosales Zamora, P.C. (2012). La aplicación de la Responsabilidad de Proteger al conflicto armado colombiano. *Pensamiento propio*, 35, pp. 207 - 232.
- Salmón Gárate, E. (2012). *Introducción al Derecho internacional humanitario*. Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja, Instituto de Democracia y de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sarkin, J. (2009). The role of the United Nations, the African Union and Africa's Sub-Regional Organizations in Dealing with Africa's Human Rights Problems: Connecting Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect. *Journal of African Law*, 53(1), pp. 1 - 33.
- Smith, D. (22 de febrero de 2011). Has Gaddafi unleashed a mercenary force on Libya? *The Guardian*. Recuperado de <http://www.theguardian.com/world/2011/feb/22/gaddafi-mercenary-force-libya>
- Spencer, R. (23 de enero 2015). The Disastrous Triumph of the Arab Spring. *The Telegraph*. Recuperado de <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/middleeast/11362651/The-disastrous-triumph-of-the-Arab-Spring.html>
- Tabler, A. (noviembre 2015). The Not-So-Great Game in Syria and How to End It. *Foreign Affairs*. Recuperado de <https://www.foreignaffairs.com/articles/syria/2015-11-04/not-so-great-game-syria>
- Torre Cuadrada García-Lozano, S. (2010). El control de legalidad de las decisiones del Consejo de Seguridad. *Agenda Internacional*, XVII(28), pp. 103 - 131.
- Unión Africana. (marzo, 2005). *Consenso de Ezulwini*. Séptima Sesión Extraordinaria llevada a cabo en Addis Abeba, Etiopía.
- Zahid, M. (2010). The Egyptian Nexus: the rise of Gamal Mubarak, the politics of succession and the challenges of the Muslim Brotherhood. *The Journal of North African Studies*, 15(2), pp. 226 - 229.

JURISPRUDENCIA

- CIJ - Corte Internacional de Justicia. (1986). Sentencia Nicaragua vs. Estados Unidos de América. Párr. 186 y 268.
- CIJ - Corte Internacional de Justicia. (2005). Sentencia República Democrática del Congo vs. Uganda. Párr. 148.
- CIJ - Corte Internacional de Justicia. (2007). Sentencia Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro. Párr. 166.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2006). 1674. Res. Párr. 4. Nueva York: Naciones Unidas (28 de abril de 2006).
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2011a). 1970. Res. Párr. 6, 15. Anexo 1. Nueva York: Naciones Unidas (26 de febrero de 2011).
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2011b). 1973. Párr. Preámbulo 4 y 5. Párr. 6 - 21. Nueva York: Naciones Unidas (17 de marzo de 2011).
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2011c). 1996. Res. Nueva York: Naciones Unidas (8 de julio de 2011).
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2011d). 2009. Res. Nueva York: Naciones Unidas (16 de septiembre de 2011).
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2011e). 2014. Res. Nueva York: Naciones Unidas (21 de octubre de 2011).
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2011f). 2016. Res. Nueva York: Naciones Unidas (27 de octubre de 2011).
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2011g). 2017. Res. Párr. 1, 3 - 5. Nueva York: Naciones Unidas (31 de octubre de 2011).
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2011h). 2022. Res. Párr. Preámbulo 4 y 5. Párr. 1, 2, 12. Nueva York: Naciones Unidas (2 de diciembre de 2011).
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2012). 2085. Res. Nueva York: Naciones Unidas (19 de diciembre de 2012).
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2013a). 2100. Res. Nueva York: Naciones Unidas (12 de marzo de 2013).
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2013b). 2121. Res. Nueva York: Naciones Unidas (10 de octubre de 2013).

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2014a). 2139. Res. Párr. I. Nueva York: Naciones Unidas (22 de febrero de 2014).

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2014b). 2150. Res. Párr. I. Nueva York: Naciones Unidas (16 de abril de 2014).

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2014c). 2151. Res. Párr. I y 5. Nueva York: Naciones Unidas (28 de abril de 2014).

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2015a). 2206. Res. Nueva York: Naciones Unidas (3 de marzo de 2015).

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (2015b). 2217. Res. Nueva York: Naciones Unidas (28 de abril de 2015).

COMENTARIOS

Jessica Maeda Jerí

Profesora del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

El Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la PUCP me invitó a realizar comentarios con respecto al artículo elaborado por Pablo Rosales, titulado *La responsabilidad de proteger en el derecho internacional: el caso de Libia en el contexto de la Primavera Árabe*.

El texto es de suma relevancia académica, puesto que analiza exhaustivamente un concepto relativamente nuevo, el de la responsabilidad de proteger o R2P, por sus siglas en inglés. Como es muy típico en el estudio del derecho internacional, estamos ante un concepto que aún está evolucionando, por lo que se requiere la generación de doctrina, a fin de poder entender mejor cuáles son los linderos de su aplicación.

El presente comentario está dividido según la línea argumentativa del artículo. Empezaré por el concepto analizado por el autor en el presente artículo, para luego resaltar algunos puntos clave del mismo, su utilización en el marco de la situación de Libia y, finalmente, algunas consideraciones personales.

1. Relevancia del concepto

La R2P es un concepto interesante, ya que armoniza los dos principios constitucionales del orden internacional. De un lado, la soberanía de los Estados, de la cual se desprenden los principios reconocidos en el artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y en la resolución 2625 (XXV), adoptada por la Asamblea General en 1970; entre ellos, el principio de no intervención y de prohibición de uso de la fuerza. Del otro, se encuentra el reconocimiento y la protección internacional de los derechos humanos. El doctor Carrillo Salcedo planteaba cómo estos dos principios suelen estar en una tensión dialéctica a partir de la Segunda Guerra Mundial, por lo que la R2P constituye un esfuerzo paradigmático de la comunidad internacional (CI) para poder crear herramientas que vayan de la mano con esta nueva versión del derecho internacional, en el que convergen ambos principios.

2. Proceso de formación

El proceso que transcurrió para llegar a tal armonización es descrito por el autor, quien detalla cómo la onda expansiva de los derechos humanos y su correspondiente protección sirvió, en primer lugar, para poner de relieve la impotencia del Consejo de Seguridad y, con ello, las

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/jessica-maeda-jeri>

deficiencias del propio sistema para mantener la paz y seguridad internacionales creada por la Carta de las Naciones Unidas.

Así, Pablo Rosales nos presenta un excelente ejemplo: en 1978, cuando Pol Pot exterminó a millones de personas en la provincia de Tay Ninh en Camboya, los Estados se mantuvieron al margen. Pero cuando Vietnam ingresó a Camboya para detener a los jermes rojos, fue condenada por la Asamblea General por haber vulnerado el derecho internacional. Esto muestra claramente que en esa época todavía existía una indiscutible preeminencia del principio de soberanía de los Estados, del cual se desprende el principio de no intervención.

Esto se alinea con lo señalado por el profesor Philip Alston, quien indica que, a partir de los años 70, década en que los principales tratados de derechos humanos ya habían sido adoptados, recién se puede hablar de un verdadero surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos y, por tanto, su fortalecimiento como principio constitucional del derecho internacional.

Es preciso entender, entonces, el contexto histórico en el que se construye la R2P, a finales del siglo XX e inicios de la década 2000. Tal como lo menciona la profesora Michelle Reyes, la R2P se genera en un momento en que las Naciones Unidas era objeto de fuertes críticas debido a sus fracasos de reacción (o, en otras palabras, su falta de una reacción adecuada) ante situaciones como las de Ruanda, Somalia o la antigua Yugoslavia.

El contexto histórico particular era el del surgimiento de diversas crisis humanitarias en diferentes partes del mundo que hicieron necesario recurrir a intervenciones militares. En ese momento se produjo, como menciona el autor, un choque evidente entre la legalidad en el marco del derecho internacional y lo moral. En otras palabras, de acuerdo a las normas internacionales generadas en el marco del principio de soberanía de los Estados, resultaba vulneratorio realizar acciones en contra de los Estados donde se estaban realizando violaciones masivas de los derechos humanos.

¿Cuál fue la reacción de la CI en ese momento? Muchos optaron por defender la posibilidad de recurrir a la intervención humanitaria, discusión que se tomó muy recurrente en el ámbito académico, sobre todo a partir del caso de la OTAN en Kosovo.

Tal como la define Pablo Rosales, la intervención humanitaria es «el uso de la fuerza con el fin de detener u oponerse a la violación masiva de derechos humanos en un tercer Estado, siempre que las víctimas no sean nacionales del Estado interventor y no haya una autorización de una organización internacional competente».

El autor no entra en la discusión doctrinaria que se produjo durante muchos años, la cual dio pie a plantear los primeros caminos hacia la construcción de la R2P, con el claro objetivo de enfocarse en el tema central.

La figura de la R2P no es una figura controversial, a diferencia de la intervención humanitaria, dado que parte de figuras jurídicas establecidas. Por ejemplo, revaloriza la responsabilidad de los Estados, y son ellos los primeros llamados a activar el sistema de la R2P. Con respecto a la intervención armada, se manifiesta tajantemente como *ultima ratio*, y su titularidad corresponde al órgano que la ha tenido desde 1945; esto es, el Consejo de Seguridad.

Lo que hace la R2P es adecuarse a este nuevo derecho internacional contemporáneo, reconocer sus prioridades y replantear conceptos. Debo rescatar que uno de los aportes del artículo es el énfasis que se hace a la modificación de cómo se entiende la soberanía de los Estados. Históricamente, la soberanía ha sido entendida especialmente como un derecho de los mismos, pero el abogado Rosales obra bien al indicar que la R2P propone un nuevo matiz, el

de la responsabilidad, por lo que actualmente la soberanía es entendida como responsabilidad; como obligación para con el cumplimiento de los derechos humanos.

3. Algunos puntos claves a resaltar

El autor plantea, de manera interesante, que el informe *Hacer efectiva la responsabilidad de proteger* construye un enfoque en lengua de derecho penal internacional; lo que, según él, ha mostrado ser «medianamente flexible y unificador frente a los retos humanitarios de este siglo». En primer lugar; quisiera mencionar que estoy de acuerdo con este planteamiento. La profesora Reyes ha mencionado antes que el derecho penal internacional responde a uno de los fenómenos más importantes del derecho internacional; esto es, el de la humanización. ¿Qué quiere decir esto? El reconocimiento de la subjetividad del individuo, su paso de objeto del derecho internacional a sujeto del mismo, con el consiguiente planteamiento de derechos y obligaciones en el plano internacional.

Cuando Pablo Rosales escribe acerca de la construcción de un lenguaje de derecho penal internacional, establece de manera clara el primer límite que se impone al sistema de la R2P: el de los crímenes cometidos. No nos referimos a cualquier crimen, sino a cuatro: genocidio, crimen de lesa humanidad, crimen de guerra y limpieza étnica. De estos cuatro, los tres primeros están contemplados en el artículo 5 del Estatuto de Roma, como materia de competencia de la Corte Penal Internacional.

Esto resulta sumamente relevante porque, como se puede apreciar en el artículo, la Corte Penal Internacional (CPI) puede tener un rol en el segundo pilar y brindar asistencia al Estado. En este caso, al investigar y sancionar a personas que han cometido alguno de estos crímenes. Por eso, resulta sumamente útil esta visión integradora y sistemática de la R2P y el uso de un lenguaje que puede permitir activar otros mecanismos internacionales.

En segundo lugar; considero muy importante que el autor desmenuce la figura de la R2P y establezca las responsabilidades previstas por el informe de la comisión. Estas son las de prevenir; reaccionar y reconstruir. Además, los pilares enunciados en el informe del secretario general son los siguientes: prevención estatal, asistencia de la CI para el fortalecimiento y la respuesta del Consejo de Seguridad mediante el uso de la fuerza.

Deseo detenerme en la última responsabilidad, la de reconstruir; mencionada de manera detallada por el autor. Al hablar de reconstrucción es inevitable pensar en la teoría de la justicia transicional y, con ello, la obtención de justicia, verdad y reconciliación. Sería interesante poder analizar con mayor detalle las posibilidades que esta última responsabilidad brinda; por ejemplo, tocar brevemente el interesante caso de los tribunales Gacaca en Ruanda y varios detalles sobre la experiencia de reconstrucción nacional. Por ejemplo, gracias al establecimiento de tener un día a la semana dedicado a limpiar la ciudad, Kigali se ha convertido actualmente en la capital africana más limpia, lo que denota un ímpetu por parte de la población ruandesa por reconstruir su país luego del genocidio.

En tercer lugar; felicito al autor por la claridad con la que plantea la titularidad de las obligaciones que emergen a partir de la R2P, pues desarrolla de manera extensa este tema, lo cual resulta absolutamente enriquecedor desde el punto de vista académico.

De este modo, resalta, en paralelo con el caso de Libia, que el primer pilar va de la mano con el cumplimiento de obligaciones internacionales previamente asumidas por el mismo Estado. Coloca como ejemplo a Libia, que ya era parte de diferentes tratados en materia de DDHH, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruels, Inhumanos y Degradantes, entre otras.

Con respecto al segundo pilar, establece que no podemos entender que la CI tenga la obligación de brindar asistencia, dado que esta no es un sujeto de derecho internacional. Sin embargo, diversos actores, como la misma CPI, son depositarios de dicha obligación.

La titularidad del tercer pilar resulta indiscutible, y se consolida al Consejo de Seguridad como el único órgano internacional que puede hacer uso del *ius ad bellum*. Con ello, queda claro que, en la actualidad, ningún Estado puede hacer uso de la fuerza bajo ningún contexto.

Esto trae a colación otro gran acierto en el artículo, que es el desarrollo de la actuación militar en nombre de la CI. Como mencioné líneas arriba, es innegable la importancia fundamental de la norma de prohibición del uso de la fuerza en el derecho internacional. Por eso, su uso excepcional, encargado al Consejo de Seguridad, constituye objeto inacabable de doctrina puesto que el debate sobre su marco de aplicación debe quedar sumamente claro.

En ese sentido, Pablo Rosales menciona las directrices para esta actuación militar. Es decir, se debe responder a una causa justa, tener la intención correcta, existir proporcionalidad de los medios y ser un último recurso.

Si bien el autor señala más adelante que el tema de la proporcionalidad de los medios y, en realidad, muchas acciones realizadas en el marco de la intervención armada en Libia por parte de la OTAN no respondieron a las obligaciones exigidas por el derecho internacional humanitario (DIH), creo que hubiera sido un aporte adicional resaltar cómo se lleva esta directriz, y si afecta de algún modo la legitimidad del R2P.

4. Análisis de Libia

Pablo Rosales realiza un excelente análisis del caso, y detalla los pormenores de los textos jurídicos aprobados y cómo se empezó a consolidar la R2P gracias a esta experiencia. Él parte de una descripción de los hechos que generaron el conflicto en Libia (la Primavera Árabe), y se detiene específicamente en la incursión militar y sus principales cuestionamientos, posturas con las que estoy de acuerdo. Cabría, tal vez, resaltar el rol de la CPI, que si bien el DPI no implica propiamente hacer uso de la R2P y corresponde a una rama específica del derecho internacional público, sí puede ser considerada como uno de sus pilares; dado que fue, de algún modo, asistencia lo que la CI brindó a Libia en su momento, al emitir órdenes de arresto contra los principales sospechosos de crímenes internacionales.

5. Consideraciones finales

Como consideraciones personales, quisiera realizar solo dos apuntes.

En primer lugar, creo que un análisis de la figura de la R2P siempre puede enriquecerse con el aporte que en su momento realizó José Miguel Vivanco de Human Rights Watch, titulado *La intervención humanitaria frente a crímenes atroces*, que elaboró en base al informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía Estatal.

Este documento, si bien no postula la R2P, sí brinda algunos elementos relevantes en su posterior construcción y, específicamente, se refiere a limitar el uso de la fuerza como *ultima ratio*:

- (1) La fuerza militar no debe usarse con fines humanitarios si se dispone de alternativas efectivas.
- (2) La intervención debe ser regida únicamente por un objetivo humanitario.
- (3) Se debe garantizar que los medios utilizados para intervenir respeten los derechos humanos y el derecho humanitario.

- (4) Es razonablemente probable que la acción militar cause más bien que mal.
- (5) De preferencia, debe ser aprobada por el Consejo de Seguridad de la ONU.

De manera similar, así como la figura de la R2P solo puede activarse ante cuatro crímenes, el informe de 2004 de José Miguel Vivanco establece que solo puede justificarse la intervención armada por la existencia de un genocidio en curso o inminente, o masacres o pérdidas de vidas en circunstancias similares. Otras formas de tiranía son deplorables, pero no alcanzan un nivel que justifique el uso de la fuerza. Por supuesto, resulta imposible utilizar criterios cuantitativos exactos.

Finalmente, pienso que sería sumamente interesante comparar con más énfasis la reacción de la CI en el caso de Libia con la del caso de Siria, para analizar cómo el tamiz político del Consejo de Seguridad se sigue manifestando como una deficiencia del sistema y como un pendiente por corregir.

RESPUESTA DEL AUTOR

Me gustaría comenzar esta sección agradeciendo los comentarios de la profesora Jessica Maeda a mi texto *La responsabilidad de proteger en el derecho internacional: el caso de Libia en el contexto de la Primavera Árabe*. También quiero agradecer a los lectores de esta publicación y, especialmente, a los estudiantes de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Por último, quisiera reiterar mi gratitud para con el Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) por brindarme la oportunidad de participar en el presente anuario y poder explicar tanto el concepto de responsabilidad de proteger (R2P) como sus implicancias en el derecho internacional.

En esta réplica, plantearé mi posición sobre tres aspectos sugeridos por el texto de la profesora Maeda. El primero es el relativo a la identificación de los antecedentes de la R2P; el segundo versa sobre la interacción de la justicia transicional con este concepto; y el tercero está referido a la comparación entre el caso de Libia y Siria en el marco de la R2P. Me gustaría advertir que las respuestas a cada uno de estos tópicos planteados no pretenden ser exhaustivas, dado que ello escaparía al propósito del presente espacio.

1. Sobre una R2P antes de la R2P

En este punto cabe plantearse las siguientes dos interrogantes: por una parte, (i) ¿ya había alguna construcción teórica referida a una responsabilidad de los Estados de proteger a su población antes de la R2P?; y, por otra parte, (ii) ¿desde el plano teórico, se había pensado en alguna limitación al Consejo de Seguridad?

En mi opinión, la respuesta a la pregunta (i) es parcialmente positiva porque, si bien la idea de una protección del Estado a su población es remotamente anterior, la centralización de esta protección frente a los crímenes internacionales es mucho más reciente. En ese sentido, quiero hacer dos referencias históricas muy concretas que darían cuenta de una cierta soberanía responsable. La primera deviene de la ciencia política y la segunda, del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).

En relación a la ciencia política, cuando uno lee el *Leviatán*, además de sostenerse la idea de un poder absoluto del monarca¹, también se indica que «[l]a obligación de los súbditos con respecto al soberano se entiende que no ha de durar ni más ni menos que lo que dure el poder [de aquel], mediante el cual tiene capacidad para protegerlos»² (traducción libre). De este modo, Hobbes sustenta que un poder absoluto conlleva a una responsabilidad absoluta de protección para con sus subordinados, lo cual constituye un precedente histórico de la soberanía responsable. Este análisis sobre la responsabilidad del Estado de proteger a su población tam-

1 Hobbes, T. (1651). *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall [sic] and Civill [sic]*. Londres: Andrew Cooke, p. 127.

2 Hobbes, T. (1651). *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall [sic] and Civill [sic]*. Londres: Andrew Cooke, p. 136.

bién podría encontrarse en escritos clásicos de Rousseau o Locke³ y de trabajos más recientes como los de Francis Deng et al.⁴. Efectivamente, la idea de la soberanía como responsabilidad, ya expresamente formulada como tal, puede ser atribuida a estos últimos autores.

Respecto al DIDH, se observa un conjunto de obligaciones internacionales de protección del ser humano, claramente definidas, que recogen la idea de protección ante crímenes internacionales. En esa línea, y aunque el fraseo no sea exactamente el de «proteger», si uno lee el artículo I de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, obtiene que los Estados parte de este tratado se comprometen a «prevenir y sancionar» este «delito de derecho internacional». Asimismo, los Estados parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 tienen como compromiso el «respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto».

Por otro lado, debe verificarse si existen antecedentes a la R2P en el plano del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (ii). La cita de José Miguel Vivanco a la que hace referencia la profesora Maeda me permite indicar que existen debates relativos a la actuación del Consejo de Seguridad, incluso anteriores a la emisión del informe de la Comisión sobre Intervención y Soberanía de los Estados (CIISE) de 2001 o de los informes del secretario general sobre la R2P desde el 2009. En esta línea, la mayor parte de autores no son muy optimistas sobre los límites a los poderes del Consejo de Seguridad.

En este punto, cabe citar las contribuciones de Gallant⁵ y Cassese⁶. En relación a la primera autora, si bien no establece una lista enumerativa de condiciones a cumplir para la intervención del Consejo de Seguridad, ella realiza tres reflexiones importantes. La primera es que la configuración de este órgano no tiene una adecuada representación del balance de poder en el mundo, lo cual es un obstáculo para la incursión militar efectiva por motivos humanitarios⁷. Además, señala que el veto debe limitarse porque es la principal causa de la incapacidad de Naciones Unidas para el *enforcement* del derecho internacional y los estándares de derechos humanos⁸. Por último, afirma que debe expandirse la noción de la amenaza a la paz para incluir situaciones de graves violaciones de derechos humanos que no necesariamente tengan como consecuencia efectos interestatales⁹.

Por otro lado, Cassese¹⁰ propone parámetros, no para el Consejo de Seguridad, sino para la comunidad internacional, en caso de que este órgano permanezca inactivo. Entonces,

3 Martin, S. (2011). Sovereignty and the Responsibility to Protect. Mutually Exclusive or Codependent?. *Griffith Law Review*, 20(1), pp. 178 - 183.

4 Deng, F., et al. (1996). *Sovereignty as Responsibility: Conflict Management in Africa*. Washington: The Brookings Institution.

5 Gallant, J. (1992). Humanitarian Intervention and Security Council Resolution 688: A Reappraisal in Light of a Changing World Order. *American University International Law Review*, 7(4), pp. 881 - 920.

6 Cassese, A. (1999). Ex iniuria ius oritur: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community? *European Journal of International Law*, 10, pp. 23 - 30.

7 Gallant, J. (1992). Humanitarian Intervention and Security Council Resolution 688: A Reappraisal in Light of a Changing World Order. *American University International Law Review*, 7(4), pp. 913 - 916.

8 Gallant, J. (1992). Humanitarian Intervention and Security Council Resolution 688: A Reappraisal in Light of a Changing World Order. *American University International Law Review*, 7(4), p. 918.

9 Gallant, J. (1992). Humanitarian Intervention and Security Council Resolution 688: A Reappraisal in Light of a Changing World Order. *American University International Law Review*, 7(4), p. 918.

10 Cassese, A. (1999). Ex iniuria ius oritur: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community? *European Journal of International Law*, 10, p. 27.

¿por qué lo cito aquí? Porque, si bien no comparto la posibilidad de legalizar una intervención humanitaria, algunos de los requisitos que defiende el profesor italiano para esta figura no deben dejar de ser considerados para que el Consejo de Seguridad autorice una incursión armada. Tales condiciones serían, entre otras, las siguientes: (i) la pérdida de cientos o miles de personas inocentes; (ii) la presencia de crímenes de lesa humanidad que surjan de la anarquía del Estado; (iii) la aplicación de medidas pacíficas buscando una solución basada en la negociación; y (iv) el uso de la fuerza armada limitada a detener las atrocidades y restaurar el respeto de los derechos humanos.

De todos modos, ambas reflexiones demuestran la preocupación por la doctrina sobre la regulación de la actuación del Consejo de Seguridad antes de la formulación de la R2P.

2. La justicia transicional y la R2P

La justicia transicional es el modo en que la justicia responde a una sociedad de transición; especialmente, cuando esta se encuentra en la etapa de resurgir de un conflicto armado para entrar a un escenario de paz. Como señala Ambos (2009), el éxito de la justicia transicional «[...] depende del grado en que contribuya a la verdadera reconciliación y a la consolidación de la democracia y del sistema judicial interno» (p. 23).

En el esquema propuesto por la CIISE, la responsabilidad de reconstrucción es, de todas las subresponsabilidades, la que tendría una relación más directa con la justicia transicional. Sin embargo, ambos conceptos no se identifican. La distinción entre uno y otro es que el primero está pensado para luego de una intervención militar del Consejo de Seguridad, mientras que la justicia transicional tiene un espectro más amplio, porque abarca a los conflictos armados, sean internos o internacionales. Sin embargo, no debe dejar de destacarse que para ambas se observa una intención de recomponer una sociedad.

Como ya se ha explicado, la R2P se compone de tres pilares, según la división propuesta por el secretario general de Naciones Unidas¹¹. Estos pilares parecen no recoger directamente la responsabilidad de reconstrucción, que sí estaba enmarcada en el informe de la CIISE. Sin embargo, los mecanismos que ofrece la justicia transicional pueden ser comprendidos por la R2P en su primer pilar. El párrafo 138 del Documento final de la Cumbre Mundial, que afirma que «[c]ada Estado es responsable de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad», no debería dejar de ser pensado en un contexto de transición. En esa línea, un encuentro directo entre la justicia transicional y la R2P se produce frente a situaciones donde se han producido crímenes internacionales, y en los que es necesario que el Estado sea soberanamente responsable.

La justicia transicional se encuentra en una tensión permanente entre la búsqueda de la justicia, incluida la justicia penal, y la reconciliación. En mi opinión, la afirmación de la R2P del Estado frente a los crímenes atroces implicaría inclinar la balanza hacia la primera finalidad de la justicia transicional. Esto no es impedimento para que crímenes ordinarios y que no vulneren las consideraciones mínimas de humanidad no puedan ser indultados bajo determinadas condiciones para lograr la reconciliación. No obstante, si se quiere prevenir la comisión de crímenes atroces, no sería posible que aquellos que los hayan cometido queden en la impunidad. En esta

11 ONU - Organización de las Naciones Unidas. (2013). Informe del Secretario General de las Naciones Unidas. La responsabilidad de proteger: responsabilidad del Estado y prevención (A/67/929). párr. 11 (9 de julio de 2013).

línea, «[e]n las sociedades que han experimentado crímenes atroces, un proceso de justicia de transición justo e inclusivo puede evitar la recaída en nuevos actos de violencia»¹².

3. Libia y Siria ante la R2P¹³

¿Qué reflexiones se pueden obtener de la comparación entre los sucesos de Libia y Siria? En este espacio quiero destacar solo dos breves reflexiones.

Una primera lección, en la línea de Gallant¹⁴, es que existe un grave problema derivado del actuar bajo estándares políticos del Consejo de Seguridad: ya que ambas situaciones son de un carácter deplorable y contrarias a varias normas del derecho internacional, el Consejo de Seguridad ha optado por intervenir en una y no en otra. Aunque los excesos de la OTAN en el caso libio han implicado que algunos de los miembros permanentes hayan decidido oponerse a autorizar una intervención militar en Siria, esto no debería ser un impedimento para que el Consejo de Seguridad se quede de brazos cruzados; sino que, más bien, haya un mayor cuidado en cómo es que ocurre el desplazamiento armado en la intervención autorizada, expresado en la formulación de una serie de parámetros a seguir tanto a nivel de la elaboración de la resolución del Consejo de Seguridad, como en la acción misma a partir de esta.

Un segundo elemento a considerar es que la comparación no debe radicar solo en si el Consejo de Seguridad debe o no intervenir en un territorio determinado y ante una situación en concreto, sino en cómo la comunidad internacional podría ayudar en contribuir en el fortalecimiento de la R2P de ambos Estados. Las situaciones de Libia y Siria revelan esta urgente necesidad. La indiferencia de la comunidad internacional, que es el olvido del segundo pilar de la R2P, tiene consecuencias lamentables.

En ese sentido, me gustaría cerrar este texto señalando que la discusión teórica en torno a la R2P debería, en un futuro, concentrarse en el desarrollo de su segundo pilar; es decir, en responder a la urgencia de qué hacer más allá de la intervención armada, centrando los esfuerzos en construir una cooperación internacional orientada a hacer frente a los crímenes atroces.

12 ONU - Organización de las Naciones Unidas. (2013). Informe del Secretario General de las Naciones Unidas. La responsabilidad de proteger: responsabilidad del Estado y prevención (A/67/929). párr. 42 (9 de julio de 2013).

13 El análisis comparativo entre ambos casos ha sido analizado por varios especialistas del derecho internacional, de los cuales destaca el interesante capítulo «Intervention and Responsibility to Protect» del libro *The Limits of Force* (Gray, 2016), cuya lectura recomiendo.

14 Gallant, J. (1992). Humanitarian Intervention and Security Council Resolution 688: A Reappraisal in Light of a Changing World Order. *American University International Law Review*, 7(4), pp. 913 - 918.

SECCIÓN III

DERECHO LABORAL

LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO Y LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA SOCIOLABORAL (ENTRE EL PRINCIPIO GARANTISTA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EL PRINCIPIO PROTECTOR DEL DERECHO DEL TRABAJO)

Frank Espinoza Laureano
Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, PUCP

Categoría Egresados

En el presente trabajo, efectuaré una aproximación inicial a la teoría general de la infracción administrativa en materia sociolaboral, ante la ausencia de una normatividad que desarrolle dicho tema a cabalidad.

Considero que es necesario comenzar a tratar este tema, puesto que si no se tienen claras cuáles son las reglas que resultan comunes a todos los tipos de infracciones sociolaborales, se pueden resolver casos similares de manera distinta, lo cual atentaría contra la seguridad jurídica y la eficiencia del Sistema de Inspección del Trabajo. Particularmente, me interesa revisar los elementos que configuran la infracción administrativa, es decir, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, así como la posible transposición del principio protector al procedimiento administrativo sancionador en materia sociolaboral.

Pero para poder acceder a este terreno limítrofe entre el derecho administrativo sancionador y el derecho del trabajo, estimo conveniente comenzar por establecer algunas precisiones relacionadas a los tres grandes aspectos que, de manera un tanto desordenada, han sido regulados por la Ley N° 28806 (el Sistema de Inspección del Trabajo, el procedimiento administrativo sancionador en materia sociolaboral y el régimen de infracciones) a fin de concordar criterios y poder avanzar con este estudio sin contratiempos.

I. ¿De qué hablamos cuando hablamos de la inspección del trabajo?

I.1. El Sistema de Inspección del Trabajo.

Conforme a lo señalado en el artículo I de la Ley N° 28806, la inspección del trabajo es «el servicio público encargado de vigilar el cumplimiento de las normas de orden sociolaboral y de la seguridad social, de exigir las responsabilidades administrativas que procedan, orientar y asesorar técnicamente en dichas materias, todo ello de conformidad con el Convenio N° 81 de la Organización Internacional del Trabajo».

A su vez, el Sistema de Inspección del Trabajo (SIT) se define como un sistema único, polivalente e integrado, constituido por el conjunto de normas, órganos, servi-

dores públicos y medios que contribuyen al adecuado cumplimiento de la normativa sociolaboral¹.

En la actualidad, el SIT está conformado por la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), que es el ente rector y autoridad central del SIT de acuerdo con el Convenio N° 81 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y por las unidades orgánicas de los gobiernos regionales, que dependen funcional y técnicamente de dicha autoridad central. Por su parte, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) es el encargado de la elaboración, aprobación, supervisión y evaluación de las políticas públicas destinadas a dar cumplimiento a la normativa sociolaboral².

De la revisión del Convenio N° 81 de la OIT, sobre la inspección del trabajo; de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo; y de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 019-2006-TR, se tiene que gran parte de sus disposiciones están relacionadas con la organización, el funcionamiento y la composición del SIT, y se hace un particular énfasis en lo referido a la carrera, las facultades y los deberes del personal inspectivo.

En ese sentido, y teniendo en cuenta que la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General no llega a ocuparse de dichos aspectos, el esquema del marco normativo aplicable al SIT es el siguiente:

Tabla I

Sistema de Inspección del Trabajo

Tema	Marco normativo aplicable				
	Conv. N° 81	OIT	LGIT	RLGIT	LPAG
Organización, funcionamiento y composición	X		X	X	
Carrera, facultades y deberes del personal inspectivo	X		X	X	

2. El procedimiento administrativo sancionador en materia sociolaboral
El artículo 1 de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo (2006), define el procedimiento administrativo sancionador en materia sociolaboral como:

[...] el procedimiento administrativo especial de imposición de sanciones que se inicia siempre de oficio mediante Acta de Infracción de la Inspección del Trabajo, y se dirige a la presentación de alegaciones y pruebas, en su descargo, por los sujetos identificados como responsables de la comisión de infracciones, así como a la adopción de la resolución sancionadora, que proceda, por los órganos y autoridades administrativas competentes para sancionar.

Dicho procedimiento administrativo se encuentra regulado por las disposiciones contempladas en el Capítulo IV (denominado «Procedimiento sancionador») del Título IV³ de la

1 Artículo 1 de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo.
2 Artículo 19 de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo (modificado por la Ley N° 29981).
3 El Título IV de la Ley N° 28806, se refiere al «Régimen de infracciones y sanciones en materia de relaciones laborales, seguridad y salud en el trabajo y seguridad social».

Ley N° 28806 y sus normas reglamentarias. En el resto de disposiciones no contempladas se aplica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁴.

Lo anterior concuerda con el numeral 229.2 del artículo 229 de la propia Ley N° 27444 (modificado por el Decreto Legislativo N° 1029), que establece que las disposiciones contenidas en el Capítulo II (referido al «Procedimiento sancionador») del Título IV⁵ de dicha norma «se aplican con carácter supletorio a los procedimientos establecidos en leyes especiales, las que deberán observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 230, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador».

Entonces, se puede afirmar que, a semejanza de los demás procedimientos administrativos sancionadores, el que se refiere a la materia sociolaboral posee la siguiente estructura, tal como se señala en la *Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador*:

- (1) Actuaciones previas
- (2) Iniciación
- (3) Instrucción
- (4) Terminación (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015, p. 31 y ss.)

En el caso del procedimiento administrativo sancionador en materia sociolaboral, se observa que el legislador nacional ha optado por reforzar la regulación de la primera de dichas etapas (a la que denomina como actuaciones inspectivas de investigación o comprobatoria) en lo que concierne a sus modalidades, origen, trámites, medidas inspectivas, etc.⁶.

Así, en el numeral 7.2 del artículo 7 del Reglamento de la Ley N° 28806 (aprobado por el Decreto Supremo N° 019-2006-TR) se establece que:

Las actuaciones inspectivas de investigación o comprobatoria son diligencias previas al procedimiento sancionador; que se efectúan de oficio por la Inspección del Trabajo para comprobar si se cumplen las disposiciones vigentes en materia sociolaboral y, en caso de contravención, adoptar las medidas que procedan en orden a garantizar o promover su cumplimiento.

Su inicio y desarrollo se llevará a cabo de acuerdo con los trámites y requisitos regulados en la Ley [N° 28806], en el presente Reglamento, así como en las restantes normas de desarrollo que se dicten, no siendo de aplicación las disposiciones contenidas en el Título II de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, salvo por expresa remisión a las mismas.

Según mi modo de ver, el reforzamiento de las actuaciones inspectivas de investigación resulta muy positivo, ya que busca rodear de las mayores garantías a la etapa del procedimiento, cuyo protagonismo reside en el personal inspectivo sociolaboral, lo que raramente ocurre en otros sectores de la Administración.

4 Artículo 43 de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo.

5 El Título IV de la Ley N° 27444 se refiere a los «Procedimientos especiales».

6 Se sigue así la tendencia del Convenio N° 81 de la OIT que regula las facultades, medidas e incompatibilidades de los inspectores del trabajo.

Sin embargo, esta profusión normativa parece haber ido en desmedro de las siguientes etapas del procedimiento e, incluso, de las demás instancias, algunas de las cuales apenas se encuentran esbozadas (asimismo, debe tenerse en cuenta que la supletoriedad de la Ley N° 27444 no siempre puede salvar la situación). Sin perder de vista este punto, el esquema del marco normativo aplicable al procedimiento administrativo sancionador en materia sociolaboral sería el siguiente:

Tabla 2

Procedimiento administrativo sancionador en materia sociolaboral

Etapas	Marco normativo aplicable			
	Conv. N° 81 OIT	LGIT	RLGIT	LPAG
Actuaciones inspectivas de investigación	X	X	X	
Iniciación		X	X	X
Instrucción		X	X	X
Terminación		X	X	X

2.1. El régimen de infracciones.

En lo que se refiere al ordenamiento español, y partiendo de la tesis unitaria entre la infracción administrativa y el delito⁷, Gómez Tomillo y Sanz Rubiales (2010) indican que:

[...] la falta de una teoría general del ilícito administrativo [...] quizás se encuentre en la base de la ausencia de una auténtica parte general de la infracción administrativa análoga a la desarrollada en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno jurídico cultural. Las disposiciones contenidas en el Título IX de la LRJ-PAC [Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común] si bien consiguieron un avance en relación con la situación precedente, no proporcionan un cuadro suficientemente satisfactorio y completo. Son múltiples las lagunas que se detectan en la citada Ley, algunas de las cuales han sido denunciadas por la doctrina y que van desde la punición de las infracciones culposas, al régimen de la comisión por omisión, pasando por las causas de justificación, la inimputabilidad, cuestiones conexas con el error, la tentativa, la multiplicidad de intervinientes o los casos de pluralidad de infracciones, entre otras. (pp. 34 - 35)

⁷ «Desde nuestra perspectiva, apenas puede dudarse de que ambos fenómenos son sustancialmente idénticos, coinciden en lo que a su naturaleza jurídica respecta. Delito e infracción administrativa son manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, la cual ha sido otorgada por medio del contrato social a éste para la tutela de bienes jurídicos» (Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, 2010, p. 90). «En la actualidad es totalmente aceptable, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, la unidad de la potestad sancionadora del Estado, la cual tiene como manifestaciones: el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador. De esta forma, la adopción de la teoría del ius puniendi estatal revela un recurso dogmático empleado para asimilar dos figuras aparentemente distintas, pero que realmente provienen de una misma naturaleza que las caracteriza y define» (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico, 2015, p. 11).

En el caso peruano se observa una situación similar; puesto que lo que vendría a ser la parte general del régimen de infracciones, es decir, la regulación de los aspectos comunes a todas las infracciones, encuentra un escaso desarrollo en la Ley N° 28806, su Reglamento y en la Ley N° 27444⁸.

Por el contrario, la parte especial del régimen de infracciones, esto es, la regulación particular de cada uno de los tipos de infracciones, sí recibe una amplia atención por parte de la Ley N° 28806 y de su Reglamento. Si a ello se agrega, como se verá más adelante, que muchas veces la tipificación se completa con una remisión a las normas sustantivas laborales (así, por ejemplo, el numeral 25.6 del artículo 26 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo sanciona el incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la jornada laboral), el esquema del marco normativo aplicable al régimen de infracciones sería el siguiente:

Tabla 3

Régimen de infracciones

Parte	Marco normativo aplicable				Normas Sust. Lab.
	Conv. N° 81 OIT	LGIT	RLGIT	LPAG	
Parte general		X	X	X	
Parte especial		X	X		X

3. Transposición del principio protector al procedimiento administrativo sancionador en materia sociolaboral

Como señala el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS):

[...] el procedimiento sancionador garantiza que la actuación de la Administración, en ejercicio de su potestad sancionadora, se lleve a cabo de una manera ordenada, orientada a la consecución de un fin y respetando un mínimo de garantías para el administrado. Su importancia presenta una doble dimensión toda vez que, de una parte, es el mecanismo idóneo que tiene la Administración Pública para lograr su finalidad pública, mientras que por otro lado es la vía que permite ofrecer al administrado las garantías adecuadas para la realización de sus derechos fundamentales. (2015, p. 13)

Conforme a lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley N° 29981, la SUNAFIL y los gobiernos regionales tienen la función de vigilar y exigir el cumplimiento de las normas legales, reglamentarias, convencionales y condiciones contractuales en el orden sociolaboral, en el ámbito de sus competencias.

8 La Undécima Disposición Final y Transitoria de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, indica que, «con las excepciones previstas, se aplicarán supletoriamente las disposiciones contenidas en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en cuanto no contradigan o se opongan a la presente Ley, en cuyo caso prevalecerán sus propias disposiciones».

En consecuencia, se puede afirmar que el procedimiento administrativo sancionador en materia sociolaboral es el mecanismo que les permite a la SUNAFIL y a los gobiernos regionales cumplir con su función de vigilancia de los derechos de los trabajadores, garantizando al mismo tiempo los derechos fundamentales de los administrados, es decir, de los empleadores.

Desde una perspectiva doctrinaria, María Luz Vega Ruiz (2009) se pregunta si la normatividad sociolaboral tiene sentido sin la inspección del trabajo. La autora en mención aporta los siguientes argumentos que conducen a optar por una respuesta negativa frente a esta pregunta:

- La idea de un control independiente de la legislación laboral aparece como una prioridad desde las primeras manifestaciones del derecho social⁹.
- El procedimiento administrativo presenta ventajas de rapidez y de menor costo con relación al proceso judicial e, incluso, una vinculación más inmediata en la denuncia por parte de los representantes sindicales.
- La normatividad laboral trasciende a la empresa o a la industria y es del interés central de toda la sociedad. El derecho del trabajo se vincula con el interés público e incluso con el orden público en tanto aquel surge para solventar los conflictos sociales, mejorando la gobernabilidad social.
- Las medidas de conflicto de la acción colectiva presentan limitaciones para reclamar casos de incumplimiento concreto y su uso excesivo supone un costo y un desgaste enorme para las organizaciones sindicales (pp. 5 - 6).

Por su parte, Baylos y Terradillos (1990) señalan que las normas laborales requieren un sistema reforzado de sanciones para prevenir su ineficacia. La paradoja del derecho del trabajo, anotan:

[...] consiste precisamente en que su vocación emancipatoria tiene en gran medida que expresarse a través de una acción coactiva que se impone sobre el "estado de naturaleza" de las relaciones económicas entre el capital y el trabajo. Como Derecho que surge para recomponer, sin superarla, una situación de radical desigualdad en la distribución del poder contractual, el ordenamiento laboral tiene que imponerse a los efectos disgregadores de la autonomía individual a través de un sistema de ordenación relativamente cerrado, caracterizado por el predominio de las disposiciones de derecho necesario relativo y la indisponibilidad de los derechos laborales. Pero la desigualdad subsiste y con ella el riesgo de la ineficacia de la tutela legal o colectiva. Frente a este riesgo resultan en principio insuficientes las sanciones civiles de carácter restitutorio o resarcitorio, entre otras razones porque cuanto más débil es la posición contractual del trabajador más grave suele ser el incumplimiento y más improbable la reacción individual frente al mismo. Cernelutti lo expresa claramente cuando señala que la reducción de la economía a la ética sólo se obtiene mediante una imposición de la ética sobre la economía y es pre-

9 «En 1853, en Prusia, se creó la inspección obligatoria pero sólo referida a los menores, la misma que fue extendida en 1869 a todas las actividades laborales. En Francia, la Ley del 19 de mayo de 1874, sobre el trabajo de niñas y niños menores en la industria, constituyó el primer intento de crear un cuerpo de funcionarios encargados de la vigilancia de los derechos laborales, intento que se cristalizó en noviembre de 1892 con la creación de un cuerpo administrativo de inspectores, que accedían por concurso, con contrato y que contaban con estatuto propio. En 1900 se creó en París la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores, la misma que, durante su primer congreso celebrado en Berna (1905), concluyó que era necesario adoptar un convenio internacional sobre Inspección del Trabajo» (Vega Ruiz, 2009, pp. 5 y 15).

cisamente la sanción aflictiva —la sanción artificial según Guasp— la que permite hacer inviolable esta imposición al restablecer moralmente la situación anterior a la violación o, desde una perspectiva menos retributiva, previniendo el incumplimiento a través de una intimidación eficaz. (pp. 8 - 9)

El literal a) del artículo 3 del Convenio N° 81 de la OIT, relativo a la inspección del trabajo en la industria y el comercio (ratificado por el Estado peruano), atribuye a las inspecciones del trabajo nacionales la función de «velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines».

En el caso particular de los derechos colectivos, el Comité de Libertad Sindical de la OIT (1996) ha señalado que «las normas de fondo existentes en la legislación nacional que prohíben actos de discriminación antisindical no son suficientes si las mismas no van acompañadas de procedimientos que aseguren una protección eficaz contra tales actos» (p. 174, párr. 818). Además, Óscar Ermida y Alfredo Villavicencio precisan que dichos procedimientos han de ser eficaces, rápidos y confiables para el control, la prevención y la reparación de los actos de discriminación antisindical (Boza Pró y Mendoza Legoas, 2010, pp. 329 - 354).

Sin desmerecer ninguna medida de tutela, Guillermo Boza y Luis Mendoza (2010) consideran que «los mecanismos preventivos son particularmente importantes para la protección de la libertad sindical en aquellos casos en los que su reparación difícilmente será posible, por ejemplo, cuando el paso del tiempo necesario para que los mecanismos procesales actúen, reste idoneidad a cualquier medida de reparación, permitiendo la impunidad del agente del acto antisindical» (pp. 329 - 354).

Entonces, ¿qué medida preventiva podría ser más eficaz que la investigación que es llevada a cabo por parte de funcionarios gubernamentales para determinar si la normatividad laboral se está cumpliendo efectivamente en las empresas?

En resumen, se puede afirmar que la labor que realiza la inspección del trabajo constituye una manifestación del *ius puniendi* del Estado, pero que, al mismo tiempo, es un medio para alcanzar la efectividad de los derechos sustantivos de los trabajadores. Dado que este es su propósito, considero que resultaría viable aplicar el principio protector en sede del procedimiento administrativo sancionador sociolaboral, sin que ello implique necesariamente una vulneración de los derechos que le asisten al empleador como administrado.

En el caso del derecho administrativo sancionador se presenta una situación especial, ya que algunos principios, como los de legalidad y culpabilidad, hace buen tiempo que fueron flexibilizados con la finalidad de posibilitar una mejor adaptación de los mismos a la realidad de la Administración moderna (Nieto García, 2005, p. 264). De este modo, incluso por motivos de seguridad jurídica, resultaría adecuado aplicar el principio protector, por ejemplo, al momento de interpretar el sentido de las infracciones que se encuentran tipificadas en el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo.

Cabe anotar que algunos administrativistas, como Alejandro Nieto, han propugnado la formulación de técnicas concretas al interior del derecho administrativo que vuelvan viable la realización de los intereses colectivos, incluyendo los sindicales, de la misma manera que ahora existen para la defensa de los derechos individuales. Como explica este autor, «la vocación del Derecho administrativo moderno consiste en asegurar la realización de los intereses colectivos,

sin ceder por ello un paso en la defensa hasta ahora montada de los intereses individuales» (Nieto García, 1975, p. 27)¹⁰.

4. La infracción administrativa en materia sociolaboral

4.1. Definición.

El artículo 22 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (aprobado por el Decreto Supremo N° 019-2006-TR y modificado por el Decreto Supremo N° 019-2007-TR) conceptúa las infracciones administrativas en materia sociolaboral en los siguientes términos:

Son infracciones administrativas los incumplimientos de las disposiciones legales y convencionales de trabajo, individuales y colectivas, en materia sociolaboral. Se entienden por disposiciones legales a las normas que forman parte de nuestro ordenamiento interno.

Asimismo, constituyen infracciones los actos o hechos que impiden o dificultan la labor inspectiva, los que una vez cometidos se consignan en un acta de infracción, iniciándose por su mérito el procedimiento sancionador; debiéndose dejar constancia de este hecho para información del sistema inspectivo y anotarse en el respectivo expediente, bajo responsabilidad del Inspector de Trabajo, para los efectos a los que se contrae el segundo párrafo del artículo 39 de la Ley¹¹.

La definición de infracción administrativa sociolaboral presenta el esquema de una norma secundaria, en tanto establece la consecuencia del incumplimiento de una norma primaria, siguiendo la clasificación de Alejandro Nieto¹².

10 «[...] el auténtico papel del Estado sería precisamente el de árbitro y componedor de todos estos grupos e intereses contrapuestos, actuando el Derecho administrativo como su instrumento equilibrador: El sufragio universal, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones comunitarias, etcétera, han roto, al parecer, el monopolio burgués [del siglo XIX], y el Estado, en efecto, se encuentra en el centro de todos los sectores, por encima de todos los egoísmos particularistas» (Nieto García, 1975, p. 11). «Y al momento de equilibrar intereses contrapuestos, el principio protector puede resultar de gran utilidad. En esa línea, Rosenbaum anota que «resulta invalorable la transposición al terreno procesal del postulado central del derecho laboral sustantivo, el principio protector; que preconiza la especial tutela de la parte más débil en el proceso (el trabajador) a través de la postulación de desigualdades compensatorias. Este principio contrasta frontalmente con la regla general del proceso común, basada en la igualdad de las partes, porque responde a una necesidad de nivelación "social" del proceso laboral» (Rosenbaum Rimolo, 1992).

11 Cabe anotar que el artículo 22 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, en conjunto con los artículos 31 al 36 de la Ley N° 28806, principalmente, constituyen el marco normativo aplicable para establecer cuáles son los alcances de la infracción administrativa en materia sociolaboral.

12 Alejandro Nieto (2005) distingue tres tipos de normas: las normas primarias (que son las que contienen una prescripción, es decir, la imposición de una conducta, y cuyo destinatario es precisamente quien ha de adoptar tal conducta), las normas secundarias (que establecen las consecuencias del incumplimiento de la conducta impuesta y están dirigidas a los órganos estatales encargados de imponer tales consecuencias) y las normas terciarias (que establecen las reglas de procedimiento y competencia para asegurar la ejecución de las mencionadas consecuencias). En el derecho penal es normal la ausencia de normas primarias por encontrarse las mismas implícitas en las normas secundarias (así, por ejemplo, no existe una norma que establezca la prohibición de cometer homicidios, porque ello ya se deduce de la norma que ordena a los tribunales poner en prisión al culpable de un homicidio). En el derecho administrativo sancionador; por el contrario, es común la existencia de una norma primaria en la que se enumeran las obligaciones, pero la presencia de una norma secundaria específica resulta sustituida por lo que viene a ser más bien una declaración genérica: constituye infracción cuanto contravenga lo dispuesto u ordenado en la norma primaria (pp. 44 - 45).

Las infracciones administrativas se producen por acciones u omisiones de los administrados¹³. Según Gómez Tomillo y Sanz Rubiales (2010), la acción puede ser entendida como una manifestación de la personalidad, una exteriorización de la realidad interior del individuo, de su forma de ser (esta caracterización comprende tanto las conductas de las personas físicas como de las personas jurídicas) (pp. 297 - 307).

Respecto de las infracciones administrativas omisivas, se sostiene que poseen una importancia análoga a las infracciones activas, pues «basta con echar un vistazo a los catálogos de infracciones de las leyes para comprender que un amplísimo porcentaje de éstas consisten en la inejecución de una acción legalmente preceptuada» (Gómez y Rubiales, 2010, pp. 309 - 313).

En lo que se refiere a los incumplimientos contractuales, el legislador nacional optaría por una solución contraria a la que se sigue en el derecho comparado, dada la disfunción que plantea que los deberes fruto del ejercicio de la autonomía de la voluntad se vean unidos a sanciones públicas. En ese sentido, Gutiérrez-Solar Calvo (1999) anota que el carácter exclusivamente negocial de las disposiciones contractuales impediría admitir que estas constituyan una fuente adecuada de deberes encaminados a proteger intereses generales, que es la función que deberían cumplir las infracciones administrativas (p. 122).

En cuanto a los convenios colectivos, sí llegaría a existir concordancia entre la normatividad expuesta y el artículo 27 del Convenio N° 81 de la OIT, que establece que «la expresión “disposiciones legales” incluye, además de la legislación, los laudos arbitrales y los contratos colectivos a los que se confiere fuerza de ley».

Así, Blasco Pellicer ve en el convenio colectivo:

[...] una norma especialmente idónea para ejercer esa labor de complemento de la tipificación establecida en la Ley por varias razones, entre las que destacan la posibilidad que tiene el instrumento convencional para sectorializar la tipicidad y, por tanto, acercarla a sus destinatarios y por la flexibilidad que el convenio tiene en punto a su modificación, que contribuye también a adecuar el ilícito a las necesidades de cada momento concreto». (Mercader Uguina y Tolosa Tribiño, 2004, p. 666)

En este punto, resulta conveniente precisar los alcances de un concepto que se encuentra indefectiblemente ligado al de la infracción administrativa en materia sociolaboral: la sanción administrativa. Siguiendo a Ignacio Duréndez (2006), la sanción es la consecuencia de la infracción, la que se traduce en un mal infringido a un administrado como producto de una conducta ilegal a la que se le asigna una función represiva y preventiva, en tanto que pretende restablecer el orden jurídico quebrantado y prevenir los comportamientos a los que se relaciona la amenaza de sanción (p. 227).

4.2. Clasificación.

Entre las distintas clasificaciones que se pueden efectuar de las infracciones, una de ellas, extraída de la literalidad de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, reconoce la existencia de dos grandes tipos de infracciones: (i) las infracciones en materia sociolaboral (re-

13 Si bien la referencia a las acciones u omisiones se encuentra obviada en el artículo 22 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, observamos que la misma sí llega a aparecer en forma expresa en los artículos 33, 34, 35 y 36 de la Ley N° 28806.

lacionadas con la seguridad social, las relaciones laborales, y la seguridad y salud en el trabajo), y (ii) las infracciones a la labor inspectiva.

Otra clasificación, quizá más útil para la construcción de la parte general del régimen de infracciones, es la que se puede establecer en función de las características de las conductas que se encuentran prohibidas, la cual comprende: (a) las infracciones de lesión, (b) las infracciones de peligro concreto, y (c) las infracciones de peligro abstracto (Duréndez Sáez, 2006, p. 352 - 355).

(a) Infracciones de lesión

Son aquellas que requieren del menoscabo efectivo del bien jurídico protegido, como por ejemplo la infracción que se encuentra tipificada en el numeral 28.10 del artículo 28 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo: «El incumplimiento de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo que ocasione un accidente de trabajo que produce la muerte del trabajador o cause daño en el cuerpo o en la salud del trabajador que requiera asistencia o descanso médico, conforme al certificado o informe médico legal».

Es necesario precisar que no existen muchos casos de este tipo de infracciones en la normatividad inspectiva laboral, además de que su uso es más bien de tipo excepcional por parte del derecho administrativo sancionador.

(b) Infracciones de peligro concreto

Este tipo de infracciones suponen que la acción desplegada implica un riesgo para el bien jurídico, pero, al mismo tiempo, exigen un resultado: que se acredite que en la situación concreta se produjo una efectiva situación de peligro contra el bien jurídico protegido. Un ejemplo de este tipo de infracción es la que se encuentra tipificada en el numeral 28.3 del artículo 28 del Reglamento: «Designar a trabajadores en puestos cuyas condiciones sean incompatibles con sus características personales conocidas o sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuando de ellas se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores».

(c) Infracciones de peligro abstracto

Un ejemplo de este tipo de infracciones, en los que se prescinde de un resultado de peligro por completo, es la conducta a la que se refiere el numeral 31.3 del artículo 31 del Reglamento: «La publicidad y realización, por cualquier medio de difusión, de ofertas de empleo discriminatorias, por motivo de origen, raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión, ascendencia nacional, origen social, condición económica, ejercicio de la libertad sindical, discapacidad, portar el virus HIV o de cualquiera otra índole».

Según Alejandro Nieto (2005), en el derecho administrativo sancionador:

[...] predominan las llamadas *infracciones formales* constituidas por una simple omisión o comisión antijurídica que no precisan ir precedidas de dolo o culpa ni seguidas de un resultado lesivo. El incumplimiento de un mandato o prohibición ya es, por sí mismo, una infracción administrativa. [...] En líneas generales, el delito penal está ordinariamente conectado con la lesión de un bien jurídico (o la producción de un riesgo): el resultado es aquí una lesión, mientras que la infracción administrativa está

conectada con un mero incumplimiento, con independencia de la lesión que con él pueda eventualmente producirse y basta por lo común con la producción de un peligro abstracto. Y tanto es así que semánticamente es ese dato del incumplimiento —literalmente: infracción— el que da el nombre a la figura, con la que se identifica. (p. 393)¹⁴

4.3. Elementos.

Aceptada la idea de que los delitos y las infracciones administrativas no se diferencian en su naturaleza, puesto que ambos constituyen manifestaciones de la potestad sancionadora del Estado, Gómez Tomillo y Sanz Rubiales (2010) postulan que la definición de delito, concebido como una acción típica, antijurídica y culpable, tiene plena aplicabilidad en el contexto de las infracciones administrativas (p. 284).

En la misma línea, Carrero Domínguez (1997) indica que:

[...] si la conducta no es culpable, no es típica ni antijurídica y, por tanto, no genera responsabilidad. La consecuencia, en conclusión, que se produce, trasladando esta interpretación al ámbito sancionador, se centraría, fundamentalmente, solamente cuando el sujeto realiza el ilícito administrativo, esto es, lleva a cabo la acción u omisión que constituye el elemento objetivo de la infracción y se le puede imputar a título de dolo o culpa, en su grado de levísima, es cuando surge la responsabilidad administrativa. Ahora bien, si el sujeto ha realizado el tipo objetivo de la infracción pero no el subjetivo, su conducta no se ha cometido ni siquiera imprudentemente; aún cuando, objetivamente, la infracción existe, no hay responsabilidad en el ámbito sancionador. (p. 327)

Díaz Rodríguez (2002), por su parte, apunta que:

[...] el órgano administrativo debe imponer la sanción pertinente cuando se pruebe que la conducta del presunto sujeto responsable es una acción u omisión típica, antijurídica y culpable; si del comportamiento presuntamente infractor no se pueden predicar la antijuricidad y la culpabilidad, o si ni siquiera se prueba que la conducta supuestamente constitutiva de infracción administrativa se corresponde con alguna de las conductas tipificadas como infracciones administrativas en la LISOS [Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social de España], el órgano administrativo no puede dictar una resolución sancionadora. (p. 257)

Coincidiendo con la doctrina mayoritaria, podemos sostener, entonces, que la configuración de la infracción administrativa en materia sociolaboral, como toda infracción administrativa, depende de la existencia de una serie de elementos tanto objetivos (tipicidad y antijuricidad) como subjetivos (culpabilidad).

Particularmente, la verificación del último de estos elementos se apoya en pronunciamientos del Tribunal Constitucional, como la sentencia de fecha 24 de noviembre del 2004, recaída en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC, según la cual:

14 «El Derecho Penal, por así decirlo, es un derecho represivo. El Derecho Administrativo Sancionador, en cambio, es más ambicioso y toma en cuenta todas las infracciones que se cometan, aun a conciencia de que en la realidad no podrá sancionarlas todas dada su innumerabilidad. El incumplimiento y no el resultado es lo que interesa. Porque el Derecho Administrativo Sancionador es un derecho preventivo en cuanto que las infracciones, es de donde se deducen (o pueden deducirse) ordinariamente los resultados lesivos.» (Nieto García, 2005, p. 393).

[...] un límite a la potestad sancionatoria del Estado está representada por el principio de culpabilidad. Desde este punto de vista, la sanción, penal o disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable. [f. j. 21]

4.4. Tipicidad.

El numeral 4 del artículo 230 de la Ley N° 27444, aplicable al procedimiento administrativo sancionador de la inspección del trabajo, establece que:

[...] sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o anITA alogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

De acuerdo con este dispositivo, la tipicidad supone una precisa descripción de la conducta prohibida a través de una norma con rango de ley. Esto refleja la estrecha relación existente entre los mandatos de tipicidad y de reserva legal. Asimismo, se hace alusión a la prohibición de la analogía y de la interpretación extensiva, que será desarrollada más adelante.

Por su parte, la sentencia correspondiente al Expediente N° 2192-2004-AA/TC recoge la posición predominante dentro de la doctrina que incorpora al mandato de tipicidad dentro de las manifestaciones del principio de legalidad:

5. [...] El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.

El mandato de tipificación se desenvuelve en dos niveles. En un nivel normativo, implica la exigencia de que una norma describa con precisión los elementos esenciales de un hecho, y que sin su incumplimiento tal hecho, considerado en forma abstracta, no podría ser calificado de infracción. Una vez en la fase de aplicación de la norma viene la exigencia de que el hecho concreto imputado al autor se corresponda exactamente con el descrito previamente en el tipo normativo¹⁵.

15 Es en este segundo momento, que le corresponde al operador jurídico «decidir si procede, o no, la subsunción de los hechos reales en el tipo normativo abstracto. A tal efecto rigen aquí dos reglas hermenéuticas: la analogía no es lícita y no cabe la subsunción de hechos concretos en los que falte algún elemento “esencial” del tipo. A partir de aquí empieza la prudencia del operador jurídico y el control jurisdiccional casuístico de sus decisiones» (Nieto García, 2005, p. 306).

Este segundo nivel corresponde al denominado juicio de tipicidad, que según el Tribunal Constitucional:

[...] no es otra cosa más que la valoración que se hace con miras a determinar si la conducta objeto de examen coincide o no con la descripción típica contenida en la ley. Es una operación mental (proceso de adecuación valorativa conducta-tipo) llevada a cabo por el intérprete (juez) mediante la cual se constata o verifica la concordancia entre el comportamiento estudiado y la descripción típica consignada en el texto legal. La norma típica debe ser vigente, válida formal y materialmente. (Expediente N° 00031-2009-PHC/TC)

Volviendo al primer nivel, resultan contrarias al principio de tipicidad todas aquellas normas que califiquen conductas sancionables sin proporcionar información suficiente en torno al comportamiento infractor; al igual que las tipificaciones imprecisas y ambiguas, en tanto su utilización conlleva la apertura de un enorme margen de discrecionalidad a la hora de apreciar la existencia de conductas ilícitas (Morón Urbina, 2006, p. 623).

Así, tenemos dos tipos de prácticas que se encuentran estrechamente vinculadas a la tipificación de las infracciones laborales: (a) el uso de remisiones normativas y (b) la utilización de cláusulas abiertas.

(a) Remisiones normativas

La tipificación indirecta o por remisión consiste en la construcción de tipos de ilícito cuyo contenido no se precisa suficientemente en la norma tipificadora, por lo que esta, más bien, procede a reenviar a la norma reglamentaria o convencional que regula los aspectos sustantivos sobre cada materia¹⁶.

Alejandro Nieto (2005) señala que en el derecho administrativo sancionador no es viable la tipificación única. No interesa sancionar tanto la desobediencia a la ley o a un reglamento como la violación de cada una de las obligaciones que en él se establecen. Con lo cual, la remisión reglamentaria adquiere una nueva dimensión o, mejor dicho, el reglamento aparece como integrado en el tipo (p. 204).

Pero la generalización en el uso de la técnica de la remisión lleva a Nieto García (2005) a manifestar una posición crítica hacia la caracterización clásica de la tipicidad, por entender que con la misma:

[...] se cierra y corona un sistema formal de legalidad estricta, cuya propia exasperación le hace inviable. La reserva legal y la tipificación encajan tan ajustadamente que convierten al Derecho Administrativo Sancionador en un recinto hermético en el que la vida jurídica se extinguiría por asfixia. De aquí la necesidad de establecer unas válvulas de seguridad para evitar la congestión del aparato y facilitar su funcionamiento. La tipificación indirecta ha evitado el colapso normativo que, de otra suerte se hubiera producido inevitablemente ya que las leyes —y ni siquiera los reglamentos llamados a colaborar— [no] están en condiciones de realizar

16 Para concretar el contenido de cada incumplimiento, la jurisprudencia constitucional española ha exigido que en los casos de tipificación indirecta, la norma sustantiva que da contenido a la conducta punible haga una referencia expresa al precepto correspondiente de la ley tipificante (STC 341/1993, 18 de noviembre) (Duréndez Sáez, 2006, pp. 248 - 249).

una tipificación completa. [...] En la fase aplicativa opera igualmente una segunda válvula de seguridad no menos eficaz. [...] la rigidez de la tipificación no llega al caso extremo de negar absolutamente un margen de apreciación. Y es cabalmente en este margen donde la discrecionalidad administrativa y el arbitrio judicial procuran adaptar las normas, y singularmente los tipos abstractos, a las circunstancias del caso e incluso con una interpretación adecuada pueden forzar los tipos para cubrir supuestos de hecho no especialmente previstos, sin necesidad de acudir a la analogía^{17 18}. (p. 370)

(b) Cláusulas abiertas

Esta técnica permite incluir dentro de tipos unitarios todos los incumplimientos posibles, sustituyendo así las listas interminables de infracciones que deberían ser redactadas en su lugar. No obstante, se debe tener cuidado con su uso, pues, como advierte el Tribunal Constitucional español, el carácter residual de las mismas no permitiría identificar en la ley qué conductas resultan sancionables (STC 60/2000, de 2 de marzo) (Duréndez Sáez, 2006, p. 249).

17 «El principio de legalidad en el Derecho Administrativo Sancionador [...] es de formación relativamente reciente y se ha consolidado como consecuencia de la agregación sucesiva y convencional de elementos distintos que hubieran podido operar separadamente. El resultado final de este proceso de fusión ha sido un principio extremadamente rígido, cuya aplicación rigurosa terminaría produciendo inevitablemente una seria perturbación del ejercicio normal de la potestad administrativa. Cronológicamente, la primera manifestación de la legalidad fue el mandato de tipificación en una norma previa. Con la *lex previa* se pretendía lograr una seguridad jurídica que se consideraba imprescindible tanto para el ciudadano como para las instituciones públicas. La ley previa permitía, en efecto, al ciudadano “saber a qué atenerse” en la confianza de que no se le iba a castigar por una conducta que de antemano no estuviere calificada de reprochable. [...] Con el transcurso del tiempo, sin embargo, esta primera conquista empezó a quedarse corta y a ella se acumularon nuevas exigencias. Por un lado se impuso que la *lex previa* fuera también *lex certa* en el sentido de precisa. La precisión normativa fue un paso más en el recorte de facultades a que se estaba sometiendo a las autoridades sancionadoras. Porque si con la ley previa se les había cercenado la facultad de crear infracciones y sanciones, con la ley cierta se trataba de evitar, además, que pudiesen operar con excesivo margen personal en la aplicación de la norma ya que cuanto más precisa es una ley, de menos margen disponen el intérprete y el operador jurídico. De esta forma se llega al mandato de tipificación: una fórmula técnica que acumula las condiciones de previsión y certeza de la norma. Las infracciones y las sanciones no sólo tienen que estar previstas con anterioridad al momento de producirse la conducta enjuiciable sino que han de estar previstas con un grado de precisión tal que priven al operador jurídico de cualquier veleidad creativa, analógica o simplemente desviadora de la letra de la ley». (Nieto García, 2005, pp. 201 - 202). Es precisamente dicha discordancia entre el dogma y la realidad la que habría provocado tanto el abandono del paradigma de la *lex previa* (por la imposibilidad de que se efectúe una tipificación exhaustiva mediante leyes), como del dogma de la *lex certa* (dado que la tipificación ya no es precisa y directa, sino que cada vez es más necesaria la tipificación indirecta o por remisión) (Nieto García, 2005, pp. 204 - 205).

18 Rodríguez Escanciano acepta la exigencia del mandato de tipificación de que las acciones u omisiones consideradas como infracciones se delimiten de forma precisa. Pero estima que no hay que entender ello de manera rígida y absoluta en el sentido de una determinación siempre minuciosa y exhaustiva, puesto que se admite la utilización de cierto margen de apreciación (Rodríguez Escanciano, 2008, p. 207). Por su parte, Juan Carlos Morón advierte acerca de la posibilidad de llevar a extremos el mandato de tipificación. Particularmente, los dos extremos que resultan perniciosos para la tipificación son: la sobre inclusión (es decir, la incorporación de supuestos específicos que no participan de la necesidad de sanción), así como, en el otro extremo, la infra inclusión (que conlleva la exclusión de supuestos que sí deberían ser sancionables). La solución se encontraría en la línea de lo sintetizado por Nieto García como la necesidad de permitir al operador jurídico un margen de actuación a la hora de determinar la infracción y la sanción concretas, pero no tanto como para permitirle que cree figuras de infracción supliendo las imprecisiones normativas (Morón Urbina, 2006, p. 625).

Sin embargo, puede uno plantearse, como Páramo Montero (2001), si acaso es más conveniente incrementar la casuística de conductas infractoras, respetando el principio de *numerus clausus*, pues es evidente que cuanto más cerrado y particularizado sea un código de infracciones, mayor seguridad jurídica tendrán los administrados. La técnica del *numerus apertus*, por el contrario, implicaría aventurarse por el escabroso camino de las infracciones en blanco (p. 719).

A continuación, efectuaremos una revisión de la tipificación de las infracciones administrativas laborales en el orden en que aparecen reguladas en el Título III del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo¹⁹.

4.4.1. Infracciones en materia de relaciones laborales.

El uso de remisiones normativas y cláusulas abiertas, así como la vaguedad de algunas disposiciones, son características de este tipo de infracciones. Así, por ejemplo, el numeral 23.1 del artículo 23 del Reglamento²⁰ contiene una remisión general a la regulación aplicable en materia de obligaciones formales («no comunicar y registrar ante la autoridad competente, en los plazos y con los requisitos previstos») y una cláusula abierta (documentación o información), los cuales pueden resultar, hasta cierto punto, justificables desde el enfoque de la tipicidad; aunque, al mismo tiempo, presenta un apartado («siempre que no esté tipificado como infracción grave») que no contribuye a esclarecer la comprensión de las conductas prohibidas para un ciudadano promedio.

De otro lado, existen infracciones que sí se encuentran reguladas de forma concreta mediante una delimitación puntual de sus contenidos, como la del numeral 24.2²¹ del Reglamento.

Un caso particular es el de la reiteración normativa existente entre las infracciones de los numerales 25.7²² y 28.2²³ del Reglamento, ambas calificadas como muy graves en distintos

19 Sin embargo, a la fecha, hace falta actualizar el Reglamento con la inclusión de nuevos apartados en los que se establezcan las infracciones relacionadas con las siguientes materias: tercerización (la cual únicamente se encuentra contemplada para efectos sindicales y de cesión ilícita de personal —esto último, relacionado a la intermediación laboral fraudulenta—), trabajo de los portadores (quienes no serían trabajadores subordinados según la legislación vigente), Sistema Privado de Pensiones (conforme a su nueva Ley de Reforma, la Ley N° 29903) y seguridad y salud en el trabajo en los sectores de energía y minas (en razón a la transferencia de funciones que fuera efectuada por parte de la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo).

20 «[...] 23.1 No comunicar y registrar ante la autoridad competente, en los plazos y con los requisitos previstos, documentación o información siempre que no esté tipificado como infracción grave».

21 «[...] 24.2 El incumplimiento de las siguientes obligaciones sobre planillas de pago, planillas electrónicas, o registro de trabajadores y prestadores de servicios: no encontrarse actualizado; no encontrarse debidamente autorizado de ser exigido; no consignar los datos completos; no presentarlo ante la Autoridad Administrativa de Trabajo; no presentarlo dentro del plazo o presentarlo incluyendo datos falsos o que no correspondan a la realidad; no efectuar el alta en el Registro, la modificación o actualización de datos, o la baja en el Registro, dentro del plazo correspondiente.

Únicamente para el cálculo de la multa a imponer, se entiende por trabajadores afectados a los pensionistas, prestadores de servicios, personal en formación - Modalidad Formativa Laboral y otros, así como derechohabientes».

22 «[...] 25.7 El incumplimiento de las disposiciones relacionadas con el trabajo de los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años de edad en relación de dependencia, incluyendo aquellas actividades que se realicen por debajo de las edades mínimas permitidas para la admisión en el empleo, que afecten su salud o desarrollo físico, mental, emocional, moral, social y su proceso educativo. En especial, aquellos que no cuentan con autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo, los trabajos o actividades considerados como peligrosos y aquellos que deriven en el trabajo forzoso y la trata de personas con fines de explotación laboral».

23 «[...] 28.2 No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de los menores trabajadores».

capítulos de la norma. Esta reiteración se aprecia en el hecho de que una misma conducta —la realización de actividades que afecten la salud o el desarrollo de los menores trabajadores— puede encajar en cualquiera de los tipos citados.

Con relación al numeral 25.11 del artículo 25 del Reglamento, que tipifica la trasgresión de las garantías reconocidas a los trabajadores de sindicatos en formación, a los candidatos a dirigentes sindicales y a los miembros de comisiones negociadoras, Guillermo Boza y Luis Mendoza (2010) hacen notar que el mismo termina omitiendo a los miembros de la junta directiva de los sindicatos. Sin embargo, dicha exclusión estaría cubierta por el numeral 25.10 del mencionado cuerpo normativo, modificado por el Decreto Supremo N° 019-2007-TR²⁴, cuando sanciona los actos que «obstaculicen a la representación sindical» (pp. 335 y 339).

Cabe anotar que si nos situamos en una posición de irrestricta aplicación del mandato de tipicidad, se podría afirmar que la trasgresión de las garantías reconocidas a los miembros de la junta directiva de los sindicatos no constituye una infracción sancionable, al no encontrarse expresamente prevista en el Reglamento.

Ante estas dos interpretaciones, opto por la primera, en virtud del principio protector del derecho del trabajo y de lo dispuesto por el literal a) del artículo 3 del Convenio N° 81 de la OIT (ratificado por el Estado peruano), que atribuye a los inspectores del trabajo la función de «velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión».

Adicionalmente, se observa el uso de conceptos jurídicos indeterminados al momento de construir los ilícitos, como el de dignidad a que hace referencia el numeral 25.14²⁵ del Reglamento.

4.4.2. Infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Tomando como ejemplo el numeral 26.5 del artículo 26 del Reglamento²⁶ podemos afirmar que la tipificación de las infracciones de seguridad y salud en el trabajo también suele recurrir a las cláusulas abiertas («cualquier otro incumplimiento que afecte a obligaciones de carácter formal o documental»), así como a las remisiones normativas («exigidas en la normativa de prevención de riesgos»), aunque es igualmente notoria la vaguedad de algunas disposiciones que no contribuyen a la delimitación de las conductas prohibidas («y no estén tipificados como graves»).

En el caso de las infracciones de seguridad y salud en el trabajo, las enumeraciones de las infracciones que con frecuencia acompañan a las remisiones normativas suelen ser menos concretas, en razón de la complejidad técnica de las materias que tratan de abarcar. Un ejemplo de ello es el numeral 27.9 del artículo 27 del Reglamento²⁷, que alude a incumplimientos en

24 «[...] 25.10 La realización de actos que afecten la libertad sindical del trabajador o de la organización de trabajadores, tales como aquellos que impiden la libre afiliación a una organización sindical, promuevan la desafiliación de la misma, impidan la constitución de sindicatos, obstaculicen a la representación sindical, utilicen contratos de trabajo sujetos a modalidad para afectar la libertad sindical, la negociación colectiva y el ejercicio del derecho de huelga, o supuestos de intermediación laboral fraudulenta, o cualquier otro acto de interferencia en la organización de sindicatos».

25 «[...] 25.14 Los actos de hostilidad y el hostigamiento sexual, así como cualquier otro acto que afecte la dignidad del trabajador o el ejercicio de sus derechos constitucionales».

26 «[...] 26.5 Cualquier otro incumplimiento que afecte a obligaciones de carácter formal o documental, exigidas en la normativa de prevención de riesgos y no estén tipificados como graves».

27 «[...] 27.9 Los incumplimientos de las disposiciones relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo, en particular en materia de lugares de trabajo, herramientas, máquinas y equipos, agentes físicos, químicos y biológicos,

materia de lugares de trabajo, herramientas, máquinas y equipos, etc., además de incluir el riesgo grave como concepto jurídico indeterminado.

No obstante, también existen remisiones específicas a determinadas normas sustantivas, como las que se efectúan en los numerales 27.14²⁸, que trata sobre auditorías del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, y 27.15²⁹, relacionado al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), del Reglamento. Precisamente, con relación al último de estos dispositivos reglamentarios, estimo que este debería encontrarse dentro del capítulo de las infracciones en materia de seguridad social, ya que el SCTR opera como un mecanismo de reparación, a través de las prestaciones sanitarias y económicas, más que de prevención frente a las contingencias laborales, que es la función propia de las normas de seguridad y salud en el trabajo.

Finalmente, debemos resaltar el caso particular del numeral 28.10 del artículo 28 del Reglamento³⁰, el cual opera como un agravante, convirtiendo en muy graves a aquellas infracciones leves o graves, en materia de seguridad y salud en el trabajo, que ocasionen accidentes mortales o con consecuencias de daño en la salud de los trabajadores.

4.4.3. Infracciones en materia de empleo y colocación.

El uso combinado de cláusulas abiertas y remisiones normativas, así como la vaguedad de ciertas disposiciones que se observa en las infracciones leves en materia de relaciones laborales y de seguridad y salud en el trabajo, caracteriza de igual modo a las infracciones en materia de empleo y colocación (por ejemplo, encontramos todos estos rasgos en el numeral 29.1 del artículo 29 del Reglamento³¹).

Tampoco faltan las infracciones que se encuentran reguladas en forma concreta, como la del numeral 31.4 del artículo 31 del Reglamento³².

4.4.4. Infracciones en materia de intermediación laboral.

Este tipo de infracciones se caracteriza por el empleo de remisiones normativas específicas, tales como las que se efectúan en los numerales 33.3³³ y 34.4³⁴ del Reglamento, aunque tam-

riesgos ergonómicos y psicosociales, medidas de protección colectiva, equipos de protección personal, señalización de seguridad, etiquetado y envasado de sustancias peligrosas, almacenamiento, servicios o medidas de higiene personal, de los que se derive un riesgo grave para la seguridad o salud de los trabajadores».

28 «[...] 27.14 El incumplimiento de las obligaciones relativas a la realización de auditorías del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo».

29 «[...] 27.15 No cumplir las obligaciones relativas al seguro complementario de trabajo de riesgo a favor de sus trabajadores, incurriéndose en una infracción por cada trabajador afectado».

30 «[...] 28.10 El incumplimiento de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo que ocasione un accidente de trabajo que produce la muerte del trabajador o cause daño en el cuerpo o en la salud del trabajador que requiera asistencia o descanso médico, conforme al certificado o informe médico legal».

31 «[...] 29.1 El incumplimiento de las obligaciones de comunicación y registro ante la Autoridad competente, en los plazos y con los requisitos previstos, de la documentación o información exigida por las normas de empleo y colocación, siempre que no esté tipificada como infracción grave».

32 «[...] 31.4 El registro fraudulento como micro o pequeña empresa, empresa promocional para personas con discapacidad o agencia de empleo».

33 «[...] 33.3 No formalizar por escrito los contratos de prestación de servicios celebrados con las empresas usuarias, con los requisitos previstos».

34 «[...] 34.4 No conceder la garantía de cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados a la empresa usuaria, en los plazos y con los requisitos previstos».

bién es recurrente la vaguedad de algunas disposiciones, como la del artículo 35³⁵, en el que únicamente se hace alusión al «incumplimiento de obligaciones meramente formales o documentales, relativas a las empresas usuarias», sin brindar mayores detalles en cuanto al fondo de las conductas que se encuentran prohibidas.

4.4.5. Infracciones en materia de promoción y formación para el trabajo.

Entre las infracciones en materia de promoción y formación para el trabajo, existen numerosos dispositivos que establecen tipificaciones concretas, las mismas que van acompañadas de remisiones normativas específicas, tales como el numeral 39.2³⁶ del Reglamento.

Sin embargo, no es rara la presencia de infracciones poco claras, como la del artículo 38 del Reglamento³⁷, las cuales pueden resultar insuficientes para un ciudadano promedio.

4.4.6. Infracciones en materia de contratación de trabajadores extranjeros.

Se aprecian dos ejemplos de tipificaciones concretas en materia de contratación de trabajadores extranjeros en los numerales 42.1³⁸ y 42.2³⁹ del Reglamento.

4.4.7. Infracciones en materia de seguridad social.

El artículo 44 del Reglamento⁴⁰, que es el único dispositivo que regula las infracciones en materia de seguridad social, hace referencia a tres supuestos concretos: la falta de inscripción, la inscripción extemporánea y la afiliación sin entrega previa del respectivo boletín informativo. Consideramos que la entrada en vigencia de la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley SUNAFIL, que modifica los artículos 3 y 35 de la Ley General de Inspección del Trabajo⁴¹, debería originar la modificación del Capítulo VII del Título III del Reglamento, a

35 «Artículo 35. [...] Constituye infracción leve el incumplimiento de obligaciones meramente formales o documentales, relativas a las empresas usuarias».

36 «[...] 39.2 No celebrar los convenios de modalidades formativas por escrito o no presentarlos ante la Autoridad competente, en los plazos y con los requisitos previstos».

37 «Artículo 38. [...] Constituyen infracciones leves los incumplimientos que afecten a obligaciones meramente formales o documentales, siempre que no estén tipificados como infracciones graves».

38 «[...] 42.1 No formalizar por escrito los contratos de trabajo celebrados con trabajadores extranjeros, con los requisitos previstos».

39 «[...] 42.2 No cumplir con los límites a la contratación de trabajadores extranjeros, cuando corresponda».

40 «Artículo 44.- [...] Constituyen infracciones graves la falta de inscripción o la inscripción extemporánea de trabajadores u otras personas respecto de las que exista la obligación de inscripción, en el régimen de seguridad social en salud o en el régimen de seguridad social en pensiones, sean éstos públicos o privados, incurriéndose en una infracción por cada trabajador afectado.

Asimismo, constituye infracción grave que el empleador afilie al trabajador a alguno de los sistemas de pensiones, sin previamente haberle entregado el "Boletín Informativo", o que habiéndolo entregado no respete los plazos señalados en el segundo párrafo del artículo 16 de la Ley No 28991».

41 «PRIMERA.- Modificación de la Ley 28806

[...]

Artículo 3.- Funciones de la Inspección del Trabajo

Corresponde a la Inspección del Trabajo el ejercicio de la función de inspección y de aquellas otras competencias que le encomiende el ordenamiento jurídico sociolaboral, cuyo ejercicio no podrá limitar el efectivo cumplimiento de la función de inspección, ni perjudicar la autoridad e imparcialidad de los inspectores del trabajo.

Las finalidades de la inspección son las siguientes:

1. De vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias, convencionales y condiciones contractuales, en el orden sociolaboral, ya se refieran al régimen de común aplicación o a los regímenes

fin de incluir la tipificación de las infracciones por incumplimiento de los deberes relacionados al Sistema Privado de Pensiones.

4.4.8. Infracciones a la labor inspectiva.

En estos casos, resultaría imposible efectuar una remisión normativa, dado que las infracciones a la labor inspectiva carecen de un marco normativo sustantivo que las complemente. Por tal motivo, la mayoría de ellas han sido reguladas como supuestos concretos de conductas prohibidas (por citar un ejemplo, tenemos el numeral 46.⁴² del Reglamento).

4.5. Antijuricidad.

Por juicio de antijuricidad se entiende aquel por el cual se determina si un comportamiento es o no conforme con el ordenamiento jurídico⁴³ (Gómez Tomillo y Sáenz Rubiales, 2010, p. 445; Nieto García, 2005, p. 363).

La antijuricidad es sustancial, según Carlos Fontán Balestra (1990), «en el sentido de que no basta la contrariedad al derecho, sino que es preciso que se lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos, y en caso de conflicto que la agresión haya sido llevada contra el bien que representa el interés y el valor predominante para el derecho» (p. 84).

Se denominan causas de justificación a determinadas situaciones de hecho y de derecho cuyo efecto es excluir la antijuricidad de la conducta. Mediante esas reglas, por las que se declaran lícitas determinadas acciones típicas, el derecho resuelve conflictos entre bienes jurídicos (Fontán, 1990, p. 87).

Las causas de justificación pueden ser clasificadas, en función del interés preponderante, de esta manera: (i) acciones realizadas en virtud de especiales deberes, por ejemplo actos ejecutados en virtud de mandato legal obligatorio, deberes oficiales, públicos y profesionales, or-

especiales.

[...]

f) De las prestaciones de salud y sistema previsional

f.1) Normas referidas al sistema nacional de pensiones, al sistema privado de pensiones y al régimen de prestaciones de salud. [...]

[...]

Artículo 35.- Infracciones en materia de seguridad social

Para efectos de la presente Ley, constituyen infracciones en materia de seguridad social, la omisión a la inscripción en el régimen de prestaciones de salud y en los sistemas de pensiones, sean estos públicos o privados, sin perjuicio de las demás infracciones establecidas en la normatividad específica sobre la materia.

En particular, tratándose del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones aprobado por Decreto Supremo 054-97-EF y la Ley 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, y demás normas modificatorias, constituyen infracciones en materia de seguridad social el incumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador establecidas en las normas legales y reglamentarias aplicables, incluyendo sin carácter limitativo la falta de declaración o el pago inoportunos o defectuosos de los aportes previsionales».

42 «[...] 46.1 La negativa injustificada o el impedimento de entrada o permanencia en un centro de trabajo o en determinadas áreas del mismo a los supervisores inspectores, los inspectores de trabajo, los inspectores auxiliares, o peritos y técnicos designados oficialmente, para que se realice una inspección».

43 «En verdad que si lo antijurídico hubiera de expresarse con un término no tautológico, que supusiera ya en su nombre lo material y valorativo del concepto, deberíamos elegir una palabra que terminantemente equivaliera a lo contrario a la norma. Pero la voz “anormalidad” está demasiado llena del pensamiento de aberración; es decir, de lo que se separa de lo normal, para que pudiéramos emplearla sin originar equívocos, y el término de contenido neológico “inmoralidad”, es inexpressivo y por demás impropio por su muy distinto significado vigente» (Jiménez de Asúa, 2003, p. 188).

den y autorización legítima, etc; (ii) acciones realizadas en virtud de especiales derechos, como la legítima defensa, el estado de necesidad, etc. (Jiménez de Asúa, 2003, p. 194).

Para Gómez Tomillo y Sanz Rubiales (2010), la realización de un hecho típico es ya un indicio de antijuricidad, indicio que se verá confirmado si en la situación concreta no median causas de justificación. Así, «la regla es que la acción típica sea antijurídica; la excepción es que el comportamiento típico no sea antijurídico. Tal presunción puede ser desvirtuada si en el caso concreto media una causa de justificación o de exclusión de la antijuricidad» (p. 445).

En el derecho penal, anota Fontán Balestra (1990):

[...] antijuricidad y tipicidad, en conjunto, nos dan el juicio de disvalor que caracteriza al ilícito penal, y con ello el delito en su aspecto objetivo. Esto no significa asignar a la tipicidad naturaleza puramente objetiva, sinzo que, en cuanto ella es descripción, completa el aspecto objetivo del delito. Mientras la tipicidad contiene [...] elementos subjetivos, la antijuricidad es de apreciación exclusivamente objetiva. La antijuricidad contiene una idea de contradicción, la tipicidad una idea de identificación. La antijuricidad señala la relación —contradicción— entre el acto y el orden jurídico; la tipicidad la identificación del hecho antijurídico vivido con la abstracción sintetizada en una figura legal. Las consecuencias de apreciar objetivamente la antijuricidad son importantes: la culpabilidad, la acción y las causas que las excluyen, son apreciadas subjetivamente y sólo adquieren significación para el autor o partícipe en quien concurren las condiciones o circunstancias necesarias; se investigan en cada sujeto individualmente; en cambio, las causas de justificación, que eliminan la antijuricidad, valen para todos: no hay delito para nadie. Mientras al considerar subjetivamente el delito es posible que uno o más partícipes sean culpables a título de dolo, otros a título de culpa y otros totalmente inculpables, y aunque alguien responda por un delito distinto [...], el análisis de la justificación no admite diferencias individuales y la investigación de la existencia de partícipes o de tentativa carecen de sentido: no hay participación en hechos lícitos, ni tentativa de una conducta conforme con el derecho. No debe olvidarse que, no obstante denominarse “causas de justificación” las que excluyen la antijuricidad, el hecho cubierto por ellas no está justificado, sino que es lícito [...]. (pp. 76 - 77)

Sin embargo, la doctrina especializada le concede un alcance reducido al elemento de la antijuricidad dentro del ámbito del derecho administrativo sancionador; a diferencia de lo que ocurre en el derecho penal, y cuando procede a analizar la aplicación de las principales causales de exclusión de la antijuricidad, como el ejercicio legítimo de un derecho, el estado de necesidad y la confianza legítima, lo hace desde una perspectiva eminentemente casuística, remitiéndose a escenarios de aplicación del derecho administrativo ajenos por completo al derecho laboral, como es el campo de las infracciones de seguridad vial, por citar un ejemplo (Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, 2010, p. 449 y ss; Nieto García, 2005, p. 364 y ss.).

Para finalizar, resulta pertinente indicar que la naturaleza de las causales de justificación las coloca en un territorio cercano al de las causales de exclusión de la culpabilidad, y que la prueba de aquellas debe recaer necesariamente en el administrado, puesto que, de lo contrario, se obligaría a la Administración a tener que enfrentar la prueba diabólica de su inexistencia (Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, 2010, pp. 456 - 457; Nieto García, 2005, pp. 364, 367 - 368).

4.6. Culpabilidad.

4.6.1. Responsabilidad objetiva o por culpa.

La evolución jurisprudencial que se viene produciendo en España desde mediados del siglo pasado resulta ilustrativa para establecer las diferencias que existen entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa.

Inicialmente, se consideraba que las infracciones administrativas se cometían con independencia de las condiciones subjetivas del autor. Se trataba, pues, de lo que en la terminología moderna se denominan infracciones formales que generan una responsabilidad objetiva «y así se aceptaba sin escándalo alguno por los jueces y los autores», como anota Nieto García (2005, p. 397).

Se emitieron sentencias como la STS (CA) de 21-2-79, en la que se señala que la responsabilidad de la empresa no se agota con poner a disposición de sus trabajadores la totalidad de los medios preventivos, sino que la misma se encuentra obligada también «a librar al trabajador hasta de su propia imprudencia» (Duréndez Sáez, 2006, p. 289).

Posteriormente, se introdujo el elemento subjetivo como consecuencia de la recepción de los principios del derecho penal, entre los cuales se encontraba el de la culpabilidad⁴⁴. No obstante, desde la aceptación de la responsabilidad por culpa se advirtió que esta debía practicarse con «matizaciones», dado que la culpabilidad no operaría en el derecho administrativo de la misma manera que en el ámbito penal⁴⁵.

En el ámbito nacional, el Tribunal Constitucional ha reconocido que:

[...] un límite a la potestad sancionatoria del Estado está representado por el principio de culpabilidad. Desde este En el ámbito nacional, el Tribunal Constitucional punto de vista, la sanción, penal o disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable (Expediente N° 2868-2004-AA/TC).

44 Con lo cual, «a fines de siglo se estaba, pues, en las antípodas de lo que se entendía treinta años antes» (Nieto García, 2005, p. 397).

45 Para Alejandro Nieto (2005) ello no significa, sin embargo, «que hayamos vuelto al punto de partida ya que la evolución no ha sido circular sino en espiral [...], al final de este giro administrativo la situación es la siguiente: en el Derecho Administrativo Sancionador opera el principio de culpabilidad en toda sus variantes, pero también hay supuestos de infracciones formales (o por simple inobservancia) de responsabilidad objetiva. Cuando la ley es explícita al respecto, no hay dificultades, pues a su regulación habrá que atenerse. El problema aparece cuando las leyes sectoriales nada dicen. Para mí [...] valen los siguientes criterios que me atrevo a sugerir: 1ª El dolo y la culpa grave sólo son exigibles cuando así se establece en la norma. 2ª La culpa, negligencia e imprudencia son la regla. 3ª La simple inobservancia opera en los casos en los que la norma previene conductas de prevención de peligro abstracto e inequívocamente cuando ha impuesto una autorización administrativa previa para el ejercicio de la actividad peligrosa» (pp. 397- 400). En opinión de Páramo Montero (2001), «han sido muchos los intentos de introducir en el campo del derecho sancionador administrativo artificios civilistas de responsabilidad objetiva como patronaje de la norma. Y [...] todavía hay quienes creen fervientemente en la responsabilidad objetiva como medio más útil para asegurar el cumplimiento de la ley. Como dice Junceda Moreno, la responsabilidad objetiva hunde sus raíces en el viejo derecho de policía desmontado tras la Revolución Francesa. [Aunque] cierto es que de forma cíclica vuelve a planear sobre nuestra sociedad el umbrío espectro del rancio estado absolutista» (p. 722).

El principio de culpabilidad es un principio complejo, el cual engloba, a su vez, varios principios que tienen en común exigir, como presupuesto de la sanción, que pueda responsabilizarse a quien la sufra por el hecho que la motiva. Entre las principales manifestaciones del principio de culpabilidad, tal como señala Gómez Tomillo y Sanz Rubiales (2010), se encuentran las siguientes:

- El principio de personalidad de las sanciones, conforme al cual no puede hacerse responsable a un sujeto por hechos ajenos.
- El principio de responsabilidad por el hecho, que implica que ningún daño, por grave que sea, puede estimarse relevante sino como efecto de una acción. En consecuencia, se excluye el castigo de actitudes meramente internas o el reproche formulado al administrado por su personalidad o su modo de vida.
- El principio de imputabilidad subjetiva o de necesaria exigencia de dolo o culpa. (pp. 374 - 378)

A nivel legislativo, una de las manifestaciones del principio de culpabilidad se encuentra desarrollada en el numeral 8 del artículo 230 de la LPAG, bajo la denominación de principio de causalidad: «Principios de la potestad sancionadora administrativa [...] 8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable».

El principio de causalidad supone que la asunción de la responsabilidad debe corresponder a quien incurre en la conducta prohibida por la ley y, por lo tanto, no se puede ser sancionado por hechos cometidos por otros. Así, resulta condición indispensable para la aplicación de cualquier sanción a un administrado que su conducta satisfaga una relación de causa adecuada al efecto, esto es, la configuración del hecho previsto en el tipo como sancionable (Morón, pp. 651 - 652).

4.6.2. La individualización de la culpabilidad.

En el juicio de culpabilidad se procede a individualizar la responsabilidad del infractor; considerando los factores particulares de la infracción. La culpabilidad constituye, así, un juicio material y complejo⁴⁶.

Gómez Tomillo y Sanz Rubiales (2010) consideran que no es posible efectuar el mismo juicio de culpabilidad cuando el infractor es una persona natural que cuando se trata de una persona jurídica, por lo que ambos casos deben ser revisados por separado (p. 465).

46 Es un juicio material, explican Gómez Tomillo y Sanz Rubiales (2010), porque «es en la culpabilidad donde se consideran los factores individuales de la responsabilidad del infractor; [lo cual] implica que se atiende en este momento a la desigualdad de los sujetos entre sí, incorporándose al Derecho penal, o en nuestro caso al Derecho administrativo sancionador, el pensamiento de que no sólo debe tratarse lo igual como igual, sino lo desigual, como desigual. En cuanto a lo segundo, la culpabilidad es un juicio complejo en cuanto atiende al dato de que la imputación subjetiva es ante todo una situación fáctica, implica la consideración de “un cuadro de factores individuales, voluntativos, caracteriológicos y sociales dados en la experiencia, en los que se apoya e incide ulteriormente la valoración jurídica”. Así, en primer lugar, debe comprobarse la imputabilidad o capacidad de culpabilidad del sujeto, formulada generalmente en términos negativos, como equivalente a las causas de inimputabilidad (enfermedad mental, minoría de edad, trastorno mental transitorio, etc.). Es preciso, asimismo, que esté presente la conciencia real o potencial de la antijuricidad, de manera que no puede afirmarse la presencia de culpabilidad cuando asistamos a un error invencible de prohibición. Por último, no deben concurrir causas de exclusión de la culpabilidad (estado de necesidad exculpante, miedo insuperable, inexigibilidad de otra conducta, etc.)» (pp. 462 - 463).

Siguiendo este razonamiento, para el caso de que los infractores sean personas naturales y ante la ausencia de una cláusula de remisión del ordenamiento administrativo sancionador a la normativa penal que aclare este aspecto —tal como ocurre en el ordenamiento peruano—, se propone la aplicación analógica de esta última en materia de capacidad de culpabilidad, de otras causales de exclusión de la imputabilidad, como la anomalía o alteraciones psíquicas, las alteraciones en la percepción, etc., así como en lo que se refiere a los efectos del error de prohibición (Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, 2010, p. 476 y ss.).

En cuanto a la delimitación entre las causas de justificación, que determinan la inexistencia del elemento de la antijuricidad, y las causas de exculpación, que determinan la inexistencia del elemento de la culpabilidad, Fontán Balestra (1990) apunta que:

[...] una causa de justificación presupone que dos intereses colisionan entre ellos de tal manera que sólo uno de ellos puede imponerse. Luego, es tarea de las causas de justificación emprender la regulación socialmente correcta de los intereses en conflicto. [...] La afección de bienes jurídicos de otro o de la generalidad es aceptada por el ordenamiento jurídico cuando ocurre siguiendo los parámetros de las causas de justificación; esta afección no es un injusto. Causas de justificación son p.e. la legítima defensa, el estado de necesidad justificante [...], las facultades del Ejecutivo dispersas en numerosas leyes, [...] el consentimiento presunto y la salvaguardia de justos intereses en las lesiones contra el honor [...]. Por el contrario, una causa de exculpación o, como yo prefiero decir, un caso de exclusión de la responsabilidad penal presupone en primer lugar, que el autor haya actuado antijurídicamente, es decir que no pueda invocar un interés contrapuesto reconocido por el ordenamiento. Luego, es tarea de las causas de exculpación proporcionar los criterios que, en caso de presentarse, hacen que el derecho niegue la posibilidad o la necesidad político-criminal de una punición, pese al carácter socialmente erróneo de la acción. Son causas de exculpación p.e. la inimputabilidad [...], el error de prohibición invencible [...], el estado de necesidad exculpante [...] y el exceso en la legítima defensa [...]. Entonces, las causas de justificación dicen qué es lo que el particular debe hacer u omitir en caso de colisión de intereses. Ellas dan pautas de conducta y trazan la frontera entre derecho e injusto. Las causas de exculpación, por el contrario, no tienen que ver con lo debido, sino con la cuestión de si puede o debe sancionarse penalmente una conducta socialmente errónea debido a circunstancias especiales del caso. (pp. 229 - 230)

En relación a los supuestos que involucran una pluralidad de participantes, Alejandro Nieto anota que el derecho penal, a lo largo de los siglos, ha ido elaborando una teoría muy afinada con las figuras de coautoría, encubrimiento, complicidad, inducción y cooperación necesaria, las cuales se van ampliando en forma paralela a los cambios sociales. El derecho administrativo sancionador, por el contrario, carece originariamente de dichas categorías y las importaciones del derecho penal o son imposibles o dan malos resultados. Por lo tanto, se impone la formulación de una teoría propia (Nieto García, 2005, pp. 458 - 459)⁴⁷.

47 Entre los distintos supuestos que deberían considerarse, Nieto García (2005) incluye los siguientes: «a) El caso más simple es el de la presencia de un solo autor: el conductor que circula con exceso de velocidad. Aquí no surgen problemas singulares puesto que al no haber otros participantes caben las figuras ya conocidas del Derecho penal.

En particular, se hizo necesario distanciarse del dogma tradicional del derecho penal que sostiene que las sociedades no pueden cometer delitos (*societas delinquere non potest*). El derecho administrativo sancionador ha efectuado numerosos avances dentro de esta línea, como la teoría clásica de la imputación orgánica, la cual postula que si la persona jurídica se beneficia de todos los actos provechosos realizados por sus órganos, igualmente debe responder de todos los actos perjudiciales, o la teoría de la capacidad de acción de las personas jurídicas, que señala que si hay normas dirigidas a estas, es porque se las tiene por capaces de cumplimiento e incumplimiento (Nieto García, 2005, pp. 441 - 443).

Por otro lado, Alejandro Nieto propone que se distinga al autor del responsable de una infracción. En el derecho civil, explica, el avalista responde del impago del deudor principal: «estamos hablando, pues, no de quienes han “hecho” sino de quiénes “responden”. Detrás del autor de la infracción aparece el responsable de sus consecuencias». Junto al autor o infractor se encuentra el responsable, que es quien debe soportar las consecuencias de la infracción. Lo normal es que el autor sea el responsable, pero también es posible que la ley disocie ambas figuras y las concrete en personas distintas (Nieto García, 2005, p. 463).

Esta distinción entre autoría y responsabilidad tendría una explicación específica en el derecho administrativo sancionador basada en la estructura dual de las normas sancionadoras, que distingue entre normas primarias, que establecen un mandato o una prohibición, y normas secundarias, que tipifican la infracción por incumplimiento de las normas primarias y establecen la sanción:

[...] pues bien, estas normas tienen dos destinatarios distintos aunque puedan coincidir —y de ordinario coinciden— en una misma persona. El autor de la infracción es el que realiza lo dispuesto en la norma secundaria, mientras que el destinatario de la norma primaria terminará siendo, en su caso, el responsable. La norma primaria impone el mandato de establecer y conectar aparatos de alarma en las armerías: se dirige, por tanto, a los titulares de ellas, mientras que la norma secundaria castiga a los que no dan cumplimiento a lo dispuesto en la norma anterior. Este incumplimiento puede haber sido realizado por el encargado o empleado y en tal caso éste será el autor material; pero el responsable será siempre el titular de la armería [...]. (Nieto García, 2005, p. 464)

-
- b) Pensemos ahora en el supuesto de la construcción sin licencia de un muro que reglamentariamente la necesita. Aquí nos encontramos con un autor material —el albañil que ha colocado los ladrillos—, pero el sentido jurídico, y aún el común, rechazan que sea él el sancionado teniendo en cuenta que, detrás de él, está un empresario constructor y un propietario de la obra, a quienes solo con muchas dificultades podría encajarse en las categorías de inductores o cooperadores necesarios. [...] c) [...] Pensemos en una empresa financiera, incluso no necesariamente gigantesca, que no contabiliza una operación como debería hacerlo. El hecho es claro, pero no así la autoría ni la responsabilidad puesto que ha intervenido materialmente un contable integrado, como fuerza fungible, en una sección de contabilidad con un jefe propio. Pero este jefe también carece de autonomía de decisión personal única ya que la empresa tiene sus administradores, directores, consejeros, consejeros delegados, consejo de administración y presidente. Una maraña de personas y órganos, un laberinto en el que, por muy celoso que sea, se pierde el inspector más experimentado, una hidra de mil cabezas acompasadas pero que aparentemente no obedecen a órdenes de un solo centro. ¿Dónde encontrar aquí la voluntad culpable que dicen que exige la Constitución?
- d) [...] La economía moderna no pasa ya por el fontanero que coloca en sus horas libres una instalación de gas ni atenderse a los reglamentos que lo regulan. Ni tampoco siquiera por sociedades anónimas sino por grupos de sociedades matrices, filiales, participadas, con pies asentados en los cinco continentes, redes inextricables de personas jurídicas que hacen las cosas más diversas obedeciendo leyes propias y órdenes que ni los propios ejecutores saben de dónde provienen. [...] ¿A quién pertenecen? ¿Quién las domina?» (pp. 459 - 460).

5. Conclusiones

De lo expuesto hasta aquí, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- (1) De la revisión del Convenio N° 81 de la OIT, de la Ley N° 28806 y de su Reglamento, tenemos que gran parte de sus disposiciones se encuentran relacionadas con la organización, el funcionamiento y la composición del SIT, poniéndose un particular énfasis en lo que se refiere a la carrera, las facultades y los deberes del personal inspectivo.
- (2) El reforzamiento normativo de las actuaciones inspectivas de investigación resulta muy positivo, ya que se busca rodear de las mayores garantías a la etapa del procedimiento cuyo protagonismo reside en el personal inspectivo sociolaboral, lo cual raramente ocurre en otros sectores de la Administración.
- (3) No obstante, parecería que esta profusión normativa habría ido en desmedro de las siguientes etapas del procedimiento e, incluso, de las demás instancias, algunas de las cuales apenas se encuentran esbozadas (asimismo, debe tenerse en cuenta que la supletoriedad de la Ley N° 27444 no siempre puede salvar la situación).
- (4) La parte general del régimen de infracciones administrativas en materia sociolaboral, es decir, la regulación de los aspectos comunes a todas las infracciones, encuentra un escaso desarrollo en la Ley N° 28806, su Reglamento y en la Ley N° 27444.
- (5) Por el contrario, la parte especial del régimen de infracciones, esto es, la regulación particular de cada uno de los tipos de infracciones, sí recibe una amplia atención por parte de la Ley N° 28806 y de su Reglamento. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la tipificación muchas veces se completa con una remisión a las normas sustantivas laborales.
- (6) El procedimiento administrativo sancionador en materia sociolaboral es el mecanismo que les permite a la SUNAFIL y a los gobiernos regionales cumplir con su función de vigilancia de los derechos de los trabajadores y, al mismo tiempo, garantizar los derechos fundamentales de los administrados, es decir, de los empleadores.
- (7) La inspección del trabajo viene a ser una manifestación del ius puniendi del Estado, pero que a la vez constituye un medio para alcanzar la efectividad de los derechos sustantivos de los trabajadores, asemejándose en dicha intención al proceso judicial laboral. Además, por ser este el propósito, resultaría factible aplicar el principio protector en sede del procedimiento administrativo sancionador laboral, sin que ello implique necesariamente una vulneración del derecho al debido procedimiento que le asiste al administrado-empleador.
- (8) Coincidiendo con la doctrina mayoritaria, se puede sostener que la configuración de la infracción administrativa en materia sociolaboral, como toda infracción ad-

ministrativa, depende de la existencia de una serie de elementos tanto objetivos (tipicidad y antijuricidad) como subjetivos (culpabilidad).

- (9) El mandato de tipificación se desenvuelve en dos niveles. En un nivel normativo, implica la exigencia de que una norma describa con precisión los elementos esenciales de un hecho, sin cuyo incumplimiento tal hecho, considerado en forma abstracta, no podría ser calificado de infracción. Ya en la fase de aplicación de la norma, viene a ser la exigencia de que el hecho concreto imputado al autor se corresponda exactamente con el descrito previamente en el tipo normativo (juicio de tipicidad).
- (10) Resultan contrarias al principio de tipicidad todas aquellas normas que califiquen conductas sancionables sin proporcionar información suficiente en torno al comportamiento infractor; al igual que las tipificaciones imprecisas y ambiguas, en tanto su utilización conlleva la apertura de un enorme margen de discrecionalidad a la hora de apreciar la existencia de conductas ilícitas.
- (11) El ordenamiento vigente tipifica las infracciones administrativas sociolaborales recurriendo comúnmente a las remisiones normativas y al uso de cláusulas abiertas, las cuales son técnicas admisibles en la medida de que el propio principio de tipicidad llevado al extremo haría inviable el funcionamiento del derecho administrativo sancionador.
- (12) La doctrina especializada le concede un alcance reducido al elemento de la antijuricidad dentro del ámbito del derecho administrativo sancionador (a diferencia de lo que ocurre en el derecho penal); y cuando procede a analizar la aplicación de las principales causales de exclusión de la antijuricidad, como el ejercicio legítimo de un derecho, el estado de necesidad y la confianza legítima, lo hace desde una perspectiva eminentemente casuística, remitiéndose a escenarios de aplicación del derecho administrativo ajenos por completo al derecho laboral.
- (13) El principio de causalidad supone que la asunción de la responsabilidad debe corresponder a quien incurre en la conducta prohibida por la ley y, por lo tanto, no se puede ser sancionado por hechos cometidos por otros. Así, resulta condición indispensable para la aplicación de cualquier sanción a un administrado que su conducta satisfaga una relación de causa adecuada al efecto.

REFERENCIAS

- Blasco Pellicer, A. y García Rubio, M. A. (2001). *Curso de Derecho Administrativo Laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Boza Pró, G. y Mendoza Leguas, L. (2010). La inspección laboral como mecanismo de protección de la libertad sindical en el Perú. *Laborem. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (10), pp. 329 - 354.
- Carrero Domínguez, C. (1997). *La potestad sancionadora de la Administración Pública en materia de prevención de riesgos laborales* (Tesis doctoral). Universidad Carlos III de Madrid. Departamento de Derecho Privado y de la Empresa. Getafe.
- Danós Ordóñez J. (2010). *La preferencia de los principios de la potestad sancionadora establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General respecto de las normas especiales sobre la materia*. Ponencia presentada en el IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo: Modernizando el Estado para un país mejor. Lima.
- Díaz Rodríguez, J.M. (2002). *Actas, informes y requerimientos de la Inspección de Trabajo* (Tesis doctoral). Universidad de La Laguna. Departamento de Derecho Internacional y Procesal.
- Duréndez Sáez, I. (2006). *La sanción administrativa en el orden laboral*. Universidad de Murcia.
- Fontán Balestra, C. (1990). *Tratado de Derecho Penal. II Tomo* (2ª ed). Buenos Aires: Perrot.
- Gómez Tomillo, M. y Sanz Rubiales, I. (2010). *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General: Teoría y práctica del Derecho Penal Administrativo*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Gutiérrez-Solar Calvo, B. (1999). *El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Jiménez de Asúa, L. (2003). *Teoría del delito*. México: Editorial Jurídica Universitaria.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico. (2015). *Guía Práctica del Procedimiento Administrativo Sancionador*. Recuperado de <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/06/MINJUS-DGDOJ-Gu%C3%ADa-pr%C3%A1ctica-sobre-el-procedimiento-administrativo-sancionador.pdf>
- Mercader Uguina J.R. y Tolosa Tribeño, C. (2004). *Derecho Administrativo Laboral* (2ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Morón Urbina, J. C. (2006). Los principios de la potestad sancionadora de la Administración Pública a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Palestra del Tribunal Constitucional*, 7(1), pp. 617 - 657.

- Neves Mujica J. (2009). *Introducción al Derecho Laboral*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica.
- Nieto García, A. (1975). La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo. *Revista de Administración Pública*, (76), pp. 9 - 30.
- Nieto García, A. (2005). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos.
- Organización Internacional del Trabajo. (1996). *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la O. I. T.* (4ª ed.). Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Páramo Montero, P. (2001). Puntos conflictivos en torno al poder sancionador de la Administración Laboral. En L. Parejo (dir.), *Relaciones Laborales. Tomo I*. Madrid: La Ley.
- Pedrajas Moreno, A. y Sala Franco, T. (2015). Miscelánea jurisprudencial sobre el recurso al esquirolaje externo e interno por parte de la empresa durante la huelga. Recuperado de <http://www.abdonpedrajas.com/docs/NN-049.pdf>
- Rodríguez Escanciano S. (2008). La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito laboral. *Documentación Administrativa*, (282 - 283), pp. 199 - 239.
- Rosembaum Rimolo J. (1992). Los problemas actuales de la justicia del trabajo en América Latina. Ponencia presentada en el VI Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo. Puebla.
- Sáez Valcarcel, R. (2006). ¿Acaso se suicidan los obreros? El accidente de trabajo y la culpa de la víctima en cierta práctica judicial. *Revista de Derecho Social*, (33), pp. 9 - 23.
- Sanguinetti Raymond, W. (2006). *Los empresarios y el conflicto laboral (del cierre a la defensa de la producción)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Toyama Miyagusuku J. y Eguiguren Praeli, A. (2009). *Jurisprudencia sobre inspecciones laborales*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Vega Ruiz, M. L. (2009). *Administración del Trabajo: Asegurar la gobernanza a través de la aplicación de la ley en América Latina. El papel central de la Inspección del Trabajo*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.

COMENTARIOS

Raúl Saco Barrios

Profesor del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Felicito efusivamente a Frank Roger Espinoza Laureano por su acucioso e interesante estudio *La Inspección del Trabajo y la infracción administrativa en materia sociolaboral (entre el principio garantista del Derecho Administrativo Sancionador y el principio protector del Derecho del Trabajo)* y agradezco al Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) por brindarme la oportunidad de exponer algunos comentarios al respecto.

El autor se ha dedicado desde hace un tiempo a analizar, con singular afán, la infracción administrativa en el ámbito laboral: en primer lugar, ha escrito *La infracción administrativa laboral* —investigación con la cual optó el grado de magíster en Derecho, con mención en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, conferido por la Pontificia Universidad Católica del Perú—; en segundo lugar, ha escrito *La infracción administrativa en materia sociolaboral (apuntes para un estudio interdisciplinario)*, que, como ponencia libre, presentó en el Sexto Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizado en Arequipa del 8 al 10 de octubre de 2014².

En esta ocasión, Espinoza, tras presentar muy brevemente el Sistema de Inspección del Trabajo (SIT) y el esquema del marco normativo aplicable —el Convenio sobre la Inspección del Trabajo, 1947 (Núm. 81) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y el Reglamento de esta, aprobado por el decreto supremo 19-2006-TR—, el procedimiento administrativo sancionador en materia sociolaboral y el régimen de infracciones, plantea la «transposición del principio protector al procedimiento administrativo sancionador en materia sociolaboral», desarrolla con cierta amplitud las infracciones administrativas en esta materia (las define, clasifica y refiere sus elementos: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) y formula algunas importantes conclusiones.

No conozco trabajo alguno sobre el tema, elaborado por autores peruanos, a la luz de la legislación nacional.

Así las cosas, y desde mi punto de vista, radica aquí la mayor trascendencia del ensayo comentado: el autor ofrece un enfoque novedoso y particularmente útil para el examen de las infracciones administrativas en el entorno laboral, al mismo tiempo que sus conclusiones permiten perfilar puntos de ineludible consideración en caso de estimarse conveniente precisar, modificar o ampliar la legislación patria sobre la inspección del trabajo.

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/raul-saco-barrios>

1 Espinoza Laureano, F. (2013). *La infracción administrativa laboral* (Tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

2 Espinoza Laureano, F. (octubre, 2015). *La infracción administrativa en materia sociolaboral (apuntes para un estudio interdisciplinario)*. Presentado en VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Estabilidad en el empleo, fiscalización laboral, jubilación de trabajadores independientes y el arbitraje en la negociación colectiva de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Arequipa.

Principalmente, debemos tomar en cuenta que la protección del trabajador —principio y fundamento del derecho del trabajo, en atención al cual nuestra disciplina establece un «amparo preferente» al trabajador (PLÁ)— juega en todos los órdenes concernientes o vinculados al derecho del trabajo: el derecho individual del trabajo, el derecho colectivo del trabajo, el derecho procesal del trabajo y, naturalmente, el derecho administrativo del trabajo —al que corresponde la regulación de la inspección del trabajo—. Por otro lado, las normas (mínimas) de protección del derecho del trabajo carecerían de eficacia sin la existencia de la inspección del trabajo, del derecho procesal del trabajo e, incluso, del derecho penal del trabajo, que procuran garantizar la aplicación de aquellas. En tal contexto, aunque por otro razonamiento, en el que acentúa, creo, el rol sancionador de la Administración, bien afirma el autor lo siguiente: «En resumen, se puede afirmar que la labor que realiza la inspección del trabajo constituye una manifestación del *ius puniendi* del Estado, pero que, al mismo tiempo, es un medio para alcanzar la efectividad de los derechos sustantivos de los trabajadores. Dado que este es su propósito, considero que resultaría viable aplicar el principio protector en sede del procedimiento administrativo sancionador sociolaboral, sin que ello implique necesariamente una vulneración a los derechos que le asisten al empleador como administrado».

De todos modos, me permito entender que la inspección del trabajo satisface primariamente una función didáctica o pedagógica: con ella, y acaso antes que sancionar administrativamente a los empleadores infractores de las normas laborales, debiera instruírseles adecuadamente sobre la relevancia del cabal cumplimiento de la legislación laboral con miras a la promoción e instauración de verdaderos «trabajos decentes» o empleos de calidad. En esta misma línea, el Convenio sobre la Inspección del Trabajo, 1947 (Núm. 81) de la OIT indica concretamente que el sistema de inspección está encargado de «facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales existentes» (artículo 3 inciso 1 b) y señala con precisión que «los inspectores del trabajo tendrán la facultad discrecional de advertir y de aconsejar, en vez de iniciar o recomendar un procedimiento».

A mi juicio, y con relación a esto, no puede asimilarse plenamente el derecho administrativo sancionador, que sanciona todas las infracciones que se cometan con la inspección del trabajo, que procura instruir a los empleadores, asesorarlos o aconsejarlos en el ambiente normativo laboral.

En el mismo contexto, aunque desde otra perspectiva, el autor propone también que «incluso por motivos de seguridad jurídica, resultaría adecuado aplicar el principio protector; por ejemplo, al momento de interpretar el sentido de las infracciones que se encuentran tipificadas en el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo».

Sin embargo, me cuestiono si es «realmente» facultad o función de los inspectores del trabajo «interpretar» las disposiciones laborales —curiosamente, ninguna de las disposiciones del Convenio sobre la Inspección del Trabajo, 1947 (Núm. 81) de la OIT refiere tal atribución—: toda vez que el artículo 138 (primer párrafo) de nuestra Constitución determina claramente que «la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes», ¿no fija simultánea e implícitamente que la interpretación de cualesquiera normas es tarea propia del órgano jurisdiccional y de los jueces? En nuestra especialidad, al parecer, tal quehacer sería inherente única y exclusivamente a la justicia del trabajo y a los jueces especializados que ella reúne. Entonces, el equilibrio de los «intereses contrapuestos» de empleadores y trabajadores vendría dado,

más bien, por las mismas reglas procesales del procedimiento de inspección —ante todo, por el derecho al debido proceso del empleador «administrado»— y no por el otorgamiento de «facilidades de interpretación» a los inspectores del trabajo.

Por ejemplo, en un proceso de inspección del trabajo, y por la vía de la «interpretación» de normas laborales, ¿cómo podría esclarecerse válidamente la oportunidad del pago de la indemnización por falta de descanso vacacional (tan pronto concluye el año siguiente a aquel en el cual el trabajador adquirió el derecho y debió disfrutar del descanso vacacional, o al término del contrato de trabajo junto con la liquidación de las remuneraciones pendientes y los beneficios sociales del trabajador) o si debe o no el empleador pagar íntegra la asignación familiar (que no obstante su naturaleza asistencial, tiene por mandato legal «carácter remunerativo») de un trabajador que no ha laborado el mes completo?

Por último, aprecio la alusión al estado de necesidad y al juicio de culpabilidad que Espinoza refiere al tratar, respectivamente, la antijuricidad y la culpabilidad como «elementos de la infracción administrativa en materia sociolaboral». Con base en la Ley General de Inspección del Trabajo y su Reglamento, me pregunto: con relación al estado de necesidad, si el empleador podría invocarlo válidamente para justificar una conducta, en principio, infractora —por ejemplo si mediante un acuerdo con el personal pagó extemporáneamente y en cuotas una gratificación legal (por Fiestas Patrias o Navidad), pese a que la regulación pertinente prescribe expresamente que el plazo para su pago (la primera quincena de julio o de diciembre, respectivamente) es indisponible, por falta de recursos o de liquidez en la oportunidad debida—; con relación a la culpabilidad, si la inspección del trabajo debe efectuar antes el juicio de culpabilidad correspondiente para individualizar la responsabilidad del infractor e imponer después la sanción legal.

Felicito nuevamente a Frank Espinoza Laureano y lo animo vivamente a continuar sus investigaciones y escritos, a la vez que le auguro éxitos en sus actividades profesionales y académicas.

RESPUESTA DEL AUTOR

Agradezco los valiosos comentarios de los árbitros que, en un primer momento, me llevaron a replantear todo el trabajo, permitiéndome realizar un mayor aporte personal al desarrollar algunos aspectos que no había llegado a tratar en mi tesis de maestría (*La infracción administrativa laboral*), sobre todo en lo relacionado a la delimitación de los tres grandes temas que aparecen regulados, un tanto dispersamente, en la Ley N° 28806 y su Reglamento: el SIT, el régimen de infracciones y el procedimiento administrativo sancionador en materia sociolaboral.

Asimismo, agradezco al profesor Raúl Saco por los comentarios realizados durante el coloquio de presentación del trabajo y, posteriormente, en forma escrita. En particular, hubiese querido acoger algunas de sus observaciones, tales como la referida a la supresión del término «inspectivo», el cual, si bien aparece en la regulación nacional, no se encuentra incluido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, pero la administración me indicó que en este estado de la publicación ya no se podían hacer modificaciones al texto.

En lo que se refiere a la posibilidad de que los inspectores interpreten las normas, quisiera anotar que Marcial Rubio distingue tres clases de interpretación según el intérprete: «Una es la interpretación auténtica, que es aquella que la autoridad que tiene la competencia de dictarla o derogarla realiza sobre la misma norma y siguiendo el mismo procedimiento que se adoptó para producirlo. [...] Existe la interpretación jurisprudencial, que es la que realizan los tribunales en el ejercicio de su potestad jurisdiccional. La fuerza vinculatoria de esta interpretación será la misma que la que corresponde a la jurisprudencia como fuente de Derecho dentro del sistema jurídico de que se trate, y el concepto puede extenderse, a su nivel, a la jurisprudencia administrativa. Finalmente, existe la interpretación doctrinal, que es la que se realiza por personas comunes, sin autoridad estatal formal para producir legislación o jurisprudencia, y que tiene un valor puramente académico, participando del carácter y manera particular como la doctrina es fuente del Derecho en cada sistema jurídico»¹.

En esta línea, nuestro aporte formaría parte de la interpretación doctrinal y podría contribuir a reforzar los criterios empleados en la interpretación jurisprudencial administrativa, que es llevada a cabo por parte de la Inspección del Trabajo.

Cabe anotar que si dejáramos la labor interpretativa solo al juez, el inspector tendría que regirse estrictamente por la literalidad de las tipificaciones vigentes, lo cual significaría la restricción o eliminación de las remisiones normativas que se hubiesen podido incluir en el Reglamento de la Ley N° 28806, llevándonos a aprobar y modificar cada cierto tiempo una voluminosa norma compendiadora de infracciones, como es la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Lisos) de España.

En cuanto a la función pedagógica de la inspección del trabajo, Guillermo Boza y Luis Mendoza sostienen que la misma «no debería amparar una cultura de impunidad, donde lo

¹ Ver Rubio Correa, M. (2011). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho* (10ª ed.). Lima: Fondo Editorial de la PUCP, p. 256.

que prevalezca sea el incumplimiento por el incumplimiento mismo»². Por su parte, Fiorella Peyrone Villacorta destaca la necesaria complementariedad que debería existir entre aquella y la función sancionadora, «pues al debilitarse la función de detección de las violaciones y la acción punitiva, termina por diluirse la capacidad de convicción necesaria para lograr la aceptación de los consejos y recomendaciones, en la parte educativa o de asesoría»³.

Por lo tanto, no parece relevante para el objeto de la investigación el análisis de los efectos de la función asesora, puesto que no llegamos a apreciar cómo es que la elección de la estrategia para el cumplimiento de la normatividad sociolaboral, entre las opciones del palo (estrategia punitiva) o la zanahoria (estrategia educativa)⁴ podría llevar a modificar la naturaleza jurídica de la inspección del trabajo, alejándola del ámbito del derecho administrativo sancionador, como sugiere el profesor Saco.

En mi caso, el haber prestado servicios en el MTPE me llevó a acercarme a los problemas que enfrentaba la Administración para sustentar sus decisiones en materia de inspección laboral, ante una regulación asistemática y por momentos exigua, siendo precisamente la necesidad de hallar una coherencia interna, que permitiera la predictibilidad de las resoluciones administrativas, la que nos condujo a revisar la experiencia del derecho comparado, dado que no podíamos encontrar las respuestas que buscábamos en la legislación, jurisprudencia o doctrina nacionales.

Así, pudimos constatar que en un ordenamiento como el español se considera unánimemente que el procedimiento de inspección del trabajo se rige por las instituciones del derecho administrativo sancionador, sin que ello suponga una transgresión al Convenio N° 81 de la OIT.

Al no encontrar, por lo demás, ningún motivo de fondo que nos lleve a entender que el caso peruano es distinto, y que el legislador nacional ha conferido un carácter *sui generis* al procedimiento de inspección laboral, debemos reafirmarnos en lo señalado en el trabajo presentado, en la esperanza que las interrogantes que pudiesen surgir del mismo contribuyan al debate acerca de la necesidad de incluir una parte general, en la que se regulen los aspectos comunes a los diversos tipos de infracciones administrativas en materia sociolaboral, como elemento integrante de la legislación sobre la inspección del trabajo.

2 Boza Pró, G. y Mendoza Leguas, L. (2016). La función pedagógica de la inspección laboral y los derechos colectivos laborales: Presupuestos para una agenda a futuro en el Perú. Recuperado de <http://www.ius360.com/privado/la-borol/la-funcion-pedagogica-de-la-inspeccion-laboral-y-los-derechos-colectivos-laborales-presupuestos-para-una-agenda-a-futuro-en-el-peru/>

3 Peyrone Villacorta, F. (2015). Fiscalización laboral en la Seguridad y Salud en el Trabajo. p. 693 - 702. En: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - SPDTSS. (pp. 697 - 698.) Libro del VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima: SPDTSS.

4 Uberti, V. (2016). Lo jurídico y lo preventivo, dos instrumentos para un mismo fin. Mesa redonda del IV Foro ISTAS de salud laboral. Recuperado de <http://www.istas.ccoo.es/descargas/IVforo-lojuridico.pdf>

SECCIÓN IV

FILOSOFÍA DEL DERECHO

HACIA UN MODELO PONDERATIVO-ESPECIFICACIONISTA DE PONDERACIÓN ENTRE PRINCIPIOS

José Enrique Sotomayor Trelles
Noemí Ancí Paredes
Facultad de Derecho, PUCP

Categoría Egresados

En los últimos años, tanto en la teoría como en la filosofía del derecho, se viene discutiendo sobre si la mejor metodología para afrontar conflictos (o colisiones) entre principios es a través del llamado modelo especificacionista o a través de la metodología de la ponderación, popularizada por el tratamiento sistemático que le ha dado Robert Alexy (1997) a partir de jurisprudencia de tribunales alemanes. Esta disputa está lejos de ser meramente técnica y expresa, más bien, discrepancias entre las dos grandes tendencias contemporáneas en filosofía del derecho: mientras que el especificacionismo es heredero del *soft positivism* del último Hart, la ponderación se encuentra asociada a teorías discursivas (y argumentativas) del derecho, así como a variantes del llamado neoconstitucionalismo.

El presente trabajo propone una aproximación indirecta a esta problemática a partir de un problema lógico asociado: el de los condicionales derrotables y el uso de lógicas no monotónicas. Es por ello que, en primer lugar, se analizan las características de sistemas de lógica, tanto monotónicos como no monotónicos. Asimismo, se afrontará el problema de la utilidad (o falta de la misma) en el uso de lógicas no monotónicas, así como de condicionales derrotables para analizar formas de razonamiento jurídico, con especial énfasis en las colisiones entre principios.

Finalmente, se sostendrá que, sin desearlo, las variantes de especificacionismo propuestas por autores como Juan José Moreso, y, en menor medida, Manuel Atienza incurrir en una actitud crédula frente a los problemas de decisión entre principios en colisión. Por su parte, la propuesta alexyana salva el problema mediante una racionalización del proceso de decisión, pero al precio de ser considerada excesivamente particularista. La respuesta a los problemas de ambos modelos parece encontrarse en la construcción de un modelo ponderativo-especificacionista. El trabajo defiende esa tesis en su última parte, y brinda argumentos para su elección y puesta en práctica por los tribunales al momento de enfrentar conflictos entre principios.

Resulta muy difícil discutir la importancia que los principios han adquirido para el derecho a partir de, por lo menos, la segunda mitad del siglo XX. Su importancia ha ido de la mano con la expansión de una forma de entender el liberalismo que resalta la importancia de la autonomía

frente a los poderes públicos¹. Sin embargo, este desarrollo atado de liberalismo y principios parece haber agotado su primera etapa de despliegue y ahora los principios se han autonomizado de las demandas estrictamente liberales (en el sentido clásico) para convertirse en un tipo de norma que merece un análisis más teórico y menos político. Con ello, los principios han garantizado su acceso a los debates de la teoría del derecho, y, además, han garantizado su acceso a las discusiones más «analíticas» que se presentan en la filosofía y teoría general del derecho. En ese sentido, este trabajo puede ser leído con el trasfondo de la gran discusión entre filosofía continental y analítica. Precisamente, Robert Alexy ha trabajado esta tensión, explotando los puntos de contacto más que radicalizando las divergencias.

El presente trabajo de investigación no pretende responder muchas de las preguntas que esta forma de plantear la cuestión pueda generar. Más bien, toma un camino paralelo: mediante la discusión de un problema asociado a la reconstrucción más potente sobre el método de interpretación y aplicación de los principios (la teoría de la ponderación de Robert Alexy), se buscará dar luces sobre un modelo de ponderación que salva varias de las críticas formuladas contra la propuesta alexyana. En esa medida, se defiende un modelo ponderativo-especificacionista de ponderación entre principios.

1. Concepto y función del test de proporcionalidad alexyano

Se ha sostenido que la ponderación es una de las técnicas de interpretación y aplicación normativa de las que dispone un ordenamiento jurídico. En concreto, algunos autores sostienen que, así como la subsunción es el método de aplicación de las llamadas «reglas», la ponderación hace lo propio con los «principios». Desde luego, esta tesis es discutida en la teoría y filosofía del derecho. Aquí no será necesario ingresar a estas discusiones, pues muchos tribunales en Latinoamérica han reconocido la importancia de la ponderación. Es decir, más allá de que su utilización sea o no excluyente para el tratamiento de conflictos entre principios y bienes constitucionales, queda claro que su importancia es indiscutible.

Ahora bien, resaltar la importancia de la ponderación no dice demasiado sobre su función, pero para entenderla resulta necesario retroceder un paso en el análisis y detenerse en la estructura de los principios. Un buen ejemplo es hacerlo a través de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución peruana. Así, el inciso 4 del artículo 2 de la carta de 1993 reconoce las libertades de expresión, opinión y difusión de pensamiento. Por su parte, el inciso 7 del mismo artículo reconoce el derecho al honor, buena reputación, entre otros. Ambos derechos cuentan con formulaciones de un nivel de generalidad y abstracción elevadas. Aquí podría surgir la pregunta de si en realidad no todas las normas gozan de estas características. Aun con ello, es posible convenir en que, por lo menos, existe una diferencia de grado. Quienes defienden una tesis de este tipo rechazan la llamada «distinción fuerte» entre reglas y principios. Felizmente, los resultados de esta discusión no tienen por qué afectar la utilidad y pertinencia de la ponderación como método de interpretación normativa. Es posible imaginar una gran variedad de casos en los que la libertad de expresión entra en conflicto con el derecho al honor. Por ejemplo, se puede pensar en la situación del columnista de un diario que califica de forma peyorativa a un personaje público, quien se siente ofendido por la situación. En estos casos, la Constitución

¹ Sin embargo, ello no quiere decir que solo una teoría de los principios pueda dar cuenta del derecho en un contexto liberal. Existen teorías alternativas, como el garantismo ferrajoliano, que trabajan bajo la misma pretensión, es decir, la de brindar una teoría del derecho adecuada para un contexto liberal.

ampara *prima facie* a ambas partes, y la labor de los tribunales es la de determinar cuál de las pretensiones en disputa es la que debe prevalecer.

Se dirá, entonces, que la ponderación es una técnica de especificación de circunstancias que, según el caso concreto, determina una prioridad condicionada de alguno de los principios en conflicto. Una metáfora de teoría de conjuntos puede ser de utilidad. Así, la ponderación se aplica al espacio de intersección entre dos principios. La intersección es un conflicto pues, *prima facie*, el derecho ampara dos situaciones contradictorias mediante sus normas.

Ahora bien, ¿cómo se instrumentaliza la ponderación? La definición relevante de «ponderar» en el diccionario de la Real Academia Española (2014) es la de contrapesar; equilibrar. Pues bien, ¿cómo hace el juez para contrapesar o equilibrar a dos bienes constitucionales en disputa? Se defiende que la metodología para ponderar se canaliza a través del test de proporcionalidad². Así, el test consiste en una serie de pasos ordenados que permiten al juzgador determinar qué principio es el que debe prevalecer en un caso concreto. No es una algoritmia, pues el seguimiento de estos pasos no determina un único resultado posible. Como la ponderación va de la mano con el ejercicio argumentativo, no se está frente a entidades como los números, para los que las opiniones importan poco a la hora de efectuar operaciones algebraicas. Este es tal vez uno de los excesos de optimismo que se ponen en la aplicación del test de proporcionalidad. El mismo es una guía dúctil más que un férreo estuche que nos lleve a un solo resultado. En ese sentido, los temores de matematización no tienen, en realidad, mucho fundamento. En lo sucesivo, se revisará cada uno de los elementos del examen.

1.1. Pasos del test de proporcionalidad.

Luego de estos apuntes preliminares, se puede entrar al análisis de cada uno de los elementos del test de proporcionalidad. Se tomará como guía para ello la caracterización planteada por Robert Alexy.

1.1.1. Idoneidad.

La mejor forma de buscar mayor claridad sobre el concepto de idoneidad se plantea a partir de lo que señala Robert Alexy (2002) en el *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales* a propósito del caso de un peluquero que coloca una máquina de tabaco sin contar con un permiso para hacerlo en su establecimiento³. Alexy (2002) ve que, en este caso, el conflicto se origina entre la libertad de profesión u oficio (P1) y el principio de protección de los consumidores (P2). Luego señala:

Debido a la falta de idoneidad, el medio adoptado M, o sea, la prueba de conocimientos técnicos, no está en condiciones de favorecer al principio P2 y, sin embargo, sí impide la realización del principio P1. En esta situación, si se omite M, no se originan costes ni para P2 ni para P1 y, en cambio, si se adopta M sí resultan costes para P1. Si se renuncia a M, en conjunto P1 y P2 pueden realizarse en su mayor medida, de acuerdo con las posibilidades fácticas. No se trata de nada distinto a una manera de expresar la idea del óptimo de Pareto: una posición puede ser mejorada, sin que otra empeore.

2 Aunque es necesario señalar que, en la terminología alexyana, la ponderación se refiere a todo el procedimiento, cuyo tercer paso consiste en el examen de proporcionalidad en sentido estricto.

3 Vale agregar que para que se otorgara el permiso al peluquero, la administración exigía un «conocimiento técnico profesional indispensable» para realizar la actividad comercial de la que se tratara (Alexy, 2002, p. 27).

Este ejemplo elemental muestra que no se puede optimizar sin plantear la pregunta implícita en el subprincipio de idoneidad. Asimismo, el ejemplo muestra que el aspecto de la optimización que subyace al subprincipio de idoneidad no consiste en navegar hacia un punto máximo. El subprincipio de idoneidad tiene más bien el *status* de un criterio negativo, mediante el cual se puede detectar qué medios no son idóneos. Un criterio negativo de esta naturaleza no lo fija todo, sino que únicamente excluye algo: los medios no idóneos.

Por esta razón, es compatible con la idea de orden marco. Como elemento de un orden marco, su función consiste en excluir lo no idóneo, sin que de este modo llegue a fijarlo todo. (p. 27)

De la cita es posible extraer algunos elementos teóricos distintivos del subtest de idoneidad. Estos son los siguientes:

- (i) El medio adoptado —consistente en una acción **M**— debe estar en condiciones de favorecer a uno de los principios. Este principio debería ser el que se busca promover mediante el medio **M**. Este elemento es claro en el caso de que actuaciones estatales ocupen el lugar del medio adoptado **M**. Sin embargo, en el caso de conflictos privados se requiere de algunos reajustes. En dichos supuestos, el medio adoptado **M** es una manifestación protegida *prima facie* de uno de los principios —**P₁** por ejemplo— capaz de generar algún nivel de satisfacción mediante su realización (satisfacción entendida en términos de promoción del principio).
- (ii) Si el medio adoptado (**M**) no favorece a alguno de los principios, pero tampoco afecta a ninguno de los otros *n* principios protegidos por el orden constitucional, la medida es irrelevante en términos jurídicos⁴. Es decir que, en estos casos, el conflicto entre principios es solo aparente. Caso contrario, cuando la medida **M** no está en condiciones de favorecer a uno de los principios, pero, sin embargo, sí genera un detrimento en el principio que juega en contrario, la medida es considerada inidónea.
- (iii) Cuando la medida **M** no es idónea, la sociedad en su conjunto estaría mejor si la medida no se adoptara, pues los principios involucrados (**P₁** y **P₂**) se realizarían en una mayor medida.
- (iv) A partir de todo lo anterior, se puede concluir que el subprincipio de idoneidad tiene carácter de criterio negativo, pues solo permite detectar a aquellas medidas no idóneas. Lo anterior convierte a la idoneidad en un criterio de exclusión, y no de fijación en los términos de Alexy.

Todo lo anterior puede llevar a una definición bastante precisa del primer subtest del examen de proporcionalidad. Se dirá, entonces, que la idoneidad se define del siguiente modo: una medida **M** es idónea cuando se encuentra en capacidad de generar un beneficio en uno de los principios analizados, cuantificable como un desplazamiento desde un punto

4 El supuesto de la irrelevancia es bastante extraño de ocurrencia. Lo más probable es que cualquier acción **M** genere algún tipo de externalidad —positiva o negativa— en algún otro principio constitucional. La cuestión, entonces, vendría dada por el nivel de perjuicio o promoción: ciertos niveles son tan pequeños que simplemente dejan de ser tomados en cuenta. Por ello, la figura de la inidoneidad no comparte características comunes con otras instituciones jurídicas como la de la tentativa absolutamente inidónea (Mir Puig, 2001).

hacia un punto mejor que el anterior ($x+n$)⁵. El análisis del perjuicio o detrimento (y su cuantificación) en uno o más principios en contrario no pertenece al subtest de idoneidad.

Asimismo, existen algunos complementos importantes de la definición. En primer lugar, una medida M es jurídicamente irrelevante si no genera desplazamiento alguno (positivo o negativo) en ninguno de los n principios que conforman un orden constitucional. Este complemento es fácilmente demostrable por una prueba de hipótesis contraria: si la medida produjera un beneficio en alguno de los principios, se diría que es idónea para mejorar la condición del principio en cuestión. Por otro lado, si generara un perjuicio en un principio P_i y ningún beneficio en algún otro principio P_n del orden constitucional, se diría que es una medida inidónea para mejorar la condición de P_i , además de nociva respecto del principio P_n .

En segundo lugar, una medida M es inidónea respecto de un principio P_i si mediante su implementación no se genera beneficio alguno en el principio en cuestión. Sin embargo, adicionalmente, la medida debe generar un perjuicio en algún otro principio P_n porque, en caso contrario, sería una medida jurídicamente irrelevante.

1.1.2. Necesidad.

El segundo subtest dentro del examen de proporcionalidad consiste en la evaluación de la necesidad de la medida o, como Alexy (1997) también la llama, postulado del medio más benigno (p. 112). Se parte de algunos elementos definitorios del subtest de necesidad, y que menciona el propio Alexy; luego, a partir de estos elementos, se construirá una definición, tal como se hizo con la idoneidad.

De *La Teoría de los Derechos Fundamentales* se pueden extraer los siguientes elementos:

- (i) Tanto el examen de necesidad como el de idoneidad se refieren al ámbito de las posibilidades fácticas.
- (ii) La forma estándar de análisis de necesidad involucra la interacción de dos sujetos jurídicos: el Estado y algún o algunos ciudadanos.
 - (a) En este escenario, el Estado busca la consecución de un fin F mediante el principio P_1 , lo que es igual a decir que P equivale a P_1 .
 - (b) Se plantean dos alternativas de acción o medidas M_1 y M_2 , que son igualmente adecuadas para promover.
 - (c) A pesar de lo anterior, la medida M_2 afecta menos que M_1 (o no afecta en absoluto) la realización de un principio P_2 .
 - (d) La conclusión de los puntos b y c debe ser que la medida M_2 es preferida, en general, a la medida M_1 . Esto se traduce en que mientras M_2 está permitida, M_1 queda prohibida.
- (iii) En aquellos casos en los que el medio más benigno (M_2) afecta la realización de P_2 , a la máxima de necesidad se debe agregar siempre la de proporcionalidad en sentido estricto o mandato de ponderación, que veremos más adelante. (Alexy, 1997, pp. 113 - 114)

A partir de lo anterior, se puede resumir el razonamiento del examen de necesidad en la siguiente estructura argumental:

5 Donde, además, $n > 0$.

$F \equiv P_1$	La finalidad F equivale al principio P_1 .
$P_1 I(M_1 \vee M_2)$	Respecto de P_1 se cumple una relación de indiferencia (I) entre la medida o M_1 o M_2 .
$P_2 P(M_2 \wedge \neg M_1)$	Respecto del principio P_2 se cumple una relación de preferencia por la medida M_2 , y, a su vez, de exclusión de la medida M_1 .
$PM_2 \wedge \neg PM_1$	Entonces, está permitida ⁶ la realización de M_2 y M_1 está prohibida.

Nuevamente, es posible formular una definición bastante precisa de la necesidad. Se dirá, entonces, que una medida M es necesaria cuando se encuentra en capacidad de generar un beneficio en uno de los principios analizados, cuantificable como un desplazamiento desde un punto hacia un punto mejor que el anterior ($x+n$), a la vez que genera el menor perjuicio para el principio o principios que juegan en contrario. Cuando estas condiciones se cumplen, se puede decir que la medida M es necesaria y que desplaza el bienestar social desde una situación subóptima de distribución de libertades y derechos hacia una mejor.

La anterior definición se puede complementar afirmando que el coste de mejorar la condición de uno de los principios (el beneficiado) consiste en el perjuicio que se produce en el segundo de los principios. Cuando se llega a una condición de equilibrio en la satisfacción de ambos principios respecto de la restricción de manifestaciones, una unidad adicional de satisfacción del principio promovido genera una pérdida mayor en el principio contrario, con lo que el nivel de bienestar general de la sociedad decae.

1.1.3. Proporcionalidad en sentido estricto.

Finalmente, es necesario analizar el subtest de proporcionalidad en sentido estricto, el cual, a diferencia de los subtests anteriores, se refiere a las posibilidades jurídicas y ya no fácticas del mandato de optimización en la teoría de los principios de Robert Alexy (1997, pp. 112 - 113). Para entender por qué esta etapa se refiere a los limitantes jurídicos y ya no fácticos, hay que recordar que, en este estadio de análisis, la medida M es idónea para generar un desplazamiento favorable para uno de los principios, a la vez que es la medida menos costosa dentro del abanico de posibilidades que generan el mismo nivel de satisfacción para el principio que se busca promover. En ese sentido, se ha desplegado todo lo que el conocimiento empírico sobre el mundo ha podido brindar; y queda por responder si, aun con ello, la medida es compatible con el contenido constitucional. Es decir, la pregunta que queda por responder es normativa y ya no empírica, y precisamente el análisis, en lo sucesivo, presupone que las anteriores etapas de la ponderación han sido desarrolladas de forma correcta y escrupulosa.

Se puede descomponer a la ley de ponderación en tres etapas⁷, según la sugerencia del propio Alexy (2002; 2010):

- (i) Definición del grado de afectación a un primer principio P_1 .
- (ii) Definición del grado de importancia en la satisfacción de un segundo principio que juega en contrario.

6 Vale agregar que esta permisión es relativa. Es decir, debe ser leída como «está permitida en cuanto al test de necesidad», lo cual no implica que se vaya a declarar finalmente constitucional.

7 La descomposición en tres etapas es una consecuencia analítica de la formulación de la ley de ponderación en la obra de Alexy. La ley es resumida en el siguiente lema: «Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro» (Alexy, 2002, p. 32; Alexy, 2010a, p. 460).

- (i) Puesta en relación de ambos grados de afectación y satisfacción. Es decir; se define si la importancia en la satisfacción de P_2 justifica la afectación a P_1 .

La forma de entender el funcionamiento de estos tres pasos consiste en una metáfora matemática: la fórmula del peso. La misma se orienta a establecer la relación de precedencia condicionada que Alexy comenzó a formular en *La teoría de los derechos fundamentales* (1997). Asimismo, otra de las particularidades de la fórmula es que no establece un peso definitivo de uno de los principios frente a otro, sino que establece solo un peso relativo sujeto a determinadas circunstancias.

La fórmula del peso comienza planteando una forma de cuantificar los niveles de intervención y satisfacción de los principios que juegan en contrario. Ello se logra a través de tres niveles que Alexy llama «escala trídica». Los niveles son: leve (*l*), medio (*m*) y grave (*g*). Asimismo, Alexy advierte que estas tres categorías abarcan todo el espectro de sinónimos que dichas palabras puedan tener en el lenguaje coloquial. Por ejemplo, importante o grande podrían entenderse como análogos al nivel de grave.

A continuación, se exponen cada una de las variables de la fórmula del peso para facilitar su comprensión:

P_i	Principio P_i
P_j	Principio P_j
I_i	Intervención concreta en el principio P_i ⁸
I_j	Intervención concreta en el principio P_j
G_i o GPA_i	Peso abstracto de P_i
G_j o GPA_j	Peso abstracto de P_j
$G_{ij}C$	Peso concreto de P_i bajo las circunstancias C ⁹
$G_{ji}C$	Peso concreto de P_j bajo las circunstancias C

Hasta este punto, existen las condiciones para formular las primeras versiones de la fórmula del peso. Pero, en lo sucesivo, el análisis se concentrará en la versión geométrica de la fórmula del peso. En esta versión, los valores atribuidos a las intervenciones crecen exponencialmente del siguiente modo:

Leve (*l*) $2^0 = 1$
 Medio (*m*) $2^1 = 2$
 Grave (*g*) $2^2 = 4$

El uso de una serie geométrica como la elegida por Alexy es bastante gráfico cuando se decide ampliar la escala trídica a una escala trídica doble, en la que cada uno de los grados tiene tres subgrados al interior. En estos casos, las intervenciones, en un principio, pueden ir desde levemente leves (*ll*) hasta extremadamente graves (*gg*). En el primer grado de intervención hay un

8 En otro lugar Alexy (2002) utiliza la notación de $IP_i C$ para referirse a la intervención en el principio P_i bajo las circunstancias (p. 38).

9 Al determinar el peso concreto, se debe agregar que el mismo no solo se refiere a un peso relativo a las circunstancias, sino también relativo al principio que juega en contrario. Esto puede entenderse implícito, pero es necesario expresarlo claramente. De hecho, esa es la razón por la cual Alexy elige una notación relacional entre el principio P_i y el principio P_j .

peso relativo de intervención IP_i igual a 1 (2^0), mientras que en el último de los nueve grados de la escala doble hay un peso relativo de 256 (2^8). Cuando se desea promover el principio P_i a través de una medida que vulnera el principio P_j , los valores de la serie geométrica dan cuenta de que en la medida que la intervención para el principio P_j sea más grande, más costos (o mejores razones) se deberán tener para proceder a la medida de promoción del primer principio. Ello se corresponde no solo con la Relación Marginal de Sustitución, sino también con la ley de la ponderación.

Ahora bien, el uso de la serie geométrica está asociado a una segunda variante de la fórmula del peso, distinta a la que se presentó en (i). Para la total comprensión de esta segunda variante, se debe introducir alguna notación adicional.

$SP_i C$ y $SP_j C$ Seguridad de los presupuestos empíricos

Sobre la notación recién agregada, es necesario señalar que, a diferencia de la cuantificación de las satisfacciones e intervenciones en los principios P_i y P_j , en este caso, los tres grados epistémicos se corresponden con los valores de cierto (seguridad o certidumbre, cuya notación es (s), plausible (f) y no evidentemente falso (e). Ahora bien, la introducción de la nueva variable referente a la calidad epistémica de las premisas que fundamentan una intervención en un principio dado se corresponde con una segunda ley intrínsecamente asociada a la ley de ponderación, a la que Alexy (2010) llama «ley epistémica de la ponderación»¹⁰. Eso quiere decir que todo el desarrollo anterior se refería a la ley material de la ponderación, mientras que cuando se utilizan ambas leyes en la misma fórmula del peso, se puede decir que se aplica una «ley global de ponderación», cuyos elementos son la ley material y la ley epistémica.

La fórmula producto de la combinación de la ley material y epistémica de la ponderación es la que se llamará fórmula completa¹¹. Su formulación es la siguiente:

$$GP_{i,j} C = \frac{IP_i C \cdot GP_i A \cdot SP_i C}{IP_j \cdot GP_j A \cdot SP_j C}$$

Esta fórmula permite operar con las intensidades de intervención y satisfacción, y arribar a un resultado numérico traducible en la precedencia de uno u otro principio. Ello, en términos prácticos, permite a los jueces decidir si una medida n resulta o no compatible con el contenido de la constitución, que en el extremo de la ponderación se identifica con la premisa de una distribución simétrica de derechos y libertades.

Como con los anteriores subtests, queda por reconstruir una definición. Así, una medida M es proporcional en sentido estricto cuando (i) se encuentra en capacidad de generar un beneficio en uno de los principios analizados, cuantificable como un desplazamiento desde un punto hacia un punto mejor que el anterior ($x + n$), a la vez que (ii) genera el menor perjuicio para el principio o principios que juegan en contrario. Sin embargo, (iii) los beneficios y perjuicios se deben cuantificar como intervenciones y (iv) sopesarse en una escala trádica o trádica doble, de tal forma que

10 Alexy (2010c) resume la ley epistémica en el siguiente lema: «Cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención» (p. 488).

11 Esta es la versión de la fórmula del peso que Alexy (2012) presenta en su entrada sobre derechos en el *Oxford Handbook de Derecho constitucional comparado* (p. 295).

la medida *M* procederá en aquellos casos en que los beneficios sociales con su adopción sean mayores que los perjuicios individuales o sociales que esta genera. En los casos contrarios, la medida *M* deberá ser declarada inconstitucional. Cuando todas las condiciones anteriores se cumplen, se dice que la medida *M* es proporcional en sentido estricto y que desplaza el bienestar social desde una situación subóptima de distribución de libertades y derechos hacia una mejor:

2. Cuestionamientos «de familia»: Críticas y alternativas a la ponderación alexyana desde el especificacionismo

En esta sección se exponen las principales críticas que han formulado algunos autores contra la ponderación alexyana. El foco se centrará en las críticas de quienes consideran que el método de la ponderación contiene defectos insalvables, y que es mejor abandonarlo y adoptar un modelo especificacionista de ponderación. El mismo supone una fuerte herencia del positivismo hartiano, pero también toma como base el análisis de sistemas normativos que Alchourrón y Bulygin llevaron a cabo en *Normative Systems*¹².

2.1. Desafíos positivista-inclusivos a la ponderación.

A diferencia de algunas de las críticas dirigidas a la técnica de la ponderación tal como ha sido expuesta en la obra del iusfilósofo alemán Robert Alexy¹³, las de José Juan Moreso se mueven en un ambiente de parecido de familia¹⁴. Dicho autor, a diferencia de las críticas de, por ejemplo, Juan Antonio García Amado (2007a; 2007b; 2012)¹⁵, reconoce compartir la pretensión de búsqueda de racionalidad en el proceso ponderativo (Moreso, 2010, p. 830). Para ello, se vale de una matriz de análisis que se plantea como heredera del pensamiento de H.L.A. Hart.

Así, Moreso¹⁶ (2001) y Martínez Zorrilla (2007) comparten una orientación hartiana de positivismo basada en tres grandes premisas: (i) la defensa de la tesis de las fuentes sociales del derecho, la misma que sostiene que la existencia y contenido del derecho de cierta sociedad guarda relación o depende de un conjunto de hechos sociales; (ii) la tesis de la separabilidad, que establece una diferencia moderada entre los espacios de la moral y del derecho¹⁷ (es decir que entre la validez moral y legal no existe una relación de implicancia mutua¹⁸); y (iii) la tesis según la cual los límites del derecho¹⁹ vienen dados por la insuficiencia analítica del lenguaje.

12 Véase Alchourrón y Bulygin (1987).

13 La teoría de la ponderación de dicho autor se ha ido construyendo a partir de sucesivas ampliaciones y refinamientos a lo largo de sus trabajos más recientes. Además de los trabajos citados en la sección anterior, se pueden consultar sus trabajos de 2003a, 2003b, 2006, 2009, 2010b y 2012.

14 La expresión fue usada por Laura Clérico (2011, p. 208).

15 Son numerosas las obras en las que García Amado ha dirigido críticas a la teoría de los principios y la ponderación alexyana (2007a; 2007b; 2012).

16 La distinción, basada en las tres tesis expuestas, entre positivismo inclusivo y exclusivo (contra el que Dworkin habría dirigido sus críticas, según Moreso) puede encontrarse en Moreso (2001, p. 100).

17 Este elemento tiene mucha importancia en la metodología de análisis que puede emprender un juez frente a un caso constitucional. Por ejemplo, Moreso (2006) ha afirmado que muchos problemas del derecho, sobre todo constitucional, comparten la estructura de los conflictos prácticos y morales, solo que con algunas restricciones propias del sistema jurídico (p. 15). Esta tesis se parece a la de Alexy sobre el discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general.

18 Lo cual no excluye la ocurrencia de supuestos de confluencia entre ambos espacios. Precisamente, una de las labores de una buena dogmática jurídica sería la de lograr un acercamiento entre las opciones interpretativas y una serie de valores considerados válidos por alguna instancia de validación moral (dialógica, trascendental o la que sea).

19 O sus áreas intersticiales, según la conocida expresión de Ángeles Ródenas (2012).

En ese sentido, los límites del derecho se encuentran en normas válidas que se encuentran en incapacidad de regular indubitablemente todos los comportamientos. Con ello se deja un espacio librado a la discrecionalidad del intérprete, aunque se reconozca que a nivel político se debe intentar controlar este espacio discrecional con pautas de algún tipo.

El marco de análisis de Moreso reconoce un espacio de ambigüedad del lenguaje que se acentúa cuando el operador trabaja con principios. Es por ello que, en sí misma, la aspiración alexyana de racionalizar el espacio de operación con principios no es una tarea que se realiza en vano: frente a un contexto librado a altas cuotas de discrecionalidad, entendida en el sentido de adjudicación, es necesario idear algunas estrategias de control racional del ejercicio judicial. En lo que Moreso no está de acuerdo con Alexy es en cómo idear esta estrategia de control. Por ello, en lo sucesivo, se expondrán tres cuestionamientos presentados por dicho autor al modelo de operación alexyano en el subtest de proporcionalidad en sentido estricto. Luego se analizará la forma en que dichas críticas son compartidas y ampliadas por Martínez Zorrilla.

2.2. Un catálogo de problemas contra el subtest de proporcionalidad en sentido estricto.

Moreso dirige tres grandes críticas contra la tercera etapa del test de proporcionalidad presentado por Robert Alexy. Dichas críticas pueden ser resumidas en los siguientes puntos.

En primer lugar²⁰, la variable del peso abstracto presente en la fórmula del peso que Alexy expone en el *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales* requiere de una suerte de «escala abstracta de ordenación de los derechos constitucionales» (Moreso, 2010, p. 825). El problema al respecto es que dicha escala no existe a nivel fáctico en ninguna constitución (esta es la conjetura de Moreso) y tampoco es deseable que existiera alguna ordenación de este tipo.

En segundo lugar, la ponderación racionalizada de Alexy presenta una ordenación de valores susceptibles de conformar escalas cardinales u ordinales que pueden ser numéricas o simplemente de intensidades (leve, media o grave) (Moreso, 2010, p. 825). Sin embargo, una escala tal supone la existencia de una unidad de medición común²¹, o al menos de un criterio incontestable para que la relación tenga algún sentido. Al respecto, Moreso pone el ejemplo del test de rayado en los minerales, por el cual se puede determinar de forma incontestable cuál de dos minerales es más duro que el otro sobre la base de un examen que demuestra que el mineral más duro estará en condiciones de cortar al menos duro sin que la relación inversa sea cierta.

Asimismo, un segundo problema de la escala de interferencias de la ponderación alexyana es que ni siquiera se habría determinado cuáles son las propiedades relevantes para construir la ordenación. Por ello, se podrían construir varias escalas distintas y contradictorias en sus resultados. Un ejemplo de esto último lo encuentra Moreso en uno de los ejemplos más célebres de los textos de Alexy: el del caso Titanic. En ese sentido, el autor español se pregunta cuál es la unidad de medida o la propiedad relevante para sostener como evidente que entre «asesino nato» y «tullido» existe una relación creciente de intensidad en la afectación (Moreso,

20 Esta es una crítica compartida por Martínez Zorrilla (2007, p. 248).

21 Véase, en el mismo sentido, Martínez Zorrilla (2007, p. 246). Asimismo, dudas parecidas sobre las valoraciones judiciales en conflictos constitucionales han sido expresadas por Larenz (2010, p. 400), a pesar de que luego analiza jurisprudencia del Tribunal alemán para encontrar criterios que incorporen racionalidad. En ese sentido, la metodología es análoga a la de Alexy.

2010, p. 826). Lo que es más, en este extremo, Alexy utilizaría el nivel de «gravísimo»²², el cual no figura dentro de la escala triádica originalmente propuesta en el *Epílogo*.

Finalmente, una tercera crítica consiste en que la ponderación propuesta por Alexy siempre se refiere a un caso individual²³, y por ello corresponde a un modelo *ad hoc*. Pues bien, el problema con un modelo de este tipo es que mina las posibilidades de examen crítico, debido a que siempre se puede argumentar que existe una propiedad relevante que modifica el *output* esperado del proceso ponderativo, y que en el fondo sirve como justificación de irracionalidades en la operacionalización de los derechos. Frente a estas insuficiencias, Moreso propondrá un modelo generalista, en oposición al de Alexy, al que llama particularista, y en el que una sola propiedad diferente podría comportar, como ya se señaló, una solución diversa del caso analizado²⁴.

Así, luego de formular las tres críticas, Moreso (2010) añade que:

En mi opinión, estos tres problemas socavan gravemente el modelo proporcionalista de Alexy, puesto que no permiten ni prever lo que los órganos de aplicación del derecho decidirán en los casos de conflictos entre principios constitucionales que establecen derechos fundamentales, ni menos aún someter a crítica racional y articulada sus decisiones. (p. 825)

Asimismo, a estas tres críticas se puede agregar dos cuestionamientos adicionales expuestos por Martínez Zorrilla (2007) y que mostrarían excesos e insuficiencias en la propuesta alexyana. En primer lugar, el exceso consistiría en el elevado grado de formalización presente en la fórmula del peso. Con un razonamiento parecido al de la segunda crítica de Moreso, y como corolario, Martínez (2007) señala que, en vista de que los pesos de satisfacción y afectación de los principios en conflicto no gozan de una escala métrica que les haga operacionalizables en una fórmula matemática, la fórmula del peso solo funciona como una metáfora matematizada

22 Aquí Robert Alexy apela a la figura de la tasa marginal decreciente de sustitución.

23 Esta forma de proceder estaría relacionada, según el autor, a una concepción de la moral como práctica narrativa que explora exhaustivamente los matices y circunstancias de cada caso. Lo curioso de ello es que guarda relación con la llamada ética del cuidado propuesta por psicóloga estadounidense Carol Gilligan. Esto nos permite hacer un breve excurso al respecto: Gilligan propone, a grandes rasgos, que los sistemas de razonamiento moral femeninos son particularistas y prefieren soluciones distintas a cada caso concreto. Es decir que son más sensibles a pequeñas modificaciones del contexto decisorio. Como contrapartida, los sistemas de razonamiento moral masculino se basan en pretensiones de universalización a propósito del juicio ético. Quiere decir que, para un sistema universalista, decidir casos sustancialmente iguales de forma distinta expresa una forma de irracionalismo que desde antiguo se ha deseado eliminar. Los argumentos de Gilligan abren un espacio interesante de investigación sobre las interrelaciones de los juicios basados en derecho como aplicaciones concretas de un sistema moral universalista que, por definición, trata a las diferencias de contexto como perturbaciones. Lamentablemente, este estudio excede las pretensiones de este trabajo. Sobre el debate véase Benhabib (2006). Asimismo, para un análisis crítico, véase Patrón (2007).

24 Moreso (2010) expresa la crítica en los siguientes términos: «el modelo de Alexy está abocado al particularismo, en el sentido de que una propiedad diferente puede hacer que un nuevo caso tenga una solución distinta. El modelo especificacionista no está necesariamente vinculado con el particularismo, en un ámbito determinado y con determinados principios el liza, el modelo presentado es generalista y con él se resuelven todos los casos previamente delimitados» (p. 827). Asimismo, en otro texto, Moreso (2006) adopta la estrategia de colocarse al centro entre dos polos sobre cómo se deberían resolver los conflictos entre principios. Es decir que entre una concepción subsuntiva (generalista) y una concepción particularista existiría una tercera vía defendida por el autor español: el especificacionismo. El objetivo de plantear la problemática en estos términos es que le permite señalar que su propuesta toma lo mejor de ambos extremos y termina en una aplicación en dos pasos: en el primero se pondera y luego recién se subsume (p. 21).

que no aporta nada nuevo a nivel conceptual, mientras que puede llevar a excesos jurisprudenciales en el sentido de asignar valores numéricos (p. 249).

Por otro lado, y como defecto o insuficiencia, Martínez (2007) apunta el hecho de que la teoría alexyana adolece de criterios para determinar el grado de afectación o promoción de un derecho. Es decir que, más allá de consideraciones generales basadas en su teoría de la argumentación, la teoría de la ponderación de Alexy no aporta criterios de justificación en la asignación de pesos a los principios en conflicto: mientras que, por un lado, es excesiva a nivel formal con la fórmula, por otro lado, es insuficiente a nivel material respecto de la argumentación (p. 250).

2.3. Alternativa a la ponderación alexyana: un algoritmo especificacionista.

Una vez explicadas las pretensiones teóricas del modelo propuesto por Moreso (2010) y refinado a nivel lógico por Martínez (2007), queda por explicar su funcionamiento. En términos generales, la ponderación, tal como la concibe este autor, trata de la aplicación de cinco pasos que culminan con una regla de pretensión generalista en su aplicación a futuro. Es decir, la aspiración es que, una vez que se decida un caso bajo las restricciones que se señalarán en lo sucesivo, todos los casos subsiguientes deberían recibir la misma respuesta del ordenamiento²⁵.

- (i) El primer paso consiste en la delimitación del problema normativo o, como lo llaman Alchourrón y Bulygin, el universo del discurso. El objetivo de este paso es hacer el conflicto más manejable para el operador jurídico.
- (ii) El segundo paso consiste en identificar las pautas (principios) que prima facie son aplicables al caso específico. Solo cabe agregar que el modelo base de un conflicto supone dos pautas aplicables de forma contradictoria a un caso determinado. Mientras que la operación del modelo a este nivel es bastante sencilla, a medida que crece el número de pautas prima facie aplicables al caso, crece también la complejidad del análisis posterior.
- (iii) Luego, el tercer paso consiste en traer a colación un conjunto de casos paradigmáticos reales o hipotéticos que puedan ocurrir al interior del universo del discurso. Este paso se encuentra en una relación cercana con el establecimiento de ciertas propiedades relevantes que ahora se verán.
- (iv) La cuarta etapa del análisis consiste en establecer un conjunto de propiedades relevantes dentro del universo del discurso. Precisamente, se ha dicho que este paso se lleva a cabo muy de cerca con el paso (iii) porque a partir del universo de propiedades relevantes (UP) se puede elaborar, sobre la base de sus distintas combinaciones, un universo de casos que agoten las posibilidades de expresión del conflicto (UC o universo de casos)²⁶.
- (v) Finalmente, el quinto y último paso de la metodología consiste en la formulación de un conjunto de reglas que resuelvan de modo unívoco todos los casos del universo del discurso (UD).

²⁵ Desde la perspectiva algorítmica que aquí se viene explorando, esta es la propuesta más ambiciosa.

²⁶ Esta precisión se debe a la reelaboración de Martínez (2007, p. 206).

Para graficar el funcionamiento del modelo de Moreso-Martínez se tomará como ejemplo el caso peruano de la periodista de espectáculos Magaly Medina contra la bailarina y actriz Mónica Adaro²⁷. Para ello, se supondrá que en dicho proceso las etapas de idoneidad y necesidad²⁸ se cumplieron satisfactoriamente, y que por ello el análisis se ubica legítimamente en el tercer estadio, el de la proporcionalidad en sentido estricto. Asimismo, en lo sucesivo, se utilizará la notación lógica que proporciona Martínez Zorrilla (2007, p. 205).

Entonces, sobre el primer paso, se puede formular el universo del discurso (UD) en los siguientes términos: «filmaciones a figuras públicas realizadas con cámaras escondidas en recintos privados». Luego, a partir de la formulación del universo del discurso, se puede pasar a identificar las pautas *prima facie* aplicables para la solución del caso. En ese sentido, se tiene por un lado la libertad de información (**Li**), contemplada en el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución peruana; y, por el otro, el derecho a la intimidad personal y vida privada (**Vi**), derivadas del inciso 7 del mismo artículo 2 de la Constitución. Luego, se alterará un poco el orden de análisis de la metodología de Moreso, y, más cercanos a la reformulación de Martínez, se buscará una serie de propiedades relevantes que los tribunales suelen tomar en cuenta a la hora de resolver conflictos en torno a la libertad de información y el derecho a la intimidad y vida privada. En este punto, y para simplificar el análisis, se dirá que las propiedades relevantes que conforman el conjunto (UP) de las mismas son:

- P_1 : Relevancia pública de la información a difundir
- P_2 : Carácter injurioso de la información
- P_3 : Veracidad de la información difundida²⁹

Con dichas propiedades se puede conformar el conjunto de propiedades relevantes (UP) del modo siguiente: $UP = \{P_1, P_2, P_3\}$. Las mismas se combinan de distintas formas en un conjunto de pautas *prima facie* aplicables igual a dos (es decir, dos pautas en las que las tres propiedades relevantes presentan sus distintas combinaciones posibles, $2^3 = 8$ casos genéricos).

Una vez que se establecen todos estos elementos, resulta necesario que, de acuerdo con el quinto paso del modelo de Moreso, se identifiquen o se construyan un conjunto de reglas que resuelvan todos los casos genéricos con una preponderancia de alguno de los principios, sea la libertad de información o el derecho a la intimidad personal. En este caso, se formularán las tres³⁰ reglas identificadas por Martínez:

27 STC Exp. N° 06712-2005-PHC/TC

28 En realidad, el Tribunal Constitucional argumentó que la exhibición de las imágenes en las que Mónica Adaro mantenía relaciones íntimas con un cliente eran innecesarias para probar el caso de prostitución clandestina, y que bastaba con que se exhibieran imágenes del instante en que se hacía el trato. Es decir que, en la realidad, no pasó el subtest de necesidad. Ver, al respecto, Burga (2011, p. 260)

29 La veracidad ha sido identificada con el núcleo esencial del derecho fundamental a la información. Al respecto véase la misma sentencia del Caso Magaly Medina vs. Mónica Adaro: STC 06712-2005-HC, FJ 35 y ss.

30 Moreso utiliza solo dos reglas, pero corre el riesgo de que el intérprete no sepa identificar las jerarquías entre los operadores veritativo-funcionales. La primera regla (R1) de Moreso es: las informaciones de relevancia pública, veraces y no injuriosas están permitidas (que en nuestro ejemplo se corresponde con la regla (iii) y con la notación en ella expuesta). Por otro lado, R2 dice: las informaciones que no son de relevancia pública o carecen de veracidad o son injuriosas están prohibidas y, en el caso que se produzcan, generan un derecho a ser indemnizado (formalmente $\neg P_1 \vee \neg P_2 \vee P_3 \supset (ViPLi) \wedge D_1$, donde D_1 equivale al derecho a ser indemnizado). Como se puede observar, esta segunda regla es general e incluye, por una derivación lógica, a la regla (i) del ejemplo planteado. Sin embargo, es preferible un ejemplo exhaustivo basado en tres reglas para evitar malentendidos

R1: En caso de que la información sea injuriosa, el derecho a la intimidad personal y la vida privada (**Vi**) prevalecerá sobre la libertad de información (**Li**). En notación³¹, la relación se expresa como sigue:

$$P_2 \supset ViPLi \quad (i)$$

R2: En el supuesto de que la información no fuese injuriosa y, conjuntivamente, careciese de relevancia pública o no fuese veraz, entonces el derecho a la intimidad personal prevalecerá sobre la libertad de información. Formalmente se puede decir:

$$\neg P_2 \wedge (\neg P_1 \vee \neg P_3) \supset ViPLi \quad (ii)$$

R3: En el supuesto de que la información tuviese relevancia pública, sea veraz y no injuriosa, entonces la libertad de información prevalecerá por sobre el derecho a la intimidad personal y vida privada. Formalmente:

$$(P_1 \wedge P_3 \wedge \neg P_2) \supset LiPV i \quad (iii)$$

A partir de estas tres reglas, es posible elaborar una matriz que correlacione casos genéricos (ocho de ellos) con soluciones derivables de las tres reglas que se han establecido. Dicha matriz corresponde a la noción de Sistema Normativo de Alchourrón y Bulygin.

Tabla I

Sistema Normativo de ponderación (Vi) vs. (Li)

UC (Universo de casos)	UP (Universo de Propiedades)			Reglas		
	P_1	P_2	P_3	R_1	R_2	R_3
1	Sí	Sí	Sí	$ViPLi$		
2	Sí	Sí	No	$ViPLi$		
3	Sí	No	Sí			$LiPV i$
4	Sí	No	No		$ViPLi$	
5	No	Sí	Sí	$ViPLi$		
6	No	Sí	No	$ViPLi$		
7	No	No	Sí		$ViPLi$	
8	No	No	No		$ViPLi$	

Nota: Elaborado sobre la base de Martínez Zorrilla (2007, p. 207)

31 A diferencia de Martínez, se mantendrá la notación alexyana respecto de la precedencia condicionada con el símbolo **P** en lugar del signo de "mayor que" (>) matemático. La razón de esta elección tiene que ver con que la comparación no se da entre cantidades (contexto en el cual el signo matemático es idóneo). Por otro lado, la notación alexyana tiene mayor difusión en el medio local.

Pues bien, luego de presentar la matriz anterior; se puede ver que el sistema normativo compuesto por las tres reglas es consistente y no contradictorio, pues la aplicación de sus reglas no conlleva resultados opuestos entre sí. Sin embargo, a diferencia de los ejemplos propuestos por Moreso y Martínez, ocurre algo curioso: ¿Dónde se ubica el presente caso? Al parecer la propiedad P_1 es sostenible. Al tratarse de una figura pública del mundo del espectáculo, la información sobre las actividades clandestinas de Mónica Adaro podría ser calificada como información de relevancia pública. Asimismo, al parecer, en este caso no se produce un supuesto de injuria, al menos en los términos del artículo 130 del Código Penal peruano, es decir, algún tipo de ofensa o ultraje (vía palabras u hechos), sino la difusión de actos cometidos por la persona afectada. Finalmente, en el presente caso, la información era veraz, debido a que se trataba de una grabación de video.

Si hubiera que aplicar alguna de las reglas del sistema normativo que se ha diseñado, debería ser la tercera y, por ende, la libertad de información debería prevalecer. Sin embargo, el resultado parece, por lo menos, contraintuitivo. Con el ejemplo solo se ha querido llamar la atención sobre dos hechos problemáticos: (i) la crítica de quienes afirman que el subtest de necesidad es un test de la imaginación, en el cual un juez puede manipular la argumentación de tal forma que parezca que no existen medidas alternativas, parece cierta, pero no es atribuible a una deficiencia del esquema alexyano o, en este caso, de Moreso; y (ii) ningún modelo, sea cual fuere, exceptúa a los jueces de realizar argumentaciones consistentes a nivel material. La estructura bajo la cual se pondera es una racionalización estructural que demanda de los jueces una capacidad argumentativa que ningún esquema puede suplir. En ese extremo, parece que es imposible exigir total previsibilidad a los modelos de ponderación, lo que mina totalmente su pretensión algorítmica.

El problema de la confianza de Moreso y Martínez en su modelo sería precisamente el mismo que le critican a Alexy: creer que la racionalidad de su construcción permite impermeabilidad a casos dudosos. Es más, en este caso, bajo el modelo alexyano, acusado de particularista, el juez, aun suponiendo una falta absoluta de imaginación a la hora de realizar el subtest de necesidad, pudo traer a colación alguna circunstancia extra que determinara el cambio de resultado, y que no estuviera contemplada en el universo de propiedades inicial.

Finalmente, Moreso (2010) concluye señalando que un modelo generalista de ponderación permite resolver todos los casos de las mismas propiedades relevantes a futuro (p. 827). Sin embargo, adelantándose a algunas críticas que se podrían hacer contra el mismo, el autor modera el nivel de generalismo de su propuesta mediante algunos ajustes de reducción. En ese sentido, las limitaciones para las razones categóricas surgidas del análisis de un sistema normativo serían las anulaciones (*overrides*), suspensiones (*underminers*), inversiones (*reversers*) y excusas. Todas estas figuras tienen la capacidad de revocar las razones que permitan la solución de todos nuestros casos en el sistema antes expuesto (Moreso, 2010, p. 828).

3. El rol de los condicionales derrotables y las lógicas no monotónicas en los procedimientos de ponderación entre principios

Varios de los problemas que enfrenta la propuesta especificacionista de Moreso están relacionados al uso o no de condicionales derrotables. Como este es un tema bastante controvertido, requiere un análisis algo más detallado, y a ello se aboca la presente sección.

A continuación, y en primer lugar, se presenta una distinción entre las lógicas no monotónicas y la derrotabilidad. Luego, se verá si la palabra «derrotabilidad» es usada en un solo sentido, o si más bien existen varias formas de derrotabilidad. En tercer lugar, se intentará

responder a la pregunta sobre si es adecuado analizar la ponderación desde la perspectiva de la derrotabilidad o desde la de las lógicas no monotónicas. Finalmente, se volverá sobre la propuesta de Moreso y se la relacionará con la presentación de la ponderación que Manuel Atienza ha realizado en algunos trabajos. Luego de ello, debe quedar claro por qué se ha considerado que la propuesta alexyana es más idónea que un modelo especificacionista y en qué aspectos puede resultar útil este último como un complemento a la ponderación alexyana. En conclusión, se defenderá un modelo que se puede llamar “ponderativo-especificacionista” de tratamiento de las colisiones entre principios.

3.1. Lógicas monotónicas y no monotónicas.

La lógica estándar o clásica es monotónica, y ello quiere decir que al agregar premisas a un razonamiento nunca se produce una reducción en el conjunto de consecuencias de este. Siendo así, todo sistema lógico en el que no se cumplan las relaciones de monotonicidad es una lógica no monotónica. Hage (2003) presenta la diferencia en los siguientes términos:

Monotonicity and non-monotonicity are characteristics of systems of (formal) logic. A system of logic is monotonic, if and only if it is such that if a set of sentences S' is a superset of S , the set of conclusions C' that follow according to this logic from S' is a superset of the set C of conclusions that follow from S . A system of logic is non-monotonic if and only if it is not monotonic. (p. 222)

Para aclarar la formulación resulta conveniente utilizar alguna formalización (Antonelli, 2012). Se dirá, entonces, que en la lógica estándar se cumple que si φ se puede inferir de un conjunto de premisas Γ y, además, cada elemento de Γ es también un elemento de Δ , entonces φ también se puede inferir de Δ . Es decir que si $\Gamma \vdash \varphi$ y $\Gamma \subseteq \Delta$, entonces $\Delta \vdash \varphi$. Para simplificar la presentación, se puede decir que, en un sistema lógico en que se cumpla la monotónia, no importa que se adhieran nuevas premisas a un conjunto de premisas de las que se puede inferir determinada conclusión. Estas nuevas premisas no alteran la derivabilidad de una conclusión, por lo que se cumple la propiedad lógica del reforzamiento de antecedente.

De ese modo, el problema de sistemas lógicos tan estrictos como estos es que no logran captar las sutilezas de muchos razonamientos prácticos y cotidianos. Usualmente, existe la tentación o la obligación de concluir sobre la base de generalidades o de niveles de incidencia estadística. Lo que es más, muchas de las generalizaciones de la ciencia moderna se basan en que aún no se han establecido contraejemplos que podrían existir y contradecir ciertas leyes. Ahora bien, en el caso específico del derecho, se hace necesaria la presencia de lógicas que relajen las exigencias respecto de las relaciones de operadores condicionales. En ese extremo, Antonelli (2012) pone el ejemplo de los razonamientos en torno al principio de presunción de inocencia: el principio obliga a concluir que todo acusado en juicio es inocente hasta que se pruebe que es culpable (si se logra). Ello significa que la conclusión puede cambiar frente a la presencia de nuevas premisas, que, en el caso del derecho, pueden ser empíricas o jurídico-normativas. Lo importante es que, en la medida que los razonamientos jurídicos son sensibles a la adhesión de nuevas premisas que puedan alterar la inferibilidad de determinadas conclusiones, parece necesario utilizar sistemas de lógica que relajen la propiedad de la no monotonicidad.

Ahora bien, ello genera, según Antonelli (2012), dos tipos distintos de conflictos desde un marco no monotónico: (i) conflictos entre conclusiones derrotables y hechos concretos,

algunos de ellos recién descubiertos o aprendidos; o (ii) conflictos entre potenciales conclusiones, contrarias y ambas derrotables. Mientras que el primer conflicto no presenta grandes problemas, pues finalmente un sistema de lógica en el que se relaja la exigencia de monotonicidad está pensado para ser sensible al contexto de cambio e inserción de nuevas premisas, el segundo caso puede dar pie a dos actitudes que resultarán fundamentales en el análisis que se realizará más adelante. Antonelli (2012) menciona que, frente a los conflictos del segundo tipo, uno puede desarrollar una actitud escéptica o una actitud crédula. La actitud del crédulo guarda muchas similitudes con la que podría ser la tesis positivista de la discrecionalidad en el campo de la colisión de principios. Frente a dos juicios derrotables y contradictorios entre sí, el crédulo puede elegir cualquiera de ellos, pues las conclusiones extraíbles de ambos juicios son compatibles con la información disponible. Ello significa que no existe predilección por ninguna de las opciones, ni forma racional de controlar alguna de las elecciones.

Por su parte, el escéptico podría pensar que ambas inferencias, en cierta medida, «se cancelan» mutuamente, y que, por ello, se debe tener mayor cuidado al escoger alguna de las dos. Esta actitud lo lleva a evaluar cuándo y en qué condiciones es razonable aceptar una conclusión transitoria o derrotable (*floating conclusion*). En el plano del derecho, aquí se podría ubicar a quienes plantean teorías procedimentales para el tratamiento de aparentes contradicciones en dos juicios derrotables contrarios entre sí. De entre estas metodologías, la ponderación ocupa un lugar especial, pues presenta una serie de pautas para seleccionar alguno de los juicios *prima facie* (derrotables) como aquel que es una mejor conclusión transitoria o derrotable. Aquí estarían, entonces, aquellos que, como Sieckmann, no creen en una tesis de la discrecionalidad (crédula) frente a conflictos entre conclusiones derrotables.

Un ejemplo puede ayudarnos a graficar la discrepancia entre crédulos y escépticos. Utilizaremos una versión modificada del “Diamante de Nixon” que presenta Antonelli y diremos que existe una situación que se encuentra, desde la perspectiva del principio, permitida (es constitucional), mientras que desde la perspectiva del principio se encuentra prohibida (línea cortada de la derecha).

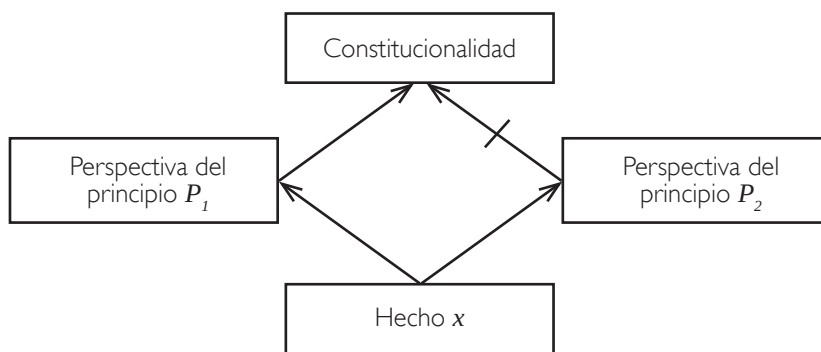


Figura 1. Diamante de conclusiones contradictorias

Mientras que el crédulo escogería cualquiera de las opciones contradictorias sin utilizar una metodología de resolución racionalizable a un nivel mayor que el de la expresión de la aporía inicial, el escéptico podría asumir dos posturas: por un lado, podría reconocer que el caso

no tiene solución alguna, o, por otro, podría idear una estrategia o metodología de resolución de la aporía, una racionalización. Cuando un juez se enfrenta a una ponderación puede asumir cualquiera de estas actitudes. Por un lado, puede escoger sin mayores razones cualquiera de las opciones, pues, finalmente, la Constitución no resuelve el problema de forma coherente; o, por otro lado, podría (i) renunciar a cualquier forma coherente de solución de la controversia o (ii) idear mecanismos de selección de la mejor alternativa. El primer caso guarda un gran parecido, como ya se ha apuntado, con la tesis de la discrecionalidad del positivismo, mientras que la segunda vía, en su segunda forma, es precisamente la propuesta de Robert Alexy. La vía (i) de la segunda opción es irrelevante para el derecho, pues los jueces están obligados a decidir los casos aun cuando se enfrenten a supuestos que presentan altas cuotas de incertidumbre normativa o fáctica.

Ahora bien, precisamente para tratar de racionalizar el tratamiento de supuestos en los que se hace necesario el uso de lógicas no monotónicas, se han ideado varias formalizaciones no monotónicas. De entre estos, los métodos de herencia o legado no monotónico y el de la llamada lógica «por defecto» han presentado las mayores perspectivas de investigación. El modelo de lógica «por defecto» parece, además, de especial utilidad en los problemas jurídicos, pues se basa en relaciones de justificación. La forma base de una inferencia «por defecto» (regla «por defecto») es, siguiendo a Antonelli (2012), la siguiente:

$$\frac{\psi : \phi}{\Omega}$$

Donde ψ es llamado «prerrequisito», ϕ es llamada «justificación», y es Ω la «conclusión». La regla dice que si se conoce ψ y no existe evidencia de que ϕ sea falso, entonces se puede inferir válidamente Ω . En los términos del problema que se ha venido analizando, si se conoce un hecho x que se encuentra dentro del espacio protegido de un derecho o principio, y no existe evidencia de que el hecho también represente una vulneración *prima facie* de otro principio, entonces x está permitido a nivel constitucional. Ahora bien, el proceso por el cual se concluye que una potencial vulneración *prima facie* se materializa en una vulneración efectiva es precisamente el proceso de ponderación. Así, se pasa de un conflicto *prima facie* a una afirmación categórica bajo la previa aplicación de una metodología de análisis que guarda similitudes estructurales con una operación aritmética de división. Es precisamente en ese espacio en el que la propuesta de Alexy enriquece el análisis que se plantea en el presente trabajo.

3.1.1. Formas de derrotabilidad.

Jaap Hage (2003) distingue entre la no monotonicidad y la derrotabilidad (p. 222). Para él, si bien uno de los sentidos de la derrotabilidad está asociado a la no monotonicidad, otros muchos casos se refieren a acepciones distintas de derrotabilidad, que se corresponden, además, con distintos contextos.

Así, existe una derrotabilidad ontológica o conceptual, que se refiere a una propiedad especial de ciertos estados en el derecho. Por ejemplo, Hart —sigue Hage (2003)— se refirió a la derrotabilidad en el sentido de «anulabilidad» cuando describía contratos que devienen inválidos luego de que una de las partes invoca causales tales como fraude en las tratativas u otras. Lo particular de este tipo de derrotabilidad consiste en que no se considera que el contrato

válido devino inválido, sino que nunca tuvo validez. Es decir que, en este caso, la derrotabilidad se establece con efectos retroactivos, y afecta a la existencia misma del estado de cosas. Por ello cabe llamarla ontológica.

Luego, Hage (2003) menciona a las derrotabilidades epistémica y de justificación, y descarta la primera de estas como relevante en su estudio. La derrotabilidad epistémica se refiere al estado psicológico de un sujeto que pasa de aceptar un conjunto de creencias a modificar algunas o todas ellas en un proceso de revisión (p. 223). Por su parte, la derrotabilidad de justificación es la forma más interesante en que se manifiesta el fenómeno, según Hage. Para este autor, la derrotabilidad de justificación se relaciona con la aceptación de algunas creencias, en la medida que pueden encontrarse justificadas. Ahora bien, si se deja de considerar justificadas dichas creencias, se deja también de aceptar las conclusiones que se derivan de estas. En el modelo de lógica «por defecto», que se ha presentado más arriba, lo que ocurre es que una nueva «justificación» lleva a modificar las conclusiones sobre algún asunto. Ahora bien, lo particular de este tipo de derrotabilidad es que, a nivel de macrocreencias (conjuntos de creencias agrupados en sistemas de conocimiento), se pueden mostrar inconsistencias. Es posible no ser plenamente consciente de los efectos que determinado cambio de creencias produce en algunas de las conclusiones que antes eran aceptadas, y es por ello que de la derrotabilidad de justificación no siempre se sigue una derrotabilidad epistémica. Lo interesante, entonces, es evidenciar aquellos casos en los que un agente mantiene creencias que han dejado de estar justificadas por las mismas premisas que él acepta. En la medida que la derrotabilidad de justificación es la que Hage considera más interesante para el derecho, en lo sucesivo la presentación y problematización se centrarán en ella.

3.1.2. Ponderación y derrotabilidad.

La pregunta por el uso del concepto de derrotabilidad en el derecho suele estar complementada por la identificación de distintos contextos en los que se dice que el razonamiento jurídico es derrotable. El uso relevante para la presente investigación es aquel en el que se proponen las reglas jurídicas como derrotables (Hage, 2003, p. 231). La discusión, aquí, se da sobre si es posible identificar excepciones implícitas a las reglas de un sistema jurídico. A esta pregunta, Hage responde afirmativamente, y señala que si, en general, las reglas presentan un adecuado balance de intereses en conflicto, existen casos en los que la respuesta de la regla va en contra de una suerte de interpretación sistemática de todo el sistema de reglas y principios. Si ello es así, existen elementos fantasma (Sotomayor, 2013, pp. 198 - 199) en la gran conjunción de la conformación de una regla que solo aparecen cuando se analiza un caso atípico. Por ello, las conclusiones asociadas a una consecuencia jurídica que se debe aplicar nunca son categóricas, sino siempre derrotables. A este problema es al que se ha referido Angeles Ródenas (2012) bajo el nombre de «derrotabilidad en el nivel de las prescripciones contenidas en las formulaciones de las reglas» (p. 40). La idea de Ródenas es ligeramente distinta a la de Hage: para ella existe una distancia entre la formulación lingüística de determinada regla y las intenciones del legislador respecto, por ejemplo, de los bienes jurídicos que se buscaban proteger con dicha regla. Ello hace que cuando estas finalidades no se encuentren vulneradas, a pesar de que la conducta calza como prohibida por la formulación lingüística de la regla, la misma se encuentre, aun con ello, permitida. Por su parte, Hage se refiere a una regla cuyo contenido se invalida cuando es interpretada a la luz de principios que pueden jugar en contrario, y que determinan

espacios de conflicto en los que no puede prevalecer dicha regla. Frente a ello se pueden presentar hasta tres actitudes: (i) descartar a las reglas por completo, debido a su incompatibilidad con el contenido de un principio; (ii) aplicar siempre las reglas, así entren en conflicto con principios; y (iii) aplicar una solución intermedia en la que se parte de la regla, se busca una interpretación compatible con los principios que sean relevantes y, solo en caso de que esta interpretación no sea posible, se recurre al abandono de la regla, no sin antes cuantificar el perjuicio que ello produce en la seguridad jurídica y en la institucionalidad del legislador (Hage, 2003, p. 232).

Ahora bien, este contexto de razonamiento jurídico derrotable lleva directamente a la pregunta de si es adecuado analizar las ponderaciones desde la perspectiva de la derrotabilidad. Se podría responder a esta pregunta de forma apresurada diciendo que, como se acaba de demostrar en los casos anteriores, es necesario que, por lo menos en aquellos supuestos en los que las reglas son evaluadas a la luz de principios que puedan entrar en conflicto con estas, utilizar un razonamiento sobre derrotabilidad y lógicas no monotónicas. Sin embargo, una respuesta de este tipo no tomaría en cuenta qué reglas y principios se comportan de forma distinta, a pesar de objeciones como la de García Figueroa (2013, p. 133).

Aun aceptando la distinción débil entre reglas y principios, es importante decir que las condiciones de aplicabilidad de las reglas suelen estar claramente definidas, lo que evidencia los casos límite en los que se debe recurrir a su abandono en pro de la protección de principios en contrario. En cierta medida, las reglas se encuentran por delante en el nivel de concreción respecto a los principios. Aun si ambos tipos de normas regulan comportamientos solo con carácter *prima facie*, los principios lo hacen de manera más abstracta que las reglas. Por otra parte, se podría señalar que decir si el razonamiento jurídico es derrotable o no se relaciona con si se asume un punto de vista de participante o de observador externo. En los ejemplos anteriores se concluye que es posible abandonar el contenido de una regla mediante un razonamiento sobre la derrotabilidad solo cuando quien evalúa la situación es alguien distinto de quien toma y fundamenta dicha decisión. Para este, su conclusión es la más compatible con el ordenamiento en su conjunto, entendido este de forma coherente.

Se entiende que hacia ello apunta Jan Sieckmann (2003) cuando concluye que la lógica no monotónica y el razonamiento derrotable son inadecuados para representar los razonamientos en la ponderación (pp. 211 - 219). Lo que él llama la «tesis de la deducción» consiste en que desde el punto de vista interno, el razonamiento judicial es deductivo, y que, por ello, no requiere de la elaboración o asistencia de lógicas no monotónicas (Sieckmann, 2003, p. 216). Es decir que, para Sieckmann, no es posible que un razonamiento judicial se base en consideraciones que se asumen transitorias. En todo caso, cada vez que se produce un aparente cambio en el razonamiento debido a la incorporación de nueva información, este se debe a un aspecto procedimental que es poco tomado en cuenta: la información adicional podría necesitar de una nueva justificación, distinta de la que dio origen a la conclusión original, o podría ser irrelevante (Sieckmann, 2003, p. 216). En el primer caso, en realidad, hay un razonamiento distinto al inicial, y que, por vías deductivas, arriba a una conclusión distinta de la de un caso inicial que, aunque parecido, nunca es igual en todos sus elementos. En el segundo caso, se hace necesario dudar sobre si las nuevas propiedades son relevantes para la toma de decisión (por ejemplo, si quien vulneró el derecho lo hizo vistiendo un pantalón rojo, mientras que en el caso anterior se había realizado vistiendo una falda escocesa).

3.2. Hacia un modelo ponderativo-especificacionista.

La discusión anterior lleva de vuelta a la propuesta especificacionista de Moreso, pero ahora será complementada con un análisis bastante parecido al que Atienza (2004) realizó respecto de discusiones en el campo de la bioética.

Se ha visto que en el modelo de Moreso se identifica un universo del discurso (UD) que consiste en la delimitación del problema normativo. Luego, a partir de este, se identifican principios o pautas *prima facie* aplicables al caso particular para, finalmente, elaborar una lista de propiedades relevantes para el análisis. Toda esta metodología está encaminada a la obtención de reglas que logren resolver todos los casos paradigmáticos que abarcan el universo del discurso de un caso particular. Por su parte, Atienza (2004) sostiene que la metodología de análisis de colisiones entre principios consiste, en un primer paso, en la elaboración de una taxonomía u ordenación de los distintos tipos de colisiones, según los principios de que se trate (p. 62). Luego, a partir de ello, se elaboran reglas de prioridad que «no suponen una ordenación lexicográfica, esto es, una jerarquización de los principios del tipo ‘el principio P1 prevalece siempre frente al principio P2’» (Atienza, 2004, p. 63). Atienza concluye que las reglas así obtenidas son fragmentarias e incompletas, y que pueden ser cambiadas o rechazadas en el tiempo, pero que ello no priva de racionalidad a los resultados.

La llamativa similitud de ambas propuestas permite contraargumentar sobre la base de errores comunes a ambos autores. El problema de las propuestas de Moreso y Atienza es que obvian la parte más importante de los análisis de ponderación: la ponderación en sí misma. En sus propuestas, un conjunto de reglas parece emanar *ex nihilo* de la estructura misma de un caso: de la colisión en bruto en el caso de Moreso y de la jurisprudencia en el caso de Atienza. Esta crítica es menos justa respecto del último autor; ya que trata de reconstruir un conjunto de razones en la jurisprudencia y ello le lleva a concluir que no se encuentra sólo frente a reglas-resultado sin razones para sostenerlas, ni tampoco frente a meros tópicos o lugares comunes de la jurisprudencia, sino frente a intentos de racionalización de espacios de colisión. Sin embargo, aun con ello, no se evidencia ningún sistema que resuelva los conflictos de forma predecible. Esto ocurre porque los criterios para establecer las relaciones de prevalencia en las colisiones de principios aparecen como una suerte de función desconocida (una función de caja negra) en los modelos de los autores españoles. En sus propuestas solo se conocen determinados datos de entrada y un sistema de ordenación de casos y prevalencias, que es la salida. No se sabe nada sobre lo que ocurre en el ínterin y de la forma en la que se resuelven los conflictos.

El resultado de esta metodología ciega puede ser la elaboración de reglas en las que las propiedades relevantes son fácilmente reconocibles, pero en las que la justificación de la «derrota» de uno de los principios queda oscurecida. Seguramente sin quererlo, sus propuestas se acercan mucho a la de una resolución crédula de conflictos de normas derrotables que se ha visto más arriba. Resulta indispensable complementar el análisis de Moreso y Atienza con una racionalización por la cual un conflicto entre normas derrotables (los principios) se decante en uno u otro sentido. Como se ha podido ver, esta es la forma más consistente de la actitud escéptica frente a la existencia de conflictos entre normas derrotables, y es la única forma de librarse de respuestas insuficientes, como una tesis de la discrecionalidad en la aplicación de principios. Esta propuesta de unificación de la ponderación alexyana y el especificacionismo de Moreso y Atienza podría ser llamada «modelo ponderativo-especificacionista». Su funcionamiento se acerca al del siguiente gráfico.

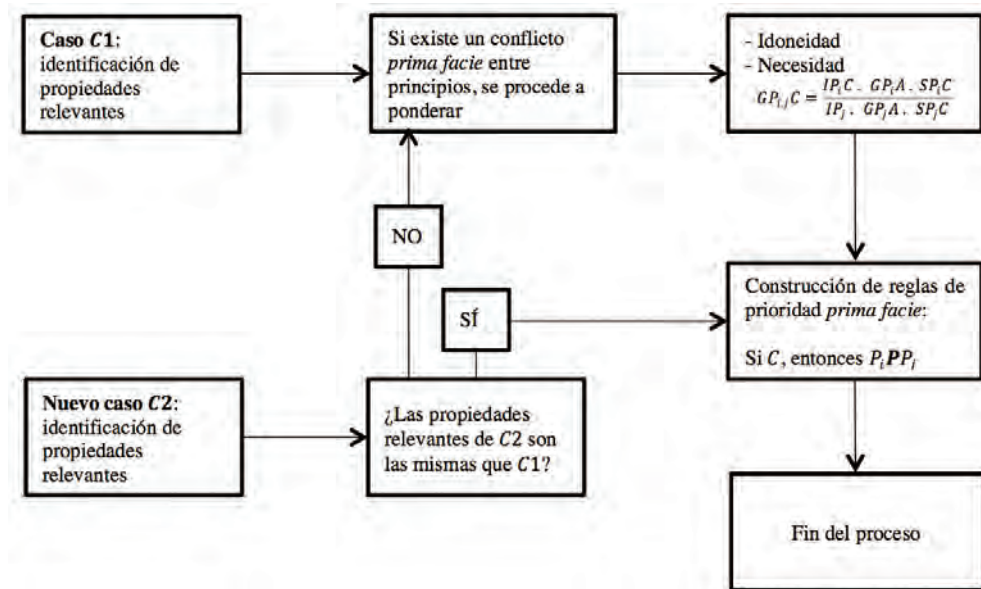


Figura 2. Funcionamiento del modelo ponderativo - especificacionista

Este modelo muestra que, frente a un caso *C1*, el juez identifica (i) un universo del discurso, (ii) las pautas *prima facie* aplicables y (iii) las propiedades relevantes. Sin embargo, ahora las reglas de precedencia no aparecen *ex nihilo*, sino que son el resultado de una ponderación que se constituye en el paso más importante de cara a la construcción de reglas de prioridad. Finalmente, el proceso termina, y en cada nuevo caso corresponde un análisis análogo. Si en *C2* el juez identifica que (i), (ii) y (iii) son iguales en los aspectos relevantes a los del caso, solo le quedará analizar (a) si la ponderación que se realizó en aquel caso era correcta en el sentido de razonable³² y justificada. En caso contrario, el juez se aparta de la regla establecida en *C1*, pero no porque hubiese aparecido una nueva propiedad relevante que decide el caso en un sentido distinto al de la anterior jurisprudencia, sino debido a que el nuevo juzgador considera que la justificación de la resolución en *C1* es insuficiente o defectuosa. Si este no es el caso, (b) el juez ya tiene una regla formulada que solo debe aplicar en la nueva instancia; y, finalmente, (c) si las propiedades relevantes entre *C1* y *C2* no coinciden, estaremos frente a un caso que requiere un nuevo análisis. En este último supuesto, resulta irrelevante que, siguiendo a Sieckmann, consideremos que el juez razona de forma deductiva y que, por ello, las categorías de derrotabilidad y de lógicas no monotónicas no son de utilidad; o que consideremos que sí lo son y estructuremos nuestro análisis sobre la base de ellas. Finalmente, esta disputa puede evidenciar una discrepancia meramente aparente: la del observador externo frente al participante desde el punto de vista interno en la resolución de una ponderación. Lo que realmente importa

32 Para un acercamiento a la compleja noción de razonabilidad, véase Atienza (1987, pp. 189 - 200), Bazán y Madrid (1991, pp. 179 - 188) y Luther (2007, pp. 295 - 326).

aquí es que la actitud escéptica frente al conflicto lleva, a modo de ver de los autores de este trabajo, a un proceso de sana racionalización que no se conforma con la enunciación de reglas que aparecen sin justificación (de forma discrecional), sino que son cuidadosamente elaboradas a través de un exigente procedimiento basado en tres subtests. Finalmente, esto muestra que, a lo sumo, los modelos de Atienza y Moreso son clarificaciones de aspectos en los que una teoría general como la de Alexy no se podía detener; mas no reformulaciones de aspectos que sustancialmente no contenga la teoría alexyana. Es más, si se ha de escoger entre las metodologías presentándolas (de forma incorrecta) como rivales, resulta preferible optar por el minucioso y escéptico análisis alexyano, que por el crédulo modelo especificacionista.

4. Conclusiones

Luego del análisis efectuado en este trabajo, se puede concluir que la derrotabilidad juega un papel importante en la comprensión de las relaciones de colisión entre principios. Sin embargo, de ello no se deduce la necesidad de utilizar lógicas no monotónicas para su tratamiento. Lo más importante del razonamiento derrotable está asociado a la forma en que se canalizan las colisiones hacia resultados racionales. En ese sentido, es necesario superar la actitud crédula, pues sus resultados son muy parecidos a los de la tesis de la discrecionalidad del positivismo llevada a los conflictos constitucionales. En su lugar, una sana actitud escéptica lleva a revalorizar el papel de la justificación en la elección sobre la prevalencia de uno de los principios.

Es por ello que el mejor modelo de ponderación es aquel que no desconoce el lugar de la argumentación en la construcción de decisiones a partir de principios que colisionan. Esta razón lleva a que, a pesar de su refinamiento lógico, el modelo especificacionista fracase, en la medida que sus reglas aparecen sin ninguna fundamentación. Evidentemente, dicha crítica no descarta por completo la propuesta, pues también es cierto que la ponderación alexyana tiene un énfasis casuístico que hace difícil, en algunos casos, extender las conclusiones a otros casos similares. Es por ello que el aporte propuesto en este trabajo se dirigió a defender un modelo ponderativo-especificacionista de ponderación. Con ello, sin descartar la dimensión argumentativa, se aíslan ciertas propiedades relevantes y se construyen reglas a partir de una argumentación que parte de una actitud escéptica frente a las colisiones interprincipios.

REFERENCIAS

- Aguado, T. (2010). El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal peruano. En M. Carbonell y P. Grández (coords.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Lima: Palestra.
- Aguiló, J. (2013). Cuatro modos de debatir. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (36), pp. 211 - 227. Recuperado de https://www.academia.edu/6379434/Cuatro_modos_de_debatir
- Alchourrón, C. y Bullygin, E. (1987). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2000). Derechos sociales fundamentales. En M. Carbonell, J. Cruz y R. Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (66), pp. 13 - 64.
- Alexy, R. (2003a). Derecho constitucional y derecho ordinario. Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria. En *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2003b). On balancing and subsumption: A structural comparison. *Ratio Juris*, 16(4), pp. 433 - 449.
- Alexy, R. (2006). Discourse theory and fundamental rights. En A. Menéndez y E. Oddvar (eds.), *Arguing fundamental rights*. Países Bajos: Springer.
- Alexy, R. (2009). Sobre los derechos constitucionales a protección. En *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico europeo.
- Alexy, R. (2010a). *La teoría de la argumentación jurídica* (Trad. M. Atienza e I. Espejo). Lima: Palestra.
- Alexy, R. (2010b). The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*, 23(2), pp. 167 - 182.
- Alexy, R. (2010c). La fórmula del peso. En *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra.
- Alexy, R. (2011). La doble naturaleza del derecho. En Carlos Bernal Pulido (ed.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*. Lima: Palestra.
- Alexy, R. (2012). Rights and liberties as concepts. En M. Rosenfeld y A. Sajó (eds.), *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press.

- Antonelli, G. A. (2012). Non-monotonic Logic. En Edward Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/logic-nonmonotonic/>
- Asmus, C. y Restall, G. (2012). History of the Consequence Relation. En D. Gabbay y J. Woods (eds.), *Handbook of the History of Logic*, vol. 11 (pp. 11 - 62). Oxford: Elsevier.
- Atienza, M. (1987). Para una razonable definición de «razonable». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (4), pp. 189 - 200.
- Atienza, M. (2004). Juridificar la Bioética. Una propuesta metodológica. En *Bioética, Derecho y Argumentación*. Lima-Bogotá: Palestra, Temis.
- Atienza, M. (2010). A vueltas con la ponderación. En *La Razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, (1), pp. 1 - 15.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (10), pp. 101 - 120.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Ávila, H. (2011). *Teoría de los principios*. Madrid: Marcial Pons.
- Bazán, L. y Madrid, R. (1991). Racionalidad y razonabilidad en el derecho. *Revista Chilena de Derecho*, 18(2), pp. 179 - 188.
- Benhabib, S. (2006). El otro generalizado y el otro concreto. La controversia Kohlberg-Gilligan y la teoría moral. En *El ser y el otro en la ética contemporánea*. Barcelona: Gedisa.
- Bernal, C. (2006). On Alexy's weight formula. En A. Menéndez y E. Oddvar (eds.), *Arguing fundamental rights*. Países Bajos: Springer.
- Bernal, C. (2010). La racionalidad de la ponderación. En M. Carbonell y P. Grández (coords), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Lima: Palestra.
- Bernal, C. (2011). *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*. Lima: Palestra.
- Büllesbach, A. (1992). Enfoques de teoría de sistemas. En A. Kaufmann y W. Hassemer, *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate.
- Burga, A. (2011). El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Gaceta Constitucional*, (47), pp. 253 - 267.
- Clérico, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, Universidad de Buenos Aires.
- Clérico, L. (2011). Los «casos» en el modelo de ponderación orientado por reglas. El modelo alexyano de la ponderación en comparación con el modelo «especificionista» de Moreso. En C. Bernal Pulido (ed.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*. Lima: Palestra.

- Copi, I. y Cohen, C. (2002). *Introducción a la lógica*. México D.F.: Limusa.
- Corredor, C. (2011). *Compendio de lógica, argumentación y retórica*. Madrid: Trotta.
- Diccionario de la lengua española (23ª ed.). (2014). Madrid: Real Academia Española. Recuperado de <http://dle.rae.es/>
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Espinoza, J. (2008). *Acto jurídico negocial*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ferrajoli, L. (2008). Principia Iuris. Una discusión teórica. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (31), pp. 393 - 434.
- Ferrajoli, L. (2008). Sobre los derechos fundamentales. En Miguel Carbonell (ed.), *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. y Ruiz Manero, J. (2012). *Dos modelos de Constitucionalismo: Una conversación*. Madrid: Trotta.
- Figueroa, A. (2007). ¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado Constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy. En R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- García Amado, J. A. (2007a) Derechos y pretextos. Elementos de crítica del Neoconstitucionalismo. En M. Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM.
- García Amado, J. A. (2007b). El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica. En R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- García Amado, J. A. (2012). Sobre ponderaciones. Debatendo con Manuel Atienza. En M. Atienza y J. A. García Amado, *Un debate sobre la ponderación*. Lima: Palestra, Temis.
- García Figueroa, A. (2007). ¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado Constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy. En R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- García Figueroa, A. (2009). *Criaturas de la moralidad*. Madrid: Trotta.
- Giusti, M. y Tubino, F. (eds). (2007). *Debates de la ética contemporánea*. Lima: Estudios Generales Letras, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Grández, P. (2010). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano. En M. Carbonell y P. Grández (coords.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Lima: Palestra.
- Grández, P. (2013). La interpretación constitucional como argumentación concretizadora de normas: un esquema preliminar. En *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra.
- Habermas, J. (2010). *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso* (Trad. M. Jiménez Redondo) (6ta ed.). Madrid: Trotta.

- Hage, J. (2003). Law and defeasibility. *Artificial Intelligence and Law*, 11, pp. 221 - 243.
- Hart, H.L.A. (1968). *El concepto del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Larenz, K. (2010). *Metodología de la ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Lopera, G. P. (2006). *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Lopera, G. P. (2010). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. En M. Carbonell y P. Grández (coords.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Lima: Palestra.
- Luther, J. (2007). Razonabilidad y dignidad humana. *ReDCE*, (7), pp. 295 - 326.
- Marciani, B. (2004). *El Derecho a la Libertad de Expresión y la Tesis de los Derechos Preferentes*. Lima: Palestra.
- Martínez Zorrilla, D. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons.
- Mir Puig, S. (2001). Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 03-06. Recuperado de http://criminnet.ugres/recpc/recpc_03-06.html
- Morales, F. (2013). Un análisis argumentativo de las concepciones metaéticas en las teorías de Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza. En *Cuaderno de Trabajo del CICAJ N° 1*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica, Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Moreso, José Juan. (2001). In defense of inclusive legal positivism. Recuperado de: http://www.dirittoequestionipubbliche.org/D_Q-1/testi/moreso-testo.htm
- Moreso, José Juan. (2006). Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales. *Revista Direito GV*, 2(2).
- Moreso, J. J. (2010). Conflictos entre Derechos Constitucionales y maneras de resolverlos. *ARBOR Ciencia, pensamiento y cultura*, CLXXXVI(745).
- Patrón, P. (2007). Iguales y diferentes: una ética atenta a la pluralidad de voces. En M. Giusti y F. Tubino (eds.), *Debates de la ética contemporánea*. Lima: Estudios Generales Letras, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Portocarrero, J. (2013). Racionalidad procedimental y ponderación de derechos fundamentales. En *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*. Lima, México D.F.: Palestra.
- Prieto Sanchís, L. (2009). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (4ta ed.). Madrid: Trotta.
- Rivers, J. (2007). Proportionality, discretion and the second law of balancing En G. Pavlakos (ed.), *Law Rights and discourse: The legal philosophy of Robert Alexy*. Portland: Hart Publishing.
- Ródenas, A. (2012). *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons.

- Rubio, M. (2013). *Nulidad y Anulabilidad*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Sieckmann, J. (2003). Why non-monotonic logic is inadequate to represent balancing arguments. *Artificial Intelligence and Law*, 11 (2), pp. 211 - 219.
- Sotomayor, J. E. (2013). Sistemas expertos en el derecho: apuntes sobre un debate casi olvidado. En *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra.
- Sunstein, C. (1996). *Legal reasoning and political conflict*. Nueva York: Oxford University Press.
- Sunstein, C. (2007). Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law. Recuperado de <http://www.law.uchicago.edu/files/files/147.pdf>
- Touri, K. (1989). Fundamental rights principles: disciplining the instrumentalism of policies. En A. Menéndez y E. Oddvar (eds), *Arguing fundamental rights*. Dordrecht, Países Bajos: Springer.

COMENTARIOS

Heber Campos Bernal
Profesor del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

El trabajo de Enrique Sotomayor y Noemí Anci intitulado «Hacia un modelo ponderativo especificacionista de ponderación entre principios» es una estupenda muestra del tipo de trabajos que debemos alentar y apoyar en nuestra facultad. Se trata de un trabajo riguroso, bien documentado y con un planteo inteligente que, ojalá más temprano que tarde, pueda ser publicado en su versión original, para satisfacción no solo de sus autores, sino de la comunidad académica en su conjunto.

Conozco personalmente a Enrique y Noemí, por lo que puedo dar fe de su compromiso con la docencia y la investigación académica. Son dos excelentes investigadores jóvenes que, seguramente, de seguir en la senda iniciada con este trabajo, realizarán aportaciones valiosísimas para la comprensión y la práctica del derecho en nuestro país.

I.

El trabajo de Enrique y Noemí desarrolla una relectura del test de proporcionalidad de Alexy a la luz de las observaciones de algunos de sus más destacados críticos¹. A efectos de aclarar el argumento desarrollado en su trabajo, dividiré mi explicación en tres partes: (a) la primera se relaciona al planteamiento de Alexy del test de proporcionalidad; (b) la segunda se realciona a las críticas en su contra avanzadas por José Juan Moreso y David Martínez Zorrilla; y (c) la tercera se relaciona a la reconstrucción —metodológica y teórica del test de proporcionalidad alexyano, desarrollado por ambos autores a partir de dichas críticas.

I.1.

Alexy considera que, si bien los principios son normas que adolecen de vaguedad y ambigüedad, pueden ser interpretados y aplicados de forma objetiva mediante una estrategia argumentativa a la que denomina el test de proporcionalidad. Este test —y es bueno resaltarlo— no es una invención de Alexy, sino una reconstrucción de los pasos seguidos por la Corte Constitucional Alemana para resolver las colisiones entre principios. El test de proporcionalidad en el planteamiento de este autor se compone de tres pasos o subtests: (i) el juicio de idoneidad, (ii) el juicio de necesidad y (iii) el juicio de proporcionalidad en sentido estricto².

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/heber-campos-bernal>

1 El texto que, a nuestro juicio, mejor describe y explica estas críticas es Bernal, C. (2003). *El principio de proporcionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Junto con este importante trabajo, destaca también Carbonell, M. y Grández, P. (coords.). (2010). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra.

2 Alexy, R. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

El juicio de idoneidad, en pocas palabras, consiste en determinar si existe una relación lógica (de adecuación formal) entre el fin de una medida y el medio elegido para su realización práctica. Se trata, por decirlo de alguna manera, de una relación de medio a fin. En palabras de los autores: «Una medida *M* es idónea cuando se encuentra en capacidad de generar un beneficio en uno de los principios analizados, cuantificable como un desplazamiento desde un punto *x* hacia un punto mejor que el anterior ($x + n$). El análisis de perjuicio o detrimento (y su cuantificación) en uno o más principios en contrario no pertenece al subtest de idoneidad»³. Un ejemplo puede ayudar a comprender en qué consiste este subprincipio: hipotéticamente, la Municipalidad de Lima aprueba una ordenanza que prohíbe la circulación de autos en Lima con la finalidad de evitar accidentes de tránsito. Para saber si esta medida supera el test de idoneidad se tiene que identificar si entre ella y el fin para el que fue creada existe una relación lógico-causal, es decir, si es posible determinar que, si se prohíben los autos en Lima, no se producirán accidentes de tránsito. Y lo que encontramos es que, en efecto, si una medida como esta fuera aprobada, entonces no habría accidentes en Lima.

El juicio de necesidad, por su parte, consiste en determinar, en el ejemplo presentado, si una medida, «prohibir la circulación de autos en Lima», es, de entre todas las medidas idóneas posibles, la menos lesiva de los derechos que podrían entrar en conflicto con ella, esto es, el derecho a la propiedad, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, etc.

Por último, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, en palabras de Alexy, busca que: «cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro»⁴. La forma como se determina si, en efecto, una medida supera este subtest es a través de la denominada fórmula del peso, la cual, como señala Carlos Bernal, tiene la función de establecer una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión⁵.

1.2.

Ahora bien, el planteamiento de Alexy ha sido objeto de diversas críticas. En el contexto del trabajo de Enrique y Noemí destacan las críticas avanzadas por José Juan Moreso y David Martínez Zorrilla. Ambos autores se hallan profundamente comprometidos con el positivismo metodológico de Hart, por lo que algunas de sus observaciones se basan en cuestionar el contenido iusfundamental de la teoría del derecho de Alexy que subyace al test de proporcionalidad.

A efectos de la exposición que quiero llevar adelante, abordaré, entonces, las críticas de ambos autores por separado.

1.2.1.

Moreso considera que el test de proporcionalidad alexyano adolece de diversos problemas y vacíos, conceptuales y metodológicos. En su opinión, Alexy se equivoca al sostener que el test de proporcionalidad es un instrumento suficiente para dotar de claridad y objetividad a la interpretación y aplicación de los principios. Por ello, en su lugar, propone lo que denomina un modelo especificacionista. Este modelo consiste en incorporar una serie de elementos que, por

3 Sotomayor, E. y Ancí, N. (En prensa). Hacia un modelo ponderativo-especificacionista de ponderación entre principios. Lima: CICAJ, p. 7.

4 Alexy, R. (2010c). La fórmula del peso. En *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra, p. 15.

5 Bernal, C. (2010). La racionalidad de la ponderación. En M. Carbonell y P. Grández (coords.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Lima: Palestra, p. 50.

caso, Alexy deja de lado. Para Moreso, la interpretación y aplicación de los principios, para ser válidas, deberían observar las siguientes pautas y criterios:

- (i) El primer paso consiste en la delimitación del problema normativo, o, como lo llaman Alchourrón y Bulygin, el universo del discurso. El objetivo de este paso es hacer el conflicto más manejable para el operador jurídico.
- (ii) El segundo paso consiste en identificar las pautas (principios) que, prima facie, son aplicables al caso. Solo cabe agregar que el modelo base de un conflicto supone dos pautas aplicables de forma contradictoria a un caso determinado. Mientras que la operación del modelo a este nivel es bastante sencilla, a medida que crece el número de pautas prima facie aplicables al caso crece también la complejidad del análisis posterior.
- (iii) Luego, el tercer paso consiste en traer a colación un conjunto de casos paradigmáticos reales o hipotéticos que puedan ocurrir al interior del universo del discurso. Este paso se encuentra en una relación cercana con el establecimiento de ciertas propiedades relevantes que ahora se verán.
- (iv) La cuarta etapa del análisis consiste en establecer un conjunto de propiedades relevantes dentro del universo del discurso. Precisamente, este paso se lleva a cabo muy de cerca con el paso (iii) porque a partir del universo de propiedades relevantes (UP) podemos elaborar, sobre la base de sus distintas combinaciones, un universo de casos que agoten las posibilidades de expresión del conflicto (UC o universo de casos)⁶.
- (v) Finalmente, el quinto y último paso de la metodología consiste en la formulación de un conjunto de reglas que resuelvan de modo unívoco todos los casos del universo del discurso (UD)⁷.

1.2.2.

David Martínez Zorrilla, en la misma línea de Moreso, considera que el test de proporcionalidad deja muchos problemas sin resolver. En su opinión, dicha propuesta permite que los jueces encubran sus prejuicios sobre la base de un método que, si bien pretende ser objetivo, en la práctica no llega a cumplir ese objetivo. En opinión de este autor, el test alexyano no toma en cuenta que al menos uno de sus subprincipios —el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto— se halla sujeto a los prejuicios y discrecionalidad de sus intérpretes. Martínez Zorrilla considera, en ese sentido, que «la teoría alexyana adolece de criterios para determinar el grado de afectación o promoción de un derecho. Es decir que más allá de consideraciones generales basadas en su teoría de la argumentación, la teoría de la ponderación de Alexy no aporta criterios de justificación en la asignación de pesos a los principios en conflicto»⁸.

6 Esta precisión se debe a la reelaboración de Martínez. Véase Martínez Zorrilla, D. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons, p. 206.

7 Sotomayor, E. y Ancí, N. (En prensa). *Hacia un modelo ponderativo-especificacionista de ponderación entre principios*. Lima: CICAJ, p. 17.

8 Sotomayor, E. y Ancí, N. (En prensa). *Hacia un modelo ponderativo-especificacionista de ponderación entre principios*. Lima: CICAJ, p. 16.

1.2.3.

Enrique y Noemí, por su parte, plantean una mirada o salida intermedia entre el test de proporcionalidad y las críticas vertidas en su contra. Sostienen, en esa medida, que es posible arribar a un modelo ponderativo-especificacionista. Este modelo mantiene el aliento argumentativo de la propuesta alexyana, pero no incurre en sus errores. La propuesta de Enrique y Noemí incorpora los dos pasos del test de proporcionalidad: el juicio de idoneidad y de necesidad, y reemplaza el tercero, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, por la fórmula avanzada por Moreso, según la cual resulta necesario identificar propiedades relevantes y casos paradigmáticos para interpretar y aplicar los principios.

De esta forma, sostienen Enrique y Noemí, los jueces, al momento de resolver las colisiones entre principios, recurrirán al test de proporcionalidad solo cuando estos no hayan sido objeto de ponderación en el pasado, o, si lo hubieran sido, cuando no se haya considerado alguna (o algunas) de sus propiedades relevantes. Las ventajas de un planteamiento como este, sostienen, son de dos tipos: por un lado, se optimiza (entendiendo este término como «se mejora», «se corrigen sus limitaciones») el test de proporcionalidad; y, por el otro, se garantiza la seguridad jurídica y la certeza en el derecho. Los jueces pueden seguir utilizando el test de proporcionalidad para resolver las colisiones entre principios, pero tomando en cuenta las ponderaciones que, a su vez, otros jueces han realizado en el pasado. De este modo, sus decisiones, más que un invento, han de ser producto de una interpretación evolutiva en la que, como se verá a continuación, la práctica constitucional y el diseño institucional juegan un rol decisivo.

2.

Ahora bien, tras exponer, aunque someramente, los rasgos más saltantes de la investigación de Enrique y Noemí, me permitiré hacer algunas observaciones críticas al respecto. Debo indicar que estas observaciones en nada pretenden desmerecer el excelente trabajo de ambos, sino, más bien, introducir algunos elementos para su discusión y análisis.

Las observaciones que deseo hacer son, en esa medida, las siguientes: (a) considero que el trabajo de Enrique y Noemí obvia, quizá deliberadamente, el escenario institucional en el que se inscribe; y (b) considero que la actual práctica del derecho, por lo menos en nuestros países, no se puede entender al margen de la práctica que realizan las cortes y tribunales internacionales de derechos humanos.

2.1.

La primera observación que tengo se relaciona, en ese sentido, con la finalidad de la investigación de Enrique y Noemí. Ellos sostienen que, a través de la fórmula ponderativo-especificacionista se evitan los problemas asociados con el test de proporcionalidad de los que ya se ha hablado, y se optimizan sus ventajas mediante la identificación de propiedades relevantes y casos paradigmáticos. Su trabajo busca identificar un método que permita superar los problemas del test alexyano y, al mismo tiempo, potenciar sus virtudes. Así, de lo que se trata no es de rechazar por completo el test de proporcionalidad de Alexy, sino de llamar la atención sobre algunos problemas que, a la luz de los aportes de Moreso y Zorrilla, podrían ser resueltos.

Sin embargo, el planteamiento de Enrique y Noemí no toma en cuenta, pienso, un problema de la mayor importancia, y es que, en nuestro medio, el único órgano que podría verse afectado por una propuesta de este tipo sería el Tribunal Constitucional. Este Colegiado, como se sabe, es el responsable de llevar a cabo el control concentrado de constitucionalidad de las

leyes y de interpretar con carácter vinculante la Constitución. Los jueces ordinarios, a diferencia del Tribunal Constitucional, están impedidos de emitir precedentes. Esto hace que, al margen de que pongan en práctica este modelo, sus decisiones no puedan influir en las que adopten, a su vez, otros jueces.

De lo anterior, entonces, se desprende una paradoja: ¿qué sucede si el TC, en lugar de ser consistente con su jurisprudencia previa, resuelve los casos que son puestos a su consideración en base a razones prudenciales o a argumentos extrajurídicos? La respuesta parece obvia: nada. Al margen de que el TC cuente con una herramienta como el modelo ponderativo especificacionista, no tiene la obligación de seguir su línea jurisprudencial pasada. De hecho, en el Perú, esa parece haber sido la nota característica de su práctica interpretativa.

El punto es que en el país no hay una práctica constitucional sólida. No se han establecido ni *leading cases* ni precedentes que se mantengan en el tiempo. Al contrario, lo que hay, más bien, es algo muy diferente: una práctica constitucional pobre, que recién, tímidamente, intenta delinear sus contornos básicos. Esperemos que esta se asiente para determinar si un modelo como el avanzado por Enrique y Noemí puede tener cabida en ella.

2.2.

La segunda observación que tengo se relaciona con la anterior en el sentido de que aun si el TC pudiera disciplinar su práctica jurisprudencial en virtud del test propuesto, eso no libera de los problemas que se desprenden de la práctica desarrollada por las cortes internacionales de derechos humanos. Estas, como se sabe, interpretan normas convencionales de derechos humanos, las cuales, a la luz del bloque de constitucionalidad, poseen rango constitucional en el sistema jurídico peruano. Esto hace, por tanto, que sus decisiones sean de aplicación vinculante en nuestro sistema jurídico.

Siendo ello así, parece inevitable preguntarse hasta qué punto resulta realista limitar la actividad jurisprudencial de estas altas cortes sobre la base de lo propuesto por Enrique y Noemí. A nuestro modo de ver, ello resulta muy difícil, y esta situación se agrava por la dependencia que existe entre la práctica jurisprudencial de los tribunales locales y la de las cortes internacionales. En el mismo sentido, no puede perderse de vista la tensión política que subyace a la misma y que se expresa, por caso, en la renuencia de los estados a acatar las decisiones de la justicia internacional, y de las cortes locales de interpretar las normas en función de la doctrina convencional.

Solo para terminar, mi comentario busca incorporar en el debate un elemento que, a decir verdad, el trabajo de Enrique y Noemí no pretendía ni deseaba incorporar: el de la práctica interpretativa de nuestros tribunales. El único propósito de esta incorporación es resaltar un aspecto que también está presente en la reflexión que hizo Alexy del test de proporcionalidad: que la certeza, entendida en un sentido fuerte, no existe en el derecho. Esto no quiere decir que la interpretación y la aplicación de las normas no deban (o no puedan) propender a ese ideal regulativo, sino que en él intervienen también otros elementos o consideraciones valorativas.

RESPUESTA DE LOS AUTORES

Pocos meses antes de sustentar la tesis de pregrado en la que se basa «Hacia un modelo ponderativo especificacionista de ponderación entre principios», el Grupo de Investigación en Epistemología Jurídica y Estado Constitucional (GIEJEC) —a través de Betzabé Marciani— nos formuló una invitación para exponer algunas de las conclusiones extraídas del tercer capítulo de dicho trabajo. Dicha discusión, en la que participaron los profesores Joel Campos, César Higa y Rocío Villanueva, resultó fundamental no solo para que formulemos correcciones sobre la sección expuesta y discutida, sino que nos brindó nuevas pistas para volver a la sección más analítica del trabajo, precisamente aquella en la que se basa el artículo ahora publicado. Hacemos esta larga referencia anecdótica sobre la génesis de distintas secciones de nuestro trabajo porque permite graficar cierta tensión que existe en la teoría del derecho contemporánea a la hora de afrontar problemas de investigación. Ello ocurre, desde nuestro punto de vista, porque al igual que en otras ramas de la filosofía, la filosofía y teoría del derecho constituyen un terreno de disputas teóricas y metodológicas que determinan los resultados a los que arriban los autores e investigadores. En lo sucesivo, tomaremos estas primeras reflexiones para plantear respuestas sobre los interesantes comentarios y críticas del profesor Joel Campos.

I.

Resulta importante comenzar por la última observación que Joel Campos formula en sus comentarios. En esta observación final, él plantea un esbozo de recompreensión discursivo-argumentativa del concepto de certeza, vinculado cotidianamente (es decir, en la práctica de operadores jurídicos y abogados) con el principio de seguridad jurídica. Desde este enfoque, resulta bastante clara la vinculación de las teorías analíticas y lógicas del derecho con una visión del principio de seguridad jurídica en el que se limita la arbitrariedad ideológica de los aplicadores del derecho. Precisamente, los modelos de sistemas normativos de autores como Alchourrón y Bulygin se aproximan —desde nuestro punto de vista— a la construcción de marcos teóricos y metodológicos en los que la aplicación de las normas a los casos concretos se simplifica y se hace más prístina, y, con ello, se limita la arbitrariedad. Esto último, además, y en palabras de Ferrajoli, constituye una forma de garantizar los ideales políticos del liberalismo clásico¹.

Sin embargo, algunas de estas afirmaciones pueden conducir al error y es necesario moderarlas con algunos comentarios. En primer lugar, es evidente que los autores de corte más analítico no son ingenuos, y no creen realmente que es posible desaparecer la cuota de argumentación y la incorporación de ideologías jurídico-políticas a la hora de resolver casos en el derecho. Más aun, algunos de los aportes más resaltantes en la teoría del derecho de corte analítico se han dirigido a hacer explícito el espacio de discrecionalidad del que gozan los

¹ Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), p. 15 - 53.

aplicadores del derecho. Es imposible, en este punto, dejar de hacer referencia a la distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad que ensaya (si con éxito o no es aún objeto de discusión) Hart en *El concepto del Derecho* (1968) y otras obras, o la ya clásica distinción entre norma y disposición normativa defendida —por poner solo un ejemplo— por la escuela genovesa de raigambre realista.

Sin embargo, una crítica que sí resulta bastante válida —y a la que entendemos que apuntan los comentarios de Joel Campos— consiste en afirmar que la desvinculación (y hasta el desdén) por los problemas ético-morales vinculados al derecho (y, en especial, al derecho constitucional) es un sello distintivo de algunos autores analíticos tanto de adhesiones positivistas (blandas y duras) como realistas. Evidentemente, la anterior afirmación no es categórica y absoluta, pues autores como Joseph Raz se han dedicado con igual fruición a problemas de corte más analítico, como de otros de corte más ético-político².

Es común en algunas escuelas contemporáneas de teoría del derecho la adhesión a teorías escépticas o hasta emotivistas éticas. En otros casos, los problemas éticos y morales son reservados a disciplinas con vocación más abstracta, como la metaética, como ocurre en algunas de las discusiones que ha planteado Luigi Ferrajoli, y que en nuestro medio afrontó con notable claridad el profesor Félix Morales³.

Volviendo a los comentarios de Joel Campos, este desdén por el plano ético-político ha venido de la mano con una defensa fuerte del ideal de certeza, en la medida que este pueda ser defendido, pues cada vez que se deja lugar para las argumentaciones ético-políticas, se deja con ello la puerta abierta para el ingreso de ideología, prejuicios e irracionalidad entre los tomadores de decisiones. Entonces, frente a ello, cabe la pregunta de si el panorama es realmente así. Alexy es uno de los autores que ha tratado de tender puentes entre los problemas más analíticos de la teoría del derecho y aquellos de corte ético-político. Su defensa no es solitaria y ha venido acompañada en la tradición anglosajona por autores como Ronald Dworkin o John Finnis, y en el medio iberoamericano por autores como Atienza y Ruiz Mainero (entre muchos otros). Desde el punto de vista de los autores de esta segunda tradición, es posible plantear un control racional de la actividad argumentativa, aun cuando ella lidie en el plano jurídico con principios, con valores éticos o con conceptos jurídicos indeterminados. Tomando el vocabulario discursivo propuesto por Jürgen Habermas —otro de los autores que ha buscado tender puentes entre tradiciones filosóficas— es posible afirmar que, así como las proposiciones en el ámbito del lenguaje común plantean una pretensión de verdad, los valores en el ámbito de la moral plantean una pretensión de corrección, concepto sobre el cual se construye la teoría alexyana del derecho.

Es posible, entonces, abandonar la obsesión por la certeza y reemplazarla por una pretensión de corrección que demanda —como no puede ser de otra forma— una recompreensión del principio de seguridad jurídica. Aquí apenas podemos hacer una breve referencia a un reciente trabajo de Isabel Lifante en el que se plantea una distinción entre

2 Ejemplo de lo primero lo tenemos en artículos como Raz, J. (2004). Can there be a Theory of Law? En M. Golding y W. Edmundson (eds.), *Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*. Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=1010287>. Entre lo segundo tenemos, por ejemplo, los varios ensayos publicados en Raz, J. (1995). *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Recuperado de <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198260691.001.0001/acprof-9780198260691>.

3 Morales, F. (2013). Un análisis argumentativo de las concepciones metaéticas en las teorías de Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza. En *Cuaderno de Trabajo del CICAJ N°1*. Lima: CICAJ, PUCP.

predictibilidad y seguridad jurídica. A partir de dicha distinción, Lifante construye un concepto sustantivizado de seguridad jurídica en el que ya no prima una lectura descontextualizada de las reglas del derecho, sino una visión de conjunto que incorpora valores y principios constitucionales, pero también trozos de una cultura jurídica dada al momento de interpretar las reglas y principios del derecho (conceptos que harían huir a aquellos obsesionados con la certeza absoluta, que, desde nuestro punto de vista, pueden comprenderse como meros formalistas jurídicos)⁴. Precisamente, comprendemos el aporte del modelo ponderativo-especificacionista como una suerte de marco metodológico —aún bastante imperfecto— a partir del cual se hace posible incorporar razonamientos que toman lo mejor de una tradición lógico analítica (aislamiento de sistemas normativos y extracción de consecuencias lógicas de las interacciones entre pautas *prima facie* aplicables) y los conjugan con la riqueza del análisis discursivo que no teme el razonamiento con principios y valores constitucionales y políticos. Tomando —tal vez tendenciosamente— las palabras del profesor Joel Campos, hemos tratado de construir un modelo intermedio que aspira a funcionar como un estándar de control de racionalidad para las decisiones que afrontan conflictos entre principios.

2.

El segundo comentario que planteamos se refiere a la crítica que Joel Campos formula en el punto 2.1. de su ensayo. La crítica en este punto es acertada, pues compartimos la preocupación expresada respecto de la débil tradición judicial y de interpretación constitucional en nuestro medio. En efecto, los jueces pueden seguir precedentes —desde nuestro punto de vista— por dos razones distintas, que corresponden con dos formas de poder también divergentes: por razones autoritativas, es decir, porque el tribunal que dictó el precedente es de mayor jerarquía y ello obliga a seguir su jurisprudencia que goza de la calidad de precedente vinculante; o por razones constitutivas. En esta segunda vertiente, el tribunal que reproduce el precedente reproduce con ello un fragmento de práctica constitucional por el cual se comparte una determinada visión sobre la distribución de derechos y deberes en una sociedad dada. En otras palabras, cada vez que un juez se adhiere a un precedente por razones constitutivas, se convence de las buenas razones esbozadas en jurisprudencia precedente, y así se constituye activamente (es decir, participa) en la construcción de una tradición o lectura dada sobre los derechos fundamentales y principios constitucionales o, en términos dworkinianos, participa como el autor de un nuevo capítulo de una novela en cadena.

Con estos apuntes preliminares podemos volver al problema metodológico que plantea nuestro trabajo. Diremos, entonces, que el nuevo caso puede ameritar una misma respuesta cuando el juez comparte (i) la convicción de que el universo del discurso ha sido adecuadamente delimitado; (ii) la afirmación de que el caso nuevo presenta el mismo conflicto *inter principios* respecto de un caso anterior (es decir que no hay principios —en este nuevo caso— que merezcan atención, y que no fueron tomados en cuenta antes); (iii) la argumentación sobre las pautas *prima facie* o reglas propuestas para resolver el caso, lo que solo será posible cuando el juez del primer caso hubiese argumentado cada una de estas reglas, empleando para ello tanto razones jurídico autoritativas, práctico-morales y hasta consecuencialistas; y, finalmente, (iv) la valoración sobre el equilibrio de principios y/o derechos fundamentales planteada por

4 Lifante, I. (2013). Seguridad jurídica y previsibilidad. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (36), p. 103.

el juez a cargo de resolver el caso anterior. Si las cuatro condiciones precedentes se dan en el nuevo caso, el juez participa y constituye el espacio de razones de la práctica constitucional, y no queda excluido de este debido a que fue obligado por el precedente. En caso contrario, es decir, cuando el precedente es puro poder autoritativo, el juez del nuevo caso es dominado por un precedente que podría no compartir. Para continuar con la metáfora dworkiniana, en esta segunda vía no tenemos al autor activo de un nuevo capítulo de una novela en cadena, sino al escribano a cargo de la reproducción textual de un texto ya escrito y del cual este no ha participado. En conclusión, no podemos estar más de acuerdo con Joel Campos sobre el punto: en un entorno con una práctica constitucional endeble y sin líneas jurisprudenciales consolidadas sobre la base de la legitimidad (y no de la autoridad) de las resoluciones, es muy difícil que cualquier modelo metodológico florezca y se desarrolle.

3.

El comentario final que plantearemos se vincula con la crítica y observación que Joel Campos nos formula en el punto 2.2. de su ensayo. Aquí se aborda el problema de las limitaciones del modelo metodológico propuesto respecto de las sentencias, observaciones e informes de cortes internacionales de derechos humanos, comisiones de expertos, etc. El problema es harto complejo pues implica —como trataremos de mostrar— una matización de las tesis defendidas en el punto anterior de este ensayo de réplicas.

Tal vez resulte conveniente partir por la pregunta de cuáles son las razones por las cuales los abogados estudian y emplean estándares internacionales, o hacen referencia a sentencias de cortes internacionales en materia de derechos humanos. Desde el punto de vista de un abogado litigante (¿el *bad-man* de Holmes?), los tratados sobre derechos humanos y algunas interpretaciones sobre el contenido de dichos derechos por parte de cortes internacionales constituyen derecho positivo, al igual que cualquier principio o derecho fundamental recogido en la constitución. Ello —evidentemente— libera al abogado litigante de plantearse preguntas de fundamentación, que son las que preocupan a los investigadores que se aproximan al problema desde un punto de vista teórico. Desde esta segunda perspectiva, sin embargo, uno de los problemas principales consiste en la legitimidad de las decisiones de cortes internacionales para normar y ordenar la práctica constitucional o judicial interna. Si ya, a nivel interno, se han formulado fuertes críticas contra el «elitismo» judicial por parte de teorías críticas como la del constitucionalismo popular (véase, por ejemplo, el análisis de Gargarella⁵), resulta claro que una sentencia de, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se enfrenta a problemas de legitimidad, a primera vista, mayores. La respuesta a este problema demanda —desde nuestro punto de vista— un paso atrás en el planteamiento que esbozamos en II.

Decíamos en II que los jueces pueden afrontar la jurisprudencia anterior desde el punto de vista autoritativo —son soluciones a casos a las cuales se debe adherir, más allá de que resulten convincentes o no— o desde el punto de vista constitutivo, como cuando el juez del nuevo caso participa activamente de los argumentos, validando o legitimando su pertinencia y corrección normativa. Pues bien, la práctica de los derechos humanos contemporánea exige que, en muchos casos, las cortes nacionales e incluso la práctica de los gobiernos se adecue a

5 Gargarella, R. (2011). *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional para el periodo de Transición.

estándares internacionales, sin que sea un requisito que los jueces o poderes nacionales participen (constituyan) el espacio de las razones por las cuales estas decisiones fueron adoptadas. Eso significa que, en todo caso, en un modelo complejo de interacción jurisdiccional (nacional-internacional) conviven tanto razones autoritativas como de corrección; conviven obligación y participación. Ello no es privativo de la interacción entre cortes internacionales de derechos humanos y cortes nacionales pues, si se ve con atención, es la misma relación que se establece entre los precedentes vinculantes que emite en nuestro país el Tribunal Constitucional respecto de los tribunales de menor jerarquía.

Lo interesante de ello, desde el punto de vista teórico, es que nos pone frente a una vieja discusión de la filosofía jurídica, que consiste en el deber de obediencia al derecho. Immanuel Kant sostenía, sobre este punto, que se debe obedecer al derecho —en general, y a pesar de que su seguimiento arribe a resultados injustos en algunos casos— porque los beneficios totales de este comportamiento son mayores que los del no seguimiento del derecho (véase el excelente análisis de Westphal⁶ al respecto). En su lugar, uno de los elementos centrales de la Ilustración consistía en la facultad de formular críticas de las instituciones existentes. Si ello se traslada a nuestra discusión, vemos que el concepto de práctica constitucional no involucra solo a los jueces o colegiados que ejercen función jurisdiccional, sino que involucra a la comunidad jurídica compuesta por abogados litigantes, estudiantes de derecho y académicos. Los estándares de cortes internacionales han de ser seguidos, pero si derivan en una débil protección de los derechos o en resultados incompatibles con los órdenes constitucionales nacionales, o incluso si imponen cargas excesivas sobre los estados encargados de su cumplimiento, pueden ser criticados y corregidos. Nuevamente, el concepto central para comprender esta interacción compleja es el de legitimidad. En la medida, por ejemplo, de que los órganos que permiten el funcionamiento del derecho internacional ofrezcan espacios de apertura cognitiva⁷ para recoger las opiniones de los estados parte, de organizaciones de la sociedad civil o de académicos especialistas, el derecho internacional de los derechos humanos deja de depender de su carácter autoritativo y su legitimidad descansa en premisas discursivas. En todo caso, el modelo metodológico propuesto permite la interacción de decisiones adoptadas tanto por razones puramente autoritativas (al que llamaríamos el peor escenario) como en aquellos otros casos en los que el juez del nuevo caso participa del espacio de las razones por el que se adopta una decisión.

Evidentemente, estos primeros apuntes sobre el tema requieren de una reflexión y tratamiento mucho más profundo del que permiten estas líneas. Por ahora, la única conclusión a la que podemos arribar consiste en que sistemas de interacción nacional-internacional demandan una propuesta compleja a dos niveles del modelo ponderativo-especificacionista. Si ello, a su vez, requiere de correcciones o ajustes a la propuesta, es algo que queda pendiente por investigar.

6 Westphal, K. (1992). Kant on the State, Law, and Obedience to Authority in the Alleged 'Anti-Revolutionary' Writings. *Journal of Philosophical Research*, 17, pp. 383 - 426.

7 Véase Luhmann, N. (1992). Operational closure and structural coupling: The differentiation of the legal system. *Cardozo Law Review*, 13, pp. 1419 - 1441. También Ancí, N. y Sotomayor, J. (2014). *El problema de los empates ponderativos en Robert Alexy: dos propuestas de solución*. Lima: Tesis PUCP.

Consideramos pertinente concluir estos comentarios con un agradecimiento al profesor Joel Campos, gran amigo y persona con quien hemos tenido la oportunidad de discutir sobre estos y otros temas durante los ya varios años en que nos conocemos. Asimismo, consideramos pertinente extender el agradecimiento a Betzabé Marciani, quien fuera nuestra asesora de tesis y quien es capaz de ser corrosivamente crítica y cordial a la vez (tal vez un oxímoron); a Gorki Gonzáles, quien nos introdujo a las complejidades de la teoría y filosofía del derecho hace ya varios años; y a Leandro Cornejo, con quien podemos conversar de temas como los de este artículo incluso en las situaciones más extrañas e inoportunas. A todas estas personas les guardamos el mayor de los aprecio.

SECCIÓN V

ANTROPOLOGÍA JURÍDICA

EL SISTEMA DE TITULARIDAD DE LOS RECURSOS NATURALES DEL SUBSUELO EN EL PERÚ Y SUS CONSECUENCIAS NEGATIVAS EN LAS COMUNIDADES CAMPESINAS DE LOS ANDES

Richard O'Diana Rocca
Facultad de Derecho, PUCP

Categoría Egresados

Existen básicamente dos sistemas de titularidad sobre los recursos minerales: el sistema dominalista, que separa la propiedad del suelo de la propiedad del subsuelo; y el sistema de accesión o fundiario, que unifica la propiedad de suelo y subsuelo. Muchas veces aquellos que viven en los suelos ricos en minerales son las comunidades campesinas que se ubican en los Andes. Estas tienen una relación absolutamente desequilibrada con las empresas extractivas.

Nuestra hipótesis sostiene que el vigente sistema de dominio minero en el Perú aumenta el desequilibrio entre empresas extractivas y comunidades campesinas de los Andes por las siguientes razones: en primer lugar, no recoge la propia visión y relación que tienen estas últimas con sus tierras (un derecho de propiedad familiar que permite usar y disfrutar un bien, mas no enajenarlo sin permiso de la comunidad); en segundo lugar, el sistema dominalista prioriza la aplicación del derecho civil —que presenta remedios ineficientes para salvaguardar derechos— en la negociación directa por el acceso al suelo; finalmente, el sistema dominalista aumenta el desequilibrio entre empresas y comunidades debido a que desplaza al Estado en su rol de garante de los derechos de los ciudadanos.

Sin embargo, el sistema alternativo de accesión o fundiario también resulta perjudicial para las comunidades campesinas de los Andes, ya que al consolidarse la propiedad de suelo y subsuelo se estaría repitiendo los efectos negativos de la negociación directa del sistema dominalista. Por ello es que debe buscarse una propuesta alternativa a los dos sistemas clásicos.

I. Introducción

El Perú, en los últimos años, ha ido forjando una identidad y orgullo nacional basados en su diversidad, sus costumbres, su gastronomía y, sobre todo, en su condición de país exportador. La biodiversidad y la Amazonía (llamada «el pulmón del mundo») son, asimismo, consideradas *commodities* o cifras que favorecen al PBI. Dentro de esta diversidad también destacan los 54 pueblos indígenas reconocidos por el Estado mediante la Base de Datos de Pueblos Indígenas del Ministerio de Cultura (2015).

El encuentro entre minería y pueblos indígenas (los que muchas veces se ramifican en comunidades nativas o campesinas) origina constantes disputas, recientemente etiquetadas como «conflictos sociales». Esto sucede porque generalmente las fuentes de las cuales se ex-

traen recursos como los minerales o los hidrocarburos se encuentran en territorio de estos pueblos. Según la Defensoría del Pueblo (2013), de los 148 conflictos socioambientales activos y latentes identificados, 107 (72,3%) están relacionados a la actividad minera (p. 13). Este trabajo se centra en una de las aristas de los conflictos mineros: las consecuencias de la forma actual de repartición de la titularidad minera.

Tal cual está diseñado el sistema, los recursos minerales del subsuelo le pertenecen a la nación, representada por el Estado, el cual entrega estos recursos a privados en forma de concesión. Esto obliga a los concesionarios y empresas privadas a buscar acuerdos con los dueños del terreno debajo del cual se encuentran los minerales. Estas negociaciones se dan entre los actores tan disímiles como las empresas mineras y las comunidades, generalmente, las comunidades campesinas de los Andes. El problema que genera el sistema de titularidad minera, tal como está diseñado, es que tiende a aumentar la brecha de diferencia entre comunidades y empresas extractivas. Así, el sistema jurídico provoca que dos entidades tan desequilibradas se sienten a negociar por un mismo bien jurídico.

Es así que la hipótesis que responde al problema principal sostiene que el sistema peruano vigente, el cual es predominantemente minero, requiere que el propietario de la tierra y el concesionario minero negocien directamente por el acceso al suelo, y esto agrava el desequilibrio que existe entre empresas extractivas y comunidades campesinas de los Andes (en cuyos territorios se concentra casi la totalidad de actividad minera), por las siguientes tres razones: en primer lugar, no reconoce la propia visión y relación con la tierra que tienen las comunidades campesinas como pueblos indígenas o tribales; en segundo lugar, privilegia la aplicación del derecho civil, el cual no presenta mecanismos idóneos para proteger. Los derechos de las comunidades y finalmente, socava la presencia del Estado como ente garante de la debida consecución de las actividades económicas del país y del respeto de los derechos de las comunidades. A continuación, se desarrollará la presente hipótesis a fin de comprobarla, no sin antes presentar algunos conceptos de vital importancia.

2. Conceptos previos

2.1. Las comunidades campesinas: actores en una encrucijada.

Los actores sociales por excelencia en terrenos ricos en minerales son las comunidades campesinas. Estos se encuentran mayormente en los Andes, zona rica en minerales. En la Constitución Política de 1993, estas comunidades son reconocidas legalmente y reciben la categoría de persona jurídica. Además, se reconoce su identidad cultural, su autonomía para organizar el trabajo comunal, y el uso y libre disposición de sus tierras, tanto en lo económico como en lo administrativo. A diferencia de constituciones anteriores, esta solo reconoce la imprescriptibilidad de sus tierras, mas no la inalienabilidad de las mismas (artículo 89). Esta última característica es fundamental para entender la problemática de la venta de tierras por el acceso al suelo en actividades mineras, ya que actualmente la Constitución no pone ninguna traba para enajenar tierras de una comunidad campesina a un tercero. La definición de la Ley de Comunidades Campesinas (Ley N° 24656, 1987) establece lo siguiente:

Artículo 2.- Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la

propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país

Como se ve, destacan algunas características de la comunidad campesina: conformada por familias, en control de determinado territorio, vínculos ancestrales de naturaleza social y cultural, propiedad comunal de tierra y trabajo comunal. Lo que no menciona esta definición oficial es una característica que está más arraigada en el prejuicio: que las comunidades campesinas son netamente de los Andes o de la sierra.

Esto se debe a que, si bien la mayoría de comunidades campesinas se encuentra en la sierra, algunas de estas comunidades se ubican también, en la costa, muy cerca de Lima. Por ejemplo, existen dos comunidades en distritos de la capital como Villa El Salvador y San Juan de Lurigancho: comunidad campesina de Yanavilla y comunidad campesina de Jicamarca, respectivamente. Incluso, una de las comunidades campesinas más famosas de la costa está ubicada en el balneario de Asia, famosa por haber negociado tierras en el marco de la construcción de centros comerciales en dicho balneario. Esta disrupción motivó que, por ejemplo, se promulgara la Ley de Titulación de las Tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa (Ley N° 26845, 1997).

Para efectos de este trabajo, se partirá del género de «comunidad campesina» pero el objetivo es estudiar solamente las comunidades campesinas andinas o comunidades campesinas de la sierra, debido a que la actividad minera se concentra mayormente en dicha zona del país. Por ello, se presentarán definiciones y características propias de las comunidades campesinas de los Andes o de la sierra.

A lo largo del debate académico, han existido distintas aproximaciones al concepto de comunidad campesina. El abogado Antonio Peña Jumpa propone:

[...] un grupo social integrado por campesinos andinos, identificados económica, social, cultural e históricamente dentro de un espacio territorial y que, más allá de una relación individual-familiar que destaca en sus actividades, desarrollan una interacción colectiva para provecho de todos los miembros. (Defensoría del Pueblo, 2013, p. 13)

Por su parte, el economista Efraín Gonzales de Olarte ensaya otra definición:

La comunidad campesina es ante todo un conjunto de relaciones interfamiliares de producción y trabajo, definida por la disponibilidad de recursos (tierra, ganado, pastos, agua, herramientas) que tiene cada familia y la comunidad, y por la tecnología existente, dadas ciertas condiciones ecológicas y climáticas. (p. 13)

Harald Mossbrucker (1990) recoge algunos elementos identificadores que relacionados con el concepto de comunidad campesina:

- (a) Es una administradora de recursos.
- (b) Es una asociación de familias que tiene como objetivo utilizar los recursos colocados bajo la administración de la institución.
- (c) En la actualidad, cuando existe, es por regla general una de las condiciones para que los campesinos miembros puedan participar en el mercado.

- (d) Es un instrumento para la solución racional de los problemas de los campesinos que la conforman. Explicaciones que vean en ella motivaciones irracionales o puramente espirituales como apego a las tradiciones, supervivencia de la cultura andina, etc., no son explicaciones; al menos no científicas. (p. 13)

Se destaca en primer lugar que las comunidades campesinas son un grupo o asociación de personas. Sin embargo, entre ellas tienen un doble tipo de relación: una familiar y otra comunal. Es posible apreciar, entonces, que una de las principales variables de las comunidades campesinas de los Andes es la presencia simultánea de un ámbito familiar y un ámbito comunal. A partir de esta duplicidad los miembros de las comunidades ejecutan actividades como el uso y administración de recursos, actividades culturales, solución de conflictos, entre otras.

Otra característica central de las comunidades campesinas de los Andes es la presencia de una asamblea comunal, que es el elemento más importante de toda comunidad y en la cual se toman las decisiones más importantes de la vida comunal, como la elección de las autoridades, la aplicación de justicia, la administración de los recursos naturales y los turnos de siembra o lo relacionado a la defensa ante amenazas externas. Sobre la participación de los comuneros en dicha asamblea, algunos autores señalan que son los comuneros activos, viudas y ancianos (Plaza y Francke, 1998) quienes participan, mientras que otras posturas precisan que son los representantes de las familias (Peña, 1998).

A nivel de justicia, es la comunidad la que interviene en la resolución de conflictos entre comuneros, lo que genera, por un lado, un «código normativo», que regula los comportamientos y no siempre es escrito y, por otro lado, un «código de sanciones», donde se encuentran los castigos (Plaza y Francke, 1998, p. 67)

Plaza y Francke (1998) determinan la importancia del aspecto comunal en las comunidades campesinas:

[...] lo comunal brinda a las familias una serie de condiciones y posibilidades para que estas desarrollen su producción, y por otro lado controla las formas y los límites dentro de los cuales esta producción familiar puede realizarse. Esta relación es, por lo tanto, inherente a la forma de producción de las familias campesinas dentro de la organización comunal. (p.57)

Pero lo comunal no solo destaca como guardián de lo producido por la comunidad, sino que además permite la defensa de los recursos, modos de vida, cultura, organización y gobierno de la comunidad y las familias frente al exterior (Plaza y Francke, 1998, p. 69). En otras palabras, el aspecto comunal resulta vital para defender al conjunto de familias de alguna amenaza externa. Si bien hay muchas familias dentro de la comunidad, entre las mismas existe un sentido de unidad que resalta cuando se presenta algún tipo de peligro común.

Si bien las facultades de administración de la tierra de las comunidades están sujetas a controles comunales, la mayoría de las tierras aptas para la agricultura de las comunidades se encuentra bajo posesión privada familiar (Plaza y Francke, 1998, p. 59). Los espacios comunales, tales como los pastos y andenes comunales, son mínimos a comparación de los espacios familiares (Peña Jumpa 1998, p. 67).

Ahí radica la importancia de la figura de la familia dentro de la comunidad campesina. A nivel económico, la familia es tanto una unidad de producción como de consumo que

mantiene un sistema de autosuficiencia (Plaza y Francke, 1998, pp. 76 - 77), mientras que a nivel de organización de la comunidad, la familia es la cédula básica de decisión y trabajo que presenta dos conjuntos de relaciones: las relaciones dentro de la familia nuclear (padres e hijos) y las relaciones entre la familia nuclear y la familia extendida (abuelos, tíos, primos, padrinos, compadres) (Peña Jumpa, 1998, p. 69).

Tanto lo familiar como lo comunal tienen características fundamentales para las familias de la comunidad y el funcionamiento de la misma. Pero ambos elementos pueden llegar a chocar en determinadas ocasiones, generando tensión (Peña Jumpa, 1998, p. 73) y hasta contradicción (Plaza y Francke, 1998, 90) dentro de las comunidades.

Sobre la supuesta contradicción entre el aspecto comunal y el aspecto familiar dentro de las comunidades campesinas de los Andes, Peña Jumpa (1998) señala que se trata de «una contradicción que se complementa, que hace girar el ritmo de la comunidad hacia una dirección, sin perder su identidad» (p. 74). Plaza y Francke (1998) también son más positivos que negativos en relación a este supuesto choque, precisando que «la comunidad campesina no existe si le falta uno de estos dos elementos (lo comunal y lo familiar), y tampoco puede ser aprehendida conceptualmente con el olvido de uno de ellos» (p. 57).

De todas formas, debe reconocerse que en los últimos años el aspecto comunal de las comunidades ha ido perdiendo fuerza. De esta forma, el control social comunal que ejerce la comunidad sobre la familia se ha venido reduciendo paulatinamente, conforme la comunidad limitaba el crecimiento de las familias (Burneo, 2005, pp. 1 - 2). Así, en las últimas décadas algunos elementos en teoría fundamentales sobre la institución comunal han variado sustantivamente, en especial el tema de la propiedad de espacio comunal (Urrutia, 1992, pp. 1 - 2).

La institución comunal ha venido atravesando una situación de resquebrajamiento, lo que, por ejemplo, se grafica en el hecho de que las familias recurren a jueces comunes y no a la comunidad cuando tienen conflictos (Del Castillo, 2003, pp. 95 - 96). Aunque debe reafirmarse que no solo ocurre un paulatino cambio en las costumbres de las comunidades, sino que la imagen que se tiene de las comunidades campesinas es también una que se ha manejado con más prejuicio que estudio.

Como toda entidad social, la comunidad campesina ha mutado en el tiempo y no podía ser reducida a ser descrita con un par de adjetivos. Se trata de estamentos complejos cuya definición o características variaban dependiendo del enfoque con el cual se decidía estudiarlas. Jaime Urrutia explica bien este viraje a lo largo de los años (Urrutia, 1992, pp. 4 - 12) a principios de los años veinte se homogeneizaba el modelo de comunidad como aquel ente con propiedad colectiva de la tierra y acceso igualitarios a pastos y agua; en los años cuarenta se empieza a rectificar esta visión homogeneizadora con los artículos del *Handbook South American Indians*. Mishkin, en especial, duda de la utopía comunera señalando que el concepto de familia se impone sobre cualquier concepto de comunidad; en los cincuenta e inicios de los sesenta, se produjeron trabajos académicos con una visión culturalista que consideraba a las comunidades campesinas como depositarias de lo «auténticamente indígena»; en los sesenta y setenta, se presentan trabajos de antropología aplicada que hacen referencia a la pérdida de cohesión e integración de las comunidades campesinas; finalmente, la reforma agraria de Velasco mantuvo viva la visión homogeneizadora de las comunidades, lo que hizo difícil derrumbar el mito del comunero.

La concepción tradicional de las comunidades campesinas viene cambiando. En ese sentido, Laureano del Castillo (1992) señala lo siguiente:

La visión romántica de la comunidad como un reducto donde se conservaran intactos los valores de solidaridad y una democracia tradicional, organizados alrededor del trabajo colectivo de la tierra, viene siendo cuestionada hace tiempo. [...] Resultaría un contrasentido hablar de desarrollo comunal si pretendemos que ellas permanezcan iguales. Las aparentemente superadas posturas indigenistas que vieron a las comunidades como "relictos culturales" o "guardianes de la tradición" cobran vigor si tratamos de defender a estas organizaciones de la "contaminación" del mercado, encerrándolas en sí mismas y evitando que participen de mecanismos económicos imperantes en la sociedad. (pp. 46 - 47)

Finalmente, Del Castillo (1992) apunta tres hechos que ejemplifican el fin de la estructura típica de las comunidades: la independización de anexo comunales, la parcelación de las comunidades campesinas, y el hecho que muchas comunidades se están convirtiendo en distritos (pp. 46 y 48).

Justamente uno de esos puntos que menciona Del Castillo genera debate académico: la propiedad en las comunidades y el reciente fenómeno de parcelación o titulación individual. El problema de la titulación tiene una variante logística y una variante de concepción de derechos. En materia logística, la titulación de comunidades nunca ha sido prioridad a la hora de establecer políticas públicas. De esta forma, la titulación pasó del PETT al COFOPRI a mediados de los años noventa y ahora ha vuelto a los gobiernos regionales, sin que ninguna de estas instancias gubernamentales tenga el personal capacitado ni los implementos necesarios para resolver tamaño problema.

El segundo problema tiene que ver con la concepción de derecho de propiedad, en especial la diferencia de concepto entre el «derecho oficial» y el derecho de las comunidades campesinas de los Andes. Teóricamente, y hasta ahora en muchas comunidades campesinas de los Andes, se presenta el fenómeno de la «doble propiedad» por el cual se puede encontrar un derecho de propiedad familiar en que una familia utiliza y disfruta determinada parcela, pero que a su vez es considerada, junto con otras parcelas, parte del territorio que está bajo la propiedad comunal formal (a veces con título inscrito) de la comunidad campesina. Es esta dicotomía de propiedad la que muchas veces genera el mayor debate teórico y práctico.

Alejandro Diez señala que los comuneros consideran que la comunidad es solo un «garante que certifica la propiedad y los derechos de cada una de las familias que la integran», por lo que cuando se hace referencia al territorio de las comunidades debemos referirnos a los diversos grados de «apropiación» y no de «propiedad» (Diez Hurtado, 2003, p. 74). En consecuencia, cuando se habla de un mismo bien (el suelo de la comunidad) sobre el cual recaen más de una titularidad (la de la comunidad y la de las familias), se presenta una situación donde el concepto unitario de propiedad, que normalmente se maneja en el ámbito del «derecho oficial», resulta insuficiente para abarcar una situación de tal magnitud. Es por ello que Ruth Meinzen-Dick y Rajendra Pradhan (2006) recurren al concepto *umbrella* o «sombrija», el cual amplía los tipos de derechos sobre el uso de recursos en dos tipos: derechos de uso y derechos de toma de decisiones de control y regulación (p. 6). Los autores afirman que una concepción rígida como la clásica de la propiedad no considera la «complejidad y dinamismo» de dicho derecho (Del Castillo, 1992, p. 26).

Los tipos de uso que se distinguen en las tierras de comunidades varían según el especialista que las estudie, pero algunos tipos comunes son las tierras de uso comunal usadas para

pastoreo, que cuenta con un gran control colectivo, y las tierras de bajo riego a las que acceden las familias e individuos y que cuentan con poco control comunal.

El aspecto comunal de la comunidad es importantísimo porque significa «el fundamento de la solidaridad comunal, del sentimiento de identidad y de defensa mutua» (Plaza y Francke, 1998, p. 61), por lo que el aspecto familiar no puede contradecir o desconocer el aspecto comunal, justificándose que toda decisión sobre los recursos deba ser consensuada (Del Castillo, 2003, p. 95).

Además, es la entidad comunal la que sale en defensa de la tierra y recursos comunales ante situaciones de conflicto, tales como las generadas ante actividades extractivas o expropiaciones (Burneo, 2005, p. 3). Se comprueba entonces que el aspecto comunal se justifica como administrador máximo de los recursos y defensor ante amenazas externas. Ahí radica la importancia de la entidad comunal como tal.

La dicotomía de propiedad dentro de las comunidades campesinas no ha sido del todo comprendida por el Estado; prueba de ello es que las distintas entidades gubernamentales encargadas de la titulación, como el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal o el Ministerio de Agricultura, se dispusieron a titular comunidades de manera individual, lo cual derivó en el fenómeno conocido como parcelación. Estas prácticas incluso fueron impulsadas por el sector privado. De esta forma, la Minera Yanacocha buscó parcelar las tierras de las comunidades en términos de propiedad privada, e incluso reunía a los comuneros y los guíaba a través de este proceso de titulación individual (Bury, 2007, p. 74).

La conclusión a la que se puede llegar es que una comunidad campesina de los Andes está conformada por un componente comunal y uno familiar; y si bien este puede prevalecer, este hecho no niega el carácter comunal que aún caracteriza a las comunidades. Una razón es que históricamente la comunidad se caracteriza por tener núcleos familiares como la base de su producción. La otra razón es que actualmente existen instituciones que reflejan el carácter comunal dentro de las comunidades, como lo es la asamblea general o los controles comunales sobre la tierra.

Además de la dicotomía familiar/comunal que se presenta en las comunidades campesinas de los Andes, lo que también se tendría que afrontar es el constante debate sobre la identidad indígena; es decir, la categorización de las comunidades campesinas de los Andes como pueblos indígenas y las consecuencias que esto acarrea en materia de protección de derechos.

2.2. Las comunidades campesinas de los Andes como pueblos indígenas.

Respecto al concepto de comunidad campesina, la siguiente pregunta es si las que se han estudiado califican o no como pueblo indígena. La identificación como pueblo indígena es más clara en la Amazonía que en los Andes. De esta forma, de los 54 pueblos indígenas reconocidos por la Base de Datos del Ministerio de Cultura, solo 4 de ellos provienen de los Andes (quechua, aimara, uro, jaqaru). Incluso, la inclusión de comunidades andinas en la base de datos ha sido uno de los asuntos más polémicos de la presente administración, debido a que ciertos sectores consideraban que este reconocimiento fomentaría consultas previas que, según su criterio, retrasarían la inversión.

Primero, se debe analizar el concepto de pueblo indígena a partir de los elementos que lo conforman. Según el artículo 1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) los requisitos para ser calificado como pueblo indígena son los siguientes (2003):

1. El presente Convenio se aplica:

[...]

(b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio. (p. 5)

Como se evidencia, son dos los elementos objetivos que tiene que cumplir una comunidad campesina de los Andes para poder ser considerada como pueblo indígena. Sobre la base de la descripción de la misma que se realizó en el punto anterior, queda claro que conservan o todas o parte de sus instituciones sociales (la familia como núcleo de la comunidad o el trabajo comunal), económicas (prácticas como al casa comunal o la dicotomía de tierras familiar/comunal), culturales (lengua o vestimenta) y políticas (decisiones tomadas en asamblea comunal). El elemento objetivo más difícil de comprobar es determinar que los miembros de una comunidad campesina desciendan, efectivamente, de poblaciones que hayan existido en una región del país en la época de la conquista, de la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales.

Existe un sector importante que no considera a las comunidades campesinas dentro del grupo de pueblos indígenas, pues señalan que las comunidades son, técnicamente, creaciones estatales de finales de los años sesenta e inicios de los años setenta a través de las reformas que introdujo Velasco. En ese sentido, no calzarían con un supuesto origen precolonial. Lo que no se examina es que el Convenio 169 de la OIT establece que la consideración de los pueblos indígenas es independiente de su situación jurídica. Se debe rastrear el origen de cada comunidad, no su categorización según la normativa interna.

Hasta antes de la llegada de Velasco al poder, muchas comunidades campesinas no existían como tales y solo se reconocía constitucionalmente (a partir de la Constitución de 1920) a las «comunidades de indígenas». A partir de las reformas del mandatario, las haciendas desaparecieron y dichos trabajadores se agruparían en comunidades campesinas que obtendrían su reconocimiento a lo largo de los años sesenta, setenta, ochenta e incluso algunas siguen en la actualidad sin ser reconocidas o tituladas.

Independientemente de estas calificaciones que, vale decirlo, provienen siempre de las leyes o normas del «derecho oficial», muchas de estas comunidades campesinas dominan el español pero también lenguas originarias como el quechua o el aimara, además de contar aún con prácticas de los pueblos indígenas precoloniales. En ese sentido, el antropólogo Javier Torres Seoane afirma que la presencia de un territorio comunal y la predominancia de un idioma originario son factores fundamentales para identificar a un pueblo indígena y que, si en una comunidad se habla una lengua como el quechua, entonces no tendría que haber dudas sobre la identificación de dicha comunidad como pueblo indígena¹. Resulta innegable que si un grupo social mantiene una costumbre tan arraigada como una lengua precolonial se debe a

¹ J. Torres Seoane, comunicación personal, 1 de junio de 2013.

que descende de grupos sociales de dicha época, pese a que haya obtenido un reconocimiento legal tardío.

También deben hacerse un par de precisiones sobre un requisito subjetivo que establece el Convenio 169 para determinar si las comunidades campesinas son o no pueblos indígenas. Este es el de autoidentificación como indígena. Dicho criterio resulta complicado de aplicar en un país como el peruano en el que, como comprobamos al mencionar las reformas de Velasco, se desterró el término «indígena», por considerarlo ofensivo, a favor del término «campesino», que es el que actualmente se sigue utilizando. Por ello, muchos miembros de las comunidades campesinas de los Andes se autocalifican como «campesinos» y no como «indígenas». Este puede ser el argumento más fuerte de aquellos sectores que señalan que las comunidades campesinas no son pueblos indígenas. Pero lo que en verdad se debe considerar es que no se puede aplicar estrictamente el término indígena a la hora de evaluar la autocalificación.

Dentro de la practicidad del actuar indígena, el miembro de una comunidad puede considerarse campesino (concepto íntimamente relacionado con el trabajo sobre su tierra) y a su vez está dispuesto a autocalificarse como «indígena» si es que esto representa un camino para fortalecer su posición ante el ordenamiento legal y así lograr que se respeten sus derechos. Se debe poner en perspectiva el término «indígena» en el Perú y así no concluir apresuradamente si es que dentro de la autocalificación los miembros de las comunidades prefieren ser calificados como «campesinos», lo cual no implica que rechacen su identidad indígena.

La procedencia de pueblo indígena les otorga a las comunidades campesinas de los Andes el derecho a la libre determinación. Este derecho nace de una de las resoluciones más importantes que ha emitido la Asamblea General de las Naciones Unidas: la Resolución 1514 de 1960. Esta Resolución (1960) condena la subyugación y dominación extranjera y rescata el derecho a la libre determinación de los pueblos, lo que los faculta a elegir libremente sus mecanismos políticos, económicos, sociales y culturales.

El derecho a la libre determinación es de tal importancia que fue incluido en los dos tratados más importantes de Naciones Unidas en lo correspondiente a DD. HH.: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ambos de 1966. Así, el artículo 1 común de ambos pactos señala que:

Artículo 1

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

Resulta interesante, además, resaltar cómo el derecho a la libre determinación faculta a los pueblos a «disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales». Este es un asunto fundamental cuando se analice, a continuación, la disposición y propiedad de los recursos naturales por parte de los pueblos indígenas. La libre determinación permite que los pueblos indígenas se autorregulen y establezcan por sí mismos sus condiciones de vida y desarrollo. Respecto a eso, Patricia Urteaga (2009) menciona que el derecho a la libre determinación les permite a los pueblos «decidir cómo quieren vivir y qué destino quieren escoger para su pueblo; es decir, su autonomía para decidir sobre su desarrollo y sobre todos los aspectos que les interesen y afecte» (p. 130).

Es cierto que este derecho no está reconocido como tal en el Convenio 169 de la OIT, pero sí lo hace la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas:

Artículo 3

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Para apaciguar las críticas que señalan a la DNUDPI como un instrumento de *soft-law*, se debe señalar que su contenido ya ha sido integrado a la normativa interna a través del reconocimiento que han hecho de la misma sendos instrumentos jurisprudenciales. De esta forma, el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido que del derecho a la libre determinación parten todos los derechos de los pueblos indígenas:

23. Por consiguiente, el reconocimiento de tales pueblos indígenas, con sus costumbres propias, sus formas de creación de derecho y de aplicación del mismo, traspasan la dimensión de una mera asociación civil. Su visión se asienta sobre una dimensión política, establecida en última instancia en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas. (artículos 3 y 4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas-DNUDPI)

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vinculante también en sede nacional, también ha hecho suyo lo que establece la DNUDPI:

93. Como se discutirá seguidamente (infra párrs. 97 - 107), la legislación interna de Surinam no reconoce el derecho a la propiedad comunal de los miembros de sus pueblos tribales y no ha ratificado el Convenio OIT No. 169. No obstante, Surinam ratificó tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸⁵. El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el organismo de expertos independientes que supervisa la implementación del PIDESC por parte de los Estados Parte, ha interpretado el artículo 1 en común de dichos pactos como aplicable a los pueblos indígenas.⁸⁶ Al respecto, en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1, los pueblos podrán “proveer[r] a su desarrollo económico, social y cultural” y pueden “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” para que no se los prive de “sus propios medios de subsistencia”⁸⁷. [...]

Finalmente, vale hacer una digresión sobre el hecho de que la libre determinación no implica poder de separarse de una nación. El ex Relator de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas James Anaya señala que el derecho a la libre determinación no está definido por los conceptos de estatalidad y la soberanía, por lo que sería un error asumir que dicho derecho faculta a los pueblos indígenas a buscar la secesión o la formación de un nuevo Estado (Anaya, 2010, pp. 198 - 199). Por ello, si bien originalmente la intención del derecho a la libre determinación era la de resaltar los derechos de los pueblos a descolonizarse y confrontar amenazas extranjeras, este derecho ha evolucionado en su vertiente de libre determinación interna, la cual se ha convertido en la columna vertebral de los derechos de los pueblos indígenas. Uno de estos es el derecho a la propiedad o al territorio, el cual desarrollaremos a continuación.

2.3. El derecho de propiedad de los pueblos indígenas en el derecho internacional.

La relación entre comunidades o pueblos indígenas, y sus tierras o territorios, es una relación que trasciende el mero concepto de propiedad tal cual se conoce. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha desarrollado, en su vasta jurisprudencia, el derecho de propiedad de los pueblos indígenas, el cual sirve a su vez para salvaguardar otros derechos como la identidad cultural o la salud. Para ello, la Corte IDH ha realizado (utilizando el artículo 29.b de la Convención Americana de Derechos Humanos-CADH) una interpretación evolutiva del artículo 21 de la CADH, que en principio se refería a la propiedad individual, para salvaguardar los derechos de las comunidades indígenas a la propiedad comunal (2001, p. 78).

De esta forma, tres casos pueden evidenciar lo anterior. En primer lugar, la sentencia *Awas Tigni vs. Nicaragua* estableció que la estrecha relación entre los indígenas y sus tierras es la base fundamental de sus culturas, vida espiritual, integridad y supervivencia económica (p. 78). En segundo lugar, la sentencia *Yakye Axa vs. Paraguay* señala que la violación del derecho al territorio decantaría también en una violación al derecho a la identidad cultural y su capacidad de supervivencia (p. 78). Por último, la sentencia *Saramaka vs. Suriname* sube el estándar al indicar que la tierra significa más que una fuente de supervivencia, pues también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida (caza, pesca, cosecha, agua, plantas medicinales, etc.) (p. 18). Si bien queda establecido el pleno derecho de los pueblos indígenas sobre sus territorios, más nebulosa resulta la situación entre los pueblos indígenas y los recursos naturales del subsuelo. Así, la sentencia *Saramaka vs. Suriname* les otorga a los pueblos los derechos de uso y goce de los recursos naturales que se encuentren dentro del territorio que ocupan tradicionalmente y que sean necesarios para su supervivencia (p. 81).

A lo anterior se puede agregar que, por ejemplo, el informe *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales* de la CIDH del año 2010 reconoce el derecho de propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre los recursos naturales que se encuentren en sus territorios. Además, agrega el requisito de que estos recursos sean tradicionalmente utilizados para el desarrollo y continuación de la vida de los pueblos en cuestión (2010, párr. 181 - 182).

A partir de estos lineamientos, determinamos que el actual estándar del derecho internacional con respecto a recursos naturales es entregar los mismos en propiedad a los pueblos indígenas siempre y cuando se presente cierto nivel de uso tradicional y necesidad de dichos recursos por parte del pueblo. Al concederles a los pueblos indígenas la propiedad de los recursos tradicionalmente necesarios para su supervivencia, el estándar internacional rompe la línea dominalista bajo la cual el Estado es dueño de los recursos naturales.

2.4. Los sistemas de dominio minero.

Históricamente han existido tres sistemas de dominio minero, los cuales son tres sistemas de titularidad sobre los recursos minerales: el sistema dominalista, el cual separa la propiedad del suelo de la propiedad del subsuelo y es adoptado por la mayoría de países, incluyendo al Perú; el sistema de accesión o fundiario, el cual unifica la propiedad de suelo y subsuelo; y el sistema de *res nullis*, por el cual uno, siguiendo los principios liberales de John Locke, es dueño de aquello que se encuentre.

El sistema dominalista tiene sus orígenes en la Glossa Ordinaria de Francisco Acursio a finales del siglo XIII, la cual separó el dominio en *dominium directu* y *dominium utile*. En este sistema, los recursos del subsuelo le pertenecen a la nación o al Estado, el cual puede entregar los mismos a privados para que los aprovechen. La forma de pertenencia de los recursos del subsuelo no es de propiedad sino de dominio eminente, figura que le permite al Estado administrar estos bienes, otorgarlos en concesiones y otros derechos de orden social y económico (Vildosola, 1999, p. 106), vender, arrendar, hipotecar, permitir, conceder o incluso explotar él mismo los yacimientos (García y Franciskovic, 2001, pp. 42 - 43), mas no recaen en forma de propiedad.

Algunos autores señalan que es adecuado que los recursos naturales estén bajo el dominio eminente del Estado y no bajo su propiedad, ya que debido a la importancia de dichos bienes en el devenir del país no deberían concentrarse en la esfera particular de nadie. Por ejemplo, Guillermo García Montufar y Militza Franciskovic Ingunza apuntan que los yacimientos mineros son de dominio público del Estado, debido a que «son bienes dedicados al fomento de la riqueza racional e incluso la industria minera es de utilidad pública» (2001, p. 48). Siguiendo la misma línea de pensamiento, Enrique Bernal es resalta que los recursos naturales le pertenecen al país debido a su importancia para la presente generación y las futuras, correspondiéndole su aprovechamiento al Estado (1998, p. 374).

Basadre (1996) señala tres ventajas de este sistema de dominio minero:

- (1) Confiere el privilegio de explorar y explotar minas a las personas que pudieran darle mayor valor y rentabilidad siempre que el régimen de amparo se ajuste a la realidad del país.
- (2) El Estado vigila la explotación bajo principios de orden político.
- (3) Permite al mismo Estado percibir tributos e impuestos sobre las sustancias mineras extraídas a fin que pueda costear las cargas del presupuesto. (p. 123)

A nivel legislativo, la Constitución Política de 1993 recoge el dominio eminente de los recursos naturales al calificarlos como «patrimonio de la nación» y señalar al Estado como el «soberano en su aprovechamiento». Asimismo, la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, reconoce lo mismo que la Constitución y, además, reafirma que el dominio eminente otorga al Estado la facultad de «legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales» sobre los recursos.

Este es el sistema de dominio minero predominante en el mundo, seguido principalmente por los países de una tradición jurídica romano-germánica como lo son los países de Latinoamérica, entre los cuales se encuentra el Perú. De esta forma, las Naciones Unidas, a través de múltiples resoluciones de la Asamblea General, ha reconocido la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales, pudiendo determinar sus condiciones de exploración y explotación.

Alternativamente al sistema dominalista, el sistema por el cual el propietario del suelo se convierte automáticamente en propietario de los yacimientos del subsuelo se conoce como sistema de accesión o fundiario, cuyas raíces están en el sistema romano previo a Justiniano bajo el aforismo *Quid dominus soli, dominus est coelli et inferorum* (García y Franciskovic, 2001, p. 38). Basadre señala que, bajo este sistema, «el dueño de lo principal hace suyo lo accesorio [...] el propietario de la superficie o suelo, lo es también del subsuelo» (Basadre, 1996, p. 110).

Si bien el artículo 954 del Código Civil peruano de 1984 afirma que la propiedad del predio se extiende al subsuelo, se señala expresamente que la propiedad del subsuelo no acoge a los recursos naturales.

La mayoría de tratadistas peruanos afirman que es un sistema inaplicable para la realidad peruana. De esta forma, Carolina Gamarra indica que el sistema de dominio de accesión «no hace posible que se abra paso a toda iniciativa privada para la búsqueda de sustancias mineras, al confundirse la concesión minera con la propiedad del predio que la contiene» (2009, p. 51). Belaúnde precisa que este sistema «despojaría al Estado de la riqueza natural yacente en su territorio, probablemente en beneficio exclusivo de consorcios extranjeros y en perjuicio de su población» (2009, p. 91), mientras que García Montufar y Franciskovic enfatizan que no hay argumento científico para afirmar que el subsuelo es accesorio a la superficie o viceversa (2001, pp. 37 - 39).

Este sistema rige mayormente en países de tradición jurídica del *Common Law*, como Estados Unidos o Gran Bretaña, pero se presentan múltiples excepciones como Canadá, Australia o Nueva Zelanda. Este hecho reafirma la predominancia del sistema dominalista en el mundo. Finalmente, el sistema de *res nullis* separa la propiedad del suelo de los recursos del subsuelo, y se asume que los yacimientos no pertenecen a nadie, ni siquiera al Estado (García y Franciskovic, 2001, p. 39). Por esta razón, los recursos naturales les pertenecen a aquellos que los encuentren primero. Para Basadre, este sistema permite que el Estado pueda conceder los derechos sobre los recursos a quien primero los descubra o a quien muestra las mejores condiciones para la realización de sus operaciones (Basadre, 1996, p. 118).

2.5. La propiedad de los recursos naturales del subsuelo en la legislación peruana.

La regulación constitucional sobre la propiedad de los recursos naturales, en especial de los recursos mineros, es relativamente moderna. La Constitución de 1979 fue la primera en señalar que los recursos naturales son patrimonio de la nación, precisando que los minerales le pertenecen al Estado, pero que pueden otorgarse a los particulares, sin precisarse de qué forma, lo cual sí se mencionaba en los anteriores textos constitucionales. Esta Constitución fue importante porque le encargó explícitamente al Estado la preservación de los recursos naturales y su aprovechamiento de manera racional.

La Constitución de 1993 reafirmó lo que su antecesora instauró al señalar que los recursos naturales son patrimonio de la nación, pero añadiendo que el Estado es soberano en su aprovechamiento. Esta Constitución vuelve a introducir a la concesión como forma de otorgar estos recursos a los particulares. De esta forma, se constituyó en un derecho real.

A mediados de 1995 se promulgó la Ley N° 26505, Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas, más conocida como la «Ley de Tierras». Esta norma tenía la intención de establecer derechos y obligaciones claras para incentivar la inversión en el agro, e

incluso restringió la expropiación por necesidad pública a obras de infraestructura y servicios públicos (Del Castillo, 2003, p. 3).

No obstante, la disposición de esta norma que es realmente importante para el presente análisis es su artículo 7, el cual originalmente requería que, para el establecimiento de los derechos de explotación minera, se llegase indefectiblemente a un acuerdo previo con el propietario de la tierra. Este acuerdo previo posibilitaba al propietario a ser compensado e indemnizado por el concesionario en caso de que el yacimiento sea considerado de interés nacional por el Consejo de Ministros, previo informe del Ministerio de Energía y Minas.

Originalmente, la obtención del acuerdo previo era la única vía para comenzar con las labores de explotación minera, lo que dejaba en suspenso los atributos mineros de la servidumbre y la expropiación reconocidos en la LGM. Sin embargo, un año después, en 1996, la Ley N° 26505 fue modificada por la Ley N° 26570, la cual ofrece tanto la posibilidad de llegar a un acuerdo previo con el propietario del suelo como de iniciar un proceso de servidumbre para poder comenzar con el ejercicio extractivo minero. Como se evidencia, la norma antes de su modificación era más protectora de los derechos de los titulares superficiales, ya que con el cambio de la Ley N° 26570 se instauró el camino alternativo de solicitar la servidumbre, sin necesidad de llegar a un acuerdo con el propietario del predio.

Además del cambio mencionado, la legislación establece un complicado proceso para concretar un acuerdo previo: debe constar en documento extendido ante notario o juez de paz; las conversaciones se inician mediante carta notarial; el proceso de negociación durará treinta días; en caso de fracaso, la Dirección General de Minería asume la discusión y tiene diez días para que las partes se sometan a un proceso de conciliación; si esto último no prospera, se solicita a la Dirección Regional Agraria una terna de centros de conciliación, de los cuales uno de ellos tendrá treinta días para procurar un acuerdo de servidumbre (tomando solo como referencia la labor de los peritos). De no mediar acuerdo, se le solicitará a la Dirección General de Minería el inicio de un procedimiento administrativo de servidumbre legal.

El desequilibrio entre ambos actores preexiste a cualquier negociación minera, y puede ser causado por innumerables razones, ya sean históricas culturales, sociales, educativas, etc. El Derecho, en lugar de buscar reparar o subsanar tal coyuntura, ha potenciado dicho desequilibrio a través del diseño y aplicación de un sistema de dominio minero que separa propiedad de suelo y subsuelo y obliga a los actores que detentan estos distintos derechos (comunidades dueñas del suelo y extractivas con concesiones sobre el subsuelo) a buscar un acuerdo a pesar de sus disímiles situaciones y distanciados conocimientos. Estas negociaciones desequilibradas generarán una violación del derecho a la libertad de contratación de las comunidades, lo cual origina violación de otros derechos como el de la propiedad, la identidad cultural y, eventualmente, el derecho a la vida.

3. Consecuencias negativas del sistema dominalista en las comunidades campesinas de los Andes

A continuación, se analizarán las causas del aumento de desequilibrio entre empresas concesionarias y comunidades que produce la necesidad del acuerdo previo entre empresa concesionaria y comunidades, motivado a su vez por la artificial separación de suelo y subsuelo que caracteriza al sistema vigente de dominio minero en el Perú.

3.1. El sistema dominalista y el no reconocimiento de la propia visión y relación con la tierra de las comunidades campesinas de los Andes.

Antiguamente, no se permitía la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos en un mismo contexto social, sino que un ordenamiento siempre destacaba y subordinaba a los demás. Ejemplo de ello es la figura del «pluralismo jurídico subordinado colonial» (Yrigoyen, 2006, p. 540), el cual se forjó en América desde mediados del siglo XVI hasta inicios del siglo XIX. Este sistema calificaba a los indígenas como «pueblos de indios» y les impuso el estatus de menores que no podían decidir por ellos mismos, negándoles su derecho a la libre determinación y a su propia autonomía. Por tal motivo, solo se les reconocieron «usos y costumbres» (y no un sistema jurídico indígena integral), siempre y cuando no estén en contra de la religión o las leyes, y se refieran a casos leves o de menor cuantía que se susciten entre «indios».

Similar es el tratamiento que actualmente se le da al derecho indígena en el Perú, ya que si bien se reconoce una jurisdicción indígena (artículo 149 de la Constitución peruana), coloca como límites los derechos fundamentales de la persona y solo permite el ejercicio de dicha jurisdicción dentro del ámbito territorial del pueblo indígena. Como afirman los académicos estudiosos del pluralismo legal, se trata de un tema descuidado en el Perú, debido a que tanto las facultades de derecho como los operadores legales le otorgan más importancia al positivismo jurídico (Guevara, 2001, p. 325).

Respecto a este último aspecto, se puede mencionar que mientras que un sector de la doctrina define el pluralismo jurídico como la coexistencia de situaciones sociales (Guevara, 2001, p. 327), otro afirma que se trata de la coexistencia de sistemas jurídicos (Tubino, 2011, p. 382) o de normas (Yrigoyen, 1995, p. 9). Dicha coexistencia, coinciden los académicos, sucede dentro de un mismo espacio social. Las normas parten de una situación social, por lo que el pluralismo jurídico viene a ser el producto de la interacción de dos o más ordenamientos socioculturales.

Respecto al problema planteado, el pluralismo jurídico se hace presente en el derecho de propiedad de las comunidades campesinas, el cual presenta una serie de particularidades, como se expuso anteriormente. En ese sentido, dentro del derecho de propiedad de las comunidades campesinas, se presenta una vertiente comunal y otra familiar. La primera recae en aquella extensión de tierra a la cual tienen acceso todos los miembros de la comunidad y generalmente es utilizada para labores de pastoreo. La segunda, el derecho de propiedad familiar, se refleja en el derecho de cada familia sobre la parcela que trabaja y produce. La distinción de este derecho de propiedad familiar con el derecho de propiedad, comúnmente conocido como oficial o formal, es que las familias de la comunidad campesina pueden usar y disfrutar de su parcela, mas no pueden enajenarla. La parcela sigue estando bajo el dominio de la comunidad como tal.

El derecho de propiedad familiar es aquel derecho por el cual las familias que pertenecen a una comunidad campesina tienen dominio sobre una parcela que forma parte de una extensión de tierra que formalmente es propiedad de la respectiva comunidad campesina. El dominio al que hacemos referencia otorga dos clases de potestades a las familias que lo detentan: potestades totales y potestades parciales.

Las potestades totales permiten a las familias utilizar y disfrutar libremente las parcelas sobre las que tienen el dominio. Se recalca la libertad que otorgan estas potestades, ya que en esta ocasión las familias actúan como si fueran propietarios absolutos de la parcela. Estas pueden usar y disfrutar la parcela sin ninguna consideración de la comunidad o de su asamblea.

Las potestades parciales permiten a las familias comunales enajenar o disponer de sus parcelas siempre y cuando cuenten con la venia de la comunidad o de su asamblea. Una familia tiene dominio sobre una parcela, pero no es propietaria debido a que no cuenta con el poder de disponer de dicho bien, a menos que cuente con la aprobación del propietario formal del bien. De esa forma, se comprueba que estas potestades atemperadas de las familias son la razón por la cual no se puede considerar el derecho de propiedad familiar; que tienen las familias de las comunidades campesinas, como el derecho de propiedad en la vertiente tradicional que se conoce. Las familias no pueden enajenar dichas tierras sin la aprobación de la asamblea comunal; es decir, hay un control comunal sobre dichas tierras. Laureano Del Castillo grafica bien esta situación:

En efecto, mientras la doctrina jurídica afirma que el derecho de propiedad es un derecho exclusivo (en tanto solo una persona, sea un individuo o una colectividad, puede ser propietario, excluyendo por tanto de la propiedad a todos los demás), la concepción andina de la propiedad parece admitir una dualidad. De esta forma, parecería que los comuneros no tendrían mayor problema en afirmar la propiedad comunal junto con la propiedad familiar sobre las mismas tierras, contradiciendo así la lógica jurídica occidental. (2005, p. 93)

El error más común es forzar la definición de estos derechos especiales y tratar de «encajonarlos» en alguna figura del derecho oficial. El «derecho de propiedad» que conocen en la comunidad alberga tanto una vertiente individual como una comunal y esto se refleja en lo que se ha mencionado anteriormente: los comuneros buscan asegurar el control de sus tierras mediante la obtención de títulos individuales, y además buscan mantener el orden comunal, sin que esto sea considerado por ellos como una contradicción. Por dicho motivo, cuando se alude a la relación de las comunidades con sus tierras, debe referirse a una clase de derecho especial (y no simplemente al «derecho de propiedad») y a su dicotomía individual/colectivo tal cual se conoce.

De esta forma, no se debe pretender emparejar el derecho de propiedad familiar al derecho de usufructo, por el cual un sujeto recibe un bien para explotarlo y obtener sus frutos. El derecho que tienen las familias sobre sus parcelas es un derecho especial, propio de la comunidad, por el cual la parcela es de la familia y a la vez de la comunidad. Tampoco se habla de una copropiedad tal cual se entiende, ya que la familia usa la parcela, pero el fin último de dicha extensión la determina la comunidad. Es un derecho externo a los tipos de derecho oficiales (propiedad, usufructo, copropiedad) que presenta el ordenamiento legal.

Debido a lo anterior, uno de los aspectos más debatidos en torno a la propiedad de las comunidades campesinas es la dualidad entre propiedad familiar y propiedad comunal. Para Orlando Plaza, no existe contradicción entre el aspecto comunal y familiar de la comunidad, ya que la familia siempre ha sido la unidad de producción y consumo de la comunidad². Esto dista de las ideas de la comunidad campesina como organización social colectivista. La familia es el centro neurálgico de la comunidad campesina, cuyo aspecto comunal existe en función a tareas colectivas como la defensa, administración y control de la extensión territorial.

El aspecto familiar y el aspecto comunal de la comunidad crean un balance dentro de este grupo social. Las familias necesitan de la organización comunal para ser protegidas y administradas como grupo, mientras que la comunidad necesita de las familias para impulsar sus actividades económicas. De tal manera, por ejemplo, dentro de una comunidad, las familias se dedican a la

2 O. Plaza, comunicación personal, 03 de junio de 2013.

agricultura y ganadería, ya sea para su autoconsumo o para comercializar con entes externos, mientras que la comunidad en su totalidad se encarga de las labores administrativas (construcción de caminos, limpieza de canales, etc.) y de seguridad (lo relacionado al sistema de rondas).

Con los años, en algunas comunidades se ha relativizado el control comunal sobre la enajenación o disposición de parcelas familiares. Este hecho puede derivarse de muchas circunstancias, pero una de las más determinantes es la llegada de las operaciones mineras. Otra prueba de la paulatina relativización del control comunal es que el derecho de propiedad familiar de las familias comunales ha mutado con los años y se ha acercado a la vertiente «formal» del derecho de propiedad. Por ejemplo, los comuneros pueden dejar sus tierras a sus descendientes en forma de herencia, aunque solo en forma de posesión y no de propiedad³. Como se ve, surge entonces una institución híbrida que comparte de ambos derechos: es una institución homóloga a la figura de la herencia del derecho formal, pero que no transmite propiedad como esta, sino tan solo transmite la posesión. Este hecho evidencia que existen determinadas situaciones que en la práctica llevan a creer que algunas comunidades se están presentando patrones de comportamientos más cercanos al derecho de propiedad formal u oficial.

Como es manifiesto, el derecho de propiedad dentro de las comunidades campesinas presenta una inédita riqueza jurídica. La suma de las potestades totales con las potestades parciales sobre las parcelas conforma este derecho especial de propiedad familiar de las familias de las comunidades campesinas que no ha sido recogido en mecanismos del derecho formal como la Constitución de 1993 o el Código Civil de 1984. Tampoco ha sido considerado por el actual sistema de dominio minero, el cual asume que cualquier actor podrá llegar a un consenso con los titulares del subsuelo por el acceso al territorio.

Hasta antes de la Constitución Política del Perú de 1993, las tierras de las comunidades campesinas eran inalienables (aunque se estableció, en la Constitución de 1979, la salvedad de que sus tierras puedan ser transferidas por acuerdo de los dos tercios de miembros calificados), por lo que no podían salir de la esfera patrimonial de la comunidad. Con el destierro de la condición de inalienabilidad de las tierras comunales, las comunidades pudieron transferir sus tierras a terceros. Así, por ejemplo, las empresas concesionarias buscaron obtener las tierras comunales con fines extractivos.

El sistema dominalista requiere que el propietario del suelo negocie por el acceso al suelo, lo cual es interferido por el control social que la comunidad ejerce sobre la base de su derecho de propiedad comunal. Este control social no hace imposible una fructífera negociación por el acceso al suelo, pero sí la dificulta. La razón de dicho control social es el valor que la tierra tiene para la vida de las comunidades campesinas.

Como se comentó anteriormente, la tierra y el territorio representan para los pueblos indígenas más que un simple derecho de propiedad. Mientras que la Corte IDH define territorio como la totalidad de la tierra y los recursos que los pueblos indígenas utilizan tradicionalmente (2007, nota al pie de página N° 63), la OIT, al referirse en el artículo 13 del Convenio 169° al concepto de tierra, está haciendo referencia a «la totalidad del territorio que emplean, lo que incluye los bosques, ríos, montañas y mares costeros y tanto la superficie como el subsuelo».

La cuestión del territorio para las comunidades campesinas de los Andes, como pueblos indígenas que son, no solamente representa un mero derecho de propiedad para este

3 L. del Castillo, comunicación personal, 08 de marzo de 2013.

grupo social, sino que también es fundamental para la defensa y mantenimiento de otros derechos conexos. Por tal razón, la posible transferencia de tierras comunales afectaría no solo el derecho de propiedad de las comunidades, sino también otros derechos como la vida y la identidad cultural⁴.

Lamentablemente, la protección de estos otros derechos no es tomada en cuenta por la empresa privada, cuando negocian por las tierras de las comunidades; ni por el Estado, al tramitar expropiaciones o servidumbres mineras de manera tan expeditiva, mucho menos estos otros derechos serán tomados en cuenta cuando se establezcan los pagos por parte de las empresas o los precios de las indemnizaciones o justiprecios. Con suerte, los precios pagados serán al valor del mercado, si no menos. Por eso, se indica que la llegada de empresas mineras, como el caso de Yanacocha a Cajamarca, alteró los valores y prioridades de la tierra y transformó las normas sobre la tenencia de dicho recurso (Bury, 2007, p. 71).

El sistema de dominio minero aumenta el desequilibrio ya existente en las relaciones entre comunidades campesinas de los Andes y empresas extractivas, ya que no considera ni la propiedad comunal de sus territorios ni la prohibición de enajenar sus tierras a algún tercero ajeno a la comunidad ni la concepción del derecho de propiedad familiar de las familias comunales. El sistema de dominio minero no recoge la real dimensión del derecho de propiedad de las familias de las comunidades campesinas de los Andes, sino que solo maquilla dicha preocupación y prácticamente impone una forma de actuar sin considerar las aristas especiales del especial tipo de derecho de propiedad que se maneja en las comunidades con respecto a sus territorios.

3.2. El sistema dominalista y los remedios ineficaces del derecho civil para proteger los derechos de las comunidades campesinas de los Andes.

Además de la no consideración del derecho de propiedad familiar en su estructura, el otro gran problema que se presenta, en este contexto, es la disonancia de información que afecta a los actores involucrados. Además de la marcada ausencia de un Estado que no contrarresta este problema, la asimetría de información de los actores involucrados en la negociación por el acceso al suelo rico en minerales debe ser analizada considerando los posibles remedios a ser implementados.

El hecho de que la ausencia del Estado obligue a que las empresas extractivas busquen negociar directamente con las comunidades por el acceso al suelo evidencia operaciones netamente civiles como la compraventa, el arrendamiento o el establecimiento de servidumbres. Por eso, este punto se centrará en las consecuencias dentro del derecho civil de la aplicación del sistema de dominio minero peruano y la eficacia de los remedios contractuales.

3.2.1. Anulabilidad por omisión dolosa.

En operaciones comerciales entre dos grupos sociales con diferente posibilidad de acceder a la información, habrá una diferencia importante. No solo se hace referencia a la brecha cultural, sino también a las desiguales posibilidades de obtener la información necesaria para maximizar sus beneficios en la actividad comercial. En tal sentido, se produce un fenómeno conocido como asimetría de la información.

4 G. Zambrano, comunicación personal, 07 de junio de 2013.

Para el estadounidense Joseph Stiglitz, premio Nobel de Economía, existe asimetría de información «cuando las dos partes de una transacción (oferentes y demandantes o vendedores y compradores) poseen diferente información» (Stiglitz, 2002, p. 98). En la misma página, en casos de asimetría de información, afirma Stiglitz, hay problemas para que se respeten los contratos, con lo que no podría haber mercado.

No obstante, la asimetría de la información no solo radica en la diferencia en el conocimiento de cierta información, sino en cómo dicho hecho puede influir en la relación contractual que entablen las partes. De esta forma, Alfredo Bullard (2003) señala que hay información asimétrica cuando «[...] una de las partes en el negocio jurídico conocía información que era ignorada por la otra y que hubiera tenido efectos en los términos del contrato celebrado» (2003, p. 300).

En materia de industrias extractivas, se presenta una primera etapa de conflicto entre el sector privado (la empresa) y el público (el Estado, a través del Ministerio de Energía y Minas). Este conflicto se traduce en el hecho de que los privados quieren maximizar sus ganancias, para lo cual buscan pagar lo menos posible al Estado a cambio de la posibilidad de extraer los recursos naturales (Stiglitz, 2008, p. 12). Este hecho se refleja en las pocas ganancias del Estado a partir de las concesiones que se otorgan, razón por la cual el Estado se ha empeñado en crear pagos complementarios por parte de las empresas como la regalía o los óbolos mineros.

En efecto, se afirma que las empresas mineras tienen mayor experiencia en materia de negociación por el acceso a los derechos mineros, debido a que se especializan en estas negociaciones con diversos Estados del mundo, lo cual las llevan a conocer todas las estipulaciones y cláusulas de estos contratos. Por otro lado, los Estados tienen una mínima experiencia de negociación de este tipo de acuerdos, ya que a diferencia de las empresas mineras, estas actividades no son materia central de su accionar ni poseen el *know-how* suficiente. Como precisa Stiglitz, los Estados presentan una «falta de pericia en la negociación», debido a que los acuerdos los cierran gobiernos que se quedan por un lapso muy breve para poder aprender a negociar; de 4 a 5 años, que es lo que normalmente dura un mandato presidencial.

Si se considera que es grande la brecha de información entre las empresas mineras y el Estado, esta es mayor si se compara con la de las empresas con las comunidades campesinas, pues estas tienen mínimo conocimiento y experiencia en temas tanto legales como de logística relacionados a la minería, además de que dicha actividad no es parte de sus actividades diarias ni de su estilo de vida.

El tratadista italiano Vincenzo Roppo (2009) señala que hay una escala de gravedad de los engaños contractuales, colocándose a la maquinación como lo más grave, la mentira en un peldaño intermedio, y a la reticencia en el grado inferior. Esta última es definida como «la conducta de la parte que omite informar a la contraparte sobre datos, cuyo conocimiento habría inducido a esta última a no contratar» (p. 748). A esta reticencia de no informar se le conoce en el Código Civil peruano como dolo por omisión u omisión dolosa, llamado también dolo negativo.

Guillermo Lohmann (1994) precisa que el dolo omisivo es un silencio que funciona tanto para mantener a la contraparte en el error que ya ha incurrido como para hacer caer a dicha parte en error, al no informar los hechos que la parte perjudicada no pudo haber recabado por sus propios medios (p. 503). La omisión dolosa consiste en la reserva de información en la que incurre una parte para establecer una relación contractual con su contraparte, la cual de haber tenido dicha información no hubiera finiquitado el negocio jurídico o lo hubiera celebrado bajo otras condiciones. Pero si bien esta figura existe en el ordenamiento legal peruano, vale la pena preguntarse si es justo que se mantenga o, por el contrario, se está ante una figura legal desproporcionada.

El Código Civil peruano de 1984 le concede a la omisión dolosa los mismos efectos que la acción dolosa. La omisión dolosa puede darse en forma de dolo causante o en forma de dolo incidental (Alzamora, 1926, p. 259). Mientras que el dolo determinante o causante, que anula los contratos, es aquel sin cuyo engaño la parte perjudicada no habría contratado, el dolo incidental es el engaño sin el cual la víctima igual hubiera firmado el contrato, pero con distintas condiciones (Roppo, 2009, p. 753).

En estas circunstancias es imprescindible establecer si la omisión en la que incurren las empresas mineras es determinante en la voluntad de la parte perjudicada para celebrar el acto, con lo que se incurriría en un supuesto de dolo causante y la consecuente anulación del contrato; de lo contrario, dicha omisión solo hubiera cambiado las condiciones de celebraciones del contrato, con lo que se incurriría en un supuesto de dolo incidental, el cual solo produce que sesolicite un derecho de indemnización, mas no la anulabilidad del contrato⁵.

La brecha de información se expande cuando se introduce la variable de los recursos minerales del subsuelo. Si se negocia por un predio, se debe a que debajo del mismo hay un recurso muy valioso como los minerales. Si bien la negociación es enteramente por la tierra y no por los minerales (que como se ha visto no le pertenecen a la comunidad sino a la nación), el predio aumenta su valor al ser fundamental acceder al mismo para extraer lo que se encuentra debajo. Se trata de un pedazo de tierra valiosísimo, con lo que la demanda por el mismo tendrá que ser alta, lo que aumenta consecuentemente su precio.

Al referirse a una compraventa simple de un bien inmueble, el conocimiento del valor que a nivel internacional pudieran tener los minerales que se encuentran debajo del mismo repercutiría en la negociación por distintas condiciones del contrato, mas no es concluyente en la conformación de la decisión del propietario de vender el bien inmueble. El hecho de saber que un bien por el que se negocia vale efectivamente más del valor por el cual originalmente se acordó no modificará la voluntad de vender el referido bien, sino que motivaría a renegociar por el precio del mismo.

Si se concluye que el desconocimiento del real valor de un predio con minerales afecta el monto del pago del contrato, mas no la decisión de vender el predio, entonces el dolo en cuestión es meramente incidental, mas no determinante. El conocimiento de determinada particularidad que «rodea» al bien, pero que no le pertenece intrínsecamente, no afecta la voluntad de venta, sino que simplemente altera el precio a pagar, el cual obviamente se elevará.

Otro supuesto es el desconocimiento absoluto de las comunidades que debajo de su predio existen minerales por ser explotados. Una vez más, el bien jurídico que deciden vender es el de la tierra, por lo que el desconocimiento total de la presencia de minerales debajo de su tierra no sería determinante en la voluntad del propietario de vender o no su tierra, sino simplemente alteraría las condiciones monetarias de la negociación. Ante este supuesto, se estaría nuevamente frente a un supuesto de dolo meramente incidental, mas no determinante.

5 Código Civil del Perú de 1984 Artículo 211°.- Dolo incidental

Si el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será válido, aunque sin él se hubiese concluido en condiciones distintas; pero la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios.

Luego de este análisis, se determinó que ambos supuestos serán, al menos la mayoría de veces, relacionados a un supuesto de dolo incidental. Ante ello, la comunidad solo podría pedir una indemnización, pero no podría recurrir al remedio de la anulabilidad del contrato, tal como está estipulado en el artículo 211 del Código Civil. Esto dificulta la defensa de las comunidades, ya que no estarían en una situación legal para solicitar la anulabilidad del contrato por un supuesto de omisión dolosa. Por ende, los contratos, marcados por las cláusulas desequilibradas a partir del desconocimiento de determinada información, perdurarían.

3.2.2. La rescisión por lesión en la negociación por el acuerdo previo entre comunidades campesinas y empresas extractivas.

La figura de la lesión es muy importante en el ordenamiento legal peruano, al punto de ser desarrollada en un título independiente (Título IX) del Libro VII del Código Civil, Fuentes de las Obligaciones. Según lo regulado en el Código Civil, la rescisión por lesión es un supuesto que ocurre cuando las prestaciones sinalagmáticas de un contrato presentan una desproporción mayor a las dos quintas partes (criterio objetivo 1) a partir del aprovechamiento (criterio subjetivo 1) de una de las partes del estado de necesidad (criterio subjetivo 2) de su contraparte. Roppo (2009) apunta que son tres los elementos que constituyen un supuesto de rescisión por lesión: el estado de peligro o necesidad de una parte, la explotación de la contraparte de dicha inferioridad, y el desequilibrio entre las prestaciones (p. 809). Estas son una serie de características que podrían presentarse en los casos de negociación por el acceso al suelo entre empresas extractivas y comunidades campesinas. Por tal motivo es importante analizar esta negociación respecto a esta figura jurídica.

Un primer requisito de la lesión en los contratos entre empresas extractivas y comunidades es la desproporción entre las prestaciones sinalagmáticas. En este caso, resulta más o menos evidente la enorme brecha que existe entre la importancia que representa acceder al suelo debajo del cual se encuentran los minerales y las muchas veces irrisorias sumas de dinero que se pagan por ello. A pesar de esto, un sector contrario a la figura de la lesión argumenta que son las partes contratantes las que mejor conocen los términos de su contrato y que el Estado, a través de la lesión, no debería involucrarse con ánimos de igualar las desproporcionadas prestaciones.

Si bien son las partes las que conocen mejor las obligaciones principales y secundarias acordadas en el contrato, es el juez, como operativo imparcial del aparato jurídico, el agente idóneo para tratar de restablecer el balance en un contrato afectado por la figura de la lesión. En tal sentido, se sostiene que es mucho mejor manejar criterios aritméticos que los muchas veces enrevesados y etéreos criterios legales.

El segundo requisito de la lesión en los contratos entre empresas extractivas y comunidades sería el estado de necesidad de la parte perjudicada. Citando al jurista italiano Brunetto Carpino, Rómulo Morales señala que los elementos constitutivos del estado de necesidad son los siguientes (2011, p. 248): un complejo de intereses para satisfacer; deficiencia de bienes para satisfacer tales intereses o las necesidades según las cuales son satisfechos los mismos intereses; y eventuales consecuencias dañosas que pueden derivar de la ausencia de satisfacción. Asimismo, Miguel Borea afirma que el estado de necesidad afecta la libertad de elección de una de las partes, llevándola a celebrar un contrato a pesar de saber que no le conviene patrimonialmente (1999, p. 89).

Una duda común, cuando se discute sobre la figura de la lesión, es la supuesta coincidencia entre la pobreza absoluta y el estado de necesidad. Aníbal Torres señala que «el estado de

necesidad debe entenderse no como una absoluta indigencia sino como una objetiva dificultad económica» (Torres, 2000, p. 713). Para Roppo (2009), el estado de necesidad puede consistir también en una «temporal falta de liquidez» o la «necesidad de un bien o servicio» (p. 816). No se puede equiparar la necesidad apremiante de una parte con el hecho de que esta carezca de capacidad económica para entablar relaciones patrimoniales. En otras palabras, no es cierto que solo aquella parte sin ingresos económicos sea susceptible de pasar por necesidades potencialmente aprovechables.

Es importante señalar que el argumento de un estado de necesidad en las comunidades campesinas podría generar recelo, sobre todo en las mismas comunidades o sectores afines que se muestren reticentes a considerar que su situación económica y social sea en verdad apremiante. Al fin y al cabo, al ser un criterio subjetivo, el estado de necesidad también podría afrontar dificultades cuando sea argumentado.

Ante ello, podría introducirse una nueva opción que incluso ya se ha discutido académicamente: la posibilidad de incluir a la ignorancia y la inexperiencia como supuestos de lesión, al mismo nivel del estado de necesidad. De esta forma, a la definición clásica de lesión, Morales (2010) le agrega un par de supuestos a la lesión:

El contrato con lesión enorme es aquel acto programático según el cual una parte obtiene una ventaja excesiva mediante el aprovechamiento injustificado de la dependencia, de la aflicción económica o de las necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, *de su ignorancia, de su inexperiencia o de su falta de habilidad en la negociación*. (Énfasis agregado). (p. 243)

Se comprueba también que, en algunos sistemas europeos como Alemania o Portugal, se alberga la posibilidad de recurrir a la lesión por un supuesto de ignorancia de la parte perjudicada.

Para Borea (1999), no incluir a la inexperiencia como causal de la lesión es inconveniente a nivel jurídico y social. El autor apunta, sobre la inexperiencia, que hay que tomar en cuenta algunas variables sociales como los bajos índices de analfabetismo y escolaridad, las pocas oportunidades de trabajo, la recesión y la crisis económica, fenómenos que impiden la ampliación de los conocimientos de las personas, lo cual justifica que se considere a la inexperiencia como causal de lesión (p. 89).

Con estos apuntes, el académico argentino precisa las características fundamentales de la inexperiencia: que sea marcada, es decir que la contraparte pueda darse cuenta y aprovecharse de dicha falta de experiencia para obtener beneficio; relevante, o que dicha inexperiencia sea decisiva para celebrar el contrato; y que se aprecie según el objeto del contrato que, sin importar los niveles educativos o culturales, si es propio del mundo de los contratantes, entonces no habrá lesión (Borea, 1999, pp. 89 - 90). Incluir los supuestos de ignorancia o inexperiencia como requisitos de la lesión sería una medida acorde con la coyuntura de muchas comunidades, las cuales ante las pocas posibilidades educativas o laborales son abrumadas por los sofisticados negociadores de las empresas concesionarias.

Finalmente, el tercer requisito para la figura de la lesión en negociaciones entre comunidades y empresas extractivas sería la intención de aprovechamiento por parte de esta última del estado de necesidad de la primera. Este requisito de la rescisión por lesión resulta ser el más difícil de probar. Primero, esto se debe a que es una situación netamente subjetiva, pues la intención permanece en el ámbito interno de la persona y es muy difícil probar. No se niega que se puedan presentar supuestos de abuso; lo que se señala es que resulta prácti-

camente imposible probar ante un juez que la parte que supuestamente saca provecho tenía originariamente ese propósito o no.

La dificultad en probar el supuesto aprovechamiento ha originado que actualmente la verificación de este requisito consista en que simplemente la parte esté consciente del estado de necesidad de su contraparte (sin necesidad de tener una intención de aprovecharse), lo cual incluso se puede presumir de la parte objetiva del supuesto de lesión (Roppo, 2009, p. 817). Esto último se refleja en la regulación del Código Civil peruano, el cual presume el aprovechamiento si la desproporción entre las prestaciones es igual o superior a las dos terceras partes.

Sin embargo, además de la dificultad de probar el criterio subjetivo de la lesión, se debe recordar que la libertad de empresa es una de las garantías del Estado Constitucional de Derecho y solo puede ser limitada por razones de moral, salud o seguridad pública, ninguna de las cuales atañe a los requisitos de la lesión (a menos que se logre forzosamente encapsular el aprovechamiento del estado de necesidad dentro de la moral). No hay ninguna justificación ni económica ni jurídica para proscribir operadores económicos que brinden sus servicios a personas en situaciones de dificultad.

3.2.3. La anulabilidad por intimidación en las negociaciones entre comunidades campesinas y empresas extractivas.

Como se ha mencionado, el concesionario minero tiene como alternativa conseguir el acuerdo previo con el dueño del suelo el solicitar una servidumbre administrativa. Si bien esta representa un trámite engorroso, por lo que poquísimas veces es otorgado, las empresas extractivas utilizan este argumento para «forzar» a las comunidades a llegar a un acuerdo. Se crea, así, una situación paradójica: durante la negociación por el acuerdo previo, la comunidad sabe que, de no trazar un acuerdo con la empresa concesionaria, de todas maneras, verá afectados sus derechos ya que su contraparte podrá recurrir a los mecanismos legales de la servidumbre o la expropiación. Las comunidades están, metafóricamente, entre la espada y la pared.

El Código Civil del Perú de 1984 presenta a la intimidación como un vicio de la voluntad que conlleva la anulabilidad del contrato. La intimidación, según el Código Civil, se produce cuando se impone a la parte afectada el «temor de sufrir un mal inminente y grave», el cual vicia la conformación de su voluntad. No debe confundirse con la violencia física, la cual suprime completamente la voluntad, a diferencia de la intimidación, que solamente limita la voluntad, la cual existe, pero coactada.

Lamentablemente, hay un artículo en el Código Civil que neutraliza la validez de este argumento. En este, se estipula que «la amenaza del ejercicio regular de un derecho» no conlleva a la anulación del contrato; por lo tanto, la intimidación debe consistir en un hecho fuera del marco de la legalidad. Para Torres, la intimidación debe ser ilegítima, «debido a que es normal que en el tráfico jurídico se utilicen ciertos medios de presión para inducir a una persona a concluir un negocio» (2000, p. 216).

No obstante, mientras una parte se mantenga dentro de los límites del ordenamiento jurídico, no puede haber intimidación (Torres, 2000, p. 216). Ante ello, argumentar que la servidumbre minera no es ejercer legítimamente un derecho es muy complicado, ya que por más antijurídica que esta figura sea sigue siendo parte del ordenamiento jurídico peruano. Mientras la legislación peruana siga albergando la posibilidad de obtener una servidumbre minera, entonces es realmente difícil argumentar en un tribunal que el ejercicio de un derecho permitido por ley es una causal de intimidación. Esto hace difícil la consecución de la anulabilidad por este supuesto, lo que origina una situación que casi constituye un chantaje legal.

3.2.4. Nulidad por contravenir orden público y buenas costumbres en las negociaciones entre empresas extractivas y comunidades.

En el artículo V del Título Preliminar del Código Civil de 1984, se precisa que los contratos contrarios al orden público y/o a las buenas costumbres son nulos. Ambas limitaciones se aplican de manera autónoma, ya que se aplican por sí mismas y no necesitan el apoyo de otras normas (Rubio, 2008, p. 102).

Para definir el concepto de «orden público» se recurre generalmente al término «principios». De esta manera, para Juan Espinoza (2004), el orden público se conforma «por los principios (no solo jurídicos, sino sociales, económicos, morales, entre otros) sobre los cuales se basa la organización y estructura de la sociedad» (p. 304), mientras que para Roger Merino (2010) es «el conjunto de principios que fundamentan al Estado Social y Democrático de Derecho, y que tiene como principal fuente a la Constitución Política del Estado» (p. 267). Marcial Rubio Correa (2008) define el orden público como:

[...] un conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado ni de los particulares, para lo cual el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas, de ser necesario. (p. 102)

A partir de las definiciones señaladas, se encontraron dos problemas con respecto al denominado orden público. El primero de ellos es que es un término que es a su vez conformado por diversos conceptos tan distintos entre sí como lo son los valores, los principios y las normas jurídicas. No hay un elemento fijo del cual se pueda partir para definir qué es el orden público, el cual parece ser tanto normativo como de ideológico (Lohmann, 1988, p. 61).

El otro problema con relación al orden público es que, si se considera que el orden público está considerado en parte por valores o principios, habría que enfatizar la relativización de dichos conceptos en el tiempo. Tanto los valores como los principios son elementos muy difíciles de definir o identificar con situaciones concretas. Incluso, se ha llegado a señalar que dicha indeterminación del orden público es necesaria para que así se pueda adecuar a diversas situaciones (Merino, 2010, p. 266), lo cual solo aumenta las reservas sobre lo etéreo de este concepto.

Dicha vaguedad conceptual, e incluso más acentuada, se presenta también con las «buenas costumbres». Las mismas presentan, según Rubio (2008), las siguientes características: determinables a partir de la conciencia moral, espacial y temporal; cubren aspectos de la vida social; tienen que ser costumbres jurídicas; están ubicadas en el campo de las relaciones entre el derecho y la moral; y son una especie de orden público (p. 110).

Sin embargo, no solamente influye el paso de los años, sino también el espacio. Si bien todos se rigen por la misma Constitución y por las mismas leyes, se puede encontrar diversos tipos de moral dentro de un mismo ordenamiento. En tal sentido, Merino (2010) conecta acertadamente esto último con los derechos de las comunidades campesinas:

Y esta diferencia cobra especial relevancia en un país como el Perú de naturaleza pluricultural. No hay duda que muchas situaciones podrán calzar perfectamente en ambas nociones, sin embargo, es posible que las costumbres de un pueblo tomen cierta distancia de determinados valores constitucionales, siendo no obstante, legítimo tratar de mantener la vigencia de

ambos regímenes, sobre todo si el respeto a la cultura de los pueblos indígenas también tiene valor constitucional [...]. (p. 268)

Esto origina que sea prácticamente imposible anular un contrato porque contravenga términos tan indeterminados como las buenas costumbres o el orden público. Esto se suma a la inoperancia de la omisión dolosa tipo incidental, la dificultad de probar los criterios subjetivos de la lesión y el hecho de que la legislación peruana le otorgue el legítimo derecho al concesionario de solicitar la imposición de una servidumbre, lo que dificulta la argumentación de la anulabilidad por intimidación. Lo anterior imposibilita que se pueda recurrir a los remedios del derecho civil para solventar una situación de negociación desequilibrada.

3.2.5. Dificultades con el proceso constitucional del amparo.

Finalmente, es también muy complicado recurrir a una figura constitucional como la demanda de amparo. Por un lado, existe un plazo extremadamente corto para demandar; ya que la comunidad solo tiene sesenta días desde que se produjo el acto lesivo para presentar el recurso de amparo⁶.

Además, otra dificultad que presenta el recurso del amparo es que, por su carácter expeditivo, carece de etapa probatoria. Incluso el Tribunal Constitucional ha señalado que la actuación de pruebas «prolongarían la decisión y desnaturalizarían por completo el trámite sumario que corresponde al proceso de amparo» (2009, párr. 7 - 8).

Esto dificultaría bastante recurrir al recurso de amparo, ya que en casos de conflictos entre mineras y comunidades hay distintos medios probatorios que actuar para así comprobar múltiples situaciones: el verdadero valor de la tierra rica en minerales, el conocimiento o desconocimiento de determinada información por parte de la comunidad, la titulación o posesión tradicional de la que gozan las comunidades campesinas, la condición de la comunidad como pueblo indígena o tribal, etc.

4. El sistema dominalista y la ausencia del Estado como ente regulador y garante de los derechos de las comunidades campesinas de los Andes

El artículo 58 de la Constitución Política precisa que el Perú se adhiere a una economía social de mercado. La Economía Social de Mercado (ESM) es el modelo que sirve de pilar para el régimen económico del país y del cual se extraen los lineamientos que rigen el comportamiento de los privados y el rol del Estado en la economía.

Se comprueba, entonces, que la ESM es un modelo que busca sopesar principios y valores en aras de que el Estado asegure una buena performance económica. De esta forma, César Landa (2008) define también la ESM y sus consecuencias:

La economía social de mercado es el modelo económico propio del Estado social de Derecho y busca integrar de manera razonable y proporcional dos principios aparentemente

6 Código Procesal Constitucional del Perú

Artículo 44.- Plazo de interposición de la demanda

El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento [...]

contradictorios: por un lado, el principio de libertad individual y subsidiariedad del Estado; y por otro, el principio de igualdad y de solidaridad social. De esta manera, la economía social de mercado ofrece un bienestar social mínimo, para todos los ciudadanos, a través de las reglas del mercado, donde la iniciativa privada sigue siendo fundamental, pero debe cumplir también una función social, que coadyuve al Estado a lograr el bienestar general, en función de la construcción de una sociedad solidaria (p. 57).

Baldo Kresalja y César Ochoa (2009) señalan que, en una ESM, «los objetivos sociales se encuentran en el mismo nivel que los objetivos económicos de la eficiencia» (p. 352), lo cual permite definir las metas de la ESM: promover el desarrollo económico a la misma vez que el desarrollo social. La ESM no polariza ambos objetivos, sino que los amalgama para así buscar el bienestar de todos los ciudadanos. El Estado que practica la ESM pondera y no se inclina ni por un socialismo contrario a la inversión ni por un mercantilismo avasallador de los derechos de las personas.

El seguimiento de la ESM por parte del Estado peruano permite que se distinga claramente aquellos roles que le competen al Estado y, por ende, lo que puede o no puede hacer:

4.1. El rol de policía del Estado y su participación como garante en las actividades extractivas.

El Estado es aquel ente que debe guiar el accionar de un país manteniendo al bienestar social y al bienestar económico en una balanza equilibrada. Para ello, tiene que cumplir varias labores que, según la clásica división establecida por el profesor Luis Jordana de Pozas, pueden dividirse en tres grandes tipos de actividades: policía, fomento y servicio público (Jordana, 1949, p. 42). De esta forma, el Estado se encarga de realizar la labor de garante en el desarrollo de las actividades económicas, de fomentar la inversión, y de emprender, bajo determinadas condiciones, actividad empresarial respectivamente. La Constitución es la norma que otorga dichas capacidades al Estado peruano.

Es el rol de garantía, también conocido como rol de policía, el cual resulta de vital importancia en este análisis. Para Ramón Parada, la actividad de policía consiste en la «intervención mediante la cual la administración restringe la libertad o derechos de los particulares, pero sin sustituir con su actuación la actividad de estos» (Parada, 2010, p. 367). Los límites a la actividad económica se otorgan en aras del interés público. De hecho, en la Sentencia N° 0090-2004-AA/TC (2004), el Tribunal Constitucional señaló que el interés público beneficia a todos, por lo que es sinónimo del interés general de la comunidad; además, se precisa que el Estado debe motivar las decisiones que toma respecto al interés público, descartándose cualquier posibilidad de arbitrariedad (párr. 11).

El deber de garante del Estado no solo debe considerar el interés público, sino también el principio de legalidad: a diferencia del ámbito civil, donde un particular puede hacer todo lo que no esté prohibido, la administración solo puede hacer aquello que la ley le manda o habilita. Esto último se conoce como el principio de vinculación positiva del ordenamiento administrativo.

Aquel conjunto de normas que enmarcan la legalidad en el Perú no solo está compuesto por las normas nacionales, sino especialmente por las normas internacionales. Tanto los tratados como la jurisprudencia u opiniones de los órganos internacionales son vinculantes a nivel nacional y forman parte de nuestro Bloque de Constitucionalidad, a partir de lo

estipulado en el artículo 55⁷ y la IV Disposición Final y Transitoria⁸ de la Constitución peruana, y el artículo V⁹ del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional peruano. Además, en cuestión de las obligaciones que nacen de tratados, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, señala en su artículo 27 que ningún Estado puede aludir cuestiones de derecho interno para dejar de cumplir lo estipulado en tratados en los cuales el Estado es parte.

De esa manera, el Estado peruano debe, por su rol de policía, garantizar que las actividades económicas de los privados, como lo son las extractivas mineras, respeten el principio de legalidad al cual está sometido el derecho peruano. Es decir, las actividades extractivas no deben violentar los derechos de los pueblos indígenas que se encuentran tanto en norma nacional como en norma internacional.

Si bien el Estado peruano cumple su labor vigilando estándares y estudios ambientales o tratando de realizar procesos de consulta previa (todo esto dentro del derecho público), la situación se torna difícil justamente en el campo de las desequilibradas negociaciones entre empresas concesionarias y comunidades y la casi nula participación del Estado en las mismas. Por esa razón, un sector importante de la doctrina señala que el poder de policía no puede limitar la libertad, ya que la potestad administrativa no puede limitar derechos y garantías constitucionales (Cervantes, 2013, p. 167).

4.2. El disparate poder de negociación entre comunidades y empresas extractivas: el *bargaining power*.

El *bargaining power* es el poder de negociación que tiene una de las partes al momento de celebrar un contrato. Para ser más gráficos, tener la capacidad de anunciar a la contraparte «tómalo o déjalo», en relación a las condiciones que uno impone en una relación contractual, se traduce en un *bargaining power* superior o dominante. La parte con mayor *bargaining power* en una situación contractual tendrá el poder de direccionar la mayoría o todas las cláusulas contractuales enteramente a su favor.

Como se ha graficado, las empresas extractivas y las comunidades campesinas son dos entes que se encuentran en una situación fáctica de desequilibrio, causado por innumerables factores sociales y comerciales. Las negociaciones que ambos actores protagonizan están marcadas por un lado por un *know-how* avanzado de la empresa y, por el otro, una posición en desventaja de las comunidades campesinas, no solo por falta de experiencia en temas de negociaciones mineras sino porque, además, no son titulares de bienes jurídicos valiosos para el mercado con los cuales puedan negociar. Contrastados en el mercado, resulta muchísimo más

7 Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 55°.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

8 Constitución Política del Perú de 1993

Cuarta Disposición Final y Transitoria.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

9 Código Procesal Constitucional del Perú de 2004

Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

valiosa en términos bancarios una concesión minera que un predio parcelado a más de tres mil metros sobre el nivel del mar:

Para algún sector de la doctrina, la equidad de *bargaining power* es considerada como un prerequisite constitucional de la libertad de contratación (Schlechtriem, 1997, p. 17). Esta afirmación es el fundamento de la teoría de la *inequality of bargaining power*, por la cual un contrato no puede presentar a dos partes con un poder de negociación desnivelado. Esta teoría calzaría con aquel razonamiento que indique que, ante la negociación desequilibrada entre empresas extractivas y comunidades campesinas, el Estado, cumpliendo su rol de policía, debe intervenir:

Sin embargo, el Estado no ha establecido reglas de juego que enmarquen las negociaciones entre empresas y comunidades (Burneo y Chaparro, 2013, p. 32). Así, las comunidades vendedoras no tienen la debida información de las condiciones de valoración de los traslados de predios, considerando además que el mercado de tierras no es un mercado dinámico (Glaive, 2007, p. 191), e incluso podría decirse que no existe mercado en absoluto¹⁰.

Por ese motivo, no se puede permitir que el mercado resuelva el desequilibrio entre comunidades campesinas y empresas extractivas, y los potenciales abusos que se puedan suscitar en el marco de las transacciones por el acceso a las tierras de las comunidades. El Estado es el ente rector que tiene que intervenir, cumpliendo su rol de policía de las actividades privadas, para que no continúen lesionando los derechos de un grupo de ciudadanos como son los miembros de las comunidades.

4.3. La afectación al derecho a la libertad de contratación y a otros derechos, y la imposibilidad de intervención del Estado.

El derecho a la libre contratación está establecido en el artículo 62 de la Constitución Política y en el artículo 1354 del Código Civil. Este derecho consiste en el «derecho de regular el contenido de los contratos, o sea los derechos y obligaciones de las partes [...]» (Kresalja y Ochoa, 2009, p. 280). La «libertad de contratar» a la que hace alusión el artículo 62 de la Constitución hace referencia, en realidad, al derecho de toda persona de elegir con quién enrolarse en una relación contractual.

Carlos Cárdenas (2000) apunta un fenómeno interesante que se produce justamente por una supuesta contradicción entre el artículo 62 de la Constitución (1993), el cual precisa que los contratos no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de igual clase, y el artículo 1355 del Código Civil (1984), que señala que los contratos pueden ser limitados mediante leyes por razones de interés social, público o ético (2000, pp. 259 - 260).

Cierto sector de la academia señala que, por una cuestión de jerarquía normativa y al pesar más la Constitución que el Código Civil, es el artículo 62 de la Carta Magna el que prevalece, por lo cual los contratos no pueden ser modificados por las leyes. Además, se señala que, por una cuestión cronológica, al haberse publicado la Constitución en 1993, se derogó tácitamente el artículo 1355 del Código Civil de 1984.

Otro sector de la doctrina, en cambio, apoya una interpretación restrictiva del artículo 62 de la Constitución, por lo cual mantendría su vigencia lo dispuesto en el artículo 1355 del Código Civil. En el presente trabajo se toma la primera posición, debido a la jerarquía normativa de la Constitución política.

¹⁰ G. Damonte, comunicación personal, 03 de junio de 2013.

En la realidad, el derecho no descuida la situación de abusos de determinados contratos, como el caso de los contratos de adhesión. De esta forma, el artículo 1398 del Código Civil señala que en dichos contratos no son válidas las exoneraciones o limitaciones de responsabilidad, las facultades de suspensión, rescisión o resolución de la ejecución del contrato, o la prohibición de los derechos de oponer excepciones y renovar tácitamente el contrato. Estas son las llamadas «cláusulas vejatorias», las cuales están proscritas por este ordenamiento, debido a que benefician en demasía a la parte que se beneficia del desequilibrio contractual.

Lamentablemente, los contratos privados entre comunidades campesinas y empresas extractivas concesionarias por el acceso al suelo no entran dentro de la categoría de la contratación masiva, así se caractericen por una parte con una alta libertad de contratación que diseña las cláusulas y una contraparte con una disminuida libertad de contratación que muchas veces sólo acede a lo que le proponen. En tal sentido, no se pueden categorizar las cláusulas de dichos contratos como «vejatorias».

Sin posibilidad de que las cláusulas entre empresas concesionarias y comunidades puedan ser reguladas con anterioridad, debe buscarse una fórmula alternativa de control. Dado el mayor peso de la Constitución política y su artículo 62, los contratos entre concesionarios y comunidades tampoco podrían ser alterados por una ley en aras del interés público o ético, tal cual lo estipula el artículo 1355 del Código Civil. De esa manera, queda descartada cualquier forma o vía legal vigente por la cual el Estado pueda regular el contenido de las cláusulas de estos contratos. El Estado, entonces, no encuentra un mecanismo adecuado para poder intervenir en contratos manifiestamente injustos como los celebrados entre empresas extractivas y comunidades campesinas.

El hecho de que una de las partes cuente con casi la totalidad de la libertad de contratación implica que la contraparte vea reducida drásticamente su propia libertad de contratación. El reducido derecho a la libertad de contratación de las comunidades conlleva que los contratos por el acceso al suelo no cuenten con cláusulas justas o equilibradas y, en consecuencia, la mayor parte de su contenido favorezca a la empresa concesionaria. Sin la posibilidad de poder pactar condiciones favorables para sus intereses en los contratos por el acceso al suelo, las comunidades se perjudicarán, lo cual supone perturbación a sus tierras, territorio y estilo de vida.

Así como ya se ha comprobado que el Estado debe impedir la conformación de contratos «manifiestamente injustos» cumpliendo su rol de policía, también se ha concluido que el Estado, por mandato constitucional, no puede regular o arreglar de manera *ex post* los contratos entre particulares. Si bien es innegable que se debe combatir los contratos evidentemente injustos, llegar a una definición consensuada de este término resulta complicado y es imposible, al menos dentro del derecho, que el Estado intervenga en contratos injustos.

Esta imposibilidad de poder contravenir *ex post* los efectos de estos contratos privados manifiestamente injustos entre empresas extractivas y comunidades campesinas permite concluir que el Estado tiene que regular estos contratos y estar presente en las negociaciones entre ambos actores por el acceso al suelo. Ante una negociación que se presenta con desequilibrio objetivo entre las partes y que acarrea la violación de derechos fundamentales (libertad de contratación, propiedad, identidad cultural, vida) de una de ellas (las comunidades campesinas), el Estado se encuentra en la obligación de intervenir y sanear dicha situación pero, por el derecho, no puede.

Al ser imposible un control *ex post*, el Estado debe realizar un control *ex ante*, estando presente en la negociación que reúne a comunidades y empresas y evitar cualquier abuso o contenido injusto. De esta forma, el sistema de dominio minero, tal cual está diseñado, promueve negociaciones injustas por un mismo bien sin que el Estado pueda intervenir a mediar o ponderar:

5. Algunas alternativas

Ante el análisis del sistema de dominio minero actual y al comprobar su repercusión negativa sobre los derechos de las comunidades, se debe analizar si el otro sistema de dominio minero clásico, el sistema de accesión o fundiario, posee las características necesarias para salvaguardar los derechos de las comunidades.

5.1. El sistema de dominio minero de accesión o fundiario.

Bajo el sistema de accesión o fundiario, los recursos del subsuelo le pertenecen al dueño del suelo. Es decir, ambas titularidades (suelo y subsuelo) se juntan en un solo sujeto de derecho, formando una propiedad vertical. Este sistema es minoritario con respecto al sistema dominalista y ha sido albergado por algunos países del *Common Law* como los Estados Unidos de Norteamérica.

Finalizada la Guerra de la Independencia Americana a finales del siglo XVIII, los minerales pasan a ser propiedad de los dueños de las tierras, en virtud del principio fundiario de dominio (Vildosola, 1999, p. 27). El modelo *Fee simple state* es la fórmula que se utiliza en los Estados Unidos por la cual el propietario del suelo es a su vez propietario de los recursos del subsuelo (Pulgar-Vidal, 2009, p. 20); es decir, el sistema minero norteamericano promueve la consolidación de la propiedad en un solo agente.

A partir de tener la propiedad absoluta del suelo y los recursos del subsuelo, los propietarios pueden disponer libremente de los recursos minerales que se encuentren en sus tierras. Estas ventas cruzadas de los recursos del subsuelo manteniendo la propiedad del suelo, o viceversa, han derivado en situaciones críticas que comprometen la estabilidad y seguridad de territorios y recursos naturales en los Estados Unidos.

De esta forma, el autor antes citado afirma que se origina el fenómeno conocido como *Split estate* o *Severed estate land* o tenencia por varias personas (Pulgar-Vidal, 2009, p. 20). Un propietario puede mantener su derecho sobre el suelo, mientras que otro particular puede tener al mismo tiempo derecho sobre los recursos que se ubican debajo de dicha tierra; o puede darse la situación inversa, lo cual genera incertidumbre y desorden en el mercado de transacciones de tierras y minerales.

Esto ha generado que muchas veces los minerales debajo de los territorios de los pueblos indígenas no estén bajo su propiedad o que incluso se encuentre casos en los cuales la propiedad del terreno es de un privado y los derechos sobre los recursos del subsuelo son de otro privado, excluyendo a los pueblos de cualquier tipo de propiedad. Como se evidencia, si bien el sistema norteamericano les otorga a los pueblos originarios la propiedad absoluta sobre suelo y recursos del subsuelo, las características propias del sistema permiten que los pueblos aborígenes enajenen ambos derechos y terminen desprotegidos.

Si se unificaran la propiedad del suelo con la propiedad del subsuelo en un solo propietario, entonces la empresa extractiva ya no tendría que acudir, por un lado, ante el Estado para obtener la concesión que le permita explotar los recursos minerales y, por el otro, ante la comunidad campesina para obtener el acceso al suelo. En palabras de Bullard:

Si el sistema legal pusiera las cosas en su lugar; y le entregará a las comunidades no solo la tierra, sino lo que esta contiene, habría un solo propietario; la comunidad. Esta negociaría directamente con el interesado en explotar los recursos, y no sentiría que para defender lo que siente como suyo tiene que bloquear carreteras y matar policías. Solo tiene que usar su derecho de propiedad y el derecho contractual para obtener lo que quiere. (2009)

En este mismo artículo, Bullard advierte que lo que se busca con esta propuesta de consolidación de titularidad es evitar el fenómeno conocido como «Tragedia de los Anticomunes». Esta es una propuesta del norteamericano Michael Heller; cuya tesis es que la conjunción de varios derechos de propiedad neutralizará cualquier actividad que quiera desarrollarse y requiera el consenso de todos los agentes con propiedad, ya que basta que una parte no quiera que se ejecute la actividad para que esta se frustre (1997, p. 64).

En la práctica, la situación de anticomunes se genera debido a que, mientras que la comunidad tiene titularidad sobre el suelo, el Estado tiene la titularidad sobre los recursos naturales subsuelo. Ante ello, basta que una de estas partes no quiera acceder a que se desarrolle la actividad extractiva para que esta no se realice. En el Perú, generalmente el Estado se muestra muy accesible a dar concesiones y permisos, mientras que comúnmente las comunidades se resisten a la realización de los proyectos extractivos en sus territorios.

Si se juntaran todos los derechos en cuestión en el derecho del propietario del suelo, entonces las empresas extractivas solo tendrían que negociar con ese propietario y eso sería todo lo que se necesitaría¹¹. No obstante, terminar con la «Tragedia de los Anticomunes» mediante la consolidación de la propiedad de suelo y subsuelo más parece una ventaja para las empresas extractivas. Estas siempre buscan acelerar la obtención de permisos para comenzar sus actividades (y nada mejor que prescindir del «burocrático» Estado) y no tanto para las comunidades dueñas de las tierras ricas en minerales. Donde es evidente cierta ventaja para estos actores es en la cuestión del valor de los objetos jurídicos sobre los cuales ahora tendrían titularidad: la tierra y los minerales del subsuelo.

Las dudas sobre el valor real del precio que deben pagar los concesionarios a los propietarios del suelo quedarían, al menos en teoría, zanjadas si por ley, dicho propietario fuera también dueño de los recursos minerales del subsuelo. Así, el propietario tendría mayor poder de negociación, ya que no solo sería dueño del recurso-medio (la tierra), sino también del recurso-fin (los minerales). Tener la propiedad del subsuelo empoderaría más a las comunidades y mejoraría su poder para negociar¹².

La posibilidad de tener un mayor peso en la negociación, y así obtener mayores réditos monetarios, aumenta si se considera la variable económica de los conflictos sociales. Generalmente, al analizar este tipo de conflictos se considera las cuestiones medioambientales o de los derechos de los pueblos indígenas, pero poco se repara en las grandes sumas de dinero que enmarcan las operaciones mineras.

El académico español Javier Arellano ensaya la teoría de que los conflictos sociales se hacen más fuertes en aquellas regiones que ostentan minas más rentables y que, por ende, reciben más recursos fiscales provenientes de la minería por parte del Gobierno central. Dos razones son las que justifican este fenómeno: primero, la retención por parte de las empresas mineras de las ganancias extraordinarias provocadas por el aumento del precio de los minerales y que origina que las comunidades recurran al conflicto para negociar mayores compensaciones y oportunidades laborales; segundo, la acumulación por parte de los gobiernos subnacionales de los altos ingresos fiscales de la minería que genera enfrentamientos entre estos actores, y diversos sectores de la población para acceder y controlar estos recursos (Arellano, 2011, p. 27).

11 A. Bullard, comunicación personal, 08 de noviembre de 2012.

12 J. de Echave, comunicación personal, 03 de mayo de 2013.

Justamente si los recursos mineros fueran de propiedad de las comunidades, y ya no del Estado o la nación, el concepto de regalía se perdería, al no haber justificación de que la nación reciba beneficios de «sus propios recursos». Con ello, las comunidades recibirían de manera directa estos nuevos ingresos y ya no tendrían que depender de la cuestionada capacidad de ejecución de los gobiernos regionales y municipales, los cuales actualmente manejan gran parte de lo recibido por concepto de regalía y canon.

De tener la propiedad tanto del suelo como del subsuelo, las comunidades campesinas serían los únicos actores con los cuales la empresa extractiva tendría que negociar. Todavía estaría presente la participación del Estado mediante los exámenes de verificación ambiental y el cobro de impuestos pero, en términos de transacciones que tengan como objeto los recursos básicos de la minería (acceso al suelo y acceso a los minerales), sería la comunidad la parte principal. La pregunta que surge es si esto resulta beneficioso para las comunidades.

Si fue evidente que ya con el sistema dominalista las comunidades igual tenían que negociar con los concesionarios por el acceso al suelo, al tener la propiedad de suelo y subsuelo (de aplicarse el sistema de accesión), la negociación directa se mantendría, ahora por el suelo y el subsuelo. De esta forma se mantendría la exposición de estos grupos a negociar directamente con las empresas extractivas¹³, solamente que esta vez generando una mayor dinámica de transacciones, ya que al bien jurídico, tierra o parcela, se le sumaría el valioso bien jurídico de los recursos minerales.

Esta situación podría hacer que se exagere el fenómeno actual de transacciones directas entre comunidades y empresas, lo que aumenta las acciones de compra y las especulaciones internas¹⁴. Es más, algunos se animan a decir que podría repetirse la situación de los Estados Unidos (país donde se aplica el sistema de accesión) en la cual los indígenas acabaron en reducciones donde ya no hay ningún recurso mineral en el subsuelo¹⁵.

Si bien las comunidades podrían tener un mayor poder de negociación y empoderamiento, al ser los propietarios de los dos objetos que se negocian con los concesionarios, el problema central aún persiste: la negociación ocurre entre una empresa extractiva con una capacidad logística desarrollada y una comunidad campesina que, si bien tiene más propiedad con la cual negociar, sigue careciendo de información y conocimientos técnicos para entablar una correcta negociación. El problema medular persiste en este nuevo escenario, debido a que la asimetría entre ambas partes negociantes no se ha superado.

El aumento de atributos con los cuales negociar podría aumentar la ganancia económica, pero no resuelve la asimetría entre la comunidad y la empresa extractiva. Si ya con el sistema dominalista el papel del Estado es reducido a un mero certificador o ente al que se recurre a solicitar servidumbres, con un sistema de accesión el Estado sería totalmente desplazado y ya no podría cumplir ni siquiera acceder a su rol de policía. El único permiso que importaría ya no sería la concesión (ya que los recursos minerales ya no estarían en poder del Estado-nación), sino el acuerdo entre la empresa concesionaria y la comunidad propietaria del suelo. Sería un escenario de desaparición total del Estado en el ámbito minero.

No obstante, la remoción del Estado del *iter* minero no solo implicaría el potencial agravamiento de las situaciones de desequilibrio y abuso que podrían darse en las negociaciones,

13 R. Yrigoyen, comunicación personal, 28 de diciembre de 2012.

14 A. Díez, comunicación personal, 27 de mayo de 2012.

15 G. Damonte, comunicación personal, 03 de junio de 2013.

sino que la no necesidad de la figura de la concesión acarrearía una situación inconveniente: la desaparición de la consulta previa. La explicación radica en que la consulta previa se activa ante medidas legislativas o administrativas por parte del Estado; si ya no hubiese necesidad de dar concesiones, no habría forma de que se active el mecanismo de la consulta previa. Sencillamente, no habría nada que consultar; y la minería solo dependería de las negociaciones privadas entre empresas extractivas y comunidades.

Si se compara la principal ventaja del sistema de accesión, que sería la recepción directa del dinero por parte de las comunidades, con la principal desventaja de dicho sistema minero, que sería el crecimiento exponencial de las desventajas originadas por las negociaciones directas entre empresas extractivas y comunidades, el saldo sería negativo. La privatización absoluta de estas negociaciones aumentaría la actual brecha entre empresas concesionarias y comunidades campesinas, con lo cual los acuerdos a los que se lleguen no serían los más justos para la parte más débil. Esto neutraliza la ventaja del dinero directo que en teoría recibirían los propietarios absolutos de suelo y subsuelo.

Adicionalmente, el destierro de la figura del Estado del *iter* minero es riesgoso para la institucionalidad del país, ya sea en materia de ganancias como en materia de evaluación. Pedro Gamio afirma que no es sostenible mantener relaciones contractuales donde no existe una relación equilibrada y beneficiosa para todas las partes; dentro de un contexto de mercados que buscan ser más competitivos, tanto el Estado como las empresas deben obtener ganancias de las operaciones mineras¹⁶. De esta forma, las ganancias que percibe el Estado en forma de regalías e impuesto a la renta, al pertenecerle aún la propiedad de los recursos naturales, son vitales para el desarrollo económico del país y representan un ingreso relevante para un país tan dependiente de sus materias primas como lo es el Perú.

Armando Guevara, por ejemplo, impulsa el sistema de propiedad vertical, por razones de eficiencia y justicia social, pero también valora la presencia del Estado; de esta forma promueve la existencia de una negociación tripartita, bajo la cual el Estado asuma la responsabilidad de la gestión de cada centímetro cuadrado del país¹⁷. Así, se comprueba cómo un sector que promueve el cambio de sistema cree que incluso esta decisión debe ser acompañada por la presencia de un Estado responsable.

5.2. La solución propuesta.

Luego de haber señalado las características negativas tanto del sistema dominalista como del de accesión, queda pensar en una solución real para los intereses de los pueblos indígenas. Una solución que, luego de haber descartado los dos sistemas clásicos de domino minero, implicará necesariamente una propuesta alternativa.

Una de las pocas autoridades que ha promovido un cambio en el modelo extractivo es el ex Relator de Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas James Anaya (en adelante el relator). En su Informe Anual al Consejo de Derechos Humanos del año 2012, el relator de pueblos indígenas señaló que el actual modelo de extracción de recursos naturales promueve que la empresa desarrolle los proyectos de exploración y explotación «con cierta intervención del Estado, pero con poca o ninguna participación de la comunidad o del pueblo indígena» (Anaya, 2012). Esta situación poco equilibrada provoca, en palabras de Anaya, el siguiente resultado:

¹⁶ P. Gamio, comunicación personal, 13 de julio de 2013.

¹⁷ A. Guevara, comunicación personal, 11 de febrero de 2013.

La empresa controla la operación de extracción y se apropia de los recursos y las ganancias, el Estado recibe regalías o recauda impuestos y los pueblos indígenas reciben, en el mejor de los casos, beneficios en forma de empleo o proyectos de desarrollo comunitario que, por lo general, tienen un valor económico insignificante en comparación con las ganancias obtenidas por la empresa. (2012)

Para enmendar la situación descrita, el exrelator propone, en su Informe Anual al Consejo de Derechos Humanos del año 2013, que se adopte un enfoque de apoyo a los pueblos indígenas que quieran crear sus propias empresas extractivas (Anaya, fundamento 13). Para ello, el Estado debe reforzar los programas de ayuda para los pueblos indígenas, con el fin de apoyarlos en la creación de capacidades y proporcionarles asistencia financiera en sus iniciativas de gestión y extracción de recursos naturales (fundamento 14). Además, el relator plantea que el Estado asista a los pueblos indígenas a que adquieran licencias o permisos y así «dar prioridad a las iniciativas de extracción de recursos de los pueblos indígenas en sus territorios» (fundamento 15). El exrelator justifica de la siguiente manera su propuesta:

Muy a menudo, los pueblos indígenas reivindican todos los recursos, incluidos los recursos del subsuelo, presentes en su territorio, en virtud de sus propias costumbres o leyes, con independencia de la legislación del Estado, y muy a menudo esas reivindicaciones no se han atendido adecuadamente. Teniendo en cuenta esos factores, reconocer la prioridad de los pueblos indígenas para extraer los recursos existentes en sus territorios es una cuestión de equidad, si no de derecho. (fundamento 16)

Como se ve, si bien el exrelator no reconoce la propiedad de los pueblos indígenas sobre los recursos del subsuelo, sí les reconoce la prioridad del derecho de extracción de los mismos, por «una cuestión de equidad, sino de derecho» (fundamento 16), pero también por «una cuestión de buena práctica» (fundamento 17). El exrelator precisa que si la extracción la llevan a cabo los mismos pueblos indígenas aumenta la posibilidad que se respeten los derechos de los pueblos indígenas, que se disminuyan los efectos nocivos de las actividades extractivas y que los réditos económicos beneficien al Estado y a la comunidad (fundamento 17).

A partir de lo explicado en el reporte, el exrelator concluye que deben buscarse modelos de extracción alternativos al modelo predominante para que así la extracción de recursos sea compatible con los derechos de los pueblos indígenas (fundamento 79). Así, el exrelator justifica el derecho de los pueblos indígenas a realizar actividades extractivas por sí mismos en «su derecho a la libre determinación y a establecer sus propias estrategias de desarrollo» (fundamento 82).

La solución a la cual se apunta debe procurar que las comunidades estén correctamente informadas para así estar en óptimas condiciones de iniciar una negociación medianamente balanceada con su contraparte, la empresa extractiva. Para ello, la solución que se busca debe garantizar la presencia del Estado en estas negociaciones, a fin de que este ente actúe como un regulador o intermediario de estas negociaciones y, así, se asegure de que las partes cuenten con la debida información para autónomamente llegar a una decisión. De esta forma, la solución pretende terminar con el principal escollo que se ha encontrado a lo largo de este análisis: la falta de información que impide a las comunidades tomar decisiones de manera libre y reflexiva, lo cual eventualmente resulta en violaciones a sus derechos a la vida, a la propiedad, identidad cultural y demás derechos conexos.

Además, la solución debe buscar que las comunidades campesinas se sientan partícipes de las decisiones que se toman con respecto a la minería. Por ello, la solución procurará que a las comunidades se les reconozca cierta titularidad sobre los recursos del subsuelo, admitiendo que es ilógico reconocer una titularidad del subsuelo sin darle la misma importancia a la titularidad del suelo. Además, esto último es un reconocimiento a la concepción de territorialidad que manejarían las comunidades en su condición de pueblos indígenas.

Finalmente, tampoco se pretende que al Estado le sea despojado uno de sus principales fuentes de riqueza, los recursos minerales. Para ello, la solución busca que el Estado retenga cierta titularidad sobre estos recursos, con el fin de que pueda retener algún tipo de ganancia a partir de las actividades mineras. En este trabajo se considera que la minería debe mantenerse como una de las principales fuentes de riqueza del país, sin que ello signifique se le priorice sobre la vida y demás derechos conexos de los ciudadanos que habitan en las zonas de impacto.

Con los lineamientos establecidos, la solución que se propone consiste en un híbrido de los sistemas, a fin de reconocer las ventajas que presentan y neutralizar los puntos negativos que puedan generarse. La solución propuesta, entonces, radica en reconocer que la propiedad de los recursos naturales recaiga tanto en el Estado como en los propietarios del suelo, los cuales pueden ser las comunidades campesinas. Es decir, se establecería una suerte de copropiedad de los recursos minerales entre el Estado y las comunidades.

Con la copropiedad establecida, los recursos minerales que se ubiquen debajo de un terreno que pertenezca a un privado pertenecerán en cuotas ideales tanto al Estado como al mencionado propietario privado. Al ser una copropiedad, las decisiones que involucren la entrega (ya sea en forma de compraventa, gravamen, arrendamiento, servidumbre, etc.) del bien común (los recursos minerales) tendrán que ser tomadas en unanimidad. Por la naturaleza de su ubicación (en el subsuelo), el uso de los recursos naturales es prácticamente inexistente, por lo que no habría problema con el muchas veces conflictivo derecho al uso del bien común.

Al ser una copropiedad, tanto el Estado como la comunidad pueden disponer y gravar su cuota ideal, pero con la salvedad de que el copropietario pueda ejercer su derecho de retracto. Mediante este derecho, el copropietario puede subrogarse en el lugar del comprador en todas las estipulaciones del contrato. De esta forma, si uno de los copropietarios desea vender su cuota ideal de la copropiedad a un tercero, el otro copropietario tendrá la opción de obtener dicha cuota y consolidar su propiedad.

Si bien resulta evidente que este nuevo sistema busca reivindicar cierta titularidad de los minerales en los dueños de las tierras debajo de las cuales se encuentran dichos recursos naturales, lo que en verdad pretende es asegurar que todos los actores involucrados posean información suficiente acerca de los bienes materia de contrato. El hecho de tener una titularidad, exactamente la mitad, sobre los minerales logrará que las comunidades tengan la oportunidad de contar con información adecuada relacionada a dichos bienes y así puedan afrontar mejor una futura negociación.

Si se imagina a una comunidad debajo de la cual se encuentren recursos minerales, los cuales pertenecerían en copropiedad tanto al Estado como a la comunidad. Se abre un abanico de dos opciones: que el Estado quiera entregar todos los recursos de esa cuadrícula, lo cual requerirá de unanimidad entre el Estado y la comunidad; o que el Estado quiera entregar solamente los recursos que le pertenecen a su cuota ideal, lo cual activará el derecho de retracto que le corresponde a la comunidad, la cual tendrá la posibilidad de obtener la cuota del Estado y consolidar así su propiedad. Ambas situaciones tienen una ventaja representativa con respec-

to al sistema dominalista y al sistema fundiario o de accesión: se le brinda la oportunidad a las comunidades de informarse de la importancia minera de sus tierras y del real valor de estas, además de enterarse de manera previa que hay un tercero que tiene la intención de acceder a los recursos minerales debajo de sus tierras.

En la primera situación propuesta, el requerimiento de unanimidad de venta del total de minerales debajo de la tierra de la comunidad logrará un evento impensado hasta ahora bajo las reglas del actual ordenamiento: sentar en la mesa de negociación a la empresa extractiva (el pretendiente) con la comunidad campesina y el Estado (los copropietarios del recurso). Este último buscará negociar las mejores condiciones para su contrato, lo cual repercutirá también positivamente en la comunidad en su calidad de copropietaria. Finalmente, se debe recordar que constitucionalmente el fin supremo del Estado es la defensa de la persona¹⁸, una razón más para asegurarnos de que el Estado negociará en beneficio de sí mismo y la comunidad campesina.

Bajo la segunda situación propuesta —la comunidad campesina, en su calidad de copropietaria, que puede subrogarse en reemplazo de la empresa extractiva como compradora de la cuota ideal del Estado— se presentarían dos escenarios. Por un lado, si la comunidad campesina está en la posibilidad de adquirir la cuota ideal del Estado, se convertiría en la dueña absoluta de los recursos naturales, lo cual crea una situación idéntica al sistema de accesión o fundiario. Pero si la comunidad campesina no tiene los recursos financieros para obtener la cuota ideal del Estado y no puede, por ende, ejercer su derecho de retracto, entonces los recursos minerales caerían indefectiblemente bajo una copropiedad entre comunidad y empresa. Con ello, se propiciaría nuevamente una negociación directa entre comunidades y empresas por el acceso al subsuelo, repitiéndose el escenario de los sistemas clásicos de dominio minero de los que se quería marcar distancia.

Se acepta esta crítica con humildad, pero la misma no está considerando una variable distinta: la copropiedad de recursos del subsuelo le permite a las comunidades enterarse del precio y detalles de las transacciones de los minerales ya sea cuando el Estado busque negociar con ellas una decisión unánime para vender los recursos o ya sea cuando tengan la posibilidad de ejercer su derecho de retracto. Incluso si la comunidad no pudiese ejercer su derecho de retracto, al menos sabría que hay un tercero que tiene intenciones de obtener sus recursos. En adición, podría saber el precio por el cual han negociado el Estado y la empresa extractiva, lo cual le daría una muestra de los valores que se manejan en estas negociaciones. Con ello, la comunidad tendría un parámetro de negociación y así no estaría desorientada a una posible negociación con una empresa extractiva. Esta información también será importante para que la comunidad esté en mejores condiciones para afrontar una negociación con la empresa extractiva por el acceso al suelo.

Otra gran ventaja sería que, al contar con cierta titularidad sobre los recursos minerales, las comunidades podrían acordar en las negociaciones con las empresas extractivas una importante participación en la realización de los proyectos. Ya no solo tendrían la potestad de recibir información, sino que esta nueva capacidad de copropietarios facultaría a las comunidades a tener un rol más importante en las actividades mineras. Con cierta titularidad sobre los minerales (y ya no solo con la propiedad del suelo), las comunidades podrán no equiparar, pero sí al menos contrarrestar el mayor poder de negociación que detentan las empresas.

18 Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 1. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

6. Conclusiones

Existen básicamente dos sistemas de titularidad sobre los recursos minerales: el sistema dominalista, el cual separa la propiedad del suelo de la propiedad del subsuelo; y el sistema de accesión o fundiario, el cual unifica la propiedad de suelo y subsuelo. Esta separación artificial obliga al concesionario entable una negociación directa con el dueño del suelo debajo del cual se encuentran los minerales a fin de conseguir un acuerdo previo. Generalmente, los dueños de estos suelos ricos en minerales son las comunidades campesinas. Con ello, el sistema jurídico provoca que negocien dos entes tan disímiles como una comunidad y una empresa extractiva.

El sistema dominalista aumenta el desequilibrio entre empresas y comunidades, debido a que desplaza al Estado de su rol de garante de las actividades económicas y los derechos de los ciudadanos. A la ausencia del Estado se suma la poca capacidad de las comunidades de obtener información y sus dificultades logísticas. Esta situación de asimetría de información provoca que las comunidades cuenten con poco poder de negociación y vean violentado su derecho a la libertad de contratación, lo cual conlleva a la violación de su derecho de propiedad y derechos conexos.

Además, el hecho de que comunidades y empresas se vean forzadas a negociar por el acceso al suelo fomentará la prevalencia del derecho civil, el cual no ofrece remedios adecuados para solventar las violaciones a los derechos de los pueblos indígenas.

Finalmente, el sistema dominalista no recoge la propia visión y relación que tienen las comunidades campesinas con sus tierras. El sistema dominalista tiene una concepción más económica e individual de la propiedad, mientras que las comunidades ven a la propiedad de su tierra como un medio para mantener su identidad cultural y derechos colectivos. Dentro de las comunidades, las familias tienen un derecho de propiedad familiar por el cual pueden usar y disfrutar sus parcelas, pero no pueden enajenarlas.

Ante el evidente perjuicio que genera la aplicación del sistema dominalista, en especial para las comunidades campesinas, se requiere pensar en nuevos sistemas de dominio minero. Incluso, lo mismo ocurre con el sistema de accesión que al juntar propiedad de suelo y subsuelo solo estaría repitiendo los efectos negativos de la negociación directa entre comunidades y empresas. Buscar una adecuada solución es una tarea aún pendiente.

REFERENCIAS

- Alzamora, L. (1926). *El dolo en nuestra legislación civil*. Lima: Minerva.
- Anaya, J. (2010). El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la declaración. En *El Desafío de la Declaración: Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*. Copenhague: Grupo Internacional de Trabajo Sobre Asuntos Indígenas (IWGIA).
- Anaya, J. (julio, 2012). *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya*. Consejo de Derechos Humanos, 21º periodo de sesiones, A/HRC/21/47. Recuperado de http://unsrjamesanaya.org/docs/annual/2012_hrc_annual_report_sp.pdf
- Anaya, J. (julio, 2013). *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya: las industrias extractivas y los pueblos indígenas*. Consejo de Derechos Humanos, 24º periodo de sesiones, A/HRC/24/41. Recuperado de <http://unsrjamesanaya.org/docs/annual/2013-hrc-annual-report-spanish.pdf>
- Arellano, J. (2011). *¿Minería sin fronteras?: conflicto y desarrollo en regiones mineras del Perú*. Lima: IEP, PUCP y Universidad Antonio Ruiz de Montoya.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (diciembre, 1960). Resolución 1514 (XV) Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales. 947ª sesión plenaria. Recuperado de <http://www.un.org/es/decolonization/declaration.shtml>
- Basadre, J. (1996). *Derecho minero peruano* (6ª ed.). Lima: Grijley.
- Belaunde, M. (2009). *Derecho minero y concesión* (3ª ed.). Lima: Editorial San Marcos E.I.R.L.
- Bernales, E. (1998). *La Constitución de 1993: análisis comparado* (4ª ed.). Lima: RAO editora.
- Borea, M. (1999). La Lesión: necesidad de incluir a la inexperiencia como estado de inferioridad de un contratante. *Ius et veritas*, (19), pp. 88 - 92.
- Bullard, A. (2003). La asimetría de la información en la contratación. A propósito del dolo omisivo. *Derecho y Economía: el análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra.
- Bullard, A. (24 de junio de 2009). Bagua y la tragedia de los anticomunes. *Semana Económica*. Recuperado de <http://semanaeconomica.com/prohibido-prohibir/2009/06/24/bagua-y-la-tragedia-de-los-anticomunes/>
- Burneo, Z. (2005). *La propiedad colectiva de la tierra y las comunidades campesinas del Perú*. Lima: CEPES. Recuperado de http://www.cepes.org.pe/pdf/observatorio_tierras/propiedad_colectiva_tierra.pdf

- Burneo, M. y Chaparro, A. (2013). Poder, comunidades campesinas e industria minera: el gobierno comunal y el acceso a los recursos en el caso de Michiquillay. *Revista Anthropoica*, 17(28).
- Bury, J. (2007). *Neoliberalismo, minería y cambios rurales en Cajamarca. Minería, movimientos sociales y respuesta campesina: una ecología política de transformaciones territoriales*. A. Bebbington (ed.). Lima: IEP & CEPES.
- Cardenas, C. (2000). La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución política del Perú. *Contratación contemporánea: teoría general y principios*. Lima: Palestra; Bogotá: Temis.
- Cervantes, D. (2014). *Manual de derecho administrativo*. Lima, Perú: Rodhas.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010). *Informe: Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. Documento 56/09.
- Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (2003). *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. México: Desarrollo Gráfico Editorial.
- Del Castillo, L. (1992). ¿Tiene futuro las comunidades campesinas? *Debate Agrario*, (14).
- Del Castillo, L. (1995). Conflictos en tierras de Comunidades Campesinas y legislación. *Las comunidades campesinas en el siglo XXI: situación actual y cambios normativos*. Lima: Perú Grupo ALLPA.
- Del Castillo, L. (2003). Titulación de las comunidades campesinas: CEPES, ALLPA y la problemática comunal. *Debate Agrario*, (36).
- Defensoría del pueblo (2013). Reporte de Conflictos Sociales N° 115. *Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad, Septiembre 2013*. Recuperado de www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/conflictos/2013/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N-115-Septiembre-2013.pdf
- Diez, A. (2003). Interculturalidad y comunidades propiedad colectiva y propiedad individual. *Debate Agrario*, 36.
- Espinoza, J. (2002). El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional. *Ius et veritas*, (24), pp. 302 - 313.
- García, G. y Franciskovic, M. (2001). *Derecho minero: doctrina, jurisprudencia y legislación actualizada*. Lima: Gráfica Horizonte.
- Gamarra, C. (2009). *La concesión minera*. Lima: Eds. Caballero Bustamante.
- Glave, M. (2007). Valor y renta de la tierra en los Andes peruanos. Reflexiones en torno a la nueva minería. *SEPIA XII. Seminario Permanente de Investigación Agraria*.
- Guevara, J. (2001). Las causas estructurales de la pluralidad legal en el Perú. *Derecho & Sociedad*, 12(16).
- Heller, M. (1997). The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets. *Working Paper*, (40), Davidson Institute Research Workshop on the Economics of Transition.
- Jordana, L. (1949). Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, (48), pp. 41 - 54.

- Kresalja, B. y Ochoa, C. (2009). *Derecho Constitucional Económico*. Lima: PUCP, Fondo Editorial.
- Landa, C. (1987). Principios rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la Constitución económica de 1993. *Constitución Económica del Perú (Foro Económico Asia-Pacífico APEC)*, 3(6). Lima: Palestra.
- Lohmann, G. (1994). *El Negocio Jurídico* (2ª ed). Editorial Jurídica Grijley EIRL.
- Lohmann, G. (1988). Reforma del Título Preliminar del Código Civil. *Reforma del Código civil peruano: doctrina y propuestas*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Meinzen-Dick, R y Pradhan, R. (2006). Pluralismo legal y derecho dinámicos de propiedad. *Debate Agrario*, (40).
- Merino, R. (2010). Legitimando el abuso en el contrato: El Pleno casatorio sobre transacción extrajudicial y los contratos contaminados. *Actualidad Civil*, pp. 219 - 276. Recuperado de http://www.academia.edu/1043252/El_Pleno_Casatorio_sobre_transaccion_extrajudicial_y_los_contratos_contaminados
- Ministerio de Cultura. (2015). Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios. Recuperado de <http://bdpi.cultura.gob.pe/lista-de-pueblos-indigenas>
- Morales, R. (2011). *Patologías y remedios del contrato*. Lima: Jurista.
- Mossbrucker, H. (1990). *La economía campesina y el concepto "comunidad": un enfoque crítico*. Lima: IEP.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (1976). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- Parada, J. (2010). *Derecho Administrativo I Parte General* (18ª ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Peña Jumpa, A. (1998). *Justicia comunal en los Andes del Perú El caso de Calahuayo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
- Pulgar-Vidal, M. (2009). Suelo y subsuelo o contrasuelazo: Descifrando el misterio del capital: Minería, petróleo y comunidades. Bajo la lupa. *Análisis y propuestas*, (15).
- Roppo, V. (2009). *El Contrato*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rubio M. (2008). *El título preliminar del Código Civil* (10ª ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Schlechtriem, P. (1997). *Good Faith in German Law and in International Uniform Laws*. Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero.
- Stiglitz, J. (2002). *La economía del sector público*. Barcelona: Antoni Book Editor.
- Stiglitz, J. (2008). *Recursos Naturales, Desarrollo y Democracia*. Lima: Grupo Propuesta Ciudadana.
- Torres, A. (2000). *Código Civil* (5ª ed.). Lima: IDEMSA.
- Tubino, F. (2011). Pluralismo jurídico y diversidad cultural. *Ius et veritas*, (42), pp. 382 - 389.
- Urrutia, J. (1992). Comunidades Campesinas y Antropología: Historia de un amor (casi) eterno. *Debate Agrario*, (14), pp. 1 - 16.

- Urteaga, P. (2009). Fundamentación Jurídica del derecho a la Consulta y Consentimiento Libre, Previo e Informado en el Marco del Convenio 169 de la OIT. El caso de Perú. *El Otro Derecho*, 40, pp. 123 - 162. Recuperado de http://www.setianworks.net/indepazHome/attachments/484_El_otro_derecho_40_%20Consulta%20Previa.pdf
- Vildosola, J. (1999). *El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe*. Caracas: Latina.
- Yrigoyen, R. (2006). Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluralidad. Cultural y jurídica: Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario. Colombia, Perú y Bolivia. *Desfatiendo entuertos*. Lima.
- Yrigoyen, R. (2006). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto. Recuperado de <http://www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf>

JURISPRUDENCIA

Sentencia N.º 06316-2008-PA/TC. Tribunal Constitucional del Perú. (11 de noviembre de 2009.)

Sentencia N.º 0090-2004-AA/TC. Tribunal Constitucional Del Perú. (05 de julio de 2004).

Sentencia N.º 0090-2004-AA/TC. Tribunal Constitucional del Perú. (2004). Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>

Sentencia N.º 06316-2008-PA/TC. Tribunal Constitucional del Perú. (2009). Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06316-2008-AA.html>

Ley N.º 24656. (1987). Recuperado de <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/24656.pdf>

Ley N.º 26845. (26 de julio de 1997). Recuperado de <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/26845.pdf>

Sentencia Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Corte Interamericana de Derechos Humanos (31 de agosto 2001). Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

Sentencia Caso Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (31 de agosto de 2001).

Sentencia Saramaka vs. Suriname. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de noviembre de 2007).

Sentencia Saramaka vs. Suriname. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de noviembre de 2007). Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

Sentencia Yákye Axa vs. Paraguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (17 de junio de 2005).

COMENTARIOS

Gustavo Zambrano Chávez
Profesor del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Analizar, y sobre la base de ello, reflexionar acerca de la relación que existe entre comunidades (tanto campesinas como nativas) y empresas extractivas es uno de aquellos temas sobre los que hay que seguir generando conocimiento en el Perú. Cada esfuerzo y, sobre todo, aporte en este debate ayuda a entender que esta es una relación histórica muy compleja, en la que las tensiones presentes en las dinámicas entre ambos grupos responden a diversos factores. Uno de estos factores son los marcos institucionales y normativos monoculturales que han negado la diversidad cultural del país. Sobre estos marcos, precisamente, se toman decisiones de política que terminan impactando en la manera como actúa el aparato del Estado frente a la población. Es en este espectro del debate donde el texto de Richard O'Diana Rocca se encuentra. Un aporte que busca reflexionar los puntos de inflexión —desde el discurso jurídico— entre dos lógicas discursivas que se encuentran, la del sistema dominalista de propiedad que favorece la extracción de recursos mineros, y aquellas lógicas comunales (andinas principalmente) respecto a la forma de hacer uso de sus predios.

En primera instancia, el texto resulta aleccionador. El objetivo se alcanza al brindarnos una panorámica jurídica de las limitaciones existentes del denominado sistema dominalista que al primar en ejercicios de negociación en contextos de extracción minera, deja sin garantías a la propiedad comunal de comunidades campesinas andinas. Para ello se hace de la descripción de cómo puede ser entendido este tipo de propiedad colectiva o comunal, la que luego es contrastada con las lógicas del sistema de propiedad vigente. En resumen, como bien señala el autor, a través de este contraste logra mostrarnos de qué manera el sistema de dominio minero en el Perú termina aumentando el desequilibrio entre empresas extractivas y comunidades campesinas andinas al dejar de lado lógicas comunales cuando se está en momentos de negociación por la propiedad.

Sin embargo, a pesar de los aportes, hay cuestiones que es necesario mejorar. En primer lugar, el texto es duro de leer. Al resaltar el posicionamiento jurídico, el análisis legal, sobre otro tipo de aproximaciones teóricas que maticen la redacción, se convierte en un documento dirigido solo a operadores del derecho. Así, si bien resulta útil para abogados y abogadas, en tanto el tema resulta atractivo para quienes se mueven en las lides del derecho estatal, no resulta igual para otro tipo de profesionales. El discurso jurídico utilizado sin matices provenientes de otras disciplinas, deja de lado la posibilidad de comunicarse luego con estas, sobre todo en un tema como este, en el que se hace necesario una amplitud de información en la opinión pública.

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/gustavo-zambrano-chavez>

Otro de los problemas del texto es la falta de evidencia empírica. No estamos ante un tema en el que basta con solo afirmar que en el Perú hay comunidades campesinas, sino dónde están, cuáles son, qué las caracteriza desde la evidencia y no la abstracción. Mostrar cifras, porcentajes, información estadística, por ejemplo, enriquecería al argumento. Resalto lo anterior porque las afirmaciones sostenidas en generalidades no ayudan a la solidez de lo que se quiere demostrar. El problema que el autor aborda, por lo complejo que es, requiere de mejores y más sustentos provenientes de la complejidad sociocultural del país. Lo anterior se refleja de cierta manera en la forma como busca definir o presentar conceptualmente a las comunidades campesinas andinas. Sobre este punto, el problema de la falta de evidencia genera dos temas que me gustaría resaltar. En primer lugar, y como ya se mencionó, está la generalización, ya que esta puede inducir a error cuando tratamos de equiparar al universo de comunidades que existen en el territorio nacional con una sola definición o intento de esta. Ese justamente es uno de los puntos débiles que fácilmente son atacados por quienes cuestionan, por ejemplo, la propiedad comunal: es difícil afirmar que la misma situación viven todas las comunidades campesinas en el país. Si lo que se quiere es consolidar al sujeto de derecho, es necesario revisar la manera como se ha construido ese sujeto por parte del autor, complementando la bibliografía con la evidencia.

El segundo punto se enlaza con esta última afirmación: de qué manera se ha construido el sujeto de derecho *comunidad campesina*. Por ejemplo, resulta más interesante —y atractivo por su actualidad— fundar la definición en lo sostenido por autores como Laureano del Castillo, Diez y Urrutia, que en las ideas de Peña y Gonzáles de Olarte (o quizás en esas ideas citadas), que terminan resultando desfasadas. Se entiende que las ideas de estos autores sirven para presentar la dicotomía entre lo familiar y lo comunal propiamente dicho respecto al eje de definición de las comunidades campesinas; pero se deja preguntas en el aire: ¿cuál es la conclusión de esta comparación?, ¿un modelo predomina sobre el otro?, ¿cuál es la evidencia de lo que se dice? Es cierto que el artículo no busca desarrollar en extenso este punto, pero al abordarlo tendría que generar mayor solidez en su definición. En ese sentido, es mejor trabajar una definición desde una vertiente teórica, para remarcar precisiones, y dejar las comparaciones para otro momento.

Otro tema interesante en el texto —y del que aún existe controversia en el debate— se vincula con la manera como se justifica que las comunidades son pueblos indígenas. Al respecto, creo que el argumento es que la comunidad es un tipo de organización que los pueblos indígenas tienen para ordenarse; ello significaría que la comunidad como tal no es un pueblo, sino que son los miembros de estas comunidades pertenecen a un pueblo determinado, donde la comunidad es la forma como tienen estos para organizarse. Siguiendo ese orden de ideas, la comunidad no sería el sujeto a la libre determinación, sino el pueblo, que está más allá de la forma como se organizan. Pero si el caso fuese el que se plantea en el texto, la libre determinación siguiendo a James Anaya en el caso de pueblos indígenas, es limitada; con ello trato de señalar que una capacidad absoluta de uso y dominio de todo lo que se encuentra en un territorio indígena queda descartado, pasando a relaciones semi autónomas y no completamente autónomas, como se trata de justificar.

Pero quizás el tema central y del que se pueden desprender más ideas —y con ello, preguntas— está relacionado a la tesis que se plantea. Si en efecto el denominado sistema de dominio minero genera afectaciones —al no establecer garantías— al ejercicio del derecho a la propiedad de comunidades campesinas andinas. El punto es el siguiente, a manera de

resumen, lo que se está cuestionando es el sistema o modelo predominante, y con ello, a la estructura que se forma a partir de este. De acuerdo con el autor, este modelo no garantiza los derechos de este grupo humano, en especial el de la propiedad. La pregunta es si el problema es el modelo o la forma como se viene aplicando el modelo. Ocurre que al pensar o dar a entender que el problema es el modelo, lo que se termina proponiendo es cambiarlo; pero si el problema está en cómo se viene aplicando, lo que se debería proponer entonces es mejorar o ajustar en determinadas partes ese esquema predominante, matizarlo de tal manera que siga siendo funcional pero con una mirada garantista de derechos de pueblos indígenas. El punto de flexión está en saber cuál es el objetivo último —o político— de lo que el documento quiere decirnos. ¿La propuesta es cambiar el modelo para plantear otro? Y la respuesta no se queda únicamente en el plano de lo jurídico, sino que termina adentrándose en el de la incidencia política, sin quererlo (o quizás sí).

Para terminar, felicitar que textos como este se hagan. Como señalé al inicio, hay que seguir produciendo conocimiento para, sobre la base de este, debatir, reflexionar, cuestionar y proponer. El texto va en esa línea, ayuda a todo lo que indicamos; y esperamos que estas ideas sirvan para fortalecerlo.

RESPUESTA DEL AUTOR

Realizamos este trabajo como una sistematización de lo abordado en nuestra tesis de grado titulada *Las limitaciones del sistema de dominio minero vigente en el Perú y las consecuencias negativas que genera en las comunidades campesinas: un estudio a partir del caso de la Comunidad Campesina San Andrés de Negritos de Cajamarca*¹. Por eso, una mayor profundización de muchos de los aspectos que se desarrollan en el presente texto tendrá que ser complementada con la lectura de la tesis mencionada.

A pesar de ello, creemos que todo documento debe representar por sí mismo una propuesta completa. Por tal motivo, dada la naturaleza jurídica de las exposiciones presentadas en esta ocasión por el Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ), decidimos dotar a esta investigación de un enfoque mayoritariamente jurídico. Compartimos con el profesor Zambrano que un tema tan complejo como la propiedad de recursos del subsuelo y las negociaciones entre comunidades y empresas debe ser estudiado desde una vertiente socio-antropológica (además de la jurídica), pero la limitada extensión del texto nos obligó a centrarnos básicamente en las variantes jurídicas de la temática. Es fundamental que estos temas empiecen a ser debatidos con mayor frecuencia en las facultades de Derecho, ya que muchas de las aristas que se presentan en estos casos contienen elementos que constantemente se analizan en las clases legales (contratos civiles, desequilibrio en negociaciones, temas de derecho de propiedad, entre otros). Es necesario en la actualidad que el Derecho, como rama de estudio, proponga análisis y mecanismos de solución de los temas que conforman la llamada «conflictividad social» en el Perú.

Así como es una aproximación al tema mayoritariamente desde el ámbito legal, este es un primer trabajo sobre el tema que después podrá ser enriquecido con investigaciones futuras. Para la realización de la tesis, se tomó como caso de estudio a la comunidad San Andrés de Negritos, una comunidad que a principios de los años noventa lograba acumular 14,375 hectáreas y tres anexos: la Pajuela, la Apalina y la Extrema (este último es el único anexo que sobrevive al día de hoy). La comunidad fue recortada poco a poco por la empresa Yanacocha, la cual constituyó uno de sus principales yacimientos mineros sobre el terreno de la comunidad. Esto último lo hizo a través de una expropiación administrativa y una servidumbre privada. Estas circunstancias del traspaso de tierras de la comunidad Negritos a Yanacocha estuvieron marcadas por el desequilibrio en las negociaciones entre ambos actores.

Como evidencia empírica para resaltar el tema de las negociaciones desequilibradas en la búsqueda del «acuerdo previo», encontramos en el caso de Negritos y muchos otros casos emblemáticos de conflictos mineros (en Áncash con San Marcos o en Lambayeque con Cañaris, por ejemplo). Además del anterior, otro caso que es paradigmático es el de la comunidad campesina ayacuchana de María Magdalena de Tintay (reconocida como parte del pueblo indígena quechua según la Base de Datos de Pueblos Indígenas del Ministerio de Cultura) y el proyecto Kimsa Orrco. La empresa Laconia South América solo presentó una declaración jurada en la cual indicaba que tenía el permiso de los propietarios de los predios para utilizar los

¹ Para su lectura, acceder al siguiente link: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/I23456789/46085>

terrenos superficiales donde se desarrollará la exploración; esta declaración jurada es lo único que requiere el Ministerio de Energía y Minas para otorgar la autorización de inicio de exploración (según el artículo 75 del Reglamento de Procedimientos Mineros y TUPA del MINEM).

La comunidad María Magdalena apeló esta resolución de inicio de autorización de exploración (Resolución Directoral N° 0106-2014-MEM/DGM) justamente argumentando que no había autorizado a la empresa el uso de terrenos superficiales. Lamentablemente, para el Ministerio de Energía y Minas (mediante Resolución N° 619-2014-MEM/CM), el único requisito exigible por ley es la declaración jurada mencionada, mas no documentación que acredite la autorización de uso de terrenos superficiales. Es decir, al Ministerio de Energía y Minas solo le interesa la declaración jurada donde se indique que se llegó a un acuerdo previo, sin importarle cómo se llega a ese acuerdo.

Esto último también refuerza lo que señala el profesor Zambrano, quien refiere que es la aplicación del sistema y no tanto el sistema el que está fallando. En efecto, es verdad que, independientemente del sistema aplicado, son los operadores de justicia y funcionarios peruanos los que están fallando al promover prácticas perversas como la de solo requerir una declaración jurada del acuerdo previo y no examinar si realmente se llegó a un acuerdo justo dentro de la ley y el equilibrio contractual.

Además y pese a lo mencionado por el profesor Zambrano, debe mencionarse que estas situaciones se generan por la concepción del sistema en sí. La relación desequilibrada entre empresas y comunidades se exagera cuando ambas partes negocian y esta situación es generada por un sistema de titularidad de recursos naturales que otorga a dos entes diferentes la propiedad de dos bienes jurídicos que, si bien son distintos (el suelo y los recursos debajo del mismo), tienen que estar bajo la misma esfera de propiedad para que se pueda llevar a cabo la actividad económica (un concesionario minero obligatoriamente debe acceder al suelo antes de explotar los recursos). Es el mismo sistema de titularidad de recursos que provoca una situación (la negociación directa, sin intermediación del Estado) que potencia la desigualdad entre empresas y comunidades.

La situación sería la misma, e incluso peor, si viráramos al sistema de accesión, en el cual las empresas y comunidades negociarían ya no solo por el suelo, sino también por el subsuelo. El Estado sería desterrado definitivamente de las negociaciones (no habría dominio eminencial de recursos y, por ende, tampoco necesidad de consulta previa), por lo que se potenciarían las presuntas cláusulas desequilibradas entre comunidades y empresas. Por tal razón, en el documento proponemos que los dos sistemas clásicos, tanto el dominalista como el de accesión, sean refundados o, al menos, repensados para que así se puedan reducir las chances de una negociación aislada entre empresas y comunidades que terminen perjudicando a estas últimas. En efecto, ninguna de estas dos posturas clásicas de reparto de propiedad de recursos naturales tiene una vertiente intercultural que recoja la visión de las comunidades.

La intención de este documento nunca fue la de generalizar: Sabemos que no en todas las comunidades se respeta tajantemente el concepto tradicional de «propiedad comunal»; es más, reconocemos que conforme pasa el tiempo son más las comunidades que presentan posturas encontradas y que incluso han reducido al mínimo su concepción de tierra comunal. Este hecho es evidentemente un signo de nuestros tiempos, la muestra de que el ánimo del individualismo y la privatización se ha difundido a todos los estamentos de nuestra sociedad. Sin embargo, no solo es una tendencia ideológica, sino económica. Resulta mucho más fácil hipotecar un predio con un solo propietario que uno cuyo propietario es una comunidad (que legalmente es también un solo

ente jurídico, pero que a los ojos de un banquero o inversionista puede apreciarse como un grupo de personas con las que es más difícil llegar a acuerdos). Incluso, las prácticas de titulación del Estado peruano fomentan la titulación individual (o la «parcelación» de las comunidades), mas no la comunal, por lo que muchas comunidades preferirían titularse individualmente con el objetivo práctico de lograr la tan ansiada titulación en lugar de pasar por el engorroso proceso de titulación comunal. Es un incentivo perverso que promueve el Estado y que tendría que cambiarse.

Si bien las citas y textos utilizados ya presentan una antigüedad de unos veinte años en promedio, son los trabajos académicos sobre comunidades campesinas por parte de los estudiosos más entendidos en los temas de ciencias sociales los más certeros. Lo que sí resulta pendiente es una ampliación y actualización de la bibliografía para recoger los cambios que han ocurrido en los últimos años en la constitución y desarrollo de las comunidades campesinas.

La dicotomía entre propiedad familiar y comunal se presenta en las comunidades campesinas y, como remarcamos en el texto original, ninguno de estos modelos predomina sobre el otro, sino que se complementan. Sin embargo, según nuestra experiencia, cada vez es más visible la reducción de la dimensión comunal y la prevalencia de la dimensión familiar en la conducción de tierras/parcelas en las comunidades campesinas. Lo que sí debe señalarse es que el análisis debe hacerse caso por caso. Puede deducirse una tendencia, pero ante cada proyecto y/o potencial conflicto, lo que debe hacerse es analizar la constitución de la comunidad y la forma en la que ejerce sus actividades. El análisis propio de la situación de cada comunidad en particular es lo primero que debe efectuarse antes de proponer cualquier tipo de solución o remedio.

Asimismo, resulta interesante el análisis de la identificación de las comunidades campesinas como pueblos indígenas. El debate está superado en referencia a las comunidades nativas, y paulatinamente se está superando con respecto a las comunidades campesinas (a abril de 2016, la Base de Datos de Pueblos Indígenas del Ministerio de Cultura ya alberga aproximadamente 2500 comunidades campesinas como pueblos indígenas). Las comunidades campesinas cumplen con las características objetivas y subjetivas del Convenio 169 de la OIT para ser consideradas pueblo indígena: provienen de pueblos que existían en la época de la conquista, aún conservan algunas de sus instituciones sociales y culturales, y se autoidentifican como pueblos indígenas (a pesar que muchas de las comunidades campesinas rehúyen del término «indígena» y prefieren ser consideradas «campesinas» a secas).

Hay que señalar que las comunidades son creaciones legales externas que sirvieron para clasificar grupos de personas, a pesar de que ello eventualmente separaba a pueblos por completo. Según el Ministerio de Cultura, existen 55 pueblos indígenas en el Perú; según recientes cifras del Instituto del Bien Común, existen 6120 comunidades campesinas y 2009 comunidades nativas. Estas casi seis mil comunidades campesinas representan a los cuatro pueblos indígenas andinos identificados por el Ministerio de Cultura: quechua, aimara, jaqaru y uro.

Las comunidades entonces son estamentos legales y artificiales que han dividido a los pueblos indígenas (por eso son creaciones que vienen de la época de la Conquista). En ese sentido, coincidimos con el profesor Zambrano en señalar que las comunidades no son como tal un pueblo, sino que los miembros de estas comunidades son los que conforman los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas son los que detentan el derecho a la libre determinación interna que les permite autogestionarse en los ámbitos jurídico, económico, social y cultural. Esta libre determinación interna le pertenece al pueblo, y por mandato constitucional (artículo 89) recaen también en las comunidades campesinas y nativas en las que se dividen los pueblos indígenas en el Perú.

Esta libre determinación no otorga autonomía total sobre los recursos, al menos dentro del ámbito legal. Según la Constitución del Perú, los recursos del subsuelo son de la nación (artículo 66), y el propio Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo indica que los recursos naturales puedan estar bajo la esfera de propiedad de los Estados (artículo 15.2). Entonces, independientemente de qué se señale que una comunidad cuente con capacidad autónoma (como justificamos en el texto original) o semiautónomas (como señala el profesor Zambrano en su texto), las comunidades no cuentan con la propiedad de los recursos del subsuelo de por sí.

Finalmente, sabemos que resulta complicado cambiar el sistema. No solo está la dificultad de impulsar una reforma constitucional, sino que la alternativa clásica que tenemos es recurrir al sistema de accesión que, como ya advertimos, potenciaría los efectos perniciosos de la situación desequilibrada en la que se encuentra la comunidad con respecto a la empresa extractiva. Por ello, tal vez el cambio inmediato, mas no suficiente, es el de pensar matizar el actual sistema de dominio minero.

Estos matices deben revisar de manera integral la forma en que se efectúan las negociaciones mineras. Hasta que no ocurra el cambio de sistema, el Estado no podrá interferir en la negociación por el acceso al suelo entre comunidades y empresas, al ser este un bien privado (como si se tratase de dos ciudadanos negociando la compraventa de una casa, el Estado no puede intervenir ni mucho menos fijar un precio). No obstante, podría sugerirse un intento del Estado para asegurarse de que la libertad contractual no distorsione la voluntad real de los ciudadanos y concrete abusos (al fin y al cabo, esa es la tarea de un Estado que practica la economía social de mercado). De esta forma, el Ministerio de Energía y Minas podría ser más riguroso en comprobar que estos acuerdos previos se consigan de manera adecuada y respetando la legalidad (y no solo requiriendo de una simple declaración jurada).

Lo que también fortalecería mucho la posición de las comunidades frente a una negociación por el acceso al suelo es que se desarrolle adecuadamente los procesos de consulta previa. De tal manera, una de las finalidades de la consulta previa es que las comunidades consultadas puedan enterarse que debajo de sus predios existen minerales que serán explotados por determinadas empresas. Esta «alerta» es ya un avance considerable, además de que la consulta previa podrá otorgar a las comunidades mayor información sobre la minería en general y, con suerte, sobre el proyecto particular que se desarrollará en sus territorios.

Es importante destacar esto último, ya que lamentablemente la consulta previa en minería no se ha estado llevando a cabo de la mejor manera. Mientras que en el sector hidrocarburoso existen once consultas previas terminadas, en minería solo contamos con tres procesos consultados (proyectos Aurora, Misha y Toropunto). Si bien en estos tres procesos llegaron a acuerdos en ninguno de los procesos existió una etapa de diálogo (en teoría, la etapa más importante de todo proceso de consulta), debido a que las comunidades consultadas renunciaron a la misma. Decidieron, en consecuencia, que la etapa de evaluación sea la última y tomaron el acta de dicha etapa como el acta de consulta definitiva. Además, debe señalarse que la medida consultada en estos tres casos fue la autorización de inicio de operaciones, y no una medida que cuente con mayores detalles del proyecto como, por ejemplo, el estudio de impacto ambiental. Sin duda, estos son tres procesos de consultas no tan transparentes y que creemos que se pudieron realizar de una mejor manera.

Concluimos con la firme decisión de seguir desarrollando la investigación comenzada en la tesis de grado de 2014 y este texto para el CICAJ de 2015. Es necesario continuar con

el desarrollo de estos temas, ya que, más allá de la consulta previa o los estudios de impacto ambiental, el tema de la propiedad de recursos naturales y el acuerdo previo son figuras que se presentan casi siempre en el surgimiento de conflictos sociales, sean de sierra o de selva. Para ello, debemos seguir estudiando el tema de manera interdisciplinaria, con aportes por partes iguales de antropólogos, sociólogos, ingenieros, economistas y, por supuesto, abogados. Ese compromiso queda pendiente para nosotros y, esperemos, para la universidad y la sociedad civil en general.

SECCIÓN VI

DERECHO DE AUTOR

¡SIN MELODÍA NO HAY OBRA! DIME, ¿QUÉ SE SIENTE NO TENER DERECHOS DE AUTOR SOBRE TU COMPOSICIÓN MUSICAL?

Álvaro Ocampo Grey
Facultad de Derecho, PUCP

Categoría Egresados

En un contexto de creciente relevancia económica del ámbito musical y ante el advenimiento de nuevas generaciones de compositores, considero imperioso que se analicen los problemas jurídicos relacionados con las instituciones que protegen las obras musicales. Para ello, parto por analizar cuándo es que son protegibles dichas creaciones por la normativa de derechos de autor; porque es a partir de esa protección que se podrá velar por los intereses individuales del compositor/productor y los cesionarios.

Nuestra norma principal de derechos de autor señala como protegible la obra, la cual se define como aquella creación intelectual personal y original; sin embargo, ¿cómo es que se interpretan a la luz de una obra musical términos tan generales? Al recurrir a los pronunciamientos del INDECOPI nos encontramos ante un solo criterio que viene utilizándose en las resoluciones sobre la materia desde 1998. Ello nos lleva a cuestionar la idoneidad de lo establecido, en razón de que en el criterio mencionado se restringe la protección únicamente al aspecto melódico.

Así, en este cuaderno de trabajo expondré el marco jurídico y los criterios existentes para admitir como protegible una obra musical, criticaré el ámbito de protección actual de dichas creaciones y desarrollaré cómo es que considero que debería analizarse su originalidad.

1. Las obras musicales protegidas en nuestro país

Dentro de las obras protegidas por los derechos de autor se encuentran las composiciones musicales con letra o sin ella¹; sin embargo, en nuestro ordenamiento no se encuentra prevista una definición de composición musical. De acuerdo con el numeral 17 del artículo 2 de la Ley Sobre el Derecho de Autor - Decreto Legislativo 822² (en adelante, la LDA), una composición

¹ Soy de la opinión de que la música y las letras son protegibles de manera independiente en la medida en que se trata de obras de naturaleza distinta. Los diálogos de obras teatrales son adaptados para la letra de óperas e incluso hay casos en los cuales se usan como letras las obras literarias de poetas. Por citar un ejemplo, el renombrado poema *Alturas de Machupicchu*, obra del poeta chileno Pablo Neruda, fue magistralmente musicalizado por la banda Los Jaivas. Ver: Los Jaivas [chayito 55] (2006, septiembre 26). La poderosa Muerte - Los Jaivas en Macchu Picchu [Archivo de video] Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=8AO8pY09h_Y Así, entendemos que el creador de una letra sería autor de la misma como obra literaria independientemente de si ha contribuido en la composición de la música.

² Esta norma fue promulgada el 24 de abril de 1996 y continua vigente hasta la fecha.

musical será considerada obra en caso de: (i) haber sido creada por una persona natural, (ii) contar con originalidad y (iii) ser susceptible de divulgación o reproducción de cualquier tipo. En el presente cuaderno de trabajo únicamente me limitaré a tratar el segundo punto.

I.1. Primera aproximación sobre la originalidad: Los criterios del precedente Agrotrade vs. Infutecsa en aplicación a la obra musical.

La LDA no define qué es la originalidad, sino que se limita a señalar que será protegible aquella creación que cuente con la referida cualidad. No obstante lo antes expuesto, en el precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución 286-1998/TPI-INDECOPI³ sí se hace un tratamiento abstracto del mencionado requisito. A continuación pasaré a analizar segmentadamente dicho pronunciamiento con la finalidad de interpretar sus alcances en función del ámbito concreto de las obras musicales.

- (a) «Debe entenderse por originalidad de la obra la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad»

La «expresión creativa e individualizada» de la obra refiere al desarrollo de una idea a través de los sonidos como consecuencia del esfuerzo creativo del compositor; pero sin importar lo mínima que sea la manifestación creativa plasmada. En ese sentido, resultan protegibles incluso aquellas obras que tengan un cierto grado de simplicidad, como podrían ser las composiciones de moda dentro lo que se conoce como música pop, las canciones de trova contemporánea (que la mayoría de las veces consisten en el rasgueo o arpegiado de progresiones simples de acordes elementales acompañadas con letras de contenido poético), los *jingles*⁴ publicitarios, entre otras manifestaciones.

- (b) «La obra debe expresar lo propio del autor; llevar la impronta de su personalidad»

Antes de comentar el presente fragmento del precedente, resulta necesario señalar que existen diversas teorías que tratan de definir en qué consiste la originalidad de una obra. A continuación presentaré la siguiente tabla que resume las diferentes posturas existentes:

3 Resolución N° 286-1998-TPI-INDECOPI de fecha 23 de marzo de 1998 recaída en el marco del Expediente N° 663-96-ODA-AI. En el presente caso se discutió sobre el presunto plagio que habría realizado Agrotrade respecto del formato de los componentes y la descripción de las indicaciones de las propiedades que la empresa Infutecsa consignaba en los empaques de su medicamento ALPHA CPL 10 CE. El Tribunal declaró infundada la denuncia. Dicho precedente estableció lo siguiente: «Debe entenderse por originalidad de la obra la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. La obra debe expresar lo propio del autor; llevar la impronta de su personalidad. No será considerado individual lo que ya forma parte del patrimonio cultural-artístico, científico o literario ni la forma de expresión que se deriva de la naturaleza de las cosas ni de una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas, así como tampoco lo será la forma de expresión que se reduce a una simple técnica o a instrucciones simples que sólo [...] requieren de la habilidad manual para su ejecución. En consecuencia, no todo lo producido con el esfuerzo de su creador merece protección por derechos de autor. Igualmente aun cuando exista certeza de que una creación carente de individualidad ha sido copiada textualmente, tal circunstancia no convierte a ésta en obra».

4 Es la palabra más utilizada en el ámbito publicitario para aludir a una composición musical orientada a vender un producto o promocionar un servicio.

Tabla I

Tabla comparativa de las conexiones entre el litigio de derecho público y el ECI

Originalidad objetiva		Originalidad subjetiva	Criterio intermedio
Equipara originalidad a novedad.		Determinado trabajo es protegible cuando se encuentre imbuido de la personalidad del autor;	Conjuga ambas teorías. Que el trabajo sea producto de la personalidad del autor y que contenga elementos nuevos respecto de lo ya existente.
Novedad objetiva		Novedad subjetiva	
Se considera objetivamente nuevos aquellos trabajos que aporten al patrimonio cultural algo que antes no existía.		Algo es nuevo cuando el que lo desarrolló no tuvo acceso a otros trabajos de los cuales tomar elementos. Incluso cuando haya dos obras idénticas se considera la segunda producción como nueva si no hubo acceso.	
N. objetiva absoluta	N. objetiva relativa		
Debe ser algo nuevo, nunca antes visto.		Las creaciones serían consideradas nuevas, y por tanto protegibles, cuando presentan ciertos cambios o variaciones sobre lo ya existente.	

Nota: El siguiente cuadro trata de esquematizar la clasificación de Real Márquez respecto de las posturas existentes sobre la originalidad. Real Márquez, M. (2001). El requisito de la originalidad en los derechos de autor; Recuperado de http://www.uaipit.com/files/publicaciones/0000001974_La%20originalidad-Art-uaipit2.pdf.

En nuestro ordenamiento, se ha seguido el criterio de la originalidad subjetiva o de la impronta de la personalidad del autor; de modo que una obra es protegida no por el grado de novedad, sino porque en esta el ser humano ha seleccionado determinados elementos de acuerdo con su criterio personal, dando como resultado una unidad provista de cierta esencia particular.

Determinar la originalidad de una obra resulta una tarea ardua y difusa, debido a que en este aspecto la ponderación y análisis subyacente no se hace respecto de elementos objetivamente verificables, sino de composiciones fruto de impresiones o experiencias estéticas propias de la subjetividad de un ser humano. Es en ese sentido que Antequera Parilli (1996) señala lo siguiente:

La originalidad de las obras (o el de que están protegidas las obras cuando sean *originales*), aparece expresamente mencionado en muchas leyes nacionales y apunta a su *individualidad* (y no a la novedad *stricto sensu*, propia del *derecho invencional*, es decir que el producto creativo, por su forma de expresión, debe tener características propias como para distinguirlo de cual-

quiera otro del mismo género, a diferencia de la copia, total o parcial, de la creación de otros (lo que tipificaría un plagio), sin una interpretación o sello personal; o de la simple técnica, que solo requiere de la habilidad manual en la ejecución. (p. 51)

Así, esa individualidad o personalidad podría manifestarse en la forma particular de expresar las ideas o en cómo se seleccionan o estructuran determinados elementos, en nuestro caso sonoros. De ahí que el criterio más acorde con la naturaleza de los derechos de autor sea precisamente el de la originalidad subjetiva o de la impronta de la personalidad del autor. No obstante, existen ciertos cuestionamientos relevantes que pueden hacerse respecto de la adopción del mencionado criterio.

De acuerdo con el profesor Alfredo Maraví (2010), seguir únicamente el criterio antes mencionado conllevaría a que el ámbito de protección se vaya a dos extremos poco deseables. Por un lado, (i) reducir la protección de aquellas obras que presenten evidentemente la personalidad del autor —obras maestras de compositores con personalidad fuerte—, o, por el contrario, (ii) admitir que cualquier trabajo realizado por el ser humano pueda dejar plasmada su impronta. Por tanto, el mencionado autor considera que el criterio más adecuado y sincero para determinar la originalidad sería seguir una teoría intermedia entre la «novedad relativa» y «la impronta de la personalidad del autor» (pp. 24 - 34)⁵.

Sobre el particular, si bien concuerdo en que cualquiera de esos extremos resultaría indeseable, albergo ciertas dudas respecto de si la adopción de la teoría de la impronta de la personalidad del autor necesariamente nos llevaría ante los dos supuestos antes descritos. A continuación, tomaré como referencia las obras musicales para exponer nuestra posición.

De acuerdo con Sánchez Aristi (2004), la originalidad de una obra musical —y de cualquier obra en general— puede cuestionarse de dos formas: (i) por falta de creatividad, al no separarse lo suficiente de los elementos pertenecientes al dominio público, o (ii) por consistir en la usurpación de la creatividad de otra persona, como ocurre en los casos de plagio (p. 304). En otras palabras, en el primer supuesto el juzgador podrá verificar si la obra en cuestión no se trata de una organización muy básica de elementos de libre disposición y, en el segundo supuesto, previo análisis probatorio, el juzgador determinará si cierto trabajo utilizó elementos sustanciales de una obra preexistente.

Siguiendo la teoría de la impronta de la personalidad del autor, en ambos supuestos nos encontraremos frente a una persona racional que tendrá que evaluar de acuerdo a su criterio si es que el trabajo en cuestión efectivamente revestía de un desarrollo creativo correspondiente a la personalidad del presunto autor; tarea que podría verse influida por la subjetividad del juzgador.

Ahora bien, al momento de analizar la originalidad de una obra musical, la autoridad contará con la ayuda de un criterio técnico —opiniones técnicas o pericias— que le permitirá orientarse, por lo menos, respecto de los elementos del dominio público musical que se presentan o las organizaciones que puedan haber sido tomadas de obras ajenas. Así, el juzgador podrá verse liberado de aquellos recursos sobre los cuales no podría residir de ninguna manera la impronta de la personalidad del autor. En consecuencia, el riesgo de que se considere como original cualquier trabajo sonoro que no revista de un mínimo de originalidad se verá reducido.

⁵ Esta postura también se desarrolla en la tesis de maestría *Las creaciones gastronómicas como objeto de protección por el derecho de autor: posibilidades y conveniencia siguiendo el enfoque de la propiedad intelectual y la competencia desleal* (Maraví, 2011, pp. 21 - 28).

Es importante también tener en cuenta que el mismo precedente ha establecido que una obra musical se protegerá por mínima que sea la individualidad plasmada. Por tanto, al momento de hacer el análisis, normalmente el juzgador tendrá cuidado de no desmerecer aquellas obras que si bien podrían ser consideradas por la crítica como de escaso valor cultural, revisten por lo menos de un mínimo desarrollo creativo más allá del mero uso de elementos del dominio público o de aspectos contenidos en otras obras.

Por lo expuesto, las probabilidades de que en los casos en concreto la autoridad reduzca la protección por derechos de autor de aquellas obras maestras de compositores con personalidad fuerte serán reducidas. Ello en función de la orientación del precedente, sumado al hecho de que —a mi parecer— el juzgador, en principio, tendrá conocimiento de que su función no es la de un crítico de arte llamado a reivindicar los parámetros de lo «estéticamente adecuado».

De otro lado, guardo ciertas dudas sobre si el criterio más adecuado para determinar la originalidad sea seguir una teoría intermedia entre la novedad relativa y la impronta de la personalidad del autor. Si bien en el análisis de la originalidad en derechos de autor el examen podría ser similar al realizado para la determinación de la novedad en el derecho de patentes, soy de la opinión de que entre originalidad y novedad no hay un correlato muy preciso.

En el derecho de las invenciones, el análisis se centra en determinar si en el actual estado de la técnica no se ha presentado una misma específica solución a un determinado problema. Por ejemplo, un dispositivo que permita la teletransportación de personas. Así, la novedad reside en las llamadas reivindicaciones, que consisten en las particularidades que el inventor ideó, las cuales deben diferir de lo que antes ya se había realizado. Por el contrario, en el derecho de autor no se puede hablar de reivindicaciones —y, por ende, tampoco de novedad—, puesto que estas aluden a las invenciones que refieren a ideas técnicas, y sobre dichos elementos no recae el derecho de autor. En la disciplina que nos compete se considera aporte a una forma particular de organizar los elementos expresivos, por lo cual no se puede determinar la protección de un nuevo elemento objetivo particular que otro compositor nunca haya utilizado.

Soy de la opinión que asimilar el concepto de novedad al de originalidad podría, incluso, generar ciertas situaciones problemáticas para la disciplina del derecho de autor, y en particular para el ámbito musical. Ello se entiende porque sí pueden existir aportes musicales objetivos determinables en una obra, como son aquellas particularidades técnicas o estéticas nunca antes usadas. Podría citar, como ejemplo, el uso del registro agudo del fagot en la obertura de *La consagración de la primavera* del compositor ruso Igor Stravinski⁶, el recurso del método de composición dodecafónica desarrollado inicialmente por el compositor austriaco Arnold Schoenberg⁷, entre otros. Considero que aportes como los mencionados constituyen ideas o descubrimientos que no podrían ser reivindicados por las vías del derecho de autor.

6 Cabe precisar que Igor Stravinski es un compositor ruso considerado como una de las figuras más importantes e influyentes en la música del siglo XX. En particular, es muy reconocido por su *ballet La consagración de la primavera*, cuyo estreno, retrato uno de los más grandes escándalos en la historia de la música, debido a los estrepitosos abucheos, sin perjuicio de que años después sea considerada como una obra maestra.

7 El compositor austriaco Arnold Schoenberg es otra de las figuras determinantes en la historia de la música del siglo XX, pues su sistema dodecafónico implicó el deliberado abandono de la tonalidad bajo un nuevo sistema organizado. Con ello, la melodiosidad de la música fue dejando de lado aquel carácter usualmente agradable de la tonalidad mayor (alegre) y menor (triste) para pasar al uso de las disonancias, en lo que se conoce como atonalidad.

En un escenario algo menos pesimista que el anterior, analizar la originalidad en función de la novedad —aun siendo esta relativa— podría generar que se pueda entender que solo serán protegibles aquellas obras con una forma de expresión estética que antes no se haya mostrado, por lo menos en ciertos aspectos (si no, no se podría hablar de algo nuevo). Así, el juzgador tendría que hacer de crítico de arte o, de lo contrario, guiarse por la opinión de los críticos, especialistas en cada una de las disciplinas existentes, lo cual elevaría en demasía los costos de evaluación. En caso del último supuesto, se podría correr el riesgo de desproteger obras con un mínimo valor de expresividad, pero con un ingente valor económico, pues difícilmente un crítico musical admitirá que el *Gangnam style* (*El baile del caballo*) de PSY constituye una nueva forma de expresión musical⁸.

Cabe añadir que el requisito de originalidad de las obras musicales difiere del requisito de distintividad de las marcas, pues este último se refiere a la capacidad de distinguir un producto en el mercado. Esta consideración guarda especial relevancia en el caso de las marcas sonoras, pues estas podrían ser representaciones acústicas distintivas aun cuando no fueran originales. Por ejemplo, la corneta de D'Onofrio efectivamente nos permite reconocer los helados de la empresa, pero difícilmente un sonido tan básico como la nota de la corneta que hace una suerte de *glissando* podrá considerarse una obra original. Ello, sin perjuicio de que el sonido sea distintivo y pueda ser susceptible de representación gráfica a través de un espectograma como para ser reconocido como marca⁹.

En conclusión, considero que para determinar si una obra musical es original, el juzgador debe tomar en cuenta la impronta de la personalidad del presunto autor, y para considerar ello debería bastarle con la verificación de una organización particular de ciertos elementos expresivos, lo cual implica que el trabajo sometido a análisis no consista en un mero uso directo de elementos musicales que pertenezcan al dominio público o la copia de la organización de sonidos realizada por alguien más en otra obra protegida.

- (c) «No todo lo producido con el esfuerzo de su creador merece protección por derechos de autor: Igualmente aun cuando exista certeza de que una creación carente de individualidad ha sido copiada textualmente, tal circunstancia no convierte a ésta en obra»

Un ejemplo de este supuesto podría ser la reconstrucción de música egipcia realizada por Rafael Pérez Arroyo, que partió con el rescate de sus antiguos instrumentos para grabar un CD con la interpretación de las escalas encontradas en jeroglíficos, en *Music in the age of the pyramids* (2011, grabación de audio). Por más de que la tarea de reconstrucción y recopilación haya sido titánica, no sería protegible el resultado a menos de que los encargados hayan librado a su criterio personal la reconstrucción de las composiciones que en un principio no se pudieron encontrar completas.

8 La canción *Gangnam style* llegó a recaudar la impresionante cantidad de ocho millones de dólares por el uso de la obra en publicidad (Mims, 2013).

9 Decisión 486 de la CAN.

Artículo 134.- A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro.

- (d) «No será considerado individual lo que ya forma parte del patrimonio cultural —artístico, científico o literario— ni la forma de expresión que se deriva de la naturaleza de las cosas ni de una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas, así como tampoco lo será la forma de expresión que se reduce a una simple técnica o a instrucciones simples que solo requieren de la habilidad manual para su ejecución»

En este fragmento se hace alusión al patrimonio cultural en el ámbito musical. Así, por ejemplo, puedo mencionar el trabajo *Música tradicional del Perú 1: fiestas del Cuzco*, que recopila las danzas de las principales celebraciones de las provincias de Calca, Cuzco, Quispicanchis, Canchis y Paucartambo, las cuales no podrían ser consideradas obras del investigador por pertenecer a tradiciones ancestrales de la cultura andina. No obstante, de acuerdo al artículo 5, literal l) de la LDA, sí podría considerarse protegible dicho trabajo como una antología.

De manera similar, se presentó un caso en el cual el guitarrista Carlos Parra del Riego solicitó ante INDECOPI la protección del trabajo denominado *Himno nacional del Perú - versión rock heavy metal*, el cual —como indica su nombre— consistía en una versión de nuestro himno nacional interpretado en un estilo de *heavy metal*, con guitarras eléctricas, bajo eléctrico y pista rítmica de batería. No obstante, luego de realizar una pericia, se consideró que la versión del denunciante no contenía un aporte que le brinde el carácter de ser obra (derivada), sino que se trataba de la interpretación de un elemento del dominio público, el Himno Nacional del Perú¹⁰.

Cabe mencionar que concuerdo con Lipszyc (1993) respecto de que no se pueden adquirir derechos sobre los elementos o recursos propios de la música, porque estos son recursos de dominio público dentro del arte o técnica (p. 74).

Por otro lado, para finalizar el entendimiento de esta parte del precedente, debo decir que pertenecen al dominio público las obras de los compositores que fallecieron hace setenta (70) años, como podrían ser las obras de los compositores del periodo renacentista, barroco, clásico, romántico y moderno de la música académica, más conocida como música clásica^{11 12}.

Resulta relevante comentar que de acuerdo con la concordancia entre el artículo 2, numeral 25, y el artículo 6, literal d de la LDA, sí se encuentran protegidas las obras musicales derivadas de elementos u obras de dominio público; siempre y cuando todas estas cuenten con originalidad, como por ejemplo las obras derivadas de la obra *Caprice* para violín del compositor italiano Nicolo Paganini^{13 14}.

10 Resolución 0179-2011/CDA-INDECOPI recaída en el Expediente 002172-2010/DDA. Para escuchar la versión del himno nacional interpretada por Carlos Parra del Riego ver: [Charlie Parra del Riego]. (2010, febrero 24). Himno Nacional del Perú en Heavy Metal [Archivo de video]. Recuperado de http://www.youtube.com/watch?v=Oo22QAD_uPA

11 El periodo conocido como «contemporáneo» comenzó aproximadamente en 1951 y continúa en la actualidad, por lo que las obras de este periodo, y algunas del moderno, aún no pasan al dominio público.

12 Cabe precisar que en el anterior párrafo solo se consideró el plazo explotativo respecto de los derechos de autoría de los compositores —o sus derechohabientes— sobre las obras. No obstante, los derechos conexos de los intérpretes —tales como los directores de orquesta e instrumentistas que ejecutan las obras que se encuentran en el dominio público— pueden encontrarse plenamente vigentes, ya que cuentan con una duración independiente a la de la composición interpretada. Esta vigencia en nuestro ordenamiento es de setenta (70) años contados a partir de la muerte del intérprete.

13 Para escuchar el conocido *Caprice* N° 24, en su versión original, interpretado por el violinista, revisar: Alexander Markov ([kacharov]. (2010, mayo 20). Paganini - Caprice no. 24, Alexander Markov, violin [HD] [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=XPM2LIStXPE>

14 A continuación, un par de obras derivadas de los *Caprice* de Paganini. Variaciones de un tema de Paganini del compositor del postromanticismo ruso Sergei Rachmaninov, de estilo clásico, interpretadas por el pianista Stephen

1.2. Posturas existentes sobre la originalidad en la obra musical.

Resulta necesario comprender en qué consisten los principales elementos expresivos que constituyen una obra musical, ya que en la doctrina se han establecido criterios para determinar la originalidad de la misma en función de la importancia que se brinde a uno u otro de los elementos. Para facilitar la explicación, fragmentaré un tema musical bastante conocido: *De música ligera* de la banda argentina Soda Stereo, en su versión en vivo que es la más famosa¹⁵.

Este tema inicia —segundo quince (0:15)— con el cantar sigiloso de Gustavo Cerati, quien vocaliza la letra: «Ella durmió al calor de las masas...». Esa sucesión organizada de sonidos —notas musicales— emitidos por la voz de Cerati —independientemente de la letra— es parte de la melodía de la canción.

Esa melodía vocal es acompañada por un rasgueo semienmudecido de la guitarra (*palm muting*) que ejecuta bloques de notas musicales simultáneas —acordes—, los cuales se desplazan de manera constante —intervalo desde el segundo quince al cincuenta (0:15 a 0:50)—. Ese acompañamiento de acordes de guitarra constituye parte de la armonía.

Poco después de terminada la primera estrofa, luego de una explosión en solitario de los rasgueos de guitarra, el baterista entra en escena realizando determinados golpes organizados entre pulsos constantes y acentuaciones que conforman un patrón. Así, con el ingreso de la batería se hace evidente el ritmo —en el minuto uno con veinte segundos (1:20)—.

Los medios físicos a través de los cuales se exterioriza este tema musical son, fundamentalmente, la voz del cantante, la guitarra eléctrica, el bajo eléctrico y los instrumentos de percusión que conforman la batería; y cada uno de estos produce una sonoridad particular (el timbre). Al inicio de las estrofas, la voz, la guitarra y el bajo eléctrico hacen sonar la misma nota musical («si» o, en nomenclatura anglosajona, «B»), pero uno se puede dar cuenta de que se trata de diferentes instrumentos debido al timbre particular de cada uno. En otras palabras, la cualidad particular de los sonidos emitidos por cada uno de los instrumentos musicales que nos permite diferenciarlos entre sí —independientemente de las notas musicales que toquen— se denomina timbre o color.

Existen, principalmente, dos criterios contrapuestos sobre cómo y en cuál de los elementos antes mencionados reside o debe residir la originalidad de la obra musical.

1.2.1. Criterio restringido a la relevancia melódica.

De acuerdo con este criterio, solo las obras que contengan una línea melódica serían susceptibles de protección y la originalidad que estas presenten residiría propiamente en el aspecto melódico, pues solo sobre dicho aspecto recaerían los derechos de exclusiva. Siguiendo el referido criterio, la autora Delia Lipszyc (1993) señala lo siguiente:

Houg (Ver Houg, S. [MartinaSemenova]. (2007, febrero 24). Stephen Hough plays Rachmaninov's Paganini Rhapsody (1) [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=3G0YvPgrYrg>). Las variaciones de Lloyd Webber interpretadas por él mismo en estilo de rock progresivo: Lloyd Weber, J. [Bowman808]. (2006, noviembre 24). Variations by Andrew Lloyd Webber played by Julian Lloyd Webber [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=TMCb90JpvxY>

15 En el siguiente enlace, encontrarán la versión en vivo del tema: SODA STEREO [sodastereooficial]. (2008, noviembre 12). De música ligera en vivo [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=XleMp4zQC4>

La originalidad de las obras musicales resulta del conjunto de sus elementos constitutivos. Sin embargo puede residir en la melodía, en la armonía o en el ritmo.

Ello no obstante, para el derecho de autor solo pueden adquirir derechos exclusivos sobre la melodía. Ella equivale a la composición o al desarrollo de la idea en las obras literarias, y no a la idea misma. La melodía es una creación formal.

No se pueden adquirir derechos exclusivos sobre la armonía porque la forman los acordes, cuyo número es limitado. Tampoco sobre el ritmo porque no sería lógico otorgar exclusividades sobre el bolero, la mazurca, la samba, la bossa nova, la gavota, etc. Del mismo modo no se pueden adquirir derechos sobre los géneros literarios: La poesía, la novela, el cuento, el drama o la comedia. (p. 74)

1.2.2. Criterio amplio que incluye a todos los elementos de la obra musical.

De acuerdo con este criterio, la originalidad de una obra musical puede recaer en cualquiera de los elementos expresivos de la misma o sobre las relaciones que se establecen entre estos. En ese sentido, los derechos de exclusiva no recaerían solo sobre el aspecto melódico.

En sus *Comentarios a la propiedad intelectual*, Bercovitz (1997) establece las bases del criterio de la siguiente manera:

Las composiciones y obras musicales se sirven de los sonidos como medios de expresión. No cabe excluir ningún tipo de sonidos: instrumentales, sonidos de ruidos de la naturaleza, la voz humana, sonidos o ruidos producidos casual o voluntariamente por cosas, animales, plantas, por el hombre, sonidos electrónicos. En definitiva, quedan incluidos los sonidos procedentes de cualquier fuente.

La originalidad de una obra musical radicarán en la melodía, en la armonía o en el ritmo o en dos o en todos ellos a la vez. [...] La composición armónica distinta de una melodía constituye una nueva obra que, si es suficientemente compleja, puede ser incluso independiente y no derivada de la obra original. También cabe considerar como creación protegible (aunque se trate de una obra derivada) la instrumentación u orquestación (arreglos musicales: art. 11,4 LPI). (p. 168)

En la línea del anterior criterio, Sánchez Aristi (2005) señala lo siguiente respecto de la relevancia melódica:

Desde mi punto de vista no es este el tratamiento más idóneo que cabe en la originalidad en sede de obras musicales, ya que la misma puede detectarse en cualquiera de los aspectos expresivos de la obra o en la comparación inseparable de algunos de ellos. Hacer residir toda la carga de originalidad de una obra musical en su aparato melódico no es más que una simplificación. (pp. 256 - 260)

Del mismo modo, Raquel de Román Pérez (2003) arguye lo siguiente:

[...] procede destacar ahora que la originalidad de la obra puede depender no sólo de la melodía como en algún momento se ha defendido. De otro modo, hay que entender que, según la obra, la originalidad puede residir en uno sólo de sus elementos, en una combinación de varios de ellos, o en todos a la vez. (pp. 49 - 50)

Luego de haber hecho un recuento de las principales posturas respecto de la originalidad de la obra musical, cabe preguntarse por cuál de los mencionados criterios la autoridad nacional se orientado.

2. Aspectos prácticos sobre la originalidad de la obra musical

2.1. Jurisprudencia sobre la originalidad de la obra musical.

En las normas sobre derechos del autor no están previstos criterios para poder determinar cuándo una obra musical es original, tampoco el glosario de términos de la LDA nos indica en qué consiste una obra de este tipo. Por ello, pasaré a hacer un análisis de los criterios firmes establecidos por el INDECOP.

(a) El caso de *Lucchetti vs. Molitalia*¹⁶

En el presente caso, la empresa Lucchetti denunció a Molino Italia por infracción a los derechos de autor en razón de que dicha empresa habría copiado un anuncio suyo que incluía una obra instrumental de fondo.

En esta resolución, la Sala de Propiedad Intelectual señaló que la obra musical comprende todo tipo de combinación original de sonidos con o sin palabras, brindando así un asomo de definición. Además, se estableció que la obra musical se compone de los siguientes elementos: melodía, armonía y ritmo; y que la originalidad es producto del conjunto de estos, aunque pudiera recaer sobre cualquiera de manera individual. No obstante, ello se contradice con las consideraciones que luego establece en la misma resolución.

Con respecto de la melodía, el referido pronunciamiento da a entender que esta es una sola dentro de la obra, que todo lo que no es melodía es mero acompañamiento y, por último, que el compositor desarrollará la obra siempre a partir de una melodía. Sobre la armonía, se desprende del pronunciamiento que, para la Sala, esta comprende sonidos simultáneos¹⁷, dejando de lado el arpegiado de un acorde¹⁸; además, cuando señala que los sonidos deben ser «acordes», no establece el alcance de dicho calificativo.

Luego, la Sala estableció la siguiente restricción:

Cabe precisar que para el derecho de autor sólo se puede adquirir derechos exclusivos sobre la melodía. Ella equivale a la composición o al desarrollo de la idea en las obras literarias y no a la idea misma. La melodía es la creación formal. (énfasis añadido)

Hay que resaltar que, no obstante haber admitido en un primer momento que la originalidad se presentaba en la unión de los tres elementos y que podría apreciarse incluso en cualquiera de ellos separadamente; en el párrafo citado se ha señalado que los derechos

¹⁶ Resolución 074-2000/TPI recaída en el Expediente 276-95-ODA-AI.

¹⁷ «La melodía alude a todas las relaciones sonoras posibles en orden sucesivo, es decir, a una sucesión coherente de notas y a partir de ella se desarrolla una obra musical, simple o compuesta, con independencia de su acompañamiento (distintos sonidos adicionales a la melodía, los cuales no son objeto de derechos exclusivos). La armonía es la combinación de sonidos simultáneos, diferentes pero acordes. El ritmo es la proporción guardada entre el tiempo de un movimiento y el de otro diferente». Resolución 074-2000/TPI.

¹⁸ El arpegio es una pulsación realizada de manera sucesiva de aquellas notas que componen un acorde y que estructuran una armonía.

exclusivos solo recaen sobre la melodía. Al respecto, cabe mencionar que por los derechos de autor se otorga un derecho de exclusiva al creador sobre su obra, por lo que el afirmar que el derecho de exclusiva recae solo sobre la melodía implica que a pesar de que se aprecie originalidad en la unión de todos los elementos o en su consideración aislada, no habrá protección más que de la línea melódica.

Para cerrar el criterio, la Sala estableció que otorgar protección al elemento armónico implica una protección sobre los acordes. Así, a decir de la autoridad, cuando un autor busca proteger su armonización, estaría pretendiendo que se le reconozca derechos exclusivos sobre los acordes. En ese mismo sentido, a decir de la Sala, la protección de la rítmica de una composición significaría el otorgamiento de derechos de exclusiva sobre los indicadores de compás de, por ejemplo, 3/4 (conocido delimitador del vals). En resumen, establece la armonía como los acordes individualizados y el ritmo como los indicadores de compás individualizados.

Respecto del *jingle* de Lucchetti, se señaló que este contiene una línea melódica original, por lo que es protegible. De esto se desprende que en la práctica no serían protegibles aquellas obras que carezcan de una línea melódica y que el análisis de la originalidad se hará solo respecto del referido elemento. El órgano resolutorio cristalizó los criterios señalados anteriormente delimitando el plagio a la apropiación de la melodía con respecto de aquello que sea original. De acuerdo con ese razonamiento, uno podría copiar libremente la armonización y la rítmica de una pieza —o la unión de ambos elementos— siempre y cuando desarrolle una melodía diferente sobre dicha estructura. En el informe pericial encargado del análisis comparativo, se señaló que existían muchas semejanzas entre ambas melodías (número de compases¹⁹, tonalidad y la disposición de los intervalos, entre otros). Asimismo, señaló que ambas daban una impresión sonora similar. Por tanto, se determinó la existencia de plagio.

(b) Caso Wika Discos vs. Directv²⁰

Wika Discos interpuso denuncia por infracción a la LDA contra Directv Perú por la presunta adaptación ilegal de la obra *We go together* elaborada por Jorge Madueño Romero, Jean Pierre Magnet y Miguel «Chino» Figueroa Fajardo.

Antes del análisis del caso en concreto, la Sala reiteró los mismos criterios generales relativos a la obra musical establecidos en el caso Lucchetti vs. Molitalia.

Citando el análisis del informe pericial realizado por el compositor y analista José Sosaya Wekselman, la Sala determinó lo siguiente:

«La similitud armónica, instrumental y rítmica entre ambas piezas se establece durante 0:36 segundos continuos (...)» y que «Considerando las similitudes en cuanto a la estructura, armonía, instrumentación, ritmo y estilo se concluye que el autor (o autores) del *jingle* de Directv Perú S.R.L. han tomado la pieza WE GO TOGETHER como punto de partida para la elaboración del mencionado *jingle* cambiando sólo la letra, las notas de la melodía, la sección C (...) «el *jingle* publicitario de Directv Perú S.R.L. es una copia parcial de la obra musical WE GO TOGETHER en un 75% aproximadamente.

19 Un compás es un segmento en el cual se agrupan las notas musicales de acuerdo a una duración y acentuación particular. Así, por ejemplo, un compás de 4/4 es aquel segmento en el cual se agrupan cuatro notas negras, las cuales suelen tener una duración cercana al segundo.

20 Resolución 1989-2008/TPI-INDECOPI recaída en el Expediente N° 1636-2006/ODA

Atendiendo a lo expuesto por el informe pericial ordenado por la Oficina de Derechos de Autor, la Sala considera que ha quedado acreditado que Directv Perú S.R.L. ha copiado parte de la melodía de la obra WE GOTOGETHER sin contar con la autorización de sus autores. (énfasis añadido)

Como se puede apreciar, el perito compositor señaló que la copia se sustentaba en las similitudes presentadas en el aspecto armónico, rítmico, instrumental y el estilo, de modo que las únicas diferencias entre ambas obras se apreciaban en la melodía y letra. No obstante, la Sala, contradiciendo lo señalado por la pericia, deduce que lo que se copió fue parte de la melodía, cuando en realidad lo que se copió fueron todos los demás elementos. De acuerdo con lo expuesto, se puede apreciar que en el peritaje sí se llegó a hacer una evaluación técnica de los elementos no melódicos de las composiciones; sin embargo, la Sala terminó tergiversando ese análisis con la finalidad de orientarlo forzosamente al criterio de la protección melódica.

(c) Caso Raúl Denegri vs. José Zelada y Estanis Mogollón²¹

En el presente caso, el señor Raúl Denegri interpuso una denuncia contra José Alfredo Zelada Gómez debido a que el tema *Agonía de amor*, compuesto por este último en coautoría con el prolífico compositor de cumbias Estanis Mogollón, habría sido producto de un plagio de su obra *El Perú te está hablando*.

Antes del análisis del caso en concreto, la Sala reiteró los mismos criterios generales relativos a la obra musical establecidos en el caso Lucchetti vs. Molitalia.

Tomando en cuenta que ambas partes presentaron sendos informes periciales contrapuestos, la Secretaría Técnica encargó la realización de un peritaje a la profesora Rosa Elena Vásquez Rodríguez del instituto Innovapucp. Según el informe, las canciones evaluadas se diferencian en (i) los elementos estructurales de los versos y su musicalización en la extensión y rítmica de las palabras, (ii) los acordes usados para la armonía, (iii) el balance sonoro de la instrumentación, (iv) el estilo vocal, así como (v) los saltos interválicos de las melodías. Así, se concluyó que las obras confrontadas eran obras distintas con una coherencia propia.

Es importante notar que la pericia tomó en cuenta los géneros musicales, las armonizaciones, las diferencias en el balance de la instrumentación (timbre) y el estilo vocal. En ese contexto, se puede apreciar que si bien los criterios generales teóricamente establecen el énfasis en la protección melódica para la determinación del plagio, los músicos especializados sí evalúan elementos extramelódicos como armonía, instrumentación y estilo.

(d) Caso Leslie Patten vs. Unique²²

La percusionista Leslie Patten denunció a Unique debido a que dicha empresa difundió un anuncio publicitario²³ en el que se estaría usando el tema *Conca* como fondo musical.

En su pronunciamiento, la primera instancia del INDECOPI señaló que la originalidad de la obra no solo se puede reflejar en la melodía, sino también en la creación de patrones rítmicos o una base armónica particular; siempre que no se trate de una mera copia de los patrones rítmicos existentes, cambios mínimos en los mismos o cuando se trate de una simple fusión de patrones preexistentes. Por lo tanto, dicho órgano resolutorio concluyó que la originalidad y, por ende, la protección de los derechos de autor, podrán recaer en el ritmo, armonía y melodía de la obra musical de manera conjunta o independiente.

21 Resolución N° 2593-2010/TPI-INDECOPI recaída en el Expediente N° 1021-2009/DDA.

22 Resolución 50-2013/CDA-INDECOPI recaída en el Expediente 1612-2012/DDA

23 En auspicio de un campeonato de voleibol realizado del 22 de julio al 31 de julio del 2011.

Tomando en cuenta que ambas partes presentaron informes periciales contrapuestos, se encargó la realización de un peritaje de oficio a la Facultad de Música de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, la cual designó al especialista Britto Daniel Zamora Tapia²⁴. El perito concluyó en su informe que el patrón rítmico que es parte esencial de la obra *Conca* (de palmeo y cajón) es utilizado en la música del anuncio de Unique, de modo que, a partir de la base rítmica de la obra *Conca*, la denunciada adicionó una secuencia de acordes no muy compleja con algunos adornos de piano y voz.

Por su parte, Unique señaló que el percusionista Marco Antonio Oliveros había realizado un informe en el que señaló que las fórmulas rítmicas que se utilizan en la obra en mención (Unique Voley I) están basadas en los patrones rítmicos tradicionales del festejo y zapateo afroperuano²⁵. En ese sentido, los patrones rítmicos (en este caso afroperuanos) no serían protegibles dado que no pueden ser considerados autoría de una persona en particular.

Según el criterio de la Comisión, el tema musical materia de la presente denuncia no llegaba a ser una obra musical, puesto que era solo una conjunción de patrones rítmicos que carecía de melodía y armonía, y no contaba con todos los elementos constitutivos de una obra musical. No obstante, señaló que la LDA²⁶ regula la protección de cualquier creación, por lo cual cualquiera de los elementos de la obra musical puede ser protegido de manera independiente.

Ya en el análisis de la obra, la Comisión estableció que el aspecto rítmico no cumplía con el requisito de originalidad. El órgano resolutorio se mostró conforme con lo señalado por el perito de parte, pues determinó que los patrones rítmicos de *Conca* consistían en ritmos afroperuanos —y en otros de influencia africana—, los cuales son pertenecientes al dominio público. Así, se concluyó que la adaptación de ritmos preexistentes, o la fusión de los mismos, no implicaba la creación de una obra que se encuentre protegida, pues, a fin de adaptar o fusionar dichos ritmos, solo podrá realizarse determinados cambios, por lo que existe un número limitado de opciones. En ese sentido, brindar protección a este tipo de producciones generaría que se limite la creación de obras musicales. Por lo expuesto, la Comisión consideró que la producción *Conca* no contaba con originalidad y, por esa razón, se declaró improcedente la denuncia.

Así, como se puede apreciar, la primera instancia del INDECOPI cambió el criterio de la relevancia melódica determinado por la Sala, pero señaló que la obra en cuestión, en el caso concreto, no era original²⁷.

24 El perito concluyó en su informe lo siguiente: «el patrón rítmico que es parte esencial de la obra “Conca” es utilizado en la música “Unique Voley I”. Este patrón rítmico se desarrolla con palmeo corporal y cajón. Del contenido total de Conca la parte rítmica de palmeo corporal y base percutida constante es exactamente igual teniendo intervención de cajón que es la misma idea contrapuntística de Conca solo que tiene dos golpes más. Por lo tanto el CONCEPTO RÍTMICO DE LA MÚSICA “UNIQUE VOLEY I” ES IGUAL AL DE LA OBRA MUSICAL “CONCA”. (...) A partir de la base rítmica de la obra Conca, se adicionó una secuencia de acordes no muy compleja con algunos adornos de piano y voz. EN LA MÚSICA “UNIQUE VOLEY I” ESTÁ PRESENTE LA BASE RÍTMICA DE “CONCA” REFORZADA CON ARMONÍAS Y MELODÍAS SIMPLES. ES UNA REPRODUCCIÓN DE UNA PARTE DEL TEMA CONCA QUE EN EL DESARROLLO SE TRANSFORMA».

25 En el informe de parte, el mencionado percusionista señaló que los compases en los que estaría basada la referida obra son: Patrón Rítmico 1, aquel que usualmente ejecutan los zapateadores y bailarines en los géneros zapateo y festejo. Patrón rítmico 2, como el patrón característico de cencerro o campana en el género festejo, el cual también se utiliza en el folclore afrocubano con el nombre de Bembé.

26 Literal n del artículo 5 de la LDA.

27 Esta misma plantilla se utilizó en el caso APDAYC (Representando a Pierre Philips D’Arrigo Alvarado) vs. Caja Municipal de Huancayo. En el caso concreto se consideró que la presunta copia recaía sobre recursos usuales

Sin embargo, esta resolución de primera instancia fue apelada por Leslie Patten y, ante el cambio de criterio, la Sala de Propiedad Intelectual²⁸ desestimó lo señalado por la Comisión y reiteró el criterio de la relevancia melódica al señalar que en la obra musical el elemento protegible por el derecho de autor será solo la melodía. No obstante, indicó que el hecho de que una pieza sea íntegramente percutida no constituye *per se* una premisa para determinar que no es original. Así, si bien la pieza *Conca* se constituye únicamente de bases rítmicas, se podría advertir cierta secuencia melódica. Por tanto, la obra en su conjunto sí contaba con el requisito de originalidad.

Al respecto, se puede apreciar que la Sala consideró que la obra *Conca* tenía melodía y que por eso era original y debía ser analizada; no obstante el superior jerárquico incurrió en un evidente error técnico, pues la obra de la denunciante está destinada a instrumentos de percusión de tono indeterminado (cajón y palmas), por lo cual, tal como señaló el perito, realmente no presenta una melodía al no haber una sucesión de notas musicales. Así, la Sala ha tergiversado las características de la obra materia de análisis a fin de conservar el criterio de la relevancia melódica.

Devuelto el expediente a la primera instancia, la Comisión siguió el criterio de la relevancia melódica reiterado por la Sala. Así, admitió que la obra *Conca* contaba con el requisito de originalidad en su conjunto, pero lo que se reprodujo de la obra de la denunciante era parte del ritmo, y el ritmo no resulta protegible por la legislación de derecho de autor según lo establecido por la Sala. De esta manera, al no haberse reproducido una parte original de la obra *Conca*, se declaró infundada la denuncia.

Debido a esa decisión, Leslie Patten optó por apelar nuevamente la resolución de primera instancia, ante lo cual la Sala reiteró sus anteriores argumentos señalando que la originalidad puede recaer sobre la melodía, armonía y ritmo. Sin embargo, el aspecto rítmico no es relevante, ya que el elemento esencial recae sobre la melodía de la obra. Con base en el ritmo no se considera un aspecto sobre el cual se puedan ejercer derechos de exclusiva, como es el caso de la presente denuncia. Asimismo, señaló que en el análisis melódico y armónico no hay similitudes.

En ese sentido, la Sala de Propiedad Intelectual consideró (Resolución N° 657-2016/TPI-INDECOPI del 9 de marzo de 2016) que al no haberse determinado la originalidad de la obra *Conca* en su conjunto una vez efectuado el peritaje correspondiente, no se pudo determinar semejanzas en sus aspectos esenciales (melodía), que es el aspecto protegido por derecho de autor sobre el cual se puede invocar derecho de exclusiva, con lo que no era posible determinar la existencia de un plagio y, por ende, no fue posible determinar una infracción a los derechos morales o patrimoniales de la denunciante. En consecuencia, se declaró infundada la denuncia interpuesta por Leslie Susanne Patten contra Unique S.A. El expediente no fue recurrido en la vía contencioso administrativa y actualmente se encuentra archivado.

(e) Caso sobre la letra del himno del equipo Cienciano

Mediante Resolución N° 566-2004/TPI recaída en el expediente N° 033-2004 se denegó el registro de la frase «¡UPA-UPA-UPAPÁ-EL CIENCIANO ES EL PAPÁ!» como obra literaria perteneciente a la letra del himno del Cienciano, pues se consideró que carecería de originalidad.

de libre disponibilidad en el ámbito musical. Ver RESOLUCIÓN No 0097-2013/CDA-INDECOPI recaída en el EXPEDIENTE No 001650-2012/DDA.

28 RESOLUCIÓN No 651-2014/TPI-INDECOPI del 29 de abril de 2014.

El Tribunal argumentó que esa frase resultaba un juego de palabras común o similar para alentar a equipos deportivos, y que sería usual la utilización de interjecciones recurrentes para animar al público asistente. Así, el que estas puedan resultar efectivas para captar a la multitud no implica que deban ser consideradas como originales. Además, determinó que la frase el «Cienciano es el papá» refiere al carácter superior de dicho equipo, y que coloquialmente se suele hacer referencia a alguien que destaca o sobresale como el «papá».

Conforme a lo expuesto, se puede apreciar que la autoridad no está dispuesta a considerar como letra original de canciones las formulas usuales dentro de cada género o contexto. Por poner otro ejemplo similar, la frase «no puedo vivir sin ti» dentro de una balada difícilmente podría ser considerada como original.

3. Crítica y adecuación de los criterios de originalidad existentes para una mejor protección de las obras musicales

3.1. Elección y conceptualización de los aspectos técnico-musicales.

3.1.1. Definición de composición musical.

Como se vio previamente, la Sala parte definiendo la obra musical como una combinación original de sonidos con o sin palabras, conceptualización con la que me encuentro de acuerdo²⁹. Sin embargo, la falta de una inclusión legal que defina la obra musical ha generado que la primera instancia resolutoria del INDECOPI (la Comisión), recurra al Diccionario de la Real Academia Española para encontrar una definición, en lugar de recurrir a alguna fuente técnica. Así, la Comisión señaló que, de acuerdo con el diccionario, la música se define como la combinación de melodía, ritmo y armonía, de modo que composiciones que carezcan de alguno de los tres aspectos no serían consideradas obras musicales.

Una consideración como la expuesta es a todas luces antitécnica, pues una composición puede constar de elementos melódicos, armónicos o rítmicos, pero la ausencia de alguno de estos no determina que la composición realizada no sea una obra de tipo musical. Por lo expuesto, considero pertinente la inclusión de una definición de obra musical en la LDA a fin de que se tenga claro el concepto de obra musical. Así, creo que es adecuado considerar a la obra musical de manera amplia como el fruto de una elección o combinación de sonidos de cualquier clase organizados en uso de la voluntad del ser humano de manera individual o colectiva³⁰.

29 Al respecto, el propio compositor Igor Stravinski ha señalado lo siguiente: «Deduzco (...) que los elementos sonoros no constituyen la música, sino al organizarse, y que esta organización presupone una acción consciente del hombre, sólo pueden tener la categoría de tal, aquellos que sean producto de su voluntad directamente encaiminada a producir algún resultado» (Gartner, 1989, pp. 29 y 30).

30 Cabe precisar que en la voz No 160 del glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) se define a la obra musical como aquella constituida por toda clase de combinaciones de sonidos (composición) con o sin texto (letra o libreto), para su ejecución por instrumentos, músicos y/o la voz humana (OMPI, 1980, p. 169). Si bien en principio la definición parece adecuada, no incluye aquellas composiciones destinadas a ser ejecutadas por objetos y/o sonidos de la naturaleza, como aquellas obras del futurismo, ruidismo, escultura sonora, música concreta, entre otras tendencias contemporáneas de arte sonoro que no utilizan instrumentos musicales, sino el sonido de objetos, máquinas o elementos de la naturaleza.

3.1.2. Conceptualización de los elementos de la composición musical.

Con respecto de la melodía, se señaló que esta es la relación sucesiva de notas musicales, lo cual puede aceptarse como correcto en un sentido simple al considerarla como una línea propia de una sola voz. Sin embargo, en obras como *El arte de la fuga* del compositor del barroco alemán Johan Sebastian Bach³¹, este concepto no resulta completamente adecuado, porque es insuficiente frente a la superposición de diversas melodías que dan un conglomerado complejo en el que las líneas se entrecruzan³². Por ello, considero que un término más adecuado para determinar el ámbito analizable de la obra musical sería el de estructura melódica (Roca y Molina, 2006, pp. 46 y 47).

Con respecto de la armonía, la Sala señaló que es la combinación de sonidos diferentes producidos a la vez, pero acordes. Con una definición como la mencionada se descarta el arpegiado de los acordes, que consiste en la ejecución sucesiva de las notas que contienen los mismos.

En la teoría musical, la armonía puede establecerse a través de la combinación de notas simultáneas, pero también mediante notas agrupadas en orden sucesivo si es que con ellas se forma una imagen de los acordes. Así, por ejemplo, en el inicio de la pieza *Für Elise* (*Para Elisa*), del compositor romántico Ludwig van Beethoven, la melodía avanza mientras la armonía se va dibujando a su alrededor a través de una ejecución sucesiva de las notas de los acordes a modo de arpeggio^{33 34}. Además, la expresión de la Sala «sonidos diferentes producidos a la vez, pero acordes», podría hacernos pensar que solo hay armonía cuando los sonidos son consonantes, es decir, cuando suenan de manera agradable al oído. Con ello se descarta la armonía de aquellos acordes denominados disonantes, los cuales tienen un carácter tenso e, incluso, irritante para la mayoría de oyentes.

Por tanto, considero más adecuado el término estructura armónica, pues incluye al conjunto de acordes consonantes o disonantes elegidos dentro de un contexto dado ya sea que sus notas se ejecuten de manera simultánea o sucesiva.

Con respecto al ritmo, se señaló que este es la proporción guardada entre el tiempo de un movimiento y el de otro diferente. No obstante, la Sala entendió que la rítmica de una obra comprende solo a los indicadores de compás individualizados ($2/4$, $3/4$, $4/4$, ..., etc.). Tomando en cuenta ello, considero que, para determinar el aspecto rítmico de la obra musical, resulta más adecuado el término «estructura rítmica» (en lugar de ritmo). Ello, en la medida en que permite hablar de los diversos aspectos temporales de una composición, como son las secuencias de indicadores de compás en la obra, la superposición de diversos tiempos en simultáneo (polirrítmias, ritmos aditivos, etc.) y las aceleraciones o ralentizaciones que pueden ser elegidas por un compositor.

31 Para poder apreciar las líneas melódicas que se entrecruzan en el Contrapunto No 9 del Arte de la Fuga de Johan Sebastian Bach, revisar: Bach, J. S. [smalin]. (2009, marzo 1). Bach, Contrapunctus 9, Art of Fugue (Kunst der Fuge) [Archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=xY_GMnQvj6E

32 El diccionario *Vademécum Musical* establece la siguiente definición: «Melodía compleja: Formada por varias melodías independientes y con personalidad propia que se van alternando y entrelazando en una sola línea» (Roca y Molina, 2006, pp. 46 y 47).

33 El diccionario *Vademécum Musical* establece la siguiente definición: «Arpeggio: Cualquier despliegue sucesivo de las notas reales de un acorde, en cualquiera de sus formulaciones posibles, es considerado un arpeggio. Pueden ser de una o más octavas, ascendentes, descendentes, quebrados o como dientes de sierra» (Roca y Molina, 2006, p. 14).

34 Para escuchar la obra *Para Elisa*, del compositor romántico Ludwig van Beethoven, interpretada por el célebre pianista ruso Vladimir Ashkenazy revisar: [ClassicalMusicTVHD]. (2012, abril 27). L.V. Beethoven - Für Elise (For Elise) By Vladimir Ashkenazy (HD) [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=GjbSqDghIB4>.

Es importante señalar que, dentro de los elementos descritos por la Sala, no se mencionó al timbre o color a pesar de ser este un elemento de vital importancia, como se puede evidenciar en ciertas obras musicales³⁵. En relación a ello, el profesor Metzger (1987) señala que, para hacer el análisis intrínseco de la originalidad de la obra musical, resulta imperioso tomar en cuenta el tratamiento del timbre de los instrumentos que hace un compositor; ya que ello se toma en cuenta dentro del análisis pericial musical (pp. 191 - 199). En ese sentido, considero pertinente añadir a los criterios establecidos el concepto de timbre o color; aspecto que refiere a la selección y combinación de los instrumentos a lo largo de la obra, al modo en el que los instrumentos van apareciendo y a la articulación que se hará de los mismos a criterio del compositor.

Resulta relevante mencionar que cada instrumento puede ser articulado de diversas formas. Por ejemplo, un violín se puede tocar con el arco frotando las cuerdas y manteniendo la nota sostenida y ligada (*legato*), frotando la cuerda ágil y pausadamente (*staccato*), pulsando las cuerdas con los dedos cual guitarra (*pizzicato*), golpeando las cuerdas con la madera del arco (*col legno*), etc. Cada una de estas articulaciones genera con un valor tímbrico distinto que puede ser combinado entre los diferentes instrumentos para obtener el resultado deseado.

En suma, en el aspecto tímbrico se analizará el trabajo que hace el compositor con las diferentes «tonalidades de colores» que le ofrecen los instrumentos musicales de las diversas clases existentes (cuerdas, vientos, percusión, etc.). Así, cuando el autor comienza a componer un boceto en el piano, este podría asimilarse a un dibujo en papel carbón. Una vez que el compositor comienza a jugar con el timbre es que «pinta» su boceto añadiendo sombras, colores y texturas.

3.2 Originalidad en los distintos aspectos musicales.

En los criterios establecidos por la última instancia resolutoria del INDECOPI se señaló, en principio, que la originalidad residía sobre el conglomerado de elementos musicales, o que en algunos casos residía en alguno de ellos en particular. Sin embargo, luego se estableció que la melodía sería la creación propiamente dicha y que solo sobre esta se podían adquirir derechos exclusivos. Un criterio como el anteriormente señalado es contradictorio, ilegal y contrario a las prácticas jurisprudenciales de países con amplia casuística sobre obras musicales.

Admitir que un elemento puede ser original y no otorgar un derecho de exclusiva sobre el mismo es un contrasentido. Si determinado trabajo es considerado protegido, se le debe brindar un derecho de exclusiva a su autor justamente sobre los aspectos originales que le otorgaron la condición de obra. Ello en la medida en que son los aspectos originales de una obra los que se reivindicarán en caso de infracción.

El criterio establecido por la Sala es ilegal, pues nuestra LDA (así como el precedente *Agrotrade vs. Infutecca*) solamente restringe la protección en caso de estar frente a ideas sin desarrollo, simples utilidades de recursos del dominio público o copia de aspectos originales de las obras de otros autores. Sin embargo, no establece que solo podrán reivindicarse ciertos aspectos de las obras. Cualquier limitación que restrinja la protección de las obras a determinados elementos musicales escapa a los alcances de la norma, por lo cual solo podría aplicarse a través de una modificación expresa de la misma.

Así las cosas, los derechos de autor que se le ofrecen al compositor recaen sobre los elementos originales que presenta su particular organización de elementos sonoros sin impor-

35 Por ejemplo, *Amanecer* dentro del *ballet Dafnis y Cloe* de Ravel, así como *Colores* de Schoenberg.

tar en qué aspecto se encuentre la originalidad. Si la intención de la autoridad es descartar la protección de los aspectos extramelódicos de una obra musical, debió sugerirse una modificación legislativa —con el respectivo estudio técnico que ello requiere— y no desnaturalizar la actual LDA por medio de una resolución administrativa que ni siquiera constituye precedente de observancia obligatoria. En la práctica, lo que ha hecho la Sala es desproteger de manera ilegal todos los elementos ajenos a la melodía considerándolos un mero acompañamiento musical, lo cual genera una completa desprotección de composiciones que no cuentan con una línea melódica³⁶.

En ese escenario, me aventuro a considerar que el criterio del predominio melódico incluso puede devenir en inconstitucional, pues, como he podido apreciar, con esta restricción se puede excluir de protección a de

terminadas obras del ingenio (las que no cuenten con línea melódica) y se limita la forma de expresión de sus autores, a pesar de que el artículo 2, numeral 8 de nuestra Constitución establece como derecho de toda persona «la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto». Dicha disposición no es que sea antojadiza de nuestro ordenamiento, pues no se debe olvidar que en el plano internacional y la doctrina se considera al derecho de autor como un derecho fundamental^{37 38}.

En todo caso, si lo que se pretende reivindicar con el criterio del predominio melódico es la libre utilización de ciertas construcciones musicales (aquellas con originalidad armónica y rítmica), la solución no está en desproteger de plano las mismas de manera injustificada, sino que se debería optar por cambios legislativos orientados a (i) aumentar las excepciones para la utilización de esa clase de creaciones (por ejemplo, libertad para realizar obras derivadas) y (ii) reducir el enorme plazo de setenta (70) años luego de fallecido el autor³⁹. Ello toma una

36 En el apartado «Víctimas directas de la desprotección de los elementos extramelódicos de la composición: los arreglos musicales» comentamos la ilegalidad del criterio sobre la base de las obras musicales derivadas.

37 Al respecto, Isabel Espín (2014) brinda la siguiente consideración sobre el fundamento del derecho de autor en el ordenamiento español:

Se olvidan de la consideración de la propiedad intelectual como un derecho fundamental. A partir de ahí se puede empezar a debatir y ver en qué ceden unos y otros. (...) El tema de la ubicación constitucional de los derechos de autor soporta una fuerte carga filosófica, pues está en la base de la discusión sobre el fundamento de los derechos de autor: El artículo 20.1.b) CE constitucionaliza el derecho a la producción y creación literaria artística, científica y técnica, mientras que el artículo 33 CE sirve de fundamento a la propiedad intelectual, pero en el debate aquí planteado, no está de menos recordar que el derecho comunitario ha insistido en la condición de derecho fundamental del derecho de autor: (p. 13)

Asimismo, la autora, en líneas posteriores, refuerza esa postura de la siguiente manera:

Producto de una evolución histórica y sociológica se suele fechar en el siglo XVIII, en el marco de los movimientos revolucionarios franceses, la puesta en valor de la figura del autor que reivindicaba la originalidad y la paternidad de sus escritos. En ese punto los caminos de la evolución del copyright a partir del Estatuto de la Reina Ana y del derecho de autor a partir de los textos revolucionarios franceses han tomado muchos elementos en común, pero otros tantos de diferenciación, principalmente por el hecho de que en el caso francés se ha desarrollado con la la importante carga simbólica de la consideración del derecho de autor como una propiedad intelectual y, por ende, un derecho natural, consagrado en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (sic). (2014, p. 26)

38 Para un mayor detalle sobre la consideración constitucional de los derechos de autor en España, así como los alcances del derecho moral como derecho fundamental y el derecho patrimonial como derecho de propiedad, resulta conveniente revisar *La disciplina constitucional de la propiedad intelectual* del profesor Eugenio Pizarro (2012, pp. 166 - 270).

39 Este razonamiento toma como base los planteamientos de Marzetti en su artículo denominado «Propuestas para ampliar el acceso a los bienes públicos en Argentina: Estableciendo el necesario balance entre derechos de propiedad intelectual y dominio público» (Marzetti, 2013).

especial relevancia en nuestro sistema que privilegia los derechos morales del autor; pues si bien podría argumentarse que un compositor no solo lo hace por recibir una contraprestación, sí podría verse desincentivado a difundir algunas de sus obras si no se le van a reconocer derechos tan básicos como el de paternidad o integridad.

Además, resulta importante precisar que en numerosos pronunciamientos emitidos por las cortes de EE. UU. —país con una notable industria musical— los jueces han determinado la existencia de originalidad y protección respecto de elementos ajenos a la melodía. En el caso *Shapiro, Bernstein y Co vs. Miracle Record Co*⁴⁰, se estableció que la línea del bajo (elemento predominantemente armónico y rítmico) podía ser considerada en los supuestos de plagio. En el caso *Wihtol vs. Wells*⁴¹, la armonía fue considerada como elemento de valor independiente para determinar la suficiente originalidad de una obra. En *Levine vs. McDonald's Corp.*⁴², se estableció que una canción carente de melodía (se repetía una sola nota) podría ser objeto de protección siempre que estén presentes otros elementos sustanciales. En el caso *Tempo Music Inc. vs. Famous Music Corp.*⁴³, se admitió la protección de las evoluciones armónicas en ciertos temas de *jazz* (Sanchez Aristi, 2005, p. 315). En el caso *Tisi vs. Patrick*⁴⁴, el juez consideró que para analizar las similitudes entre dos temas se debía considerar la estructura, la melodía, la armonía y el ritmo.

Del mismo modo, en Francia, mediante la Resolución 90 (1976), el Tribunal de Grande Instance determinó la existencia de originalidad en los particulares desarrollos rítmicos de un tema con aires gitanos. Mediante la Resolución 68 (1971), el mismo tribunal determinó la originalidad de una obra musical sobre la base de su característica rítmica (Sánchez Aristi, 2005, p. 316).

Ya en Latinoamérica, corresponde mencionar que Colombia no avala un criterio tan sesgado como el de la relevancia melódica. En una comunicación de su Dirección Nacional de Derecho de Autor, este órgano señaló que una obra musical será protegible en sus diversos elementos, tanto de manera conjunta como independiente, si es que en ellos se presenta originalidad⁴⁵.

3.2.1. Originalidad en la estructura melódica.

Si bien en muchos casos la estructura melódica puede ser el elemento predominante, hay que tener en cuenta que no siempre en la melodía aislada podrá presentarse originalidad, ya que pue-

40 *Shapiro, Bernstein & Co vs. Miracle Record Co* 91 F. Supp. 473 (N.D. Ill. 1950)

41 *Wihtol vs. Wells* 231 F.2d 550 (7th Cir. 1956)

42 *Levine vs. McDonald's Corp.* 735 F. Supp. 92 (S.D.N.Y. 1990)

43 *Tempo Music vs. Famous Music* 838 F. Supp. 162 (S.D.N.Y. 1993)

44 *Tisi vs. Patrick* F. Supp. 2d 539 (S.D.N.Y. 2000)

45 En un correo electrónico para absolver nuestra consulta sobre el alcance de la protección de las obras musicales, la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia señaló expresamente lo siguiente: «[...] las obras protegidas por el derecho de autor se encuentran enmarcadas por unos criterios de protección, como son la originalidad y la no protección de ideas. En ese sentido, decimos que las obras musicales (melodía, armonía y ritmo) que cumplan con estos criterios, se encontraran protegidas como tal».

En Colombia, los jueces y tribunales han sido pacíficos en afirmar lo anterior; y pese a que no se encuentren pronunciamientos específicos sobre el alcance de la protección de forma independiente, de la melodía, la armonía y el ritmo de una canción podemos decir que siempre y en tanto estas se constituyan en creaciones originales, susceptibles de ser reproducidas, y que en general cuenten con los elementos necesarios, serán reconocidas como objeto de protección (énfasis añadido).

Cabe precisar que esta constituye la absolución de una consulta y no un pronunciamiento firme dentro de un proceso, por lo cual si bien constituye una postura oficial, no vincula a la institución (correo electrónico enviado por la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia con fecha 23 de octubre de 2013).

den haber casos en los que esta sea muy básica. Así, una melodía se presenta como una sucesión de notas musicales y en el sistema que utilizamos —sistema dodecafónico— se cuenta con doce notas musicales que cuentan con un número reducido de intervalos de separación⁴⁶. Por tanto, el número combinaciones a realizar es limitado. Más aun, no se debe olvidar aquellas sucesiones de notas pertenecientes al dominio público que utiliza casi toda la música popular. Estas sucesiones son llamadas escalas y pueden ser mayores o menores⁴⁷ respecto de cualquier nota musical. También existen otras escalas comunes conocidas como modos (dorio, frigio, lidio etc.)⁴⁸.

Asimismo, dentro de los distintos géneros musicales se encuentran formas particulares de desarrollar las melodías. Basta escuchar alguna canción de *blues*, *reggae*, *country*, huaino o música criolla —entre otras— y se podrá apreciar una forma característica de inflexiones melódicas en la voz o instrumentos.

También resulta relevante tener en cuenta que, debido a la masificación en la producción de obras en la industria de la música, el uso de las melodías ha llevado a que se hayan utilizado infinidad de combinaciones de notas. La música popular industrializada normalmente cuenta con un cantante (o un grupo de ellos) que vocaliza melodías pegadizas, por lo cual será inevitable que pueda haber coincidencias. Para el análisis de canciones pop o de *rock* comercial, considero que se tiene que tomar en cuenta la cantidad de coincidencias melódicas y si es que estas residen sobre algún elemento distintivo de la melodía, como podrían ser ciertos fragmentos de coros pegadizos. El aspecto melódico de una obra musical también puede ser analizado teniendo en consideración cómo la secuencia de notas musicales de la melodía elegida es asociada con las palabras que constituyen la letra de la canción.

Por último, debo decir que la melodía aislada como sucesión de notas es una definición meramente teórica, ya que esta siempre incluye a un elemento rítmico —el tiempo de entre una nota y otra— y un aspecto tímbrico —las posibilidades de los instrumentos musicales elegidos— que se utilice para transmitir la melodía. Por tanto, estos elementos también tendrán que tomarse en cuenta al analizarse la melodía de una canción.

3.2.2. Originalidad en la estructura armónica.

Según lo establecido por la Sala, cuando un autor busca proteger su armonización, estaría pretendiendo que se le reconozca como titular de derechos exclusivos sobre los acordes.

Considero errónea dicha postura, pues si un compositor buscara proteger el aspecto armónico de su creación, difícilmente tendría intenciones de obtener derechos sobre los acordes. El músico normalmente sabe —más que nosotros los abogados— que dichos recursos son de libre uso y disposición. Lo que sí podría pretender válidamente un compositor es que se proteja la particular elección, disposición y ejecución de los acordes, así como las ornamentaciones de sonidos simultáneos (por ejemplo, segundas voces).

46 Un intervalo marca la separación entre una nota y otra, y varía según las notas se van acercando o alejando en altura. Cabe precisar que la distancia de un tono es la que se encuentra entre cada una de las notas blancas de un piano. Por ejemplo, entre las notas do y re.

47 Las escalas mayores tienen un carácter fuerte, alegre y agradable, mientras que las menores un carácter triste y con complejidad emocional (Powell, 2012, p. 141).

48 Los modos son un repertorio de escalas de notas distribuidas de forma particular; las cuales fueron desarrolladas en la Grecia clásica, los cuales tomaban sus nombres principalmente a partir de los lugares en donde se habían popularizado (Powell, 2012, p. 165).

Al respecto, resulta relevante mencionar la obra de estilo minimalista *Harmonielehre* («tratado de armonía») del compositor estadounidense John Adams⁴⁹, pues en esta se utiliza una infinidad de sucesiones, formas y combinaciones distintas de acordes compuestos por notas ejecutadas a la vez. Es así que se percibe un ambiente muy tenso y recargado en los momentos más álgidos gracias a la gran creatividad armónica que se puede percibir en el compositor —énfasis en el fragmento del primer minuto con treinta segundos (1:30) hasta inicios del segundo (2:02)—⁵⁰.

De acuerdo con los criterios de la Sala, solo es protegible la línea melódica; no obstante, en dicho aspecto la obra de Adams no resalta, ya que, en muchos momentos, la melodía se constituye por una sola nota repetida y en otros, incluso, no es posible distinguir la presencia melódica frente a la insistente pulsación simultánea de los acordes. Así, por más que el impacto emocional o sugestivo en el oyente provenga de superposición de notas, mediante el criterio del predominio melódico esta obra goza de nula o, en el mejor de los casos, escasa originalidad y, por ende, de una muy sesgada protección.

En un sentido similar, conviene mencionar la obra *Atmósferas* del compositor rumano Gyorgy Ligeti⁵¹, pues a lo largo de la composición se puede encontrar una masa sonora que va cambiando de textura progresivamente. Aquí se genera una armonía que cambia constantemente y fluye en un contexto en el que la pulsación está expresamente borrada (Malinverni, 2012, p. 7). Al escuchar esta obra, realmente es imposible percibir una melodía mediante el oído, ya que solo se percibe un conglomerado indivisible de sonidos —ello se manifiesta claramente a partir del primer minuto con cuarenta y siete segundos hasta que la explosión cierra en el segundo minuto con treinta (1:47 al 2:30)—. Esta forma de expresión tan particular incluso fue utilizada por el famoso cineasta estadounidense Stanley Kubrick en sincronización con su filme *Odisea en el espacio*.

El recurso de la masa sonora y la imposibilidad de encontrar la melodía también se encuentra en una de las piezas interpretadas por la Sinfónica Nacional del Perú, el *Treno para las víctimas de Hiroshima* de uno de los compositores vivos más importantes de nuestra época, Krzysztof Penderecki⁵².

En estas obras, ¿dónde se encuentra la melodía?, si, como he observado, es realmente imposible determinarla o desligarla del aspecto armónico. ¿Acaso el renombrado cineasta estadounidense Stanley Kubrick podría haber usado la composición de Ligeti en su película sin retribuirlo

49 En el siguiente enlace podemos escuchar la obra del compositor estadounidense John Adams interpretada por la Sinfónica de San Francisco y dirigida por Edo de Waart. En el fragmento del primer minuto con treinta segundos (1:30) hasta inicios del segundo minuto podemos percibir una superposición de varios acordes que forman una amalgama compleja (Adams, J. y E. de Waart [dir.] [mangott]. (2011, febrero 9). John Adams, *Harmonielehre*, Part 1, Barnett Newman [Archivo de video]. Recuperado de: <http://www.youtube.com/watch?v=nFj9NSH6x90>).

50 En su investigación sobre la obra de Adams, Johnson (1993) hace un pormenorizado análisis de las complejas estructuras armónicas que se presentan y de cómo estas se van sucediendo y transformando (pp. 117 - 156).

51 En el siguiente enlace, podemos escuchar la obra de Ligeti interpretada por la Orquesta Filarmónica de Viena, dirigida por Claudio Abbado (Ligeti, G y C. Abbado [dir.] [Didier Guigue]. (2012, marzo 7). Ligeti – *Atmosphères* [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=JWlwCRIVh7M>).

52 En el siguiente enlace podemos escuchar la obra del compositor polaco (Penderecki, K. [ZarazaDoomhammer]. (2012, febrero 7). Krzysztof Penderecki - *Threnody to the victims of Hiroshima* [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=GOnc5X8rWi0>). Cabe precisar que esta obra fue interpretada en el Gran Teatro por la Sinfónica Nacional bajo la batuta del propio Krzysztof Penderecki el día 24 de octubre de 2014. Además, el renombrado compositor tuvo una recargada agenda en nuestro país al ser invitado a varias entrevistas y eventos, entre los cuales destaca el nombramiento de doctor *honoris causa* de la PUCP.

de algún modo o sin siquiera pedirle permiso? Cuando el doctor *honoris causa* por la PUCP Krzysztof Penderecki vino a visitarnos al Perú, ¿habríamos sido capaces de decirle que en nuestro país su más galardonada composición es cualquier cosa menos una obra protegida al carecer de melodía? Lamentablemente, en tal predicamento nos pone el criterio de la relevancia melódica.

La audición de obras como *Harmonielehre* de John Adams, *Atmosferas* de Ligeti y *Treno para las víctimas de Hiroshima* de Krzysztof Penderecki nos permiten apreciar que puede existir una fuerte creatividad en la elaboración de la estructura armónica, pero con lo expuesto de ningún modo quiero decir que siempre el aspecto armónico de una composición deberá ser protegible. Es más, en la mayor parte de las piezas musicales se utilizan los mismos recursos armónicos.

En la teoría musical existen diversas formas y órdenes para secuenciar los acordes conforme a las reglas básicas de la armonía. Así, la sucesión que se haga de los mismos se desenvuelve de manera lógica de modo tal que brinde una sensación de coherencia. Ya sea por mero empirismo o por conocimiento técnico, en los diversos géneros populares normalmente se utilizan las mismas secuencias básicas de acordes para acompañar las melodías que interpretarán los cantantes.

Lo antes expuesto se puede ejemplificar perfectamente con el video musical del tema 4 *Chords* (4 acordes) realizado por la banda cómica Axis of Awesome. A lo largo de este tema se ejecuta repetidamente una progresión básica de cuatro acordes (guitarra y piano) mientras los miembros del grupo cantan fragmentos distintivos de cuarenta y siete temas conocidos de pop y rock comercial compuestos o popularizados por artistas como The Beatles, Elton John, Bob Marley, Red Hot Chili Peppers, The Offspring, Lady Gaga, Rihanna, Beyonce e, incluso, el tenor Andrea Bocelli⁵³.

Considero que sobre disposiciones armónicas tan básicas como los cuatro acordes, ningún músico puede obtener derechos de exclusiva, pues forman parte de la teoría armónica, y su apropiación constituiría una enorme traba para el desarrollo de otras obras ligeras que, aun usando esa misma progresión, logran recaudar mucho dinero por su popularidad. De modo que, para que el aspecto armónico de una composición cuente con originalidad tiene que existir una construcción armónica muy particular o mostrarse en conjunción con diversos elementos rítmicos y tímbricos en una organización distintiva.

Sin perjuicio de lo antes señalado, cabe precisar que el elemento armónico aislado de una composición constituye una representación teórica, puesto que los acordes se manifiestan dentro de un espacio temporal, son ejecutados de una forma particular (aspectos rítmicos) y en el rango de posibilidades que brinda una paleta de sonidos de instrumentos musicales determinados (timbre).

3.2.3. Originalidad en la estructura rítmica.

Para la Sala, la protección de la rítmica significaría el otorgamiento de derechos de exclusiva sobre los indicadores de compás, como por ejemplo el 3/4 (conocido delimitador del vals). Creo que esa consideración es errónea, pues si un compositor buscara proteger el aspecto rítmico de su creación, evidentemente no tendría esa intención. Lo que sí podría pretender es que se le otorgue una protección sobre la particular elección, disposición y combinación de los recursos rítmicos en su composición.

53 En el enlace del video musical de su canal de YouTube), la banda Axis of Awesome interpreta parte de cuarenta y siete conocidos temas (The Axis of Awesome [The Axis of Awesome]. (2011, julio 20). 4 Chords Music Videos [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=oOIdewpCfZQ>).

Para ilustrar mejor ello, cabe mencionar la controversial obra del compositor ruso Igor Stravinski, denominada *La consagración de la primavera*^{54 55}. Según el director de orquesta Tilson Thomas, en esta obra la melodía con la cual inicia la obra ha sido tomada de un libro de canciones folclóricas rusas (Kennard, 2006). No obstante, de acuerdo a lo señalado por el reconocido director y compositor francés Pierre Boulez, Stravinski dispuso en su obra una estructura rítmica determinada en función a la elección de los más diversos elementos rítmicos (compases compuestos, ritmos aditivos, polirritmias, entre otros recursos), lo cual tuvo como consecuencia el resultado final tan particular^{56 57}.

Analizando *La consagración de la primavera* bajo la óptica de los criterios de la Sala, puedo decir que la obra de Stravinski no cuenta en muchas de sus secciones con una línea melódica, original debido a que este aspecto proviene de melodías del folclore ruso. Pero de acuerdo con los especialistas, la originalidad —hecho que incluso es perceptible por medio de la audición⁵⁸—, reside en la cambiante y poco convencional estructura rítmica de la obra. Sin embargo, la Sala desestima este aspecto al señalar que el ritmo es mero acompañamiento y que la melodía es la creación formal.

En esa misma línea, resulta importante mencionar *lonización* del compositor francés Edgar Várese⁵⁹, pues dicha pieza está compuesta únicamente para instrumentos de percusión de tono indeterminado, con lo cual, evidentemente, carece de una melodía⁶⁰. Aquí, la falta de idoneidad de los criterios establecidos por la Sala se hace evidente, pues careciendo el tema de una línea melódica dejaría de ser considerado una obra y, por tanto, no sería protegible en el ámbito de los derechos de autor; ¿Qué sucedería entonces si alguien decidiera añadir una melodía a *lonización* y presentar la pieza como si fuera suya sin dar ningún crédito a Várese? La-

54 En el siguiente enlace se puede escuchar un fragmento de la obra de Stravinski y visualizar parte de la coreografía del maestro ruso Vaslav Nijiski interpretada por la bailarina Marie Claude Pietragalla. Énfasis a partir del minuto dos con dieciocho segundos (2:18). <http://www.youtube.com/watch?v=lsQufhgD4fE>. Consultado en línea el 25 de octubre de 2013.

55 Cabe señalar que la obra fue interpretada en nuestro país por la Orquesta Sinfónica Nacional el 11 de diciembre de 2013.

56 El compositor y director de orquesta Pierre Boulez señaló que: «[d]igamos aquí que ésta novedad es sobre un plano único, el del ritmo, pero es justamente esta restricción la que representa una suma de invención y una calidad en el descubrimiento fuertemente envidiables» (Boulez, 2006, p. 41).

57 El compositor nacional Charles Loli Antequera expuso que Stravinski ha elegido «ritmos aditivos» —aquellos que no respetan la simetría del tiempo convencional en el cual se encuentran—. Asimismo, se presentan «compases compuestos», los cuales cuentan con varios tiempos en distintas secciones del compás. Por último, encuentra también varias «polirritmias», que consisten en la superposición simultánea de dos o más tiempos. La información de este párrafo ha sido tomada de una conversación con el compositor y teórico musical peruano Charles Loli Antequera, quien expuso su opinión sobre la obra *La consagración de la primavera* de Stravinski, tras una audición, lectura y análisis de la partitura. Cabe precisar que Charles Loli es un investigador, compositor y analista que recientemente ha presentado en la Universidad Nacional de Ingeniería un nuevo sistema microtonal tomando diecisiete sonidos por octava (ya no doce como el sistema imperante). La entrevista fue realizada el 12 de julio de 2012.

58 A partir del minuto dos con dieciocho segundos (2:18) del video en YouTube se puede percibir la contundencia rítmica.

59 En el siguiente enlace se puede escuchar un fragmento de la obra de la composición de Várese. Podemos hacer un énfasis de la complejidad rítmica en el intervalo comprendido entre el primer minuto con cincuenta y siete segundos y el minuto dos con treinta y ocho segundos (1:57 a 2:38) (ver Várese, E. [HairFarmer]. (2006, agosto 31). Edgar Várese - lonisation [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=a9mg4KHqRPw>).

60 Este trabajo constituye una combinación de sonidos peculiar debido al restringido uso de elementos musicales realizado por el compositor. Así, «lonización parece adelantar algunos efectos de la música electrónica y renuncia a la melodía y armonía. En su lugar sus preocupaciones manifiestas son el ritmo y el timbre» (Rye, 2008, p. 726). Aterrizando en el plano técnico, esa preocupación rítmica de Várese, se pueden encontrar varias «polirritmias» y cambios de tiempo. En una sección incluso se pueden apreciar tiempos sucesivos de 3/4, 5/4, 3/4, 5/4, 3/4, 5/8 y 4/4 (Slonimsky, s.f., p. 7).

mento decirle al ya difunto maestro que su composición más representativa podría ser utilizada de cualquier forma sin problemas, porque su trabajo no cuenta con elementos sobre los cuales pueda tener un derecho de exclusiva según nuestra jurisprudencia.

Pero no solo en obras académicas se puede apreciar originalidad rítmica. En el tema *Bongo Song*⁶¹ del grupo danés de música electrónica Safri Duo casi todo el primer minuto de audición nos muestra un patrón rítmico con un instrumento percutido sobre el cual progresivamente se van añadiendo otras texturas rítmicas, de modo que el tema resalta por la contundencia y particularidad de los diversos golpes organizados por la percusión. De manera similar, en el tema *Falling High* del mismo dúo⁶², la base rítmica es generada por un bucle de aliento humano al que se le van añadiendo distintas estructuras de percusión.

No obstante, con ello no quiero decir que siempre el aspecto rítmico de una composición será protegible. Es más, en la mayor parte de temas musicales se utilizan los mismos patrones rítmicos básicos y de modo repetitivo a largo de cada pieza. El elemento rítmico de una composición engloba todos los aspectos temporales de la misma, y en la música popular se pone en evidencia principalmente a través de los patrones rítmicos que ejecutan los instrumentos de percusión. Normalmente, en la mayor parte de géneros musicales se utilizan los mismos patrones de manera repetitiva.

Así, se puede ver en diversos vales cómo las melodías y la estructura armónica se desenvuelven en indicadores de tres pulsaciones por compás (3/4). En los temas de *rock* comercial, usualmente el ritmo es marcado por una constante de cuatro golpes por compás (4/4) con las distintas ornamentaciones que puede brindar un instrumento de percusión como la batería. En los temas de salsa se utiliza una célula rítmica constituida por la superposición de un tiempo de cuatro pulsaciones por compás (4/4) junto con el contratiempo realizado por la clave⁶³. Asimismo, en las fiestas, habremos podido escuchar el popular «pum ta pum ta» —con timbres de bombo y tarola sintéticos— de infinidad de piezas de *reggaetón*.

Considero que ninguna de las formas rítmicas antes mencionadas podría ser apropiada de manera exclusiva, pues son recursos expresivos musicales básicos pertenecientes al dominio público. No obstante, soy de la opinión de que sí podría recaer una protección sobre el desarrollo rítmico de una composición si este cuenta con una secuencia particular de sonidos percutidos que van evolucionando de manera distintiva o particular (como en *Bongo Song*) o cuando los sonidos percutidos se desarrollan en una secuencia cambiante de tiempos superpuestos elegida particularmente por el compositor (como en *La consagración de la primavera e Ionización*).

Corresponde aquí también mencionar que el aspecto rítmico de una composición proviene de una disección teórica, ya que los sonidos percutidos que establecen dicho aspecto

61 En el siguiente enlace se puede escuchar el tema de Safri Duo. Desde el inicio hasta el segundo cuarenta y seis (0:46) del video solo se escuchan elementos rítmicos ejecutados por instrumentos de percusión. A partir del segundo cuarenta y siete (0:47) entra la armonía con acordes de sintetizador. A partir del primer minuto se escucha una melodía reiterativa de sintetizador (ver Safri Duo [seriousrecordsuk]. (2010, abril 1). Safri Duo Played-A-Live The Bongo Song [Archivo de video]. Recuperado de http://www.youtube.com/watch?v=7gYVDVOGt_g).

62 En el siguiente enlace se puede escuchar el tema de Safri Duo. Desde el inicio hasta el segundo cuarenta y cinco (0:45) del video solo se escuchan elementos rítmicos ejecutados por la voz humana e instrumentos de percusión. A partir del segundo cuarenta y seis (0:46) entra la armonía con acordes de sintetizador. Desde el primer minuto se escucha una melodía reiterativa de sintetizador (Ver Safri Duo [aacdarsenal]. (2007, julio 28). Safri Duo Falling High [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=INMxlyYV5aU>).

63 La clave es un instrumento constituido por dos palos cortos de madera.

se manifiestan a partir del elemento tímbrico de los instrumentos musicales elegidos por el compositor; como pueden ser la batería, el timbal, el cajón, los bongos, etc.

3.2.4. Originalidad en el uso del timbre o color.

El timbre se manifiesta en cualquiera de los aspectos antes mencionados (aspecto melódico, armónico y rítmico), pues representa la particular sonoridad de cada uno de los instrumentos musicales. A pesar de ello, en los diversos pronunciamientos de INDECOPI se omite mencionarlo. Considero que incluso en un elemento omnipresente como el timbre puede manifestarse la impronta del autor:

Así, por ejemplo, en el *ballet Daphnis y Chloe* del compositor impresionista francés Maurice Ravel⁶⁴ se evidencia el minucioso uso de los timbres de cada uno de los instrumentos de la orquesta. La cambiante combinación de esos timbres dibuja todo un paisaje sonoro muy complejo que va más allá de la melodía. Pongámonos en el supuesto hipotético de que las melodías del *Amanecer* de *Daphnis y Chloe* hayan sido tomadas de la obra de otro compositor (con el consentimiento del mismo), por ejemplo de una pieza para violín solo. En ese caso, todo el desarrollo tímbrico, fruto de la minuciosidad creativa de Ravel, no sería protegible y se consideraría un mero acompañamiento de la melodía.

Otra obra que nos permite ilustrar la relevancia distintiva del aspecto tímbrico es la tercera de las *Cinco piezas para orquesta* («Farben» o «Colores») del compositor austriaco Arnold Schoenberg⁶⁵, pues en esta composición las notas permanecen prácticamente constantes durante todo el desarrollo, pero son modificadas en el timbre e intensidad de los instrumentos de la paleta orquestal. Así, los instrumentos van interviniendo de manera minuciosamente planificada en lo que la obra se va desarrollando⁶⁶. En «Colores», la elección del timbre determina la originalidad de la obra, aunque, según los criterios establecidos por la Sala, no sería protegible, por tanto, no habría inconveniente en que, por ejemplo, alguien utilizara la composición de Schoenberg como «acompañamiento» de alguna de sus melodías.

Sin embargo, con lo expuesto no pretendo que se proteja de manera aislada cualquier selección de sonoridades y articulaciones de instrumentos. Normalmente, en los géneros comerciales las instrumentaciones son muy básicas y pueden constituirse en combinaciones dentro de las posibilidades tímbricas de la voz humana, una guitarra, un bajo, una batería y un teclado. Incluso en géneros como el rap las posibilidades pueden llegar a reducirse a la voz humana interpretando palabras con diversas inflexiones rítmicas carentes de melodía acompañadas por un patrón rítmico.

64 Maurice Ravel es uno de los más grandes representantes del impresionismo francés y suele ser más conocido por su famoso Bolero, el cual recientemente ha caído al dominio público. En el siguiente enlace podemos escuchar un fragmento del *Amanecer* de Ravel interpretado por la Sinfónica de Montreal y dirigida por Charles Dutoit. El preciso momento en el cual se aprecia el amanecer se presenta desde el segundo treinta (0:30) hasta el primer minuto (1:00) (ver L'Orchestre Symphonique de Montreal [Gilda Tabarez]. (2010, febrero 8). *Lever du jour - Daybreak - Daphnis et Chloe* by Ravel [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=2uDiT3uBDQU>).

65 En el siguiente enlace podemos escuchar un fragmento de «Colores» de Schoenberg interpretado por la sinfónica de la ciudad de Birmingham y dirigida por Sir Simon Rattle: (ver Schoenberg, A. y S. Rattle [dir.] [Leo Mariller]. (2011, octubre 27). Arnold Schoenberg, 5 Orchesterstücke op. 16, III. [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=OceD--RLxY>

66 De acuerdo con lo señalado por el director de orquesta británico Sir Simon Rattle, Schoenberg intentaba demostrar la posibilidad de reflejar la técnica de la pintura tomando un único acorde que se desarrolla no cambiando de notas, sino cambiando de orquestación, es decir, haciendo mezclas con la paleta de timbres instrumentales (Rattle, 2005, minuto 25 de videograbación).

co básico establecido por una caja de ritmos. Usos del timbre como los mencionados no podrían tener una protección particular. Soy de la opinión de que el aspecto tímbrico de una composición será protegible cuando se manifieste como una elección que brinde un resultado sustancialmente distinto del que tendría un trabajo sonoro si es que la elección tímbrica hubiese sido más limitada.

Por ejemplo, la tercera pieza («Colores») de *Cinco piezas para orquesta* de Schoenberg no sería capaz de dar esa sensación de un ligero movimiento oscilante (como de aguas calmas) si es que fuera interpretada solo por un piano. Ello en la medida en que dicha impresión es brindada por la constante alternación de los colores instrumentales. Sin la elección de los colores realizada por Schoenberg, la pieza se limitaría a la pulsación constante de un solo acorde y, por lo tanto, difícilmente estaría de acuerdo en otorgarle protección.

Sin perjuicio de lo expuesto, considero relevante reiterar que el timbre no se manifiesta por sí solo, sino a través de un desarrollo armónico, rítmico o melódico determinado.

3.2.4.1. Una consideración particular sobre la música electrónica y el timbre.

En la música electrónica, el compositor realiza su trabajo sirviéndose de sonidos que no provienen de instrumentos acústicos sino de aparatos electrónicos que manipulan aspectos físicos de la onda. En ese sentido, en principio cuentan con la misma protección sobre sus obras que la que pueden tener los compositores convencionales. Sin embargo, cabe precisar que estos últimos normalmente realizan sus creaciones a partir del timbre predeterminado de los instrumentos acústicos, mientras que el compositor de música electrónica puede tener un control total sobre la cualidad tímbrica del sonido a través de la síntesis.

Teniendo en cuenta que en la música electrónica el compositor es capaz también de controlar el timbre diseñando sus sonidos, cabe preguntarse si corresponde otorgar derechos respecto de la síntesis particular de un solo timbre. Trataré de plasmar este cuestionamiento desde el ámbito práctico. En la actualidad, los instrumentos de música electrónica más importantes son los sintetizadores, que están diseñados para producir sonidos generados artificialmente a través de las más diversas formas de manipulación de ondas. Con estos dispositivos uno puede o bien crear, a su gusto y criterio, un sonido o hacer uso de los denominados *patches*, que no son más que los sonidos particulares diseñados por el fabricante.

Al comprar uno de estos dispositivos, naturalmente uno tendrá derecho a utilizar los *patches* o, en todo caso, crear sus propios sonidos a partir de las posibilidades que ofrece el instrumento. No obstante, ¿qué pasa si como empresa quiero proteger que mis usuarios no graben nota por nota los sonidos de los *patches* predeterminados en una librería de *sampler*⁶⁷ para venderlos y que otras personas puedan ejecutarlos a través de su computador sin necesidad de comprar el instrumento? De otro lado, ¿qué pasa si creo mis propios *patches* y quiero que se protejan para poder venderlos?

Soy de la opinión de que un timbre particular no puede ser protegido como una obra, ya que constituye la creación de un recurso sonoro que si bien puede requerir esfuerzo, técnica y conocimiento, no tiene la suficiente altura creativa ni es susceptible de llevar la impronta de la personalidad de un autor. Otorgar protección sobre un elemento tan básico sería equivalente al otorgamiento de protección, por ejemplo, sobre una tonalidad particular de color azul. En el ámbito musical, este hecho se asemejaría a otorgar protección de derechos de autor al creador

67 Un *sampler* no es más que una grabadora que permite fijar sonidos, organizarlos y reproducirlos de manera inmediata por medio de los botones de un controlador que suele ser un teclado como el de un piano.

de un particular instrumento, como en su momento fue el violín *stradivari*⁶⁸ que se considera que tiene una sonoridad muy particular.

Aceptar un hecho como el mencionado nos llevaría a un curioso supuesto, en el cual el diseñador de esa sonoridad (ya sea el fabricante u otro usuario) sería una especie de coautor de la obra que incluya una ejecución del instrumento. Sin perjuicio de lo expuesto, considero que sí nos podríamos encontrar ante una creación original en el caso de una particular combinación de los diversos timbres electrónicos diseñados por un compositor a lo largo de una obra. De acuerdo con lo señalado —y para pesar de las grandes marcas de sintetizadores como Yamaha, Korg, Roland, etc.—, considero que la solución para esos problemas no se encuentra en la disciplina de los derechos de autor.

3.2.5. Víctimas directas de la desprotección de los elementos extramelódicos de la composición: las obras musicales derivadas.

En el ámbito musical, las obras derivadas son muy comunes y, generalmente, se componen tomando partes identificables de la obra primigenia sobre las cuales se harán las diversas variaciones. La derivación en el ámbito musical puede presentarse cuando el compositor modifica la obra originaria y le añade su toque personal alterando los diversos aspectos de la composición.

Constituyen una obra derivada los arreglos musicales conocidos como orquestación. Este trabajo consiste en encajar las distintas notas musicales elegidas por el compositor originario en los timbres de instrumentos distintos a los inicialmente seleccionados, tomando en cuenta el registro particular de cada uno de ellos. En las orquestaciones, la alteración se realiza fundamentalmente sobre el color o timbre elegido por el compositor de la obra primigenia, porque los demás elementos ya han sido seleccionados por el compositor originario. Por ejemplo, el compositor impresionista francés Claude Debussy hace un famoso arreglo para orquesta de la *Gymnopedie N° 1* de su compatriota Erik Satie, que fue pensada por el compositor originario solo para ser ejecutada en el piano^{69 70}.

En nuestro país, se puede mencionar como obra derivada del folclore la «variación» del compositor puneño Edgar Valcárcel⁷¹ denominada *Coral*. En este tema se altera la melodía principal del huaino *Ojos azules*⁷². En un inicio, se aprecia una introducción rodeada de diso-

68 Violines atribuidos al luter cremonés (Italia) Antonio Stradivarius, los cuales son considerados los mejores del mundo a pesar de datar del S. XVIII.

69 En el siguiente enlace podemos escuchar un fragmento de orquestación de Debussy respecto de la *Gymnopedie N° 1* de Satie. Esta fue interpretada por la Orchestre de la Société des Concerts du Conservatoire y dirigida por Louis Auriacombe (ver Auriacombe, L. [dir.] [logansaan]. (2012, octubre 28). Erik Satie ~ Once Upon A Time In Paris [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=tmNYhXIXIcc>).

70 Tanto Satie como Debussy son compositores modernos de la corriente impresionista francesa. Satie es muy conocido por sus *Gymnopedias*, mientras que Debussy suele ser recordado por su famoso «Claro de Luna» de la *Suite Bergamasque*.

71 Edgar Valcarcel es un compositor peruano ampliamente reconocido en el ámbito académico de nuestro país, así como en el extranjero. Se le conoce como pionero de la vanguardia dentro de la llamada Generación del 50. Una de sus obras más reconocidas es el *Canto coral a Túpac Amará*, en el que hace gala de su amplio conocimiento sobre música electrónica y concreta.

72 En el siguiente enlace podemos escuchar un fragmento de *Coral* de Edgar Valcárcel interpretado por el Quinteto Eleguá. En el intervalo desde el primer minuto con veinte segundos hasta el minuto con cincuenta (1:20 al 1:50) podemos escuchar la melodía principal del huaino *Ojos azules* (ver Quinteto Eleguá [a20008137]. (2011, septiembre 14). Edgar Valcarcel – Coral y Sikuri I. [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=DAbZxViBUJg>).

nancias que luego da paso a la conocida melodía que, en este caso, es interpretada por una flauta travesa. No obstante, junto con esta melodía aparecen otros vientos en contrapunto que enriquecen el discurso. Dentro del aspecto armónico principal, se puede apreciar una ornamentación de arpeggios de piano que le otorgan a la melodía un desarrollo más pausado, meditativo y solemne que lo hace distinto al de la versión tradicional del huaino, que es más festivo e, incluso, bailable⁷³.

De acuerdo con los incisos d y e del artículo 6 de la LDA⁷⁴, son protegibles las obras derivadas consideradas como arreglos musicales y las demás transformaciones de otras obras artísticas o del folclore. En ese sentido, de acuerdo con lo señalado en nuestra norma, un arreglo y una variación de una obra musical constituirían una obra protegible. Sin embargo, corresponde analizar las implicancias de la aplicación de los criterios de originalidad establecidos por la Sala.

En las obras derivadas musicales, generalmente no se hacen muchas adaptaciones sobre la melodía, ya que es justamente este elemento el que, en la mayoría de los casos, permite reconocer a la obra originaria. Por tanto, las modificaciones realizadas en esta clase de obras reside, en mayor medida, en los demás elementos de la música: la armonía⁷⁵, la rítmica o el timbre. No obstante, si la protección de la música reside actualmente en la melodía y solo se reconocen como obras aquellas piezas que cuenten con una línea melódica original, entonces ¿de qué modo podrían protegerse las obras musicales derivadas si sobre los aspectos que se realiza el trabajo creativo no cabe protección alguna?

Como se ve, el criterio de la relevancia melódica nos ha traído cierta contradicción con respecto de una norma de rango legal como la LDA, pues limita la protección de varios tipos de obras originarias. Ello se torna evidente con respecto de las obras musicales derivadas como las variaciones, que modifican aspectos extra melódicos. También se aprecia el problema señalado frente a las orquestaciones, ya que estas modifican el plano tímbrico, aspecto que ni siquiera ha sido considerado por la Sala como base del análisis musical.

De acuerdo con ello, si dentro de la evaluación de la originalidad no se incluye la elección del timbre, estaría estableciéndose, mediante resolución administrativa, una restricción a la protección —establecida por Ley— de los arreglos musicales y en particular de la orquestación⁷⁶.

73 En el siguiente fragmento podemos escuchar el huaino *Ojos azules* interpretado por el conjunto Los Uros (ver Los Uros [Miguel Palomino]. (2010, abril 29). Ojos azules: huaino peruano [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=ScLd6bQ50Wc>).

74 «LDA

Artículo 6.- Sin perjuicio de los derechos que subsistan sobre la obra originaria y de la correspondiente autorización, son también objeto de protección como obras derivadas siempre que revistan características de originalidad: (...)

d) Los arreglos musicales.

e) Las demás transformaciones de una obra literaria o artística o de expresiones del folclore».

75 En el caso *Tempo Music, Inc. vs. Famous Music Corporation*, la corte estadounidense señaló: «Harmony is a derivative creation almost by definition. [...] While we agree that melody generally implies a limited range of chords which can accompany it, a composer may exercise creativity in selecting among these chords. As Strayhorn's expert notes, the choice of chords includes "the mood, feel and sound of a piece"». Traducción libre: «La armonía es una creación derivada casi por definición. [...] Si bien la melodía puede admitir generalmente un rango limitado de acordes que la puedan acompañar, un compositor puede ejercer creatividad en la selección de los acordes. Como los expertos de Strayhorn señalan, la elección de los acordes incluye "la sensación, el sentimiento y sonoridad de una pieza"».

76 Como bien señala Bercovitz «cabe considerar como creación protegible (aunque se trate de una obra derivada) la instrumentación u orquestación (arreglos musicales: art. I 1,4 LPI)» (Bercovitz, 1997, p. 168).

Asimismo, afirmar que la protección reside únicamente en la melodía es negar la existencia de protección de la mayoría de obras musicales derivadas, ya que, como se ha dicho previamente, la obra derivada generalmente hace transformaciones sobre la armonización, rítmica y timbre. Ello, en la medida en que se busca no alterar en demasía la célula melódica, para que, de este modo, se permita al oyente identificar que se han hecho variaciones sobre una obra famosa previa. Es así que este criterio, además de inadecuado, resulta ilegal al contradecir el artículo 6, inciso d de la LDA.

3.3. Apreciación de la obra musical como un todo desde una óptica técnica.

La originalidad de una obra musical puede resaltar en el aspecto melódico, armónico, rítmico y tímbrico; no obstante, normalmente se manifiesta a través de la combinación de los mismos. La disgregación de una obra puede ayudarnos a comprender con mayor facilidad sus características, pero esta metodología no debería ser determinante para encontrar su originalidad.

Una melodía necesariamente cuenta con un elemento rítmico constituido por la duración de cada una de las notas dispuestas y los silencios que las separan. Asimismo, esta melodía siempre se manifestará a través del timbre de un instrumento determinado, de lo contrario no se podría oírla. Del mismo modo, la armonía cuenta con una rítmica y timbre particulares, la rítmica es impensable sin las acentuaciones dadas por los timbres de los instrumentos y, por supuesto, el timbre no puede existir si no es a través de una muestra melódica, armónica o rítmica.

Un compositor, ya sea de música académica o popular, plasma la originalidad de su trabajo combinando diversas melodías, armonías, ritmos y timbres para obtener un conglomerado sonoro particular. Es en ese sentido que Bercovitz (1997) señala que «lo esencial está en considerar o no original el efecto musical del conjunto producido por todos los elementos que inciden sobre la composición» (p. 168). Asimismo, Sánchez Aristi (2004) señala que la originalidad musical «(...) puede detectarse en cualquiera de los aspectos expresivos de la obra o en la comparación inseparable de algunos de ellos» (pp. 256 - 260). Ello se condice con lo señalado en la jurisprudencia estadounidense en la medida en que en esta se establece que la obra musical tiene que ser vista como la suma de todos sus elementos (Dworkin, 1962, pp. 78 y 79)⁷⁷.

Conforme con lo antes señalado, comparto la postura de que la obra musical debe ser vista como una unidad, y de acuerdo con esa perspectiva considero que al analizar la originalidad de una obra musical lo que se debe reivindicar es la elección voluntaria de cualquiera de los elementos sonoros presentes, porque estos elementos toman distinción y un significado expresivo particular a partir de la especial disposición que el compositor establece⁷⁸.

Así las cosas, un compositor podría no tener un derecho de exclusiva sobre la melodía, armonía, ritmo o timbres aislados, sino sobre la elección de estos elementos a lo largo de la composición. Para ilustrar ello, se podría tomar como ejemplo el *riff* de la introducción del tema

77 En el caso *Shapiro, Bernstein & Co. vs. Jerry Vogel Music Co.*, se señaló que la obra tenía que ser vista como la suma de todos sus elementos.

78 Esa perspectiva es congruente con el significado mismo de composición musical en el sentido de que alude a la elección de elementos sonoros en virtud de una decisión humana orientada a generar un producto asimilable a través del sentido auditivo.

de la banda inglesa de *hard rock* Deep Purple *Smoke on the Water*⁷⁹. En ese supuesto, no es que ningún otro músico esté impedido de usar la misma secuencia de acordes (armonía), sino que la prohibición debería recaer sobre un uso de esa secuencia tal y como lo dispuso la banda inglesa en su canción⁸⁰.

3.3.1. Consideración especial sobre el ostinato o riff.

El analizar la obra como una unidad y reivindicar la elección particular de los elementos sonoros permite una mejor visión de qué es lo que se debe proteger en una obra musical. Una perspectiva como la mencionada nos permite reivindicar derechos sobre cierto fragmento distintivo en una canción, el cual se manifiesta a partir de una mezcla de elementos musicales que pueden ser o no melódicos: el llamado *riff* u ostinato.

El ostinato es una frase musical definida que se repite de manera insistente en una pieza. Cuenta con una relevancia rítmica, armónica o melódica dependiendo de la instrumentación y la forma en la que se ejecute. Se puede presentar como una secuencia particular de acordes de guitarra, una frase del bajo, una melodía, un patrón rítmico de percusión aislado o en una combinación de los mismos.

En la música popular, el ostinato ha llegado a ser utilizado en infinidad de temas bastante conocidos. Suele ser un elemento distintivo de las composiciones al punto de que uno llega a reconocer un tema y al intérprete o compositor con solo oír el ostinato. Ejemplos de ostinato en el *rock* son las secuencias de acordes de los *riffs* de guitarra en *Smoke on the Water*, de Deep Purple, y *Iron Man* de Black Sabbath⁸¹. En la música pop, se puede mencionar el inicio de bajo sintetizado en el *Gangnam Style*⁸² del cantautor coreano PSY y en *Like a Virgin* de la cantante Madonna⁸³. Asimismo, la fama del difunto Rey del Pop, Michael Jackson, tiene una deuda con los particulares ostinatos de temas como *Thriller*⁸⁴, *Smooth Criminal*⁸⁵ y *Billy Jean*⁸⁶ que le compuso el productor y arreglista Quincy Jones.

79 En el siguiente enlace de YouTube podemos escuchar cómo inicia el ostinato de guitarra eléctrica del tema *Smoke on the Water* de Deep Purple (ver Deep Purple [Ian Locke]. (2009, julio 10). Deep Purple *Smoke on the Water* [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=zUwElt9ez7M>).

80 Si otra persona dispone la ejecución de la mencionada sucesión de acordes del mismo modo (bicordios de intervalo de quinta) en los mismos precisos momentos y con la misma duración (rítmica), así como haciendo uso del mismo timbre de guitarra eléctrica distorsionada; ya podemos decir que tenemos los elementos suficientes para pensar que se trata del uso de una frase distintiva de una obra que merece protección.

81 A partir del segundo veintiocho del vídeo de YouTube (0:28) podemos escuchar el famoso ostinato de *Iron Man* interpretada por la banda de *heavy metal* Black Sabbath (ver Black Sabbath [Black Sabbath]. (2014, octubre, 20). Black Sabbath "Iron Man" [Archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=5s7_WbiR79E).

82 Desde el inicio del vídeo de YouTube podemos escuchar el ostinato del tema *Gangnam style* de PSY (ver PSY [officialpsy]. (2012, julio 15). PSY - GANGNAM STYLE (강남스타일) M/V [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=9bZkp7q19f0>).

83 A partir del segundo quince (0:15) se escucha el ostinato en sintetizador del tema *Like a Virgin* de Madonna (ver Madonna [madonna]. (2009, octubre 26). Madonna, *Like a Virgin* (video) [Archivo de video]. Recuperado de http://www.youtube.com/watch?v=s_rX_WL100).

84 Desde el inicio del vídeo de YouTube podemos escuchar el ostinato del tema *Thriller* de Michael Jackson (ver Michael Jackson [michaeljacksonVEVO]. (2009, octubre, 3). Michael Jackson - Thriller (Shortened Version) [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=4V90AmXnguw>).

85 A partir del segundo catorce (0:14) del vídeo de YouTube podemos escuchar el ostinato del tema *Smooth Criminal* de Michael Jackson (ver Michael Jackson [michaeljacksonVEVO]. (2009, octubre 2). Michael Jackson - Smooth Criminal (Shortened Version) [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=sFvENQBc-F8>).

86 A partir del segundo cuatro (0:04) del vídeo de YouTube podemos escuchar el ostinato del tema *Smooth Criminal* de Michael Jackson (ver Michael Jackson [michaeljacksonVEVO]. (2009, octubre 2). Michael Jackson - Billie Jean (Official Video) [Archivo de video]. Recuperado de http://www.youtube.com/watch?v=Zi_XLOBDo_Y).

Siendo el ostinato un elemento tan importante en la música popular merece la pena preguntarse cómo se protege. Primero que nada, cabe mencionar que ostinatos como las secuencias de acordes de los famosos *riffs* de guitarra pueden quedar fuera del alcance de los derechos de autor con el criterio actual de la relevancia melódica, puesto que en gran parte de los casos conforman una célula armónica y rítmica de las canciones.

A mi entender, estos elementos sí deben ser protegibles, ya que son fruto de una elección particular y pueden dotar de una fuerte distinción a un tema, lo cual constituye una muestra de la personalidad del autor. Sin embargo, no es que se deba proteger siempre una secuencia de acordes⁸⁷, sino que es posible proteger la secuencia de acordes ejecutada con una rítmica particular de modo tal que sea capaz de otorgar una distinción a la pieza.

4. Conclusiones

- (1) El criterio de originalidad subjetiva (de la impronta de la personalidad del autor) que siguen nuestros tribunales es el más acorde con la naturaleza de los derechos de autor
- (2) La metodología utilizada por los órganos resolutivos nacionales para el estudio de las obras musicales parte de una consideración poco técnica de la teoría musical. Ello ha tenido como consecuencia el entendimiento inadecuado de los conceptos de melodía, armonía y ritmo, e, incluso, la omisión de un elemento tan relevante como es el timbre o color.
- (3) Considero necesario que se incluya expresamente en la LDA una definición de obra musical amplia, a fin de que los órganos resolutivos cuenten con un concepto determinado y no tengan que recurrir a la consulta de diccionarios.
- (4) Los criterios específicos que se han venido aplicando en los casos de infracciones sobre trabajos sonoros no son idóneos para poder determinar cuándo una obra musical es original y, en consecuencia, protegible, ya que limitan la protección de una obra musical solamente al aspecto melódico a pesar de que existen muchas composiciones musicales que manifiestan su originalidad en los otros elementos (estructura armónica, estructura rítmica y timbre o color).
- (5) La limitación de la protección de obras musicales al aspecto melódico resulta ilegal e incluso inconstitucional, ya que:
 - (a) Establece una restricción a la protección de varias clases de obras musicales a través de una resolución administrativa, cuando la norma de rango legal (LDA) expresamente establece una protección general de las obras musicales originales y derivadas.
 - (b) Establece a través de resolución administrativa una inobservancia a la protección de los arreglos musicales expresamente establecida en la norma legal (LDA).

87 Como mencionamos en el apartado 3.2.2. («Originalidad en la estructura armónica»), existen ciertas reglas de la armonía que normalmente se siguen en los temas populares.

- (c) Limita la protección de ciertas obras y sus autores, así como una particular forma de expresión, aun cuando el derecho de autor y el disfrute sobre sus obras está consagrado como derecho constitucional.
- (6) La originalidad de la obra musical puede manifestarse a través de cualquiera de los elementos que la conforman o de la unión indivisible de estos, no obstante:
- (a) En la estructura melódica, la originalidad se manifestará en el particular orden y distanciamiento de las notas musicales en una o, de ser el caso, varias líneas melódicas entrecruzadas. No se pueden reivindicar derechos sobre los elementos propios de las escalas, inflexiones, cadencias u otros recursos melódicos propios del dominio público musical.
 - (b) En la estructura armónica, la originalidad se manifestará en la particular secuencia, selección y superposición de los acordes utilizados y las ornamentaciones armónicas de las melodías (como los bicordios). No se pueden reivindicar derechos sobre los acordes en sí, las progresiones armónicas básicas u otros recursos armónicos del dominio público musical.
 - (c) En la estructura rítmica, la originalidad se manifestará sobre la secuencia, selección, superposición de tiempos y la aceleración. No se pueden reivindicar derechos sobre los tiempos en sí, los patrones rítmicos genéricos u otros recursos rítmicos del dominio público musical.
 - (d) Respecto del color, la originalidad se manifestará en la particular combinación de los diversos colores de la paleta orquestal a lo largo de la obra siempre que se pueda verificar una incidencia relevante en la impresión final de la misma. No se podrán reivindicar derechos sobre las formaciones básicas de conjuntos musicales o sobre la síntesis de un color particular a través de aparatos electrónicos.
- (7) Si bien la originalidad se puede manifestar en cualquiera de los aspectos, el criterio más adecuado para evaluar la originalidad de las obras musicales reside en la apreciación de la obra como una unidad fruto de la elección particular de los más variados elementos sonoros a criterio del compositor.
- (8) El ostinato es un elemento con relevancia principalmente armónica o rítmica que resulta sustancial en infinidad de obras musicales, al punto de permitir el reconocimiento de las mismas. No obstante, la desprotección de los elementos extramelódicos que orienta a nuestros órganos resolutores evita que se puedan reivindicar adecuadamente derechos sobre dichos elementos.

REFERENCIAS

- Ackerman, B. (2007). *Antes de que nos ataquen de nuevo: la defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*. Barcelona: Península.
- Antequera Parilli, R. (1996). *El nuevo derecho de autor en el Perú*. Lima: Editorial Monterrico S.A.
- Apel, W. (1969). *Harvard Dictionary of Music*. Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press.
- Bercovitz, R. (1997). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Editorial Técnos.
- Boulez, P. (1967). Stravinsky demeure. En *Musique Russe 1^o Volume* (Trad. A. Edgardo y G. Greenway). Paris: Presses Universitaires de France.
- Burkhart, C. (1974). Schoenberg's Farben: An Analysis of Op. 16, No. 3. *Perspectives of New Music*, 12(1/2).
- Dworkin, A. T. (1962). «Originality in the law of copyright». *Boston University School of Law*, en ASCAP, «Copyright law Symposium N° 11». New York and London: Columbia University Press.
- Espín Alba, I. (2014). Nuevas formas de producción y de acceso al conocimiento: Políticas legislativas. Sobre la necesidad de volver a los principios rectores del Derecho de Autor. En I. Espín Alba (coord.), *Propiedad Intelectual en el Siglo XXI: Nuevos continentes y su incidencia en el Derecho de Autor*. Madrid: Reus.
- GartnerValencia, M. L. (1989). *El artista de la música en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Hitsquad Music Software (Versión) [Software de computación]. Recuperado de <http://www.hitsquad.com/DAW-Software/>
- Johnson, T. A. (1993). Harmonic Vocabulary in the Music of John Adams: A Hierarchical Approach. *Journal of Music Theory*, 37(1), pp. 117 - 156.
- Kaplen, B y Brown, R. S. Jr. (1945). *Cases on Copyright unfair competition and other topics bearing on the protection literary, musical and artistic works*. Nueva York: The Foundation Press.
- Kennard, T. D. (dir.) (2006). *Keeping Score: Revolutions in Music - Stravinsky's Rite of Spring*. [video-grabación] Estados Unidos: San Francisco Symphony.
- La Rue, J. (1998). *Análisis del estilo musical*. Cooper City: Spanpress.
- Lipszyc, D. (1993). *Derecho de autor y derechos conexos*. París: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

- Mcdonald, C. (octubre, 2000). Exploring Modal Subversions in Alternative Music. *Popular Music*, 19(3), pp. 355 - 363.
- Malinverni, B. (2012). György Ligeti: Madrigalismo y micropolifonía en *Lux æterna*. *Artes Musicales*. Recuperado de http://www.artesmusicales.org/web/images/IMG/descargas/12/433/433-7-Art2-ESPACIO_JOVEN_Lux_aeterna.pdf
- Maravi, A. (2010). *Breves apuntes sobre el problema de definir la originalidad en el derecho de autor - Cuaderno de Trabajo N° 16*. Lima: Departamento Académico de Derecho PUCP.
- Maravi, A. (2011). *Las creaciones gastronómicas como objeto de protección por el derecho de autor: posibilidades y conveniencia siguiendo el enfoque de la propiedad intelectual y la competencia desleal* (Tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- Martín, J. (2012). Gyorgy Ligeti: Atmospheres. *Taller sonoro*. Recuperado de <http://www.tallersonoro.com/antioresES/03/analisis.htm>
- Marzetti, M. (2013). Propuestas para ampliar el acceso a los bienes públicos en Argentina: estableciendo el necesario balance entre derechos de propiedad intelectual y dominio público. Recuperado de http://works.bepress.com/maximiliano_marzetti/40
- Metzger, R. (1987). Name that tune: A Proposal for an Intrinsic Test of Musical Plagiarism. *Loyola Marymount University and Loyola Law School* 5(1), pp. 61 - 109 .
- Mims, C. (29 de enero de 2013). Psy's 'Gangnam Style' has earned \$8 million in advertising revenue (corrected). *Quartz*. Recuperado de <http://qz.com/46313/google-psy-earned-8-million-on-gangnam-style-on-youtube-alone/>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1980). *Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
- Pahlen, K. (1956). *Qué es la música*. Buenos Aires: Editorial Columba.
- Pérez Arroyo, R. (2011). *Music in the Age of the Pyramids* [grabación de audio]. Madrid: Centro de Estudios Egipcios.
- Powell, J. (2012). *Así es la música*. Barcelona: Antoni Bosch.
- Pizarro Moreno, E. (2012). *La disciplina constitucional de la propiedad intelectual*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Real Márquez, M. (2001). *El requisito de la originalidad en los derechos de autor*. Recuperado de http://www.uaipit.com/files/publicaciones/0000001974_La%20originalidad-Art-uaipit2.pdf.
- Rattle, S. (dir.) (2005). *Leaving Home: Orchestral Music in the 20th Century*, Vol. 3 - Colour [video-grabación]. Arthaus Musik.
- Roca, D. y Molina, E. (2006). *Vademecum musical*. Madrid: Enclave Creativa Ediciones.
- Román Pérez de, R. (2003). *Obras Musicales, Compositores, intérpretes y nuevas tecnologías* (2ª ed.). Madrid: Editorial Reus.

- Rye, M. (2008). *1001 discos de música clásica que hay que escuchar antes de morir*. Barcelona: Grijalbo.
- Salvat, J. (1986). *Enciclopedia Salvat de los grandes compositores*. Pamplona: Ediciones Salvat.
- Sanchez Aristi, R. (2005). *Propiedad intelectual sobre las obras musicales* (2ª ed.). Granada: Editorial Comares.
- Slonimsky N. (s.f.). *Full Score of Ionization of E. Várese*. Toronto: Musical Publishing Corp.
- Slotnick, B. I. y Piskora, J. A. (2009). Expert Evidence in Music-Related Copyright Disputes. *Intellectual Property Litigation*, 21 (1), p. 3.
- Standler, R. B. (2013). *Music copyright in the USA*. Massachusetts. Recuperado de <http://www.rbs2.com/copyrm.pdf>
- Susaeta, P. y Trinidad, P. (2005). *El negocio de la música, guía Práctica sobre el torno profesional y legal del músico*. Madrid: Fundación Autor.
- Traut, D. (enero, 2005). 'Simply Irresistible': Recurring Accent Patterns as Hooks in Mainstream 1980s Music. *Popular Music*, 24 (1), pp. 55 - 77.

COMENTARIOS

Raúl Solórzano Solórzano

Profesor del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Se nos ha solicitado comentar el artículo del señor Álvaro Ocampo Grey titulado *¿Sin melodía no hay obra! Dime, ¿qué se siente no tener derechos de autor sobre tu composición musical?* Sin duda estamos frente a un trabajo riguroso que aborda una discusión de actualidad y relevancia.

Ante la carencia de una definición de originalidad de obra musical en nuestra legislación sobre derecho de autor (Decreto Legislativo N° 822), el señor Ocampo analiza las decisiones del INDECOPI sobre la materia. En primer lugar, revisa los criterios señalados en el precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución N° 286-1998/TPI-INDECOPI, tratando de vincular sus alcances con las obras musicales. Luego, da cuenta de las distintas posiciones existentes sobre la originalidad de una obra musical, diferenciando el criterio restringido a melodía del criterio amplio que incluye a los demás elementos. Sobre los casos analizados, el autor comenta los más relevantes: Lucchetti vs. Molitalia, Wika Discos vs. Directv, Raúl Denegri vs. José Zelada y Estanis Mogollón y Leslie Patten vs. Unique.

La parte principal de la investigación se encuentra en la tercera sección, en donde el autor argumenta que la limitación de la protección de obras musicales al aspecto melódico resultaría ilegal. En tal sentido, el señor Ocampo propone que la originalidad de las obras musicales pueda constatarse en cualquiera de los siguientes elementos: estructura melódica, estructura armónica, estructura rítmica y color.

Existen dos puntos sobre los cuales recomiendo al autor extenderse un poco más a fin de brindar mayor claridad al lector:

- (1) Apreciación de la obra musical como un todo desde una óptica técnica. Se indica que el criterio más adecuado para evaluar la originalidad de las obras musicales está en la apreciación de la obra como una unidad. Esto podría entenderse, de modo equivocado, como que todo análisis debe recaer en el íntegro de la obra musical, es decir, en toda su duración.
- (2) Ostinato o riff. Al haberse trabajado este punto en un acápite distinto a la estructura melódica, estructura armónica, estructura rítmica y color, no queda muy claro cómo puede protegerse por el derecho de autor.

Finalmente, sugiero comentar brevemente algunos recientes proyectos mediante los cuales se utiliza un *software* especial que ayuda a la creación de ciertos elementos de composiciones musicales.

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/raul-solorzano-solorzano/>

RESPUESTA DEL AUTOR

En primer lugar, recibo gratamente los acertados comentarios del profesor Raúl Solórzano. Vale la pena mencionar que no hay quien conozca más de cerca esta investigación que él, pues tuve la suerte de contar con su esmerada labor de asesor en la tesis de licenciatura que motivó el presente artículo. Sobre la primera recomendación, el acápite 3.3. «Apreciación de la obra musical como un todo desde una óptica técnica» del artículo gira en torno a que la disección de la obra musical en sus diversos aspectos (melodía, armonía, ritmo y timbre o color) es principalmente teórica, pues la originalidad debe analizarse de la unión de todos ellos. Para sustentar dicho argumento, presento el refuerzo de autores como Bercovitz, Sánchez Aristi y Dworkin, quienes guardan la misma postura. En ese contexto, considero que del contenido del texto se desprende que la referencia a la totalidad de la obra versa específicamente sobre la unión de los diversos elementos musicales. No obstante, como bien señala el profesor Solórzano, nada obsta a que del título del acápite o una lectura breve del contenido el lector puede incurrir en el error de que me refiero a la unidad en un sentido de extensión de la obra.

Por tales motivos, en los presentes comentarios refuerzo y aclaro que el acápite antes mencionado no busca que se analice toda la obra en su extensión para encontrar la originalidad, pues este requisito puede encontrarse en cualquier sección de la obra y podrían haber secciones muy simples o de dominio público que no podrían ser consideradas originales dentro de la misma. Por poner un ejemplo, si la introducción al piano de una balada únicamente consigna cuatro compases con los acordes de do, sol, la menor y fa en figuras redondas y un indicador de compás de 4/4, esa sección introductoria no sería original por ser una progresión usual de cuatro acordes (parte del dominio público), sin mayor relevancia rítmica, melódica ni tímbrica. Sin embargo, si luego de esa introducción se presenta una melodía cantada particular, una sección de cuerdas en una armonía determinada o contrapunto, y una orquestación, esa sección siguiente sí podría ser considerada original en función de la combinación de los diversos aspectos de la música (melodía, armonía, ritmo y timbre).

En consecuencia, estoy de acuerdo con que una obra puede estar constituida de secciones originales y no originales, pues lo que se busca con la argumentación planteada en esa parte del artículo es que la obra musical sea analizada como la unión de cada uno de sus elementos o aspectos (melodía, armonía, ritmo y timbre), ya que ello llevará a que puedan aceptarse combinaciones originales en una obra. Del mismo modo, en la pintura no se podría proteger solo el delineado, el sombreado o el coloreado, sino la unión de todos estos aspectos que generaron el resultado final que es el cuadro.

Sobre la segunda recomendación, el acápite 3.3.1. «Consideración especial sobre el ostinato o *riff*», efectivamente no fue presentado dentro de los acápites 3.2.1. «Originalidad en la estructura melódica», 3.2.2. «Originalidad en la estructura armónica», 3.2.3 «Originalidad en la estructura rítmica» ni 3.2.4. «Originalidad en el uso del timbre o color». La consideración sobre el *riff* u ostinato fue deliberadamente colocada como parte del subcapítulo 3.3. «Apreciación de la obra musical como un todo desde una óptica técnica» justamente debido a que el *riff* u ostinato suele ser una parte de la obra musical que presenta su originalidad en la combina-

ción de los diversos elementos musicales. Por ejemplo, en el caso del *riff* del tema *Smoke on the Water* de Deep Purple nos encontramos frente a una frase constituida de una secuencia de acordes (aspecto armónico), expresados dentro de un ritmo particular. En ese sentido, la originalidad del *riff* u ostinato no podría ser adecuadamente evaluada si se consideran los aspectos musicales de manera aislada. Por esa razón, no incluyo el análisis del *riff* en la evaluación de los elementos de manera aislada (acápites mencionados en la recomendación), pues, a mi parecer, la originalidad de *riffs* como el fragmento compuesto por Deep Purple solo podría ser considerada del análisis de la unidad resultante de los diversos aspectos musicales (en particular, armonía y ritmo).

Finalmente, sobre la última recomendación, en efecto, concuerdo con el profesor Solórzano en que resulta pertinente y relevante el análisis de la composición asistida por computadora. En particular, esa consideración fue incluida en la tesis de la licenciatura que motivó el presente artículo en el subcapítulo I.1. «La obra musical creada por una persona natural, dentro del subtema», I.1.2. «Trabajos sonoros determinados por *software* y/o computador». En la medida en que el presente trabajo versa únicamente sobre el requisito específico de originalidad y el mencionado tema tiene una mayor incidencia sobre el requisito de protección referido a la creación realizada por una persona natural, decidí no incluir el tema referido, tomando en cuenta la extensión solicitada para la presentación de la presente investigación.

En particular, considero pertinente que a mayor abundamiento se consulte la tesis mencionada. En dicha investigación, se expone la experiencia del compositor e ingeniero David Cope, de la Universidad de California en Santa Cruz, quien, falto de inspiración para componer una ópera que le habían encargado, decidió crear programas de computadora que trabajen por él: EMI y Emily Howell. En el caso de EMI, las composiciones se crean sobre la base de las partituras de obras previas, por lo que considero que no estamos frente a la intervención humana para la creación de las nuevas composiciones, la ordenación de los elementos los haría únicamente la computadora. Distinto sería cuando el propio compositor introduce en el programa sus propias creaciones, pues ahí el ser humano voluntariamente le brinda órdenes al *software* sobre los elementos musicales con los que tendrá que componerse el nuevo tema (el caso de Emily Howell).

Por otro lado, en la tesis se profundizó sobre el caso de la computadora denominada *lamus*, la cual fue desarrollada por un grupo de investigadores españoles de la Universidad de Málaga. Sin embargo, en este supuesto la computadora no se alimenta de las composiciones de otros autores, sino que trabaja con algoritmos basados en patrones biológico-evolutivos en los cuales las notas compiten entre ellas y es la más adecuada la que triunfa.

Conforme a los argumentos que antes se expresaron en la tesis referenciada, soy de la opinión de que los temas musicales generados por *lamus* no cuentan con el requisito de la intervención humana y, por ende, no son protegibles en nuestro ordenamiento. Ello en tanto los trabajos del mencionado computador son realizados de manera masiva y automática por la computadora sin que medie un aporte humano relevante al proceso creativo.

Finalmente vale la pena comentar que la empresa Sony ha anunciado que a principios de 2017 publicará un disco con una canción generada por inteligencia artificial. Según las noticias sobre el suceso, la canción se generaría sobre la base de composiciones anteriormente creadas por The Beatles. Al respecto, considero que nos encontraríamos ante un supuesto similar al de la música generada por el *software* EMI; por tanto, al no haber intervención humana para la creación del nuevo tema musical, la canción no sería protegible. Sin embargo, habría que esperar a conocer más detalles de la producción, pues de encontrarse una intervención

humana relevante en la creación, que vaya más allá de la programación del *software*, se podría considerar el trabajo como protegible.

Sin más que agregar, agradezco los atinados comentarios del profesor Raúl Solórzano, pues ayudan a complementar y esclarecer las diversas aristas que abarca la presente investigación respecto de la originalidad de las obras musicales.

SECCIÓN VII
DERECHO CONCURSAL

LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL DEUDOR CONCURSADO COMO MATERIA DE INEFICACIA CONCURSAL. ANÁLISIS DEL PERJUICIO Y DESARROLLO NORMAL DE LA ACTIVIDAD DEL DEUDOR DE DICHOS ACTOS EN EL DENOMINADO PERIODO DE SOSPECHA

Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero
Facultad de Derecho, PUCP

Categoría Egresados

Cuando los agentes económicos se encuentran en una etapa de cesación de pagos (la imposibilidad de cumplir con las obligaciones pactadas), una de las alternativas que otorga nuestro ordenamiento jurídico para que estos puedan revertir la crisis económica y/o financiera en la que se encuentran radica en la posibilidad de acceder al sistema concursal. Este consiste en un conjunto de reglas excepcionales con la finalidad de lograr que se cumplan las obligaciones impagas de los acreedores del deudor concursado, mediante una distribución equitativa y proporcional del perjuicio generado por la insuficiencia patrimonial del deudor.

Sin embargo, hay situaciones en que el deudor, por diversos factores, celebra actos de disposición antes y durante el umbral de su etapa de cesación de pagos, posiblemente con conocimiento del momento en el que se producirá la referida cesación. Así, ocasiona un detrimento a su patrimonio y reduce las expectativas de cobro de sus acreedores. En ese sentido, la Ley General del Sistema Concursal otorga una serie de mecanismos de protección al patrimonio del deudor para contrarrestar dicho accionar. Uno de ellos consiste en la posibilidad de que aquellos interesados soliciten a la autoridad jurisdiccional que declare ineficaces ciertos actos realizados por el deudor concursado (ineficacia concursal). En el presente trabajo se analizará esta institución así como dos conceptos muy ligados a ella: el perjuicio al patrimonio del deudor y los actos de disposición celebrados dentro del marco del desarrollo normal de la actividad del deudor, en el denominado periodo de sospecha.

I. Aspectos introductorios. La ineficacia concursal como mecanismo de protección del patrimonio del deudor concursado

Todo agente económico tiene la libre disposición de su patrimonio, hecho que se basa en dos funciones: (i) el intercambio de bienes y/o servicios, que sirve para atender las necesidades personales; y (ii) el conjunto de bienes del agente, que constituye una fuente de crédito. De este modo, el patrimonio de este sujeto puede aumentar o disminuir, lo que afecta la función de la garantía.

En ese sentido, una de las principales funciones del patrimonio consiste en fungir de garantía de sus obligaciones. Así exista algún incumplimiento, el acreedor podrá exigir la ejecución del patrimonio del deudor en la medida en que vea satisfecho su crédito.

Sin embargo, con la finalidad de asegurar la masa concursal (patrimonio del deudor), las normas concursales establecen ciertas restricciones a su disposición. Los efectos del concurso no solo se producen desde el momento en que se publica el aviso del inicio del mismo, sino que afecta a los actos de disposición realizados por el deudor en un periodo anterior a esta publicación.

Así, cuando un deudor se encuentra en una situación de crisis patrimonial (económica y/o financiera), optará por diversas alternativas para enfrentar aquellos problemas (no todos los agentes económicos actúan de la misma manera ante la crisis). Desde el caer en la inoperancia y no saber qué hacer para revertir la crisis hasta el más aguerrido empresario que tiene fe y optimismo de que todo saldrá correctamente (Puelles, 2008, pp. 287 - 288): «Ilusiones, esperanzas o creencias contribuyen a quebrantar y luego a destruir la salud del patrimonio, poniéndolo al borde del colapso o de un 'coma económico' del cual es muy difícil el regreso» (Garaguso y Garaguso, 2006, p. 115).

Un ejemplo sería el caso en que el concursado entra en un estado de desesperación, que lo conduce a adoptar decisiones apresuradas y erradas para mantener su negocio, de modo que solo acelera su debacle y busca acciones que protejan su patrimonio de lo que se avecina. Esto ocasiona el incremento de los gastos, deteriora su situación con el temor de ser sometido a concurso, transfiere algunos bienes para que los acreedores no repitan contra este y realiza actividades comerciales no desarrolladas anteriormente, debido a la premura de generar flujo de caja y obtener liquidez a corto plazo.

Quien debe enterarse en primer término que sus negocios andan mal, es el deudor. Contando con la enseñanza de la experiencia, frente a una situación de falencia quizás irremediable, realiza actos perjudiciales para sus acreedores. (Fassi y Gebhardt, 2005, p. 337)

Incluso, compromisos asumidos en épocas de bonanza devienen en incumplibles cuando se produce una notable reducción de la actividad empresarial, toda vez que el deudor, en diversas ocasiones, trata de salvar la empresa haciendo favores de cobro a sus acreedores más exigentes o renombrados o para suscribir garantías personales cuando cambian los hechos que convino dicho financiamiento. Por ejemplo, devaluación o depreciación de activos, reducción de facturación. No obstante, no todo agente económico tiene la gestión diligente de llevar a la empresa a la adaptación de la financiación.

Debemos entender que las situaciones de crisis empresariales no surgen inesperadamente, sino que existen circunstancias y actuaciones que conllevan a ello. Como señala José Jiménez (2001), entre las causas de crisis empresariales se encuentran la globalización, la competencia, la concentración económica, la corrupción, las dificultades de financiamiento, las estructuras empresariales de capital cerrado y la falta de reconocimiento de las dificultades en la empresa (pp. 309 - 311). No obstante, en la mayoría de casos, esto se debe al deterioro del aspecto económico y/o financiero de la empresa; es ahí donde las actuaciones de los administradores incrementan el desastre y agudizan la crisis.

El deudor (empresario, comerciante individual, sociedad comercial y hasta no comerciante) no llega a su declaración de falencia de forma súbita, intempestiva e inopinada. Hay un proceso de deterioro de su economía más o menos lento que lo va arrojando hacia la declaración de quiebra a petición suya o por solicitud de sus acreedores. (Grillo, 2001, p. 3)

Otro comportamiento del deudor consiste en que, al ver la posibilidad de perder parte o la totalidad de su patrimonio en la cancelación de sus obligaciones y a fin de evitar esta situación, realiza diversas transferencias (actos) a favor de acreedores, amigos, familiares, personal de confianza e incluso frente a terceros de buena fe¹, para lograr salvar la empresa o recuperar; al menos, parte de su patrimonio (intenta, o en muchas circunstancias lo hacen, poner a salvo parte de su patrimonio). Esta acción, en un procedimiento concursal, será disminuida e incluso extinguida para el pago a sus acreedores como señala Provinciali:

Estos actos pueden ser consecuencia de intentar que parte de sus bienes queden fuera de la ejecución, o de favorecer a determinados acreedores o, en general, de evitar la repercusión de su estado de cesación de pagos tratando de ocultarlo [...]. Se debe tener en cuenta, en este proceso de reconstrucción, la necesidad de proteger la integridad del patrimonio del deudor; prenda común de sus acreedores y la de lograr la inalterabilidad del principio de la *par conditio creditorum*, frente a los actos realizados por el deudor que se encuentra en estado de quiebra de hecho, hasta que sobreviene la quiebra de derecho. (Grillo, 2001, p. 5)

El deudor suele tener la tentación de desviar parte de su patrimonio o favorecer a una serie de acreedores en perjuicio de los demás acreedores, ya sea por su propia iniciativa o presionado por el logro de salir de la crisis (Moralejo, 2009).

El escenario en que el deudor se anticipa a una quiebra, concurso o insolvencia enajenando su casa o auto o en el que transforma sus bienes registrables en dinero no registrable es la forma más expresiva de la preocupación que condujo a la elaboración de la ineficacia. Sin embargo, el deudor en dificultades no solo puede recurrir a estas acciones, sino que, por experiencia jurisprudencial, se dispone de cerca de cuarenta figuras susceptibles de expresar actos de un concursado que le sirva para detraer lo que se pueda del concurso venidero (Maffia, 2001, pp. 370 - 371).

Los acreedores preferentes se ven beneficiados por estas transferencias, como resultado de que ellos no entrarán a concurso y no asumirán con los gastos que implican estos procedimientos. Por tanto, obtienen privilegios frente a otros que deberán solicitar el pago de sus créditos dentro de un procedimiento concursal, a través del reconocimiento de los créditos adeudados.

Asimismo, el desequilibrio patrimonial no viene seguido de una inmediata declaración ni difusión del concurso ni mucho menos de un desapoderamiento inmediato en el Perú, sino

1 «A la declaración judicial suele preceder una época de desarreglo económico, en la que el deudor, viendo ya próxima la quiebra, procura retrasarla con operaciones que suelen más bien precipitarla; intenta salvar algunos bienes para él y su familia por el procedimiento de supuestas enajenaciones a personas de confianza; pretende, en fin, colocar en situación privilegiada a los acreedores más propicios en su afecto o satisface anticipadamente ciertos créditos. Con este proceder; característico del período inmediato a la quiebra, el deudor encontrándose realmente en estado de cesación de pagos, perjudica a sus acreedores, sea porque substrahe bienes de su garantía común, sea porque vulnera el principio de la igualdad de condición de todos ellos» (Garrigues, 1987, p. 53).

que, de una etapa a otra, transcurre tiempo suficiente para que el deudor concursado se desprenda de su patrimonio en perjuicio de sus acreedores. Por eso, esta protección se extiende retroactivamente y luego del inicio del concurso en nuestro país.

Dicha protección va en concordancia con uno de los principios rectores del sistema concursal peruano: el principio de proporcionalidad. Este consiste en que todos los acreedores deben recibir las mismas condiciones respecto del resultado económico del procedimiento concursal del deudor (Congreso de la República, 2002, Título Preliminar, Artículo V)².

Definitivamente, no es un trabajo sencillo determinar los bienes y/o derechos que integran el patrimonio del deudor sometido a un concurso, toda vez que en la apertura de este los activos que se encuentran en poder del deudor no le pertenecen a él ni están en poder del mismo, a pesar de que debería ser así. Por tanto, es posible que el deudor concursado sea titular de bienes y/o derechos que no le corresponden y viceversa.

La realidad perjudica al deudor que, por el espejismo de la recuperación (Garaguso, 2006, p. 115) o, como lo que ocurre con frecuencia, por no cancelar sus acreencias, realiza una serie de actos de disposición en perjuicio de sus acreedores y esto implica desde pagar a algunos de ellos (parientes, amigos o quienes presionan más por el cobro) en detrimento de otros hasta vender un bien a menor precio del mercado o gravar bienes a favor de un acreedor.

Estos actos realizados por el deudor en circunstancias previas a la declaración de concurso, pero en plena etapa de formación y desarrollo de la crisis patrimonial del deudor, reciben el nombre de fraude a los acreedores, toda vez que, en su mayoría, dichos actos de desapoderamiento del patrimonio del deudor son realizados en beneficio único y exclusivo del deudor o de algún acreedor amigo. De este modo, salvaguarda sus propios intereses y no el de la colectividad de sus acreedores, teniendo en cuenta que es el deudor el primero en percatarse de su situación de crisis.

Huáscar Ezcurra (2011) señala que para que una norma concursal funcione, entre otros aspectos que debe contener, la protección de los activos del negocio en crisis debe ser efectiva. Por un lado, los activos deben ser intocables sin que sean ejecutados, por el otro, antes de la crisis, solo se deberá permitir que el deudor disponga de sus recursos cuando tengan que ver con el curso normal de sus actividades; de lo contrario, serán nulos. Asimismo, dicha acción debería ser rápida y efectiva e imponer sanciones a los infractores (p. 164).

Es así que, antes o después de la declaración de crisis, los activos están efectivamente protegidos. Quienes llegan al Indecopi (acreedores) llegarán en forma. Habrá que repartir más entre los acreedores y con ello el crédito estará mejor protegido: «Aquí la LGSC peruana también va en el sentido correcto» (Ezcurra, 2011, p. 164).

Cabe mencionar que el artículo 19 solo regula una de las manifestaciones del desapoderamiento, pues éste opera plenamente durante el desarrollo del proceso concursal. Mientras tanto, a partir del inicio de la etapa pre concursal, los titulares de la empresa quedan impedidos de llevar a cabo determinados actos que reduzcan o deterioren la masa concursal. Al igual que lo explicado con relación a la retroactividad, la nulidad con que son sancionados los

2 Los procedimientos concursales buscan la participación y beneficio de la totalidad de los acreedores involucrados en la crisis del deudor. El interés colectivo de la masa de acreedores se superpone al interés individual de cobro de cada acreedor.

actos realizados por los titulares de la empresa en contra de la prohibición legal, es sustituida por ineficacia para efectos concursales si se verifica la intervención de terceros de buena fe. (Echeandía, 2001, p. 208)

Sin embargo, puede ocurrir todo lo contrario. Luego de iniciar el concurso, se llevan a cabo actos de disposición por parte del deudor; a fin de mantener y reflotar la empresa (cabe recordar que el desapoderamiento y/o instalación de la junta no es inmediata a la declaración de concurso). De este modo, agota sus reservas en cancelar obligaciones y accediendo a capital fresco, obviamente a intereses más onerosos. Se genera, entonces, nuevos préstamos para realizar refinanciaciones de deuda y se establecen garantías reales y/o personales. En nuestra legislación, estos actos son también catalogados como una especie de fraude (tenga o no esa connotación), por más de que beneficien al deudor siempre que se encuentren en ciertos supuestos.

En virtud de lo antes expuesto, el derecho concursal tiene como herramienta para la protección de este tipo de actos fraudulentos realizados por el deudor una de las instituciones más importante del derecho concursal: la ineficacia concursal, acción rescisoria en España (*clawback actions* en los países anglosajones).

Por ello, la recomposición del patrimonio del deudor mermado por tales actos y circunstancias, que le devuelven el poder de constituir garantía o prenda común de los acreedores y los mantiene igual entre ellos, constituye el problema central del sistema concursal. Así, dicha recomposición exige la utilización de mecanismos propios e idóneos, toda vez que las acciones comunes (acción pauliana) son insuficiente para este fin (Grillo, 2001, pp. 4 - 5).

Es así que la suficiencia del patrimonio del deudor constituye la máxima garantía del acreedor (Berrocal, 2011, p. 287), aunque este no es suficiente en el ámbito concursal. Por ello, las legislaciones concursales modernas han optado por sistemas de reintegración de la masa activa del concurso.

En la ineficacia concursal, «no están en juego intereses generales, ni derechos adquiridos de buena fe, sino la reconstitución del patrimonio falente; no solo para mejorar la garantía patrimonial del fallido, sino para asegurar la potencialidad económica de la empresa en vista a su continuación concursal» (Garaguso, 2006, p. 171).

Sobre la garantía del deudor frente a sus acreedores, es pertinente mencionar que la misma requiere características especiales: (i) reconstruir el patrimonio del deudor con los bienes del concursado que hubieran salido de la esfera de este y que, en ciertas circunstancias, con la regla de la observación de la realidad, el legislador cree que daña esa garantía; (ii) se debe extender el concepto de garantía al de integridad del patrimonio para la satisfacción de los acreedores; y (iii) la garantía no solo es afectada por la salida de bienes del activo, sino por situaciones que afectan la igualdad como base del reparto ideal en situación de insolvencia (Alegría, 1993, p. 333).

La igualdad entre los acreedores y el mantenimiento de la integridad del patrimonio son finalidades del sistema concursal, que tienen en la ineficacia concursal una institución que faculta a que se realicen ciertas actuaciones por los afectados y por aquellos interesados.

Por ello, se trata de un interés no individual, sino colectivo y fundamentalmente ético: el insuprimible derecho de los acreedores a conservar la garantía patrimonial de sus créditos (Conil, 1995, p. 277).

Sin embargo, hay quienes consideran que este sistema de recomposición del patrimonio perjudica el tráfico comercial de las actividades del deudor y, a la postre, retarda la recuperación del deudor de la crisis, teniendo en cuenta que estas acciones de recomposición no deben ser drásticas ni severas ni, a la vez, muy blandas.

El sistema ha sido conceptualizado por la doctrina como verdaderamente desestimulante de las acciones de recomposición, lo que puede valorarse como la deliberada adhesión a la doctrina que en derecho comparado califica a estas acciones como adversas a la celeridad y fluidez del tráfico comercial por la inmovilización de bienes que durante su largo trámite perjudican al mundo negocial. (Dasso, 2009, p. 145)

No obstante, debemos mencionar que existen dos intereses contrapuestos en lo referido a las acciones de ineficacia: la integración del patrimonio y la seguridad jurídica del tráfico comercial. «El interés de la masa pasiva, el interés de los acreedores, y el interés del crédito, el interés del tráfico. Interés de la masa o interés a una reintegración máxima. Interés del tráfico o interés en que la perturbación sea mínima» (Rojo, 1979, p. 40).

La reintegración de la masa tiene su fundamento en la falta de coincidencia entre el momento en que comienza la crisis del deudor y el momento en que se produce la publicación del concurso, a fin de evitar las consecuencias de una irregular actuación del deudor en perjuicio de la masa, con anterioridad a la declaración del concurso por la autoridad concursal (Beltrán, 2005, p. 722).

Asimismo, reintegrar los bienes y/o derechos del deudor a través de la ineficacia concursal consiste en una de las actuaciones posibles que los sujetos intervinientes en el concurso pueden realizar para incrementar la masa concursal o, en todo caso, preservar el íntegro del patrimonio del deudor. Ello de conformidad con el objetivo de los procedimientos concursales regulados en el artículo I del Título Preliminar de la Ley General del Sistema Concursal (en adelante, LGSC).

Artículo I.- Objetivo de la Ley

El objetivo de la presente Ley es la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor. (Congreso de la República, 2002)

Por ello, la realidad muestra que, ante la eventual situación de insolvencia del deudor, este realiza actos que perjudican más su situación, pues trata de eludir ciertos bienes respecto de su futuro concurso o adopta medidas apresuradas para su beneficio o de terceros.

Así, como señala Osvaldo Maffía en el prólogo del libro de Junyent Bas y Molina, «hoy la ineficacia puede alcanzar no solo a pseudoventas, sino también a prórrogas de contratos ejercitadas u omitidas, a fianzas, a avales, a compensación, a ventas con reserva de dominio no ejercitada, a mandato in rem propriam, a donación bajo apariencia de acto oneroso, a seguros, a negocios mixtos, a renuncia a ciertos derechos, a prescripciones o caducidades facilitadas por el después quebrado, a devolución de mercaderías, a pagos respondiendo a intimaciones, hasta pagos ordenados judicialmente, si en el caso la ley imponía desatender la intimación y ocurrir de inmediato en quiebra voluntaria, etcétera» (Junyent Bas, 2002, p. 13).

Es esta realidad ha llevado a toda regulación comparada concursal a establecer reglas y mecanismos que permitan revisar las actuaciones del deudor en la etapa anterior al concurso (retroactiva) y —como en nuestro país— en la etapa posterior del mismo. En estos periodos, el deudor padecía la insolvencia, por lo que la ineficacia no es más que un mecanismo de preservar la integridad tanto cuantitativa como cualitativa del patrimonio del deudor concursado.

Por nuestra parte, compartimos en su totalidad los razonamientos [...], asumiendo por consiguiente, la tesis de la eficacia retroactiva —ex tunc— de las repercusiones derivadas de la acción rescisoria. Ello comportará, lógicamente, que ciertos actos o situaciones que tuvieron lugar en un instante anterior a la rescisión [...] dejan de tener efectos, por lo que, en buena lógica y como no podía ser de otra manera, debe procederse a la corrección de aquéllas [...]. (Álvarez y García, 2009, p. 459)

Como señala Argeri (1974), es frente a la patología de la insolvencia que la crisis empresarial lesiona el interés público de la economía crediticia y porque el Estado tiene interés en mantener la juridicidad. Por ello, facilita los medios para que el patrimonio sea reconstruido (p. 185).

No obstante, debemos precisar que existen posiciones y jurisprudencia comparada en las que se establece que el acto declarado ineficaz produce efectos *ex nunc*, es decir, desde el momento de la declaración del concurso del deudor. En ese sentido, es válido lo actuado con anterioridad, ello con la independencia de considerar la devolución del bien (de ser el caso), los frutos y rentas obtenidas, así como sus intereses (Martín, 2010, pp. 194 - 195).

Finalmente, es preciso mencionar que, una vez iniciado el procedimiento concursal, ya sea a su pedido o de sus acreedores, implícitamente se le impone al deudor que cumpla un deber de diligencia empresarial de protección de su propio patrimonio. Así, se evita la realización de actos que disminuyan su patrimonio y mermen las expectativas de cobro de los acreedores.

En virtud de ello, primero Indecopi deberá publicar el aviso del inicio del procedimiento concursal del deudor y, posteriormente, los legitimados podrán accionar las demandas de ineficacia del acto jurídico en la vía jurisdiccional contra los actos que así lo consideren. De ese modo, se preserva la validez y la eficacia de los que no lo son, y será la autoridad judicial quien determine qué periodo cronológico deberá computarse para la declaración de ineficacia. Asimismo, la prueba del éxito de esta demanda dependerá de demostrar, en algunos casos, el perjuicio al patrimonio del concursado como su presunción y que este acto no haya sido desarrollado dentro de la actividad normal del deudor.

El escenario ideal sería que el concursado siga desarrollando su actividad ordinaria. No obstante, no debe alterar la composición del patrimonio del deudor que registró antes del inicio del procedimiento concursal. Con esta inalterabilidad del patrimonio del concurso, los acreedores podrán tener un uso más eficiente del mismo y adoptar la decisión más acorde a la situación del deudor y de los propios acreedores, toda vez que es importante que, al momento de la conformación de la junta de acreedores, estos tengan la documentación contable, financiera y económica que refleje la verdadera situación patrimonial del deudor para adoptar decisiones, sobre todo teniendo en cuenta que es el deudor quien administrará su propio patrimonio hasta que la junta ratifique o designe a los administradores.

2. Ineficacia concursal en el ordenamiento peruano

2.1. Concepto de ineficacia concursal.

Se puede definir la ineficacia concursal como aquellas acciones en contra de relaciones jurídicas creadas, modificadas o extinguidas celebradas en un periodo por el deudor (o su administración). Estas acciones permiten declarar la inoponibilidad a los acreedores concursales de los actos de disposición y/o gravámenes válidamente celebrados (salvo la demostración de frau-

de) por el futuro deudor concursado dentro del periodo sospechoso establecido por ley y/o dentro de los actos realizados poco antes de la publicación del aviso del inicio del concurso hasta que se produzca el desapoderamiento del deudor; en razón de causar perjuicio no solo a una de las partes involucradas en el concurso, sino a la propia colectividad de acreedores y al patrimonio mismo del deudor. Dichos actos a impugnar se celebraron fuera del desarrollo normal de las actividades del deudor.

2.2. Características de la ineficacia concursal.

De lo anterior, podemos mencionar las siguientes características:

- (a) La pretensión de ineficacia busca privar de eficacia los negocios válidamente celebrados por el deudor concursado, en un periodo en que este ostentaba plena capacidad y facultad para disponer de su patrimonio, toda vez que no recaía sobre él acción alguna que impedía dicho desenvolvimiento.
- (b) El objeto material para que proceda la ineficacia es que perjudiquen el patrimonio del deudor concursado sin importar la intencionalidad del acto o contrato.
- (c) La ineficacia concursal es impulsada por las entidades administradoras y/o liquidadoras y los acreedores del deudor; y solo surte sus efectos si esta es así declarada por el órgano jurisdiccional mediante sentencia firme o consentida.

2.3. Los principios rectores de la ineficacia concursal.

Todo sistema de ineficacia concursal se rige sobre la base de tres principios.

- (a) Maximización de la masa activa del concurso. Es este el objetivo o fin último del concurso, cuyo sentido es conservar y, de ser posible, aumentar el valor de la masa concursal (masa activa), para poder satisfacer a la colectividad de acreedores del concursado.
- (b) Defensa de la igualdad entre los acreedores concursales. Es decir, mantener las características originales de los acreedores con sus respectivos créditos, respetando los órdenes de prelación existentes. «El sistema de reintegración será más equitativo cuanto mayor sea el grado de satisfacción de los créditos de los acreedores de acuerdo con el orden establecido por el legislador» (Martínez, 2009, p. 258).
- (c) Seguridad jurídica. En el sentido de no surtir efectos de los actos de disposición y/o gravamen celebrados por el deudor, en principios válidos realizados a lo largo del periodo cronológico antes y después de la publicación del inicio del procedimiento concursal del deudor. Esta seguridad jurídica se ve plasmada en la protección del tercero de buena fe registral, que, a pesar de declarar el acto original ineficaz, se protege su derecho como tal.

2.4. Ineficacia concursal e ineficacia ordinaria. Semejanzas y diferencias.

Como se ha expuesto, cuando un agente económico está inmerso en una situación de concurso, se produce una modificación sustancial en sus relaciones obligacionales. Ello genera una situación excepcional que es regulada por una legislación especial. En nuestro país, la LGSC, contiene instituciones especiales adaptadas a las crisis patrimoniales, entre las que se encuentra,

la acción pauliana concursal o, como lo establece la ley concursal, ineficacia de actos de disposición del deudor.

En ese sentido, cuando el deudor se obliga frente a su acreedor, el primero responde con todo su patrimonio. Esto quiere decir que toda obligación está respaldada por la llamada prenda o garantía genérica, que recae sobre todo el patrimonio del deudor. Por ello, la finalidad de la acción pauliana ordinaria y la concursal es satisfacer y garantizar las expectativas del cobro de los acreedores, y que aquella no se vea perjudicada por la reducción de dicha prenda sobre el patrimonio del deudor.

La ineficacia concursal busca lograr que el juez declare ineficaz los actos de disposición patrimonial de manera fraudulenta o no, realizados por el deudor concursado antes o después de iniciarse su concurso, con el objetivo de perjudicar el patrimonio del deudor; reduciendo su expectativa de cobro de los acreedores.

Entre las diferencias que hay entre la ineficacia concursal y la acción pauliana civil se encuentran las siguientes:

- (a) La acción pauliana civil busca lograr la ineficacia de un acto en beneficio solo del accionante; en la concursal, se busca esa misma ineficacia pero en relación con todos los acreedores concursales. Es decir, dicha declaración no solo beneficia al accionante, sino a la colectividad. La ineficacia concursal deja de lado la presunción del fraude como hecho impulsador de dicha acción a diferencia en la pauliana ordinaria, que debe de existir un ánimo fraudulento.
- (b) En la acción pauliana existe un interés particular y el fraude a los acreedores debe ser manifiesto; mientras que, en la concursal, está en juego un interés colectivo de los acreedores sin importar si el accionar cuestionado fue celebrado con la intención o no de causar un fraude a los acreedores.

Grillo, haciendo mención a Satta, señala que la acción revocatoria concursal con la pauliana, desde el punto de vista del presupuesto fraudulento, son distintas, toda vez que en la primera la acción se encuentra en un hecho constitutivo en el estado de insolvencia del deudor. Como tal, puede llevar a actos inatacables con la simple revocatoria. En cambio, la segunda es una acción que tiene tal hecho constitutivo en el perjuicio consciente (Grillo, 2001, p. 93).

En esa misma línea, Grillo (2001), haciendo mención a la antigua legislación concursal francesa, señala que la acción de nulidad no es simplemente una acción pauliana reforzada, pues la diferencia consiste en que no necesita la prueba del fraude ni la prueba de la complicidad del tercero si el acto es oneroso. Ello permite cuestionar ciertos actos que no se pueden oponer a través de la acción pauliana. Asimismo, las acciones de nulidad en el periodo de sospecha tienen como finalidad propia reconstruir el activo del deudor y no solamente sancionar el fraude cometido por el deudor (Grillo, 2001, pp. 93 - 94).

- (a) Asimismo, la acción pauliana solo puede ser impulsada por el acreedor del deudor. El legitimado es el titular de una situación jurídica acreedora respecto de su deudor derivado del acto de disposición. En la concursal, están legitimados uno o varios acreedores, así como los administradores y/o las entidades liquidadoras de los deudores concursados.

- (b) La particularidad en la acción pauliana es que, por lo general, existe una demanda de ineficacia parcial del acto de disposición hasta por el monto que sea necesario para cubrir el crédito adeudado, a diferencia de la concursal, en la que se solicita la restitución de todo el acto de disposición, por la existencia de una insuficiencia patrimonial del deudor frente a los acreedores.
- (c) La acción pauliana civil busca que el deudor no entre en una etapa de insuficiencia patrimonial (insolvencia, cesación de pagos). En cambio, en la concursal, parte con la situación de concurso y busca recomponer su activo para salir de ella y los acreedores tengan una mejor expectativa de cobro.
- (d) El demandante, en la acción pauliana, es quien debe probar el perjuicio, es decir la carga de la prueba recae sobre este, a diferencia de la concursal, en la que existen situaciones otorgadas en la LGSC que el perjuicio se presume y es el adquirente o el tercero quienes deben demostrar (en algunos presupuestos) el no perjuicio, como una especie de inversión de la carga de la prueba.
- (e) En la acción pauliana ordinaria, el acto de disposición debe existir y no ser simulado; en la concursal, no interesa si son o no simulados, toda vez que lo que se busca es que dicho acto perjudique a los acreedores.
- (f) En la acción pauliana civil es indiferente la distribución desigual de los bienes del deudor, a diferencia de la concursal, en la que sí importa (Grillo, 2001, pp. 97 - 98).
- (g) Finalmente, la acción pauliana tiene una naturaleza civil y la concursal evidentemente comercial.

Como podemos observar, el sistema concursal ha desarrollado un régimen especial de ineficacia para deudores sometidos a concurso. El régimen general para el derecho civil está regulado en el artículo 195 del Código Civil.

Asimismo, existen algunos autores que señalan que en la LGSC, con respecto a la ineficacia concursal (artículos 19 y 20), existe una contradicción. Ello porque, por un lado, señala que los actos jurídicos podrán ser declarados «ineficaces y, en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores», tal como también lo señala la ineficacia ordinaria. Pero luego señala que «el reintegro de los bienes de la masa concursal o el levantamiento de los gravámenes constituidos».

Es así que, si los bienes se reintegran a la masa concursal, no es un caso de inoponibilidad de los acreedores, sino que hay una ineficacia absoluta *erga omnes*; en tal sentido, aquí se estaría hablando de una acción revocatoria (Barchi, 2011, p. 255).

En la doctrina comparada, hay autores que señalan lo contrario. Maffía (2001), por ejemplo, argumenta que la llamada revocatoria no revoca en nada los actos en cuestión, pues solo consagra la inoponibilidad a los acreedores del fallido. El acto sigue siendo válido y eficaz. No opera efectos en relación con ciertas personas (el acto es válido entre deudor y tercero, no genera consecuencias para los acreedores del deudor). «No se trata de revocar—o sea invalidar *ex tunc*— acto alguno sino de evitar que ciertos actos, en sí válidos, afecten a los acreedores del fallido [...] actos, va de suyo, cumplido antes que el deudor quebrara y supuestamente endeudados a beneficiar a ciertos acreedores u otros terceros o a detraer valores del patrimonio que se presume insuficiente para afrontar las obligaciones que lo gravan [...] La revocación, como el propio término significa, importaría aniquilar el acto de voluntad que está en la base del acto—impugnado— reduciéndolo a la nada, esto es, volviendo a la situación *quo ante* como si no hubiese ocurrido» (Maffía, 1978, pp. 981 y 984 - 985).

Se considera que el régimen de ineficacia peruano escapa de la denominada ineficacia relativa, toda vez que la LGSC es clara al establecer el reintegro de los bienes y/o derechos que salieron de la esfera patrimonial del deudor.

Es así que, en un caso en la práctica, la autoridad judicial de primera instancia consideró que, ante la ineficacia del acto jurídico en cuestión contenida en la LGSC, resulta del todo aplicable el hecho de reintegrar el inmueble materia de controversia a la masa concursal a efectos de restaurar el estado de cosas que, por su naturaleza, mantuvo en su inicio. Es decir, el retorno del bien a su condición natural o primigenia es condición subsiguiente por la sola declaración de ineficacia, situación extensible a su propia inscripción registral, como se solicitó como pretensión accesorio³.

La reintegración concursal es el trámite concursal consecuencia de los efectos que la apertura del procedimiento de tal naturaleza supone para determinadas relaciones jurídicas creadas, modificadas o extinguidas por el deudor en un tiempo, también determinado, con anterioridad al inicio de dicho procedimiento (Massager, 1986, p. 10).

Este carácter restitutorio hace referencia al crédito (patrimonio) que salió de la esfera patrimonial del deudor; que incluso se extienden a las mejoras, aspectos accesorios y gastos de conservación, ya sea de un bien y/o derecho del concursado.

En definitiva, el acto lesivo podría ser atacado con la nulidad, pero, como ello sería excesivo (en el sentido de proteger el patrimonio del deudor y a los acreedores), se busca desvirtuar los efectos perjudiciales del acto y no este en sí mismo. Por ello, sancionar con ineficacia absoluta tampoco sería la solución, pues existiría la misma desproporción que hay en la nulidad y la ineficacia relativa. No sería una opción completa en el sentido que «no sería una medida concreta si no operase en función de la realización procesal del derecho del acreedor» (Pajardi, 1999, p. 286), como en el caso que se obtiene la demanda fundada de ineficacia, pero, al no proteger el crédito y no existir reintegración, existiría un perjuicio a los acreedores simplemente.

La ineficacia concursal debe ser «una ineficacia relativa en función de la acción ejecutiva» (Pajardi, 1999, p. 286), pues no es eficaz solo en referencia a los sujetos legitimados que demandaron la ineficacia, sino que la ineficacia relativa es inherente a la acción ejecutiva del deudor; quien tiene derecho, luego de fundada la ineficacia, a actuar ejecutivamente sobre el bien del concursado, considerándolo como no salido de la esfera patrimonial del concursado.

Finalmente, debemos señalar que la naturaleza jurídica de la ineficacia concursal, como hemos podido observar, es compleja y propia. Si bien parte y guarda relación con la ineficacia civil, desarrolla aplicaciones prácticas y teóricas acordes a las instituciones del sistema concursal en general. Así, Maffía, respecto de las similitudes entre la ineficacia ordinaria y concursal, señala que «[...] Sin duda es una nota relevante que aparece en ambas figuras, pero insuficiente para asimilarlas porque las diferencias son numerosas y severas, para más insertas en contextos tan disímiles como lo son una simple relación creditoria y un proceso falencial» (Maffía, 1987, p. 987).

En nuestra legislación, la ineficacia concursal se encuentra regulada en los artículos 19 y 20 de la LGSC.

El artículo 19.I de la LGSC señala que el juez declarará ineficaces los gravámenes, transferencias, contratos y demás actos jurídicos, sean a título gratuito u oneroso que realice el deu-

3 Demanda de ineficacia interpuesta por la entidad liquidadora del patrimonio del señor Estelita contra el propio deudor concursado y las señoras Escobar y Osorio. Véase Lizárraga (2014, pp. 554 - 570).

dor, si estos no se han celebrado como parte del desarrollo normal de la actividad del deudor y causen perjuicio al patrimonio del deudor; dentro del plazo de un año anterior a los siguientes supuestos: (i) la solicitud de inicio del procedimiento concursal (inicio de concurso a pedido del deudor); (ii) el emplazamiento de la solicitud de inicio de concurso por parte de los acreedores; o (iii) la notificación del inicio de la disolución y liquidación. A estas tres situaciones se les ha catalogado como fechas de Ineficacia. Esta etapa fue denominada por la doctrina como periodo de sospecha. Todos estos supuestos ocurren en la etapa preconcursal. De configurarse tales supuestos, la autoridad jurisdiccional declarará inoponibles los actos realizados por el deudor frente a los demás acreedores.

Por otro lado, el artículo 19.3 de la LGSC regula la declaración de ineficacia en la etapa concursal, que abarca desde la realización de cualquiera de los supuestos que ocurran anteriormente señalados hasta que la junta de acreedores nombre o ratifique a la administración del deudor o se apruebe y suscriba el respectivo convenio de liquidación en los supuestos establecidos en ese artículo. Es decir, existen dos etapas en la ineficacia concursal en nuestra legislación, una anterior al inicio del concurso y otra casi posterior a este.

Asimismo, el referido artículo 19.3 precisa una lista taxativa de actos jurídicos celebrados por el deudor luego del inicio de concurso, que serán declarados ineficaces por el juez sin importar si causan o no perjuicio al patrimonio del deudor. Luego de declarada la ineficacia y, por ende, la inoponibilidad, el juez demandará el reintegro de los bienes a la masa concursal o el levantamiento de los gravámenes constituidos según sea el caso.

En ese sentido, en adelante se analizarán dos conceptos que se encuentran ligados y vinculados a los actos de disposición del deudor concursado dentro del periodo de sospecha (artículo 19.1 de la LGSC), que son el perjuicio causado al patrimonio del deudor por dichos actos y los celebrados dentro del marco del desarrollo normal de la actividad del deudor.

3. Concepto de perjuicio y desarrollo normal de la actividad del deudor.

Análisis del artículo 19.1 de la LGSC

Como hemos mencionado líneas arriba, el artículo 19.1 de la LGSC señala que el juez declarará ineficaces los gravámenes, transferencias, contratos y demás actos jurídicos, sean a título gratuito u oneroso que realice el deudor concursado si estos no se han celebrado como parte del desarrollo normal de la actividad del deudor y causen perjuicio al patrimonio del deudor; dentro del denominado periodo de sospecha.

Todos estos presupuestos ocurren en la etapa preconcursal, es decir, poco antes de la difusión del concurso del deudor. De configurarse estos, la autoridad jurisdiccional declarará inoponibles los actos realizados por el deudor frente a los demás acreedores, por lo que se pasará a describir dos efectos cualitativos de estos actos en esta etapa, de suma importancia y de tratamiento confuso en la legislación y jurisprudencia nacional, que consisten en los actos de disposición que causen perjuicio al patrimonio del deudor y sean realizados fuera de la actividad normal del deudor.

3.1. Desarrollo normal de la actividad del deudor.

La etapa dentro de la cual se realizan dichos actos se denomina periodo de sospecha, que comprende tanto los actos de disposición o gravamen realizados a título gratuito u oneroso por el deudor. Asimismo, quedan excluidos de esta todos aquellos actos que han sido celebrados dentro del desarrollo de la actividad normal del deudor.

En el supuesto en que el deudor concursado sea una persona jurídica, determinar el desarrollo de su actividad radicará en función del objeto social con que fue constituido, de acuerdo a lo estipulado en los estatutos.

En ese sentido, el artículo 5 de la Ley General de Sociedades (en adelante, LGS) establece que la sociedad se constituye por escritura pública. En ella se encuentra contenido el pacto social, que incluye los estatutos (Congreso de la República, 1997).

Asimismo, la LGS define el objeto social como aquella descripción de los negocios u operaciones que realiza la empresa en el marco de sus actividades como tal. Asimismo, comprende aquellos actos relacionados que coadyuven a la realización de sus fines, aunque no se encuentren expresamente detallados en el pacto social o estatuto (Congreso de la República, 1997, artículo 11)⁴.

Por otro lado, análisis distinto reviste cuando el deudor concursado es una persona natural, toda vez que esta actividad deberá restringirse a aquellos actos referidos al negocio habitual que este desarrolla, así como los gastos cotidianos.

A modo de ilustración, en un primer enfoque, si una empresa concursada constituida bajo alguna modalidad establecida en la LGS realiza actos que se encuentran dentro de los que se refiere su objeto social, no serían materia de ineficacia referido en el artículo 19.1 de la LGSC. No obstante, si el deudor basa su negocio en la comercialización de prendas de vestir, la venta de ropa no correspondería un acto ineficaz, a diferencia de si transfiriere sus inmuebles. Al menos esto se desprende de una lectura preliminar de la norma concursal.

Sin embargo, existen situaciones en las que el análisis debe realizarse de manera particular. Por ejemplo, una empresa minera que se encuentra inmersa en un procedimiento concursal, cuyo objeto social corresponde a la extracción de minerales, no obstante, decide transferir la concesión minera a una tercera empresa. ¿Este acto sería ineficaz?. En principio, por lo descrito en los párrafos anteriores, podría catalogarse como un acto de disposición del deudor concursado, que, si bien no ha sido expresado en el pacto social ni en el estatuto, no obstante, ello puede coadyuvar a la realización de los fines del objeto social, de conformidad con el artículo 11 de la LGS.

Al respecto podemos mencionar el caso Cohisa⁵, que cedió la titularidad de sus derechos de concesión a favor de Tarucani (tercero) en el procedimiento administrativo seguido ante la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas, toda vez que su estado de insolvencia no le hubiese permitido la obtención definitiva de la referida concesión. No obstante, uno de los acreedores de la deudora solicitó, a través de Indecopi, la nulidad e ineficacia de la mencionada cesión⁶, toda vez que el objeto social de la referida empresa consistía en «dedicarse a la prestación de servicios de diseños e instalaciones de pequeñas centrales hidroeléctricas y el mantenimiento de éstas».

4 LEY N° 26887, LEY GENERAL DE SOCIEDADES. Artículo 11.- Objeto Social

La sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social. Se entienden incluidos en el objeto social los actos relacionados con el mismo que coadyuven a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o en el estatuto. La sociedad no puede tener por objeto desarrollar actividades que la ley atribuye con carácter exclusivo a otras entidades o personas.

5 Véase Lizárraga (2014, pp. 719 - 740).

6 Debemos precisar que, al momento de la interposición de la demanda, se encontraba vigente la Ley de Reestructuración Patrimonial, que en sus artículos 19 y 20 le otorgaba legitimidad activa para solicitar la ineficacia y nulidad de los actos de disposición del deudor realizados en el periodo de sospecha al Indecopi.

En virtud de lo señalado, compartimos la idea de diferentes autores, en el sentido que la definición de desarrollo normal de la actividad del deudor debe ser acorde a la finalidad de la LGSC respecto de la ineficacia concursal como institución, que busca proteger y recomponer el patrimonio del deudor. Por ello, esta definición debe ser entendida en sentido amplio y comprensivo (Puelles, 2010, p. 293), toda vez que debemos mencionar que el deudor; como agente económico, sigue en marcha y la ineficacia de los actos suscritos durante el periodo de sospecha no deberán ser declarados de manera *per se*, estableciendo que dicha ineficacia sea la excepción y no la norma.

En referencia a la palabra normal, se debe señalar que dicho término en la práctica concursal es incorrecto, teniendo en cuenta que la Real Academia de la Lengua Española señala lo siguiente: Dicho de una cosa: Que se halla en su estado natural (primer concepto); que sirve de norma o regla (segundo concepto); dicho de una cosa: Que, por su naturaleza, forma o magnitud, se ajusta a ciertas normas fijadas de antemano (tercer concepto); y dicho de una línea recta o de un plano: Perpendicular a otra recta (cuarto concepto), entre otros (2014).

Establecer un concepto tan restringido (en el ordenamiento peruano) de actividad normal, circunscrito a la definición del objeto social incluido en el estatuto empresarial, ocasiona que diversos actos no puedan ser catalogados como tales, pudiendo ampliarse el ámbito de aplicación de la ineficacia respecto a los actos de disposición realizados por el deudor.

En sentido contrario, utilizar anormal como criterio para determinar que un acto de disposición del deudor sea declarado ineficaz tampoco es correcto, toda vez que existiría un amplio espectro de actos que, arbitrariamente, para los acreedores, administradores y jueces, serían situaciones no normales de la actividad del deudor. Por tanto, el juez debería, en estos supuestos, determinar con mucha precisión en cada caso concreto lo referido a un acto anormal, teniendo en cuenta que los actos anormales responderían a criterios financieros y/o contables, como, por ejemplo, la renovación de maquinaria por ser considerada obsoleta.

Como podemos observar, en ningún momento la definición de normal nos menciona la verdadera intención de la LGSC, referido a actividades cotidianas, usuales y ordinarias del deudor. En este aspecto, cabe resaltar lo señalado por Puelles (2008): «la referencia a la normalidad parecería oponerse a la realización de actos 'anómalos' por el deudor; los cuales serían sancionables. Si ello fuera así nuevamente nos encontramos ante una deficiente aproximación conceptual, pues la definición de 'anómalo' en el mejor de los casos equivaldría a 'infrecuente' y, en realidad, la mayor o menor frecuencia de un acto no necesariamente tiene que ver con el hecho de que se trate de un acto usual y propio de la actividad del deudor» (p. 293).

Al referirse por condiciones normales, no hacen referencia a las del mercado, sino a un conjunto de situaciones, como la operación del acto de disposición (forma de pago del precio, plazo de entrega, gastos, garantías) desde la perspectiva de lo normal y habitual de su realización por el deudor y las condiciones socioeconómicas de este último. Por ejemplo, concertar préstamos hipotecarios es habitual para un promotor; pero no para un concesionario de automóviles (Aznar, 2009, p. 26).

Por tanto, la LGSC debió utilizar la definición de desarrollo común y cotidiano del negocio o curso ordinario del negocio —este último lo señala Puelles (2008, p. 293)— o incluso indicar condiciones normales del mercado.

Volviendo una vez más a lo señalado sobre el desarrollo común o cotidiano del negocio, se puede afirmar que esta se podría definir en función del objeto social, tal como lo ha establecido la jurisprudencia, doctrinarios y como nosotros se hizo en el inicio del presente acápite a modo de ilustración del tema.

Sin embargo, cuando se menciona la excepción de las actividades normales del deudor y que aquellas no entran en la determinación de la ineficacia concursal, dicha excepción no debe ir más allá de los actos usuales del objeto social de la sociedad. No obstante, resultará difícil la aplicación de esta a ventas de activos que no sean individuales y que se encuentren incluidos en el objeto social (Barona y Del Val, 2010, p. 30), que incluso pudiendo encontrarse actos de disposición dentro del objeto social del deudor, como aquella empresa que enajena ciertos activos fijos, ingresa a un procedimiento concursal. La venta de estos bienes puede ser cuestionada (porque el valor de realización fue considerablemente menor al del mercado) y perjudicar al tercer adquirente, que poco o nada tiene que ver con la crisis empresarial del deudor⁷. Sin embargo, dicha operación, a pesar de catalogarse dentro del objeto social, podría ser declarada ineficaz si esta venta causó un detrimento mayor al patrimonio del deudor.

Dicho concepto no debe entenderse de esa manera, toda vez que determinar la definición de desarrollo de la actividad normal del deudor; en función al objeto social, delimitaría su accionar a aquellos actos del deudor; referidos, únicamente, a su actividad productiva, económica y comercial, de conformidad con lo regulado en su estatuto o documento de constitución. En ese supuesto, las personas naturales quedan excluidas por no tener objeto social. Es así que «[...] los 'actos ordinarios' del concursado parece que deben identificarse con los actos incluidos en la actividad profesional o empresarial propia del concursado, con abstracción de que coincidan o no, en el caso de sociedades, con su objeto social estatutario» (López, 2004, p. 106).

Caso contrario, serían las actividades no contempladas en el objeto social, el financiamiento de deudas, operaciones financieras de cobertura de riesgo complejas como los derivados (*forward*, *swaps*, futuros, opciones), operaciones en bolsa, contratos de prestación de servicios y todas aquellas actividades que no se encuentren estrechamente vinculadas con el proceso productivo o la actividad comercial de la empresa.

Esta normalidad de los actos de disposición del deudor debe interpretarse desde una visión económica, toda vez que serán normales los actos incluidos en la actividad profesional o empresarial del deudor, por ejemplo si los valores otorgados a los bienes y/o derechos materia de las transferencias que se celebraron en precios a valor nominal o de mercado realizado por un perito tasador con experiencia en el mercado inmobiliario.

Por otro lado, se producirá un perjuicio al patrimonio del deudor y sus acreedores cuando la contraprestación recibida por el deudor no tenga un valor equivalente. Para ello, hay que analizar objetivamente si ha causado una disminución patrimonial, análisis que difiere de englobar la operación dentro del objeto social⁸. Asimismo, si al momento de celebrarse el acto de disposición hubieran existido mejores alternativas económicas para el referido deudor (otros compradores que ofrecían un mayor precio por el activo realizado), «no se trata de un perjuicio a la masa propiamente dicho (pues aún no hay masa)», sino al patrimonio del deudor, que luego será la masa activa del concurso (Díaz, 2010, p. 272).

7 Se debe precisar que el artículo 19.4 de la LGSC, basado en el principio de la Buena Fe Registral, establece una protección al tercero adquirente.

8 En Argentina, el 7 de diciembre de 2012, la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia de la cesión de derechos y acciones de la empresa Lekeitio S.A. en quiebra al señor Óscar Vázquez (propietario), respecto de seis procesos judiciales en trámite, por la cantidad de US\$ 30.000,00. Entre otros argumentos, este monto era irrisorio, toda vez que equivalía al 9% del valor nominal de las acreencias a la fecha de la transferencia. Véase Serra (2013, pp. 492 - 493).

Es así que, mediante Resolución N° 0564-2014/SCO-INDECOPI del 12 de septiembre de 2014, la Sala Especializada en Procedimientos Concursales (en adelante, SCO) confirmó la sanción impuesta por la autoridad concursal de primera instancia al exrepresentante de Inmobiliaria Paola (empresa concursada), por incurrir en una conducta tipificada en el literal c) del artículo 125.2, que alude a las sanciones que la autoridad concursal impondrá a los administradores que realicen diversas conductas. Entre ellas se encuentra que «realización de actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones, que no se refieran actos al desarrollo normal de la actividad del deudor»⁹.

En un primer análisis, la segunda instancia administrativa señaló que determinar desarrollo normal de la actividad del deudor implica actividades celebradas más allá de lo estipulado en su objeto social. En el caso concreto, el exrepresentante de la deudora celebró con un tercero la resolución de un contrato de dación de pago, por lo que le restituyó un bien mueble. No obstante, no se desprendió de la mencionada resolución de dación que obedezca a una razón económica o comercial o alguna acorde con el desarrollo de la actividad empresarial de Inmobiliaria Paola y que justifique un beneficio para ambas partes al suscribirla.

Asimismo, la SCO señaló que «[...] la dación de pago establecía la entrega del vehículo de Inmobiliaria Buenaventura como parte de pago de una deuda existente a favor de la concursada ascendente a US\$ 13 500,00, con lo cual la resolución contractual de la referida dación determina que dicha deuda no se encuentre extinguida, por lo que, con independencia del detrimento patrimonial que ya implica la sustracción de dicho bien de la masa activa del concursado, correspondería a este además incurrir en costos adicionales para iniciar las acciones pertinentes orientadas al cobro de la referida deuda».

Finalmente, el mencionado cuerpo colegiado indicó que «[...] restituyó a un tercero un bien que ya integraba la masa activa del concurso (patrimonio del deudor) en mérito a una dación en pago por una deuda existente; sin embargo, la referida resolución de la dación en pago no coadyuva a la deudora a realizar sus actividades desarrolladas con fines comerciales; toda vez que Inmobiliaria Paola es una sociedad que se encuentra sometida a una disolución y liquidación patrimonial, por lo que quienes administran dicha empresa procurarán recomponer, reconstituir y mantener incólume el patrimonio de la deudora, para así poder realizar los bienes y/o derechos de este y con ello satisfacer las expectativas de cobro de la totalidad de sus acreedores. Asimismo, en la resolución del contrato de dación en pago no se estipuló la forma y condiciones de pago del monto adeudado por Inmobiliaria Buenaventura a la deudora (US\$ 13 500,00), por lo que dicha restitución del bien mueble le ha causado un detrimento patrimonial a Inmobiliaria Paola, toda vez que el vehículo salió de la esfera patrimonial del deudor; por lo cual tiene menos activos con qué afrontar el procedimiento de liquidación».

En la actualidad, el crecimiento económico de las empresas es de tal envergadura que el propio dinamismo del mercado con variadas y complejas operaciones financieras (que no solo circunscriben su ámbito de acción a lo establecido en su objeto social, sino abarcan más allá de ello) hace que la empresas busquen otros rubros de comercialización y abastecimiento. Por ello, se hace muy difícil pensar que quien determina el «desarrollo común y cotidiano del negocio» es el objeto social de la empresa concursada.

⁹ El literal c) del artículo 125.2 de la LGSC señala que la autoridad concursal sancionará con multas de hasta cien (100) UIT al deudor; a la persona que actúa en su nombre, al administrador o al liquidador que realice actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones, que no se refieran al desarrollo normal de su actividad.

Por Resolución N° 0789-2013/SDC-INDECOPI del 14 de mayo de 2013, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia (en adelante, la SDC), se confirmó la multa impuesta por la comisión que sancionó al representante legal de Pesquera Némesis S.A.C., por el literal c) del artículo 125.2 de la LGSC.

En ese sentido, la SDC señaló que este universo de actos de disposición no comprende únicamente a aquellos actos que, de ser el caso, están detallados en su objeto social, pacto social o estatuto, sino que se extiende a todos aquellos que estén orientados a la consecución de las actividades que constituyen el giro del negocio del deudor, incluso cuando no estén comprendidos expresamente en su objeto social.

En así que este cuerpo colegiado indicó que «entre los actos que coadyuven a la realización de los fines de la sociedad, también se encuentran aquellos que tengan que ser adoptados por la empresa ante situaciones excepcionales y cuya implementación permita atender de manera oportuna y razonable cualquier exigencia de la sociedad que se encuentre orientada a alcanzar sus fines. Dicha excepcionalidad supone, por ende, la adopción de medidas que permitan que la sociedad afronte cualquier eventualidad o circunstancia no alineada en principio con su objeto social pero que, en función a las particularidades de la situación presentada, permitan materializar el fin social».

En el caso concreto, el representante de la deudora adquirió un terreno eriazo que suponía una inversión necesaria para dotar de mayor eficiencia la capacidad productiva de Pesquera Némesis. En virtud de ello, para determinar que dicha adquisición estaba referida al desarrollo normal de las actividades de dicho deudor con el objeto de realizar su fin social o, si puede, ser incluida dentro de la universalidad de actos no contemplados en su objeto social, pero igualmente necesarios para su consecución, resultaba necesario que Pesquera Némesis acredite de qué manera su operatividad y productividad se verían beneficiadas con la adquisición de un terreno en dicha condición.

Ante ello, el representante de la deudora señaló que la adquisición del terreno eriazo se constituía en un acto que resultaba necesario para dotar de eficiencia a la capacidad operativa y productiva de Pesquera Némesis. Sin embargo, no acreditó de qué modo dicha compra se convertiría en un factor coadyuvante al cumplimiento de su objeto social. Por el contrario, los acontecimientos descritos en el presente caso no estaban referidos al fortalecimiento de la participación del deudor en el mercado de la harina y aceite de pescado, sino, por el contrario, a un acto de disposición patrimonial que conllevaría una afectación a su capacidad de afrontar el pago de sus obligaciones.

Finalmente, en dicho pronunciamiento se determinó que la compra del terreno eriazo supone el ingreso de un activo ajeno a la actividad propia del giro del negocio del deudor que, en el supuesto de haberse realizado con dinero proporcionado por la deudora, puede ocasionar eventualmente un perjuicio a los acreedores del concurso, al asumir una obligación corriente frente a dicha empresa, cuyo pago, por tratarse de una deuda posconcurso, debe realizarse de inmediato y, con preferencia, a tales acreedores.

En ese sentido, considerar al concepto de desarrollo normal de la actividad del deudor concursado, basado en el objeto social, implicaría que los financistas, proveedores, etc., estén siempre a la expectativa de que sus operaciones sean cuestionadas por ineficacia de acto jurídico (concurso). Esto provoca la inseguridad en sus transacciones y encarece el acceso al crédito, toda vez que no se realizarán operaciones o, de hacerlo, se otorgarán a mayores tasas de intereses para mitigar el riesgo de ser demandados.

Por tanto se considera que es correcto afirmar que el desarrollo común y cotidiano del negocio deberá determinarse en función de lo que ocurre en la práctica habitual entre el deudor y sus *stakeholders*, en mayor medida, con quien celebró el acto cuestionado, que debe estar en función del estándar de la industria en cuanto a aquello que es usual, frecuente y común en un negocio de similar naturaleza que el deudor:

[...] la delimitación de los concretos actos del concursado que merezcan la condición de 'actos ordinarios' no pueden realizarse en abstracto. Deberá realizarse, por el contrario, en cada caso concreto, emitiendo un juicio de valor acerca de si el acto del concursado, en atención a las concretas características de su negocio, es 'ordinario' al corresponderse con su actividad profesional o empresarial, o en su caso, 'extraordinario' y, por tanto, impugnabile a través de la acción rescisoria concursal si es lesivo para la masa activa. (López, 2004, p. 107)

Sin embargo, establecer una serie de actos de disposición que sean considerados ineficaces de pleno derecho, tal como ocurre en el artículo 19.3 de la LGSC (que no es materia de análisis en este trabajo) —al detallar una relación de actos cuestionables en sede judicial, en algunas situaciones beneficiosas, en otras no para el objetivo de la institución de ineficacia concursal¹⁰—, no otorgaría seguridad jurídica a las transacciones realizadas por los agentes económicos, toda vez que estos estarían temerosos de materializar alguna operación ante la posibilidad de ser declarados ineficaces. Por tanto, se debe otorgar una definición correcta y acorde con la realidad jurídica, económico patrimonial y política peruana del desarrollo normal de la actividad del deudor.

3.2. Perjuicio al patrimonio del deudor.

Tal como se puede inferir, para determinar que un acto de disposición fue celebrado dentro del periodo de sospecha, es necesario demostrar el perjuicio al patrimonio del deudor. Así, el artículo 19.1 de la LGSC señala que esta procede respecto de:

10 LEY N° 27809. LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL. Artículo 19.- Ineficacia de actos del deudor [...]

19.3 El juez declarará ineficaces y, en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores, los actos jurídicos celebrados entre la fecha que presentó su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, fue notificado de la resolución de emplazamiento o fue notificado del inicio de la disolución y liquidación hasta el momento en que la Junta nombre o ratifique a la administración del deudor o se apruebe y suscriba el respectivo Convenio de Liquidación, según sea el caso, que se detallan a continuación:

- (a) Todo pago anticipado por obligaciones no vencidas, cualquiera sea la forma en que se realice;
- (b) Todo pago por obligaciones vencidas que no se realice de acuerdo a la forma pactada o establecida en el contrato o en el título respectivo;
- (c) Los actos y contratos a título oneroso, realizados o celebrados por el insolvente que no se refieran al desarrollo normal de su actividad;
- (d) Las compensaciones efectuadas entre obligaciones recíprocas entre el deudor y sus acreedores;
- (e) Los gravámenes constituidos y las transferencias realizadas por el deudor con cargo a bienes de su propiedad, sea a título oneroso o a título gratuito;
- (f) Las garantías constituidas sobre bienes del deudor, dentro del plazo referido, para asegurar el pago de obligaciones contraídas con fecha anterior a éste;
- (g) Las ejecuciones judiciales o extrajudiciales de su patrimonio, desde la difusión del concurso; y
- (h) Las fusiones, absorciones o escisiones que impliquen un detrimento patrimonial.

[...] los gravámenes, transferencias, contratos y demás actos jurídicos, sean a título gratuito u oneroso que no se refieran al desarrollo normal de la actividad del deudor que perjudiquen su patrimonio [...] (el subrayado es nuestro). (LGSC, artículo 19.1)

No obstante, una frase que complementa un amplio y más adecuado concepto de perjuicio sería lo estipulado en el Código Civil, que lo define como aquel que «[...] disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro de sus créditos» (Barchi, 2009, p. 244).

En ese sentido, el artículo 195 del Código Civil señala lo siguiente:

Artículo 195.- Requisitos de la acción pauliana o revocatoria

El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro [...]. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015, artículo 195)

Las legislaciones concursales modernas han adoptado el presupuesto de perjuicio (ya sea contra el patrimonio del deudor y/o a los acreedores, masa activa y pasiva del concurso, respectivamente) como requisito para que opere la ineficacia concursal. Con ello, la figura del periodo de sospecha se ha convertido en un presupuesto objetivo a diferencia de legislaciones antiguas concursales, que catalogaron la ineficacia como fraude del deudor y sancionaron los actos realizados por el deudor con la intención de perjudicar o defraudar acreedores.

En la época del derecho estatutario, en la que se desarrolló el concepto de periodo de sospecha, se adoptó la idea de que los actos realizados en este periodo por el deudor concursado presumiblemente fueron realizados en fraude a sus acreedores, es decir, en perjuicio de sus acreedores con intención fraudulenta (Grillo, 2001, p. 77).

Sin embargo, no toda conducta del deudor y terceros adquirentes es ilícita por el hecho de causar daño a un acreedor en particular. Puede sufrir perjuicio lícito si cobra antes dicho acreedor con crédito vencido (preferencia). En ese sentido, «la ilicitud es aquél perjuicio reprobado y no permitido por el ordenamiento» (Lohmann, 1986, p. 321).

Asimismo, para verificar el actuar doloso o culposo del deudor concursado, existe la dificultad de acreditar la conducta fraudulenta. Para solucionar este problema, se deberá recurrir a presunciones desarrolladas por la ley o la jurisprudencia, como las ventas o constituciones de garantías entre familiares o vinculados. Así, ante la necesidad de facilitar la impugnación de los actos de disposición del deudor en un periodo próximo a su insolvencia, obviará a los legitimados a aducir concurrencia del fraude, para lo cual bastará tan solo el perjuicio, pues dicha conducta fraudulenta lo presume la ley (Cerdá, 2000, p. 148).

Es decir, no es que el fraude desaparezca o este existiese o no en los actos de disposición del deudor: «el legislador ha optado por una acción concursal rescisoria o revocatoria que recoge, de forma intensa, la objetivización del fraude de acreedores en torno al perjuicio causado con el acto a la masa activa» (Aznar, 2009, p. 45).

En virtud de ello, la LGSC sustituye el elemento subjetivo de la intención fraudulenta de los actos de disposición celebrados por el deudor concursado, por la concurrencia de tres elementos

objetivos, que dicho actos: (i) causen perjuicio al patrimonio del deudor; (ii) sean celebrados fuera de la actividad normal del deudor; y (iii) dentro del año anterior a las fechas de ineficacia.

Es así que la LGSC, como la mayoría de legislaciones concursales, renunció a la forma de acreditar la intención fraudulenta de realizar el acto de disposición controvertido y adoptó un presupuesto objetivo como el demostrar el perjuicio al patrimonio del deudor. De esta manera, se abandonó la complicada investigación al deudor concursado y su intencionalidad para dar paso a la simple constatación objetiva del perjuicio. También quedó descartado el fraude como supuesto de operatividad del sistema de ineficacia concursal y aparece el perjuicio como requisito esencial (Grillo, 2001, pp. 76 - 96).

Tal como señala Puelles (2008), algunos doctrinarios consideran que la noción misma de perjuicio es innecesaria, pues debería presumirse, en buena cuenta, de la probable gravedad intrínseca de todo acto de disposición del deudor durante el periodo de sospecha. Pero ello no es así, toda vez que, al no existir un perjuicio, no existe razón de declarar *per se* la ineficacia de un acto, en el que una de las partes puede ser un tercero de buena fe, ajeno totalmente al concurso del deudor (p. 295).

En ese sentido, el artículo 19.1 de la LGSC no presume que los actos celebrados durante el periodo de sospecha causen perjuicio al patrimonio del deudor; con lo cual dicho perjuicio deberá ser probado por quien ejerza la demanda de ineficacia de acto jurídico.

Asimismo, los actos de disposición realizados por deudores concursados para ser declarados ineficaces deben contener todos los requisitos descritos en el artículo 19.1 de la LGSC, como realizarse cuando el deudor se encuentra inmerso en un procedimiento concursal. Este se ha producido dentro del periodo de sospecha que la norma ha estipulado (un año) no haber sido celebrado de conformidad con la actividad normal del concursado, sino que tales actos deben haber causado un perjuicio para el patrimonio del deudor o, como veremos más adelante, también a los acreedores. De este modo, «el acto perjudicial suelen ser varios, tal vez innumerables actos» (Maffía, 1994, p. 1360).

Al respecto, Grillo (2001) señala que existe una corriente doctrinal y jurisprudencial que considera tales actos como daños irrelevantes, porque la acreditación del perjuicio (por el autor llamado daño) no es requerida. Otros que establecen se presume su existencia *iuris et de iure* y otra corriente que solo estima el daño como violación de la *par conditio creditorum*, presumida por algunos *iuris et de iure* y por otros, *iuris tantum* (p. 100).

Se debe, entonces, proteger a los acreedores como colectividad reconociéndoles igualdad tanto para prevenir el perjuicio como para reparar lo ocasionado y a través del interés público garantizado por el sistema concursal, que otorga seguridad en las transacciones comerciales para evitar el daño a los acreedores en los umbrales de la insolvencia.

Horacio y Guillermo Garaguso (2006), haciendo mención a Argeri, señalan que se vincula el principio de igualdad de los acreedores al interés público, imponiendo la primera en el tratamiento. Esto se traduce en la exigencia de justicia originada en una especie de solidaridad natural emergente de haber compartido todos los acreedores el riesgo de la empresa del deudor común, que conecta con la función del Estado que es la de administrar justicia (p. 30).

De lo anterior, se desprende que el objetivo primordial de la ineficacia concursal consiste en evitar el perjuicio o reparar el ya sufrido por los acreedores considerados como un conjunto o masa; dado el estado de insolvencia del deudor, es ello su interés público (Grillo, 2001, p. 97). Es así que, «[...] si el demandado puede enervar la pretensión de ineficacia probando que

el acto cuestionado no causó perjuicio, entonces sería el perjuicio, no el estado de insolvencia el fundamento de la acción 'revocatoria» (Maffia, 1994, p. 1358).

¿Perjuicio al patrimonio del deudor o al cobro de los acreedores? El artículo 19.1 de la LGSC solo se refiere a actos que «[...] perjudiquen su patrimonio [...]», es decir, el perjuicio causado al patrimonio del deudor; pero este no se encuentra definido ni en la LGSC ni existe jurisprudencia uniforme al respecto. Sin embargo, existe una controversia al señalar que la afectación no solo se produce al patrimonio del deudor, sino también a los acreedores. Se puede observar de la demanda de ineficacia interpuesta por la entidad liquidadora de Cottonmill S.A. (empresa concursada) contra Marina Textil S.A.C. y Cottoloom S.A.C., en la que la autoridad judicial de primera instancia manifestó lo siguiente:

[...] con la acción declarativa de Ineficacia se persigue que se declare la ineficacia del acto practicado por el deudor en la medida que perjudique los derechos del acreedor y los requisitos de esa acción son: a) el perjuicio al acreedor; b) la intención del deudor de causar daño al acreedor y c) el conocimiento que tiene el tercero que contrata, del daño que se le está causando al acreedor [...]. (Lizárraga, 2014, pp. 610 - 615)

De este modo, no se establece de manera correcta qué patrimonio era el afectado por los actos cuestionados.

El perjuicio a los acreedores (presupuesto esencial del sistema de inoponibilidad concursal) como la disminución o menoscabo de la garantía patrimonial del deudor a consecuencia de un acto de éste con el alcance de, o más precisamente imposibilitar cancelar su pasivo concursalmente, o la vulneración del principio de la par condicio omnium creditorum cuando la garantía patrimonial del deudor no tiene entidad suficiente para cubrir dicho pasivo. (Grillo, 2001, p. 111)

Para acreditar la existencia o ausencia del perjuicio, es necesario determinar qué se entiende como tal. Ante eso han surgido dos tesis: de un lado, una entiende el perjuicio en sentido limitado y estricto, es decir, como detrimento o disminución del valor de los bienes de la masa, ya sea por falta de equilibrio de las prestaciones, por constituirse cargas demasiado onerosas. De otro lado, se encuentra la que le otorga al perjuicio un sentido general y amplio, como simple disminución de la garantía de cobro producida por una reducción del patrimonio del deudor; como consecuencia de la realización por el mismo de un acto que satisface tan solo el derecho de un acreedor singular en perjuicio del interés del conjunto de los acreedores que comprueban cómo se disminuye el activo que a todos les interesaba, a costa de atender el interés particular de uno de ellos (Díaz, 2012, p. 219).

En nuestra opinión, se debería establecer que el perjuicio aluda tanto al patrimonio del deudor concursado como a la posibilidad de cobro de los acreedores, es decir, que se verifiquen ambos supuestos. Así, si del acto de disposición del deudor no se desprende un perjuicio al patrimonio, tampoco habrá perjuicio a los acreedores. En cambio, puede no existir perjuicio al patrimonio del deudor y beneficiar a unos acreedores, de modo que perjudicaría a los demás acreedores¹¹.

11 Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba del 25 de julio de 2005:

Hay autores que señalan que no puede ocurrir la confluencia del perjuicio a la masa activa y pasiva del concurso:

El concepto de perjuicio para la masa activa es impreciso. De hecho, no se define el mismo, ni en las normas civiles, ni, por supuesto, en sede concursal. Aunar, por otro lado, perjuicio patrimonial y perjuicio para los acreedores es incorrecto. Es cierto que todo perjuicio o detrimento económico patrimonial conlleva el perjuicio para los acreedores, pero no toda acción perjudicial para los acreedores debe corresponderse con la existencia de una alteración económica de la masa activa que la disminuya de valor. (Martín Reyes, 2010, p. 178)

Por otro lado, algunos señalan lo siguiente:

El perjuicio siempre ha de quedar referido a la masa activa, y no a los acreedores, tratando de evitar una identificación de conceptos, en la que la ley no incurre, entre perjuicio para la masa e interés de los acreedores. No puede negarse que con el juego de acciones de reintegración se atiende también a la adecuada protección de los intereses de los acreedores. Pero solo de forma mediata, a través de la consideración del perjuicio para la masa activa. (Vallet, 2008, p. 97)

En ese sentido, se puede concluir que puede existir un detrimento considerable del patrimonio del deudor sin comprometer su solvencia, al realizar actos o disposiciones siguiendo de manera amplia las actividades enunciadas en su objeto social, para buscar emerger la situación económica de la empresa y mantener la garantía o prenda común en forma íntegra.

En el caso de declarar la ineficacia de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de ellas, acá puede que no exista una disminución de la masa concursal, pero sí la alteración del tipo de crédito, pues el acreedor, beneficiario de la garantía real en el concurso, tendrá un orden de preferencia distinto, lo rompe la igualdad de acreedores. De este modo, no solo la ineficacia opera en el menoscabo del patrimonio del deudor, sino cuando se lesione a los acreedores concursales, es decir, un daño para la masa pasiva (García-Cruces, 2009, p. 45).

Sin embargo, no se debe generalizar, en el sentido que toda operación que establezca una preferencia para un acreedor, sin que sea fraude, sea perjudicial para los acreedores, siempre y cuando aquella no suponga la salida de la esfera patrimonial de los bienes del patrimonio del concursado (como en el caso de una garantía). La licitud de la operación

[...] No obstante, como regla general, antes de entrar al análisis de la posible aplicabilidad de tales presunciones, hay que entender que habrá perjuicio para la masa activa siempre que la administración concursal demuestre que si no se hubiera producido el acto que se pretende impugnar la composición de la masa activa tendrá un mayor valor; bien en particular, bien en general. Habrá un perjuicio particular si el acto en concreto implica una disminución en el patrimonio del deudor; lo que básicamente puede suceder si el acto es gratuito o si la prestación del deudor tiene un mayor valor que la contraprestación que recibe la contraparte. Mientras que habrá perjuicio general si el bien que sale del patrimonio del deudor impide el mantenimiento de la actividad profesional o empresarial del deudor; o impide o dificulta que se pueda alcanzar un convenio, o determina que los bienes que quedan por liquidar tengan un valor menor [...] Por tanto, perjuicio determinante de la reintegración cuando el acto o negocio cuestionado atente contra dicho principio de maximización del valor de la masa activa [...]. (Aznar, 2009, pp. 47 - 48).

es un indicador positivo; sin embargo, el análisis de la misma debe circunscribirse a si los derechos de los demás acreedores se ven mermados en cuanto a su futura ejecución.

En la actualidad, existe una divergencia en la existencia del perjuicio cuando el cocontratante abonó la contraprestación equivalente al valor del bien transferido, pero al momento del concurso dichos fondos no se encuentran por ningún lado: «[...] si el enajenante que luego cayó en quiebra recibió una contraprestación equivalente al valor del bien transferido, el perjuicio no emana del acto, sino de lo que posteriormente el vendedor haga con el precio, a lo cual es ajeno al comprador [...]» (Truffat, 2010, p. 32).

Por tanto, si la finalidad de la ineficacia es la recomposición del patrimonio del deudor para poder, en mayor medida, satisfacer la expectativa de cobro de los créditos de los acreedores, resultaría contrario a ella un perjuicio que no abarcara un acto lesivo hacia la masa pasiva (acreedores) y la ruptura de la *par condicio creditorum*.

El sistema concursal, como finalidad, busca establecer una igualdad entre los acreedores mediante una distribución equitativa y proporcional del perjuicio generado por la insuficiencia patrimonial, para detener las consecuencias negativas que surgirían de la actuación individual de cada acreedor contra el patrimonio del deudor.

Por lo tanto, la *par condicio creditorum* o principio de igualdad actúa como una pieza ordenadora en el sistema concursal, toda vez que como socializa proporcionalmente el daño generado por la insuficiencia patrimonial del concursado. Es así que antes de distribuir equitativamente el patrimonio del deudor, debemos de maximizar el activo a repartir.

En ese sentido, los actos perjudiciales que vulneren el principio del *par condicio creditorum* se muestran como el perjuicio a las expectativas de realización de los créditos que se integran en la masa pasiva (Moralejo, 2009, p. 89).

No obstante, hay autores que señalan que dicho principio ya no cumple su función reintegradora del patrimonio del deudor, al existir las excepciones o preferencias a este principio. Así, «un análisis coherente del sistema de preferencias en el cobro solamente puede conducir a la conclusión que el principio *par condicio creditorum* actualmente se encuentra vacío de gran parte del significado y la lógica que antaño tuvo, restando únicamente vigente en un plano material a la hora de ordenar las relaciones entre acreedores pertenecientes a una misma clase» (Moralejo, 2009, p. 89).

Sin embargo, utilizando el mismo ejemplo de la constitución de la garantía real, puede que este acto no resulte perjudicial para los acreedores, teniendo en cuenta que la LGSC habla sobre un perjuicio al patrimonio del deudor, mas no a los acreedores. Entonces, en este tipo de actos de disposición, no hay detrimento del patrimonio del deudor, pero sí una afectación cualitativa a esta, pues este bien objeto de garantía pudo muy bien consistir como capacidad de crédito de deudor sin importar si es en mayor proporción o no.

En virtud de ello, el perjuicio en la ineficacia concursal siempre supondrá un menoscabo al patrimonio del deudor, ya sea para disminuirla (cuantitativa) o por afectar su calidad o condición (cualitativa).

Como bien ha señalado Grillo (2001), citando a Mazzocca, el perjuicio debe existir para hacer procedente la ineficacia concursal, estableciendo que tal requisito como la violación a la regla de igualdad de los acreedores, admitiendo prueba en contrario por parte del tercero y habiéndose vulnerado dicha igualdad, existen bienes suficientes para satisfacer a todos los acreedores (p. 89).

Debemos mencionar que Horacio Grillo (2001) estableció diversos fundamentos referidos al perjuicio, entre los que se encuentran:

- (a) El perjuicio es la esencia de la ineficacia concursal.
- (b) La norma (argentina) señala expresamente. El perjuicio, aunque él lo menciona a los acreedores, creemos que es tanto a estos como al patrimonio del deudor.
- (c) El interés es la medida de la acción. Es decir, si el acto realizado no ha causado perjuicio a los acreedores, estos acrecerán del interés necesario para que, por medio del síndico o liquidador, se lleve a cabo una acción de ineficacia.
- (d) Los acreedores pueden convalidar el acto. Es decir, si este causa perjuicio, está en los acreedores determinar si es causa de ineficacia o no.
- (e) Los efectos de la ineficacia declarada solo inciden en la medida del daño (perjuicio).
- (f) La ineficacia tiende a evitar un perjuicio a la masa de acreedores, mas no enriquecerla.

¿Qué se entiende por perjuicio? Podría señalarse que consiste en todo desmedro, menoscabo, reducción, deterioro o pérdida de parte o de todo el patrimonio del deudor. No obstante:

La noción de perjuicio, en el ámbito concursal tiene un significado material de lesión, de menoscabo patrimonial [...] habrá que observar que encierra un concepto relativo, en el sentido de que ese menoscabo o lesión debe referirse a alguien o a algo [...] y a la hora de determinar ese criterio de referencia donde surgen los problemas. Por ello, hemos de interrogarnos acerca del significado que cabe predicar de la noción perjuicio y quién o qué ha de soportar esa aminoración a fin de que resulte procedente la impugnación del acto desencadenante de tal efecto. (García-Cruces, 2011, p. 1173)

Lo anterior es aplicable cuando nos referimos a actos de enajenación de bienes del concursado. Cuando se refieran a actos como establecer un gravamen sobre sus bienes o la celebración de un contrato, aparte de lo antes descrito, también deberá cumplir con aquella afectación que reduzca el valor del patrimonio de libre disposición del deudor para la satisfacción de sus créditos.

En virtud que la ineficacia concursal es aplicable a aquellos agentes económicos que se encuentran en una situación de concurso, se presume que todo acto realizado en condiciones poco favorables para el deudor ha contribuido con su crisis (situación de cesación de pagos), que originó su incursión en un procedimiento concursal.

Esto último no es del todo correcto, pues se parte de la idea, como hemos mencionado, de que, el propio deudor es el primero en conocer su estado de crisis patrimonial. Es este quien realiza de manera perjudicial actos de disposición a favor de acreedores preferentes para que de alguna manera recupere o no pierda todo su patrimonio. Por lo que se debe analizar de acuerdo al caso en concreto.

Este perjuicio patrimonial existirá cuando el acto materia de cuestionamiento reduzca, dificulte o imposibilite la satisfacción colectiva de acreedores o cuando haya mejores alternativas económicas para el concursado, con repercusión, después, en su procedimiento concursal (Escribanos, 2007).

El perjuicio tiene que probarse por quien así lo demande, pues existen actos de disposición realizados en este periodo materia de análisis, donde no son lesivos para el patrimonio del deudor. Es decir, el hecho de que el deudor esté en concurso no provoca, automáticamente, que todos los actos de disposición realizados por el insolvente atenten contra la masa activa del concurso.

Debemos recordar que el presupuesto del perjuicio al patrimonio del deudor y a los acreedores es un requisito esencial para la operatividad de la ineficacia concursal en este periodo de sospecha, ya que, de no cumplir este, no produce el daño. Si el perjuicio desaparece o es inexistente, la ineficacia no tiene razón de ser.

Asimismo, el perjuicio es independiente de la situación de concurso, en el sentido que el acto puede resultar perjudicial para el patrimonio del deudor; pero no media causal alguna entre este y la situación de concurso (García-Cruces, 2009, p. 35). Ello en el sentido que no importa o no es necesario que el perjuicio haya conducido al deudor a la situación de concurso, basta que exista para configurar el presupuesto.

En el caso que una empresa adquiera los activos de otra y posteriormente esta segunda entre a concurso, a pesar que dicha transferencia haya sido realizada a precio de mercado y que por su transcendencia hubiese sido transcendental para la continuidad del negocio, pero como dichos activos eran parte fundamental de la concursada o su realización redujo la posibilidad de cobro de los acreedores, cabría la posibilidad que dicho acto se declarado ineficaz¹². Por eso, es importante delimitar el ámbito del perjuicio.

12 Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante del 22 de octubre de 2008: «[...] no tiene este tribunal intención de analizar el mercado en general ni el mercado inmobiliario en particular. Lo notorio es obvio y por tanto, carente de prueba —art. 281-4 LEC—, afirmación que hacemos en relación a dos contenidos del recurso, primero, al que el preciso se fija por el mercado y, por tanto, no es un factor objetivo y matemáticamente determinable y, segundo, que el mercado inmobiliario es fluctuante. En efecto, en el sistema de libre mercado y economía de mercado, es éste quien fija, por concurrencia de oferta y demanda, el precio. No existe por tanto precio legal ni, desde luego, precio justo, fuera de los supuestos legalmente predeterminados, lo que sin embargo no es excluyente de fijación de criterios de valoración media en atención a factores como tamaño, calidades, ubicación, antigüedad, etc., necesarias para fijar valores a diversos fines, incluso los de tasación. Dicho lo cual, resulta evidente que el mercado inmobiliario, hasta el año 2007, ha sido creciente en demanda, lo que ha determinado que durante más de una década, la fluctuación de precios siempre haya sido al alza, en particular en las grandes ciudades y desde luego, en toda la zona marítima y sus adyacentes. Con tales antecedentes, sí podemos extraer consecuencias a partir de los datos de que disponemos, indubitadamente contrastados en autos. Nos referimos a los siguientes. La vivienda se transmite en noviembre de 2003 al recurrente para satisfacer parte de una deuda, en concreto, 60.000 euros. En febrero de 2007 el recurrente transmite a terceros dicho inmueble, constituyéndose a la misma fecha una hipoteca por los adquirentes sobre dicho bien, a cuyos efectos es tasado en 179.865,75 euros, concediéndose la garantía por un préstamo de 143.892 euros. No consta en autos el precio de transmisión del recurrente a los terceros adquirentes, aunque se afirma en la contestación a la demanda que lo es por 100.000 euros. La falta de contraste de tal dato permite sin embargo evaluarlo como de débil o escasa credibilidad. La simplicidad de su prueba hace que el principio de facilidad probatoria —art 217-6 LEC— permita exigir al demandado la prueba de tal alegación y que sobre él recaiga la falta de verosimilitud del mismo como factor para desvirtuar lo que resulta de aquellos que si están contrastados y que nos permiten afirmar que, más allá de la concreción que el Juez, en un detallado y fundado análisis que de la cuestión hace, resulta evidenciada la desproporción entre el valor del bien entregado en satisfacción de la deuda pendiente y el valor de mercado de dicho bien en función de la relación existente entre el tiempo transcurrido entre una y otra operación (veintisiete meses) y la diferencia de valor otorgado a efectos de pago de deuda y del otorgado a los efectos de garantía de un préstamo hipotecario (que lo triplica). Existe por tanto perjuicio desde la perspectiva que interesa al Concurso, esto es, en cuanto el acto de dación en pago supone a la postre una restricción de los derechos de créditos de los terceros acreedores de la concursada, pues es evidente que el mecanismo ya extraordinario de la dación en pago (no constando su previsión en el caso del crédito particular) y el privilegio que se hace con su uso a un concreto acreedor; reduce los derechos de aquellos otros acreedores, primero por la alteración de la pars y, en segundo lugar; por la masa pasiva desde el momento en que no existe además equivalencia económica entre el bien y el fin que constituye causa del negocio de la dación en pago. En suma, en el caso hay perjuicio porque hay objetiva disminución, con el negocio de dación en pago, del patrimonio del deudor y además, se produce con el pago del crédito, una alteración injustificada de la preferencia de cobro entre los acreedores concursales. Procede en consecuencia desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de instancia [...]» (Aznar, 2009, pp. 58 - 59).

Respecto de las acciones a título gratuito, el perjuicio es manifiesto; sin embargo, en referencia a los actos a título oneroso, ocurren discrepancias. Con respecto a ello, debemos mencionar lo que señala Bianca: no basta con la abstracta idea que el deudor esté en la posibilidad de ser insolvente, sino que exista un peligro actual y concreto que los bienes del deudor sean insuficientes para satisfacer las razones de quién acciona la pretensión de ineficacia (Barchi, 2011, p. 244).

No debemos olvidar que el periodo de sospecha corresponde a un año hacía atrás de las fechas de ineficacia, tiempo que creemos no se concibe como una crisis económica y/o financiera de un agente económico. Sin embargo es un periodo suficiente para suscribir actos perjudiciales que agravan esta crisis, al disminuir el patrimonio del deudor y reducir las posibilidades de cobro de los acreedores. Así, el objeto de la ineficacia concursal es proteger, recomponer, reconstituir y mantener inalterable el patrimonio del deudor contra estas acciones.

La razón para delimitar el tiempo del periodo de sospecha tiene fundamento en establecer el ámbito de operaciones de la retroacción del efecto del concurso, y en el caso peruano de las fechas de ineficacia y, por ende, la aplicación de la inoponibilidad concursal a los acreedores (Grillo, 2001, p. 6).

En consecuencia, la LGSC le otorga legitimidad para cuestionar a aquellos acreedores con créditos reconocidos en el concurso, perjudicados por dichos actos, toda vez que estos actos contribuyeron de alguna u otra manera a que el deudor no cuente con patrimonio suficiente para afrontar las acreencias impagas.

La ineficacia concursal establecida en este periodo no requiere que el deudor concursado conozca del perjuicio; es decir, este podría actuar de buena fe (al igual que en materia civil). Asimismo, no se le exige a este tercero el conocimiento del perjuicio.

En este punto, es labor del juez determinar los casos concretos del perjuicio al patrimonio del deudor.

La fenomenología del perjuicio no ha sido examinada entre nosotros. Es tan vasta, tan compleja, tan condicionada por mil factores contextuales y sucesivos ajenos a la operación a descalificar; que la diversidad creciente de hipótesis cuestionables más aquellas circunstancias concurrentes conforman un entramado de extensión y complejidad imprevisibles. (Maffía, 1996, p. 867)

Finalmente, hay un tema sobre el perjuicio que no ha sido tratado en nuestra legislación y consiste en las siguientes preguntas: ¿cuándo debe establecerse el perjuicio? Es decir, ¿al momento en que el deudor concursado celebra el acto de disposición?, ¿al momento de la difusión del inicio del procedimiento concursal del deudor o al momento de entablar la demanda de ineficacia? Al respecto, es menester mencionar lo siguiente:

Maffía cita opiniones encontradas. Así, Satta opina que el perjuicio debe ser contemporáneo con el acto atacado, Maffei Alberti expresa que debe subsistir a la fecha de la declaración de quiebra y Ragusa Maggiore entiende que el perjuicio debe existir a la fecha de la interposición de la acción revocatoria. (Escuti y Juyent Bas, 2006, p. 306)

Compartimos parcialmente la idea de Grillo (2001), en el sentido que, si dicho acto no causó perjuicio de acuerdo a lo demostrado en la demanda de ineficacia concursal, esta no

podría prosperar; y en caso de haber generado un menoscabo patrimonial al momento de celebrado el acto, pero al tiempo que la autoridad jurisdiccional resuelve la controversia y se comprueba que no se ha configurado el perjuicio, la demanda no procedería (p. 115).

Sin embargo, en el caso que al momento de realizarse el acto no causó perjuicio en su momento y este devino posteriormente, el acto de disposición debería ser ineficaz.

En esa misma línea, Maffia (1996) señala que la norma concursal argentina habla de actos perjudiciales para los acreedores, pero no señala en qué momento debió ser perjudicial, como una venta a precio vil celebrada por el deudor cuando ya se encontraba en insolvencia puede no ser perjudicial, si otros bienes liquidables alcanzaran para cubrir todo el pasivo. Sería mas bien una operación perjudicial para el deudor concursado, que no le fue para los acreedores (p. 866).

Asimismo, la mencionada norma no establece si el perjuicio debe relacionarse con el momento en que se realizó el acto, cuando se pronunció el concurso, el trámite de reconocimiento de créditos o cuando se promovió la acción de ineficacia, etc. (Maffia, 1996, p. 867).

Creemos, según lo anterior, que si el acto de disposición fue realizado en un momento determinado (obviamente dentro del periodo de sospecha) y no causó perjuicio, no cabría la procedencia como tal si el acto generó perjuicio y ese cesó al momento de la demanda. De igual manera, y en caso el acto causó perjuicio y este continuó o el acto no causó perjuicio originalmente pero al momento de la interposición de la demanda de ineficacia de acto jurídico ha generado un perjuicio, deberá ser fundada la demanda o en todo caso se cumplirá con el requisito de perjuicio al patrimonio del deudor (de acuerdo con la literalidad de la LGSC).

Por ello, la entidad liquidadora y/o administradora deberá acreditar el perjuicio. Incluso este podría devenir tiempo después del acto de disposición, como la oportunidad del deudor en adquirir diez mil computadoras que, un año después, resultaron chatarra. El acto a descalificar no resultó perjudicial en el momento de la celebración: «[...] la ley dice 'perjudiciales para los acreedores' por tanto incluso los que no perjudicaron al después fallido podrán cuestionarse si a la hora de la quiebra resulta que lo fueron para aquéllos. En otras palabras, y en premio a la mejor comprensión del punto: se podrá atacar actos que en su momento no afectaron al después quebrado» (Maffia, 2001, p. 385).

No obstante, diversos autores en la doctrina comparada señalan que el perjuicio debe existir en el momento de realizarse el acto y no derivarse de circunstancias extrínsecas y posteriores. Esto se debe a que el periodo legal de declarar ineficaz un acto es amplio y posibilita que el deudor y el acreedor cambien sus circunstancias, como la compraventa de un bien u operaciones inmobiliarias, cuyo tráfico quedaría en una situación de absoluta inseguridad. Un inmueble que en la actualidad vale cinco unidades en seis meses puede valer siete veces o, lo que es peor, en una crisis perder todo su valor. Sería obstáculo para alcanzar los fines de una institución como la ineficacia concursal, al tiempo que genera inexactitud en la determinación de los actos que son perjudiciales para el deudor (Aznar, 2009, p. 51).

4. Conclusiones

De lo analizado en el presente trabajo, se desprende que la reducida regulación de la ineficacia concursal en el Perú (tan solo dos artículos en la LGSC) resalta su poco tratamiento legislativo. Por ello, su dispar análisis jurisprudencial causa cuestionamiento y preocupaciones cuando un deudor es sometido a un procedimiento concursal o cuando existe la sospecha de que se está por ingresar a este, lo cual representa un riesgo para todos aquellos futuros acreedores en un procedimiento concursal del deudor.

Por otro lado, la definición de desarrollo de la actividad normal del deudor que engloba los actos de disposición celebrado en el periodo de sospecha, no radica exclusivamente en función del objeto social, toda vez que ello delimitaría su accionar a aquellos actos del deudor, referidos, únicamente, a su actividad productiva, económica y comercial, de conformidad con lo regulado en su estatuto o documento de constitución.

Por el contrario, de ser ello así, los financistas, proveedores estarán siempre a la expectativa de que sus operaciones sean cuestionadas por ineficacia de acto jurídico (concursal). Esto provoca la inseguridad en sus transacciones, lo que encarece el acceso al crédito, toda vez que no se realizarán operaciones o, de hacerlo, se otorgarán a mayores tasas de intereses para mitigar el riesgo de ser demandados.

Asimismo, las legislaciones concursales han adoptado por el presupuesto de perjuicio (ya sea contra el patrimonio del deudor y/o los acreedores, masa activa y pasiva del concurso, respectivamente) como requisito para que opere la ineficacia concursal. Con ello, en la figura del periodo de sospecha, se ha convertido en un presupuesto objetivo a diferencia de legislaciones antiguas concursales, que catalogaron la ineficacia como fraude del deudor y sancionaron los actos realizados por el deudor con la intención de perjudicar o defraudar acreedores.

En la misma línea, nuestra LGSC, como la mayoría de legislaciones concursales modernas, renunciaron a la forma de acreditar la intención fraudulenta y adoptaron un presupuesto objetivo, como demostrar el perjuicio al patrimonio del deudor. De esta manera, se abandonó la complicada investigación del deudor y su intencionalidad para otorgar preferencia a la simple constatación objetiva del perjuicio.

Finalmente, consideramos que nuestra legislación debería establecer que el perjuicio aluda tanto al patrimonio del deudor como a la expectativa de cobro de los acreedores de un procedimiento concursal, es decir, que se verifiquen ambos supuestos. Por tanto, una propuesta de mejora al respecto podría incluirse a futuro en la LGSC, particularmente en su artículo 19.1 de la siguiente manera:

Artículo 19.- Ineficacia de los actos de disposición del deudor concursado

19.1. El juez declarará ineficaces y, en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores del concurso, los actos de disposición, sean a título gratuito u oneroso, que no se refieran al desarrollo común y cotidiano del deudor concursado, que perjudiquen su patrimonio y las expectativas de cobro de dichos acreedores y que hayan sido realizados o celebrados por este dentro del año (01) anterior a las fechas en que: (i) presentó su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales; o, (ii) fue notificado de la resolución de emplazamiento por la autoridad concursal.

Para efectos de tales actos, el perjuicio se presumirá:

Sin admitir prueba en contrario, cuando se traten de:

- (i) actos de disposición a título gratuito celebrados por el deudor concursado;
- (ii) pagos anticipados de obligaciones no vencidas a las mencionadas fechas; y,
- (iii) constitución de garantías respecto a obligaciones vencidas que primigeniamente no se encontraban respaldadas por una garantía.

Y salvo prueba en contrario, cuando se traten de actos de disposición a título oneroso y/o la constitución de garantías sobre obligaciones existentes antes de las mencionadas fechas, cuando el adquirente o beneficiario mantengan alguna vinculación con el deudor concursado.

REFERENCIAS

- Alegría, H. (1993). Consideraciones sobre el fraude y el perjuicio en la inoponibilidad concursal. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, (4).
- Álvarez, J. y García, A. (2009). Efectos tributarios del ejercicio de las acciones de reintegración. En *La Reintegración en el concurso de acreedores*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- Argeri, S. (1974). *La quiebra y demás procesos concursales*. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Platense.
- Aznar, E. (2009). *La acción rescisoria concursal. Doctrina, jurisprudencia y formularios* (2ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Barchi, L. (2011). Comentarios del artículo 19 de la Ley General del Sistema Concursal. En J. Espinoza Espinoza y P. Atoche Fernández (eds.), *Ley General del Sistema Concursal. Análisis Exegético*. Lima: Editorial Rodhas.
- Barona, J. y Del Val, I. (2010). La adquisición de activos en situaciones pre-concursales y concursales. *Revista Española de Capital y Riesgo*, (1).
- Beltrán E. y Orduña, F. (2005). *Curso de Derecho Privado* (8ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Berrocal, A. I. (2011). Aproximación a la acción de reintegración concursal. En F. Blasco, M. Clemente, J. Orduña, L. Prats y R. Verdura (eds.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Cerdá, F. (2000). *Curso de Derecho Concursal*. Madrid: Colex.
- Conil, A. (1995). El perjuicio en la revocatoria concursal. *Revista Argentina La Ley*, tomo 1995-C.
- Congreso de la República (1997). Ley General de Sociedades.
- Congreso de la República (2002). Ley General del Sistema Concursal.
- Dasso, A. (2009). *Derecho Concursal Comparado*. Tomo I. Buenos Aires: Legis.
- Díaz, F. (2010). Régimen jurídico del ejercicio de la acción rescisoria concursal. *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá III*.
- Díaz, M. (2012). Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, (16), pp. 215 - 225.
- Echeandía, L. F. (2001). Odisea concursal y Crisis Empresarial. Verdades, mentiras y leyendas tras el mito de una ley con fama de flotador. *Ius et Veritas*, (22), pp. 194 - 224.
- Escribanos, R. (2007). El Perjuicio en la acción rescisoria concursal. *Anuario de Derecho Concursal*, (10), pp. 7 - 59.
- Escuti I. y Juyent Bas, F. (2005). *Derecho Concursal*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

- Ezcurra, H. (2011). La muerte del Sistema Concursal. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual del INDECOPI*, (12).
- Fassi, S. y Gebhardt, M. (2005). *Concursos y quiebras* (8ª ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Garaguso, H. y Garaguso, G. (2005). *Ineficacia Concursal* (2ª ed.). Buenos Aires: Lexisnexis.
- García-Cruces, J. (2011). Dación de pago y reintegración concursal. En F. Blasco, M. Clemente, J. Orduña, L. Prats y R. Verdera (eds.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- García-Cruces, J. (2009). Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores. En J. García-Cruces (ed.), *La reintegración en el concurso de acreedores*. Madrid: Editorial Arazandi.
- Garrigues, J. (1987). *Curso de Derecho mercantil*. Tomo V. Bogotá: Temis.
- Grillo, H. (2001). *Período de Sospecha en la Legislación Concursal* (2ª ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Jiménez, J. (2001). Conociendo las causas de las crisis empresariales, un primer paso para resolverlas (Más allá de la Ley de Reestructuración). *Advocatus*, (5), pp. 309 - 311.
- Junyent Bas, F. y Molina, C. (2002). *Sistema de ineficacia concursal. La retroacción en la quiebra*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Lizárraga Vera-Portocarrero, A. (2014). *Estudio doctrinario y jurisprudencial de los actos perjudiciales contra la masa concursal en el Perú, entorno a la ineficiencia aplicativa de la denominada ineficacia de los actos del deudor concursado: Análisis y propuestas, considerando la necesidad de mejorar la misma en el sistema concursal peruano* (Tesis de licenciatura). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- Lohmann Luca De Tena, J. (1986). *El negocio jurídico* (2ª ed.). Lima.
- Lopez, F. (2004). La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal. *Revista Jurídica Valenciana*, (11).
- Maffía, O. (1987). Para un borrador sobre ineficacia concursal (Parte I). *Revista Argentina La Ley*, tomo 1987-C.
- Maffía, O. (1994). ¿El perjuicio es requisito 'obvio' de la ineficacia falencial?. *Revista Argentina La Ley*, tomo 1994-E.
- Maffía, O. (1996). Aspectos de la nueva ley de concursos (I): Responso para la ineficacia concursal. *Revista Argentina La Ley*, tomo 1996-B.
- Maffía, O. (2001). *La Ley de Concursos Comentada*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones De Palma.
- Martín Reyes, M. (2010). El perjuicio como fundamento de la acción rescisoria concursal. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, (12).
- Martínez, V. (2009). Función y racionalidad de los sistemas de reintegración concursal. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, (11).

- Massaguer, J. (1986). *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*. Barcelona: Bosch.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2015). Código Civil (16ª ed.). Recuperado de <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>
- Moralejo, I. (2009). Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal (I). *Anuario de Derecho Concursal*, (17), pp. 81 - 138.
- Pajardi, P. (1999). *Derecho Concursal*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Ábaco de de Rodolfo De Palma.
- Puelles, G. (2008). Al filo de la sospecha. La ineficacia de actos del deudor en concurso. *Advocatus*, (18).
- Real Academia Española (2014). Fecha de Consulta: 19 de setiembre de 2014. Recuperado de <http://www.rae.es/rae.html>
- Rojo, A. (1979). Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra. *Revista de Derecho Mercantil*, (151).
- Rodríguez, J. (2000). *Derecho Mercantil*. México D.F.: Editorial Porrúa.
- Serra, S. (2013). Ineficacia Concursal: Un fallo que sigue la dirección correcta. *Revista Jurídica La Ley*, tomo 2013-C.
- Truffat, E. (2010). Acción revocatoria concursal: añorando al art. 122, inc. 3 de la LC y otras cuestiones. *Revista Argentina La Ley*, tomo 2010-C.
- Vallet, M. (2008). La reintegración concursal y los terceros. Especial referencia al Registro de Propiedad. *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, (26).

COMENTARIOS

Antonio de la Haza Barrantes
Profesor del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Deseo agradecer al Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ - DAD) por la invitación que amablemente me formularan para comentar el trabajo de investigación de Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero.

En su artículo, Lizárraga explica el impacto que tienen los actos que son cuestionados a través de la ineficacia concursal, en una transacción o transferencia de activos. En ese sentido, profundiza en la oportunidad que ciertos sujetos intervinientes en el proceso concursal tienen para solicitar la demanda de ineficacia concursal y la posibilidad de que esta sea fundada. Todo ello, como el bien señala el autor, es trascendental en el sentido de que puede perjudicar una operación relevante.

Un tema que se desprende a lo largo del texto es lo que en derecho se denomina ineficacia concursal. Como bien se señala, en la legislación, el tiempo de sospecha implica la posibilidad que tiene el juez (frente a una demanda presentada por una parte con interés) para determinar la ineficacia de un acto (a título oneroso o gratuito) celebrado por el deudor frente al adquirente que, en primer lugar, no se había celebrado dentro del desarrollo normal de la actividad del deudor; en segundo lugar, cause un perjuicio al patrimonio del deudor; y tercero, que se haya celebrado un año anterior al umbral de la insolvencia. En otras palabras, la ineficacia concursal es un acto que ha ocasionado un perjuicio al patrimonio del deudor en un determinado tiempo, por medio del cual se busca reintegrar los activos o derechos que salieron de la esfera del deudor a la masa concursal.

El autor plantea, de una forma dinámica y sencilla, la manera en que se puede distinguir y/o establecer el límite entre la nulidad y la ineficacia del acto jurídico. Además, muestra cómo se puede vincular la diferenciación antes señalada con el famoso periodo de sospecha de las transacciones realizadas por el deudor.

En ese sentido, se debe empezar diciendo que, tal como desarrolla el autor, la nulidad se presenta cuando un acto no ha cumplido con los requisitos de formación del acto jurídico. En cambio, en la ineficacia no ocurren estos problemas que conllevan a una invalidez. Por el contrario, el acto ineficaz es suscrito respetando los requisitos de validez; sin embargo, existe una prohibición legal para celebrarlo, siendo el acto constituido inoponible a los acreedores reconocidos en un proceso concursal.

Por otro lado, también se pregunta Lizárraga cómo se puede distinguir que no se está ante una acción pauliana o por qué no invocar una acción pauliana cuando uno se encuentra

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/antonio-de-la-haza-barrantes>

frente a la ineficacia del acto concursal. Luego explicará que es posible encontrarse con un deudor concursal que actúe de mala fe y que tenga como objetivo real trasladar el patrimonio a favor de un tercero, con el propósito, por ejemplo, de salvar su propia empresa o sencillamente buscando privilegiar a un acreedor sobre otro que no contaba con ningún tipo de garantía.

Se sabe que los efectos de la acción pauliana son diversos; sin embargo, en el artículo se detallan los dos más relevantes. En primer lugar, desde el ámbito civil, determina que estos actos son ineficaces sobre el sujeto que impulsó la demanda de acción pauliana, por lo que el efecto es a favor de un solo acreedor. No hay que olvidar que una exigencia para plantear dicha acción es que en el acto cuestionado debe existir un ánimo fraudulento. Por el contrario, en la ineficacia concursal no necesariamente se debe determinar el fraude. En ese sentido, la norma concursal —al igual que otras legislaciones modernas— ha optado por establecer una premisa objetiva sobre el periodo de sospecha: debe existir un perjuicio sobre el patrimonio del deudor que descarte, así, el supuesto de fraude.

De esta manera, no interesa si el acto jurídico es fraudulento o no, pues basta que se haya causado un perjuicio al acreedor para determinar que nos encontramos dentro del periodo de sospecha. En segundo lugar, la consecuencia de declararlo como acto ineficaz es reintegrar el bien al patrimonio del deudor; lo cual busca beneficiar a la colectividad de acreedores.

En el artículo se menciona de manera categórica lo que se entiende por periodo de sospecha e ineficacia del acto de disposición del deudor concursal, a partir de una sentencia española de Córdoba. Hay que señalar que la norma concursal establece que, en el periodo de sospecha, se debe causar un perjuicio al patrimonio del deudor; en ningún momento afirma que debe ser causado también a los acreedores. Esta sentencia establece cómo se debe causar un perjuicio tanto al deudor y a los acreedores para que se gatille el supuesto. Por ejemplo, se menciona dice que, cuando el deudor transfiere un bien, es cierto que existe un detrimento patrimonial sin que este hecho conduzca a un estado de insolvencia. Por lo tanto, no nos encontraríamos ante un supuesto de afectación a los acreedores.

No obstante, en un escenario en el que se constituye una garantía en favor de un acreedor; sí se afecta a los acreedores a pesar de que el patrimonio del deudor sigue incólume, dado que se le estaría dando preferencia a solo uno de ellos frente a la colectividad de acreedores. De esta forma, nos encontraríamos ante una vulneración al principio de igualdad que, en materia concursal, significa que todos los acreedores tienen el derecho a participar de manera proporcional a sus créditos.

Finalizo estos comentarios destacando la integridad y el compromiso del autor con el mundo académico. No dudo que este artículo servirá como base para realizar futuras investigaciones sobre el tema.

RESPUESTA DEL AUTOR

Deseo agradecer al Profesor Antonio de la Haza por sus comentarios hacia mi trabajo. Asimismo, en las siguientes líneas complementaré sus correctos apuntes realizados.

En nuestro país, como en la mayoría de legislaciones concursales comparadas, se ha excluido la exigencia del elemento subjetivo del fraude a los acreedores, para que proceda la acción de ineficacia de acto jurídico. Por tanto, en un acto de disposición celebrado por el deudor con un adquirente, en el cual el fraude se encuentra presente, este no es relevante para determinar la procedencia de la demanda. Podrá ser un argumento más, pero no gravitante en el pronunciamiento final de la autoridad judicial.

No obstante, cuando el legislador trata de adoptar determinadas soluciones, intenta reprimir o sancionar el fraude siendo este el fundamento de la ineficacia. Esto no implica que el mismo legislador haya querido establecer al fraude como un elemento esencial ni que se presuma para la ineficacia concursal (Alegoría, 1993, p. 326).

La LGSC sustituyó la intención fraudulenta de los actos de disposición celebrados por el insolvente, con la concurrencia de tres elementos objetivos: (i) causen perjuicio al patrimonio del deudor; (ii) sean celebrados fuera de la actividad normal del deudor; y (iii) dentro del año anterior a las fechas de ineficacia.

En ese sentido, nos encontramos ante un acto pasible de una acción de ineficacia concursal cuando frente a este se desarrollen los mencionados tres elementos objetivos. De lo contrario, solo quedaría interponer una acción pauliana.

Consideramos pertinente mencionar que algunas de las ventajas de la ineficacia concursal frente a la acción paulina son: (i) la finalidad, que el patrimonio será reintegrado a la masa concursal; (ii) los efectos de la ineficacia, que operan frente a todos los acreedores reconocidos en el concurso del deudor; (iii) se tramita vía proceso sumarísimo; y (iv) la legitimidad activa la puede ejercer cualquier acreedor reconocido en el concurso o el administrador o liquidador del deudor concursado.

Respecto al último elemento objetivo del periodo de sospecha, el acto de disposición fue celebrado por el deudor dentro del año anterior a las fechas de ineficacia. La Ley de Reestructuración Patrimonial estableció que dicho plazo era de seis meses; sin embargo, el legislador entendió que dicho periodo era muy corto y que el deudor podría celebrar actos de disposición de mala fe con la consigna de ocultar bienes en un tiempo más prolongado.

En la exposición de motivos del proyecto de la LGSC, el legislador estableció un fundamento a esta modificación, pero no basado en algún informe técnico emitido por la autoridad pertinente ni ha estadísticas previamente elaboradas.

Se ha visto conveniente extender el periodo de seis meses a un año, por cuanto se ha comprobado que muchas de las transacciones que afectan el patrimonio del deudor son realizadas por éste en el periodo que media entre los seis meses y el año previo a la presentación de la solicitud.

Si bien los agentes económicos no se encuentran inmersos en una crisis de manera repentina, existe un periodo en el cual dicha crisis se va gestando, pero que debe tener un lapso

determinado. Por ello, «a retroacción legal no puede llevarse hacia atrás ilimitadamente, pues alteraría la seguridad jurídica» (Grillo, 2001, p. 38), para evitar generar conflicto e incertidumbre en las transacciones comerciales y/o financieras, que de alguna manera detiene, retrasa y perjudica el continuo desarrollo creciente del deudor en el mercado.

La seguridad jurídica opera no solo al momento de limitar la fecha de ineficacia, sino también para no hacerla muy extensa, pues se busca evitar que el deudor realice actos que perjudique a la masa concursal activa y que los activos involucrados no sean reintegrados.

El tiempo del periodo de sospecha de un año puede ser discutible, toda vez que una crisis se ha podido generar en un periodo mayor al establecido, sobre todo si partimos de la premisa de que es el deudor el primero en conocer de su crisis. Quizás dicho plazo debió extenderse a dos años como en otras legislaciones concursales comparadas (España, Argentina). No obstante, el variar el plazo de seis meses a un año fue un cambio positivo que introdujo la LGSC.

Por otro lado, constituir garantías otorga al titular un privilegio de cobro del crédito frente a los demás acreedores, con lo obtenido de la realización de los bienes gravados. Así, la constitución de una garantía vulnera el principio de proporcionalidad, es decir, de igualdad de la colectividad de acreedores: «La constitución de una garantía puede, por las características de sus modalidades, llegar a la calificación de 'acto anormal' y revelar presuntivamente el conocimiento, por parte del acreedor, del estado de insolvencia del deudor» (Pajardi, 1999, p. 329).

La constitución de una garantía, siempre y necesariamente, supone no una disminución, aminoración o reducción del patrimonio del deudor, sino una menor calidad de la masa activa del concursado (Moralejo, 2009, p. 115).

La ineficacia de una garantía no apunta a reconstruir propiamente el patrimonio del deudor y no plantea la restitución, sino que apunta evitar desigualdades distributivas y satisfactorias que serían injustificadas (Pajardi, 1999, p. 328).

En ese sentido, las garantías otorgadas por un agente económico al deudor es un acto normal desarrollado en el ámbito empresarial cotidiano. No obstante, al momento que el insolvente se encuentre en una situación de cesación de pagos cuyo destino será el inicio de un procedimiento concursal, esta garantía tiende a ser anormal, pues se le otorga una preferencia de cobro frente a los demás acreedores, y les causa un perjuicio.

SOBRE LOS AUTORES

Noemí Ancí Paredes

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú y actual estudiante de la Maestría en Filosofía de la misma universidad y del Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy de la Universidad de Génova (Italia). Sus áreas de investigación son teoría general del derecho, filosofía política y social, y teoría crítica, específicamente en las áreas de la decisión judicial y de la teoría del discurso. Actualmente, es profesora del Departamento de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y abogada responsable de los consultorios jurídicos gratuitos de la Facultad de Derecho de la misma universidad.

Mónica Barriga Pérez

Candidata a doctora y magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo, España). Magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogada de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Profesora del curso de Investigación Académica de la Pontificia Universidad Católica del Perú y abogada de la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú.

Frank Espinoza Laureano

Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Valencia. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido miembro de la Comisión Consultiva de Derecho Laboral y Procesal Laboral del Colegio de Abogados de Lima. Ha desempeñado funciones en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en la Municipalidad Metropolitana de Lima y en el Ministerio de Cultura. Actualmente, se desempeña como abogado especialista en Derecho Laboral del Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (SERFOR).

Carlos Glave Mávila

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009. Magíster por Queen Mary University of London. LLM en Derecho Ambiental. Becado por el Departamento de Derecho de Queen Mary University of London en el periodo 2013 - 2014.

Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero

Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo con mención en Banca y Estructuración Financiera por la Universidad ESAN y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Autor de la tesis titulada *Estudio doctrinario y jurisprudencial de los actos perjudiciales contra la masa concursal en el Perú, en torno a su ineficiencia aplicativa*. Cuenta con estudios de posgrado en Derecho Corporativo en la Universidad Carlos III de Madrid (España). Profesor de pre y postgrado de Derecho Concursal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Abogado asociado del área Corporativa y Reestructuración Patrimonial y Procedimientos Concursales del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados.

Álvaro Ocampo Grey

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y especialista en Derecho Publicitario, Derecho de Autor y Derecho de la Competencia. Actualmente, se desempeña como abogado del área de Propiedad Intelectual del estudio jurídico Iriarte & Asociados. Anteriormente, fue asistente legal senior del Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria (CONAR) y laboró también en la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 del Tribunal de Competencia y Propiedad Intelectual de INDECOPI. En el ámbito académico, se ha desempeñado como adjunto de docencia del curso Legislación y Ética Publicitaria en el Instituto Peruano de Publicidad (IPP), ha escrito una tesis de licenciatura sobre derechos de autor y obras musicales calificada con mención sobresaliente, así como diversos artículos en temas de propiedad intelectual y competencia. Actualmente, se encuentra cursando una segunda carrera en Formación para Composición Musical en el Conservatorio Nacional de Música.

Richard O'Diana Rocca

Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente de la Facultad de Derecho y de Estudios Generales Letras de la misma universidad. Abogado del Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (CAAAP). Ha participado como ponente en eventos y foros sobre pueblos indígenas y medioambiente y se tituló con una tesis de grado sobre propiedad de recursos naturales y comunidades campesinas.

Beatriz Ramírez Huaroto

Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú y abogada por la misma universidad. Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la carrera en Derecho Corporativo de la Universidad ESAN y de la Escuela de Postgrado de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Ha desempeñado funciones en organizaciones de derechos humanos de la sociedad civil, en el

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y actualmente es asesora en el Congreso de la República.

José Miguel Rojas Bernal

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad de San Martín de Porres y en el Centro de Estudios de Derecho Constitucional (CEDC) de la misma casa de estudios. Ha sido asesor del Tribunal Constitucional del Perú.

Pablo Rosales Zamora

Magíster en Ciencia Política y Gobierno con mención en Relaciones Internacionales por la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster título propio en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset de Madrid. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente, se desempeña como asesor legal en la Oficina de Derecho Internacional Público del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Abraham Siles Vallejos

Abogado, magíster en Derecho Constitucional y actual doctorando por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Constitucional en esta misma casa de estudios, donde también es coordinador del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (GIDCYDEF) y editor general de la revista Derecho PUCP.

José Enrique Sotomayor Trelles

Becario del Master in Global Rule of Law & Constitutional Democracy 2014 - 2015 de la Universidad de Génova, Italia. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y estudiante de las maestrías en Filosofía por la PUCP y en Economía por la UNMSM. Asimismo, miembro del Centro de Estudios de Filosofía del Derecho y Teoría Constitucional (CEFT) y del Grupo de Investigación en Teoría Crítica, ambos de la PUCP. Ha sido docente de Teoría del Derecho en la Academia de la Magistratura. Actualmente, es adjunto de docencia de diversos cursos en la Facultad de Derecho PUCP, jefe de práctica de Investigación Académica en Estudios Generales Letras y asistente de investigación en la Maestría en Derecho de la Empresa, PUCP.

Natalia Torres Zúñiga

Candidata a doctora en Derecho en el Centro Noruego de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oslo (Noruega). Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, España). Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha desempeñado funciones como asesora jurídica de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República y como asesora del Tribunal Constitucional.

Alejandra Zegarra Blanco

Magíster en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Graduada con calificación sobresaliente. Abogada por la Universidad Católica de Santa María. Consultora sobre temas de Derecho Internacional y Políticas Latinoamericanas en Washington D.C.

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de

TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA

Pasaje María Auxiliadora 156 - Breña

Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com

Página web: www.tareagrafica.com

Teléf.: 332-3229 Fax: 424-1582

Diciembre 2016 Lima - Perú



ISSN 2414-0872



9 772414 087007 >