

*REVISTA PERUANA
DE
DERECHO INTERNACIONAL*

ÓRGANO DE DIFUSIÓN DE LA SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO INTERNACIONAL



TOMO LXX MAYO - AGOSTO 2020 N° 165

LIMA - PERÚ

REVISTA PERUANA DE DERECHO INTERNACIONAL
TOMO LXX MAYO - AGOSTO 2020 N° 165

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL
PERÚ: N° 99-1510

Las opiniones recogidas en las colaboraciones
publicadas en la Revista son de exclusiva
responsabilidad de sus autores.

Sociedad Peruana de Derecho Internacional
Jr. A. Miró Quesada N° 247, Oficina N° 508, Edificio “Rimac International”,
Lima 1 - Perú
Teléfonos: 204-3532; 204-3531; 204-3530; 996-366-769
Revista en versión electrónica: spdiojs.org/ojs/index.php/RPDI/index
Página Web: www.spdi.org.pe
E-mail: spdi@spdi.org.pe
Blog Institucional: <https://sociedadperuanadederechointernacional.blogspot.com/>
Facebook: Sociedad Peruana de Derecho Internacional
<https://twitter.com/SPDInternaciona>
<https://www.instagram.com/spderechointernacional/?hl=es-la>

Patrimonio Cultural de la Nación: Reconocimiento mediante Resolución
Viceministerial N° 233-2019-VMPCIC-MC del 12 de diciembre de 2019.

Se terminó de imprimir en julio del 2020 por
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Breña

Lima - Perú

Tiraje: 1,000 ejemplares

Reservado todos los derechos de reproducción total o parcial

*Totus orbis qui aliquo modo
est una res publica*

Todo el mundo, de una manera
u otra, es una cosa pública.

Francisco de Vitoria

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO INTERNACIONAL

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente

Oscar Maúrtua de Romaña

Tesorero

Alexander Antialón Conde

Vice Presidente

Hernán Couturier Mariátegui

Vocales

Juan Álvarez Vita

Alejandro Deustua Caravedo

Gonzalo García Calderón Moreyra

Augusto Hernández Campos

José Luis Pérez Sánchez-Cerro

Oscar Schiappa-Pietra Cubas

Secretario

Miguel Angel Rodríguez Mackay

CONSEJO DE HONOR

De Trazegnies Granda, Fernando

Ferrero Costa, Eduardo

García Belaunde, José Antonio

García-Sayán Larrabure, Diego

Gutiérrez Reinel, Gonzalo

Luna Mendoza, Ricardo

Mac Lean Ugarteche, Roberto

Maúrtua de Romaña, Oscar

Rodríguez Cuadros, Manuel

Tudela van Breugel Douglas, Francisco

Wagner Tizón, Allan

CONSEJO EDITORIAL DE LA REVISTA

Oscar Maúrtua de Romaña (Director)

José Luis Pérez Sánchez-Cerro
(Coordinador)

Alexander Antialón Conde (Editor)

Manuel Rodríguez Cuadros

Oscar Schiappa-Pietra Cubas

Alejandro Deustua Caravedo

Augusto Hernández Campos

Alain Pellet

Tullio Treves

Antonio Remiro Brotóns

Jin Huang

Marcelo Gustavo Kohen

Ariel Ricardo Mansi

Patrícia Galvão Teles

Caterina García Segura

Jean Marc Thouvenin

Miguel García García-Revilla

Jean Michel Arrighi

Soledad Torrecuadrada García-Lozano

Fatma Raach

Geneviève Dufour

Kate Jones

MIEMBROS EMÉRITOS

Aramburú Menchaca, Andrés	García Bedoya, Carlos
Arias-Schreiber Pezet, Alfonso	García-Sayán, Enrique
Bákula Patiño, Juan Miguel	Marchand Stens, Luis
Belaunde, Víctor Andrés	Maúrtua Lara, Manuel Félix
Bustamante y Rivero, José Luis	Pérez de Cuéllar, Javier
Deustua Arróspide, Alejandro	Porras Barrenechea, Raúl
Ferrero Rebagliati, Raúl	Ulloa Sotomayor, Alberto

MIEMBROS TITULARES

Alvarez Vita, Juan	Hernández Campos, Augusto
Alzamora Traverso, Carlos	Luna Mendoza, Ricardo
Antialón Conde, Alexander	Mac Lean Ugarteche, Roberto
Belaunde Moreyra, Martín	Maúrtua de Romaña, Oscar
Belevan-McBride, Harry	Novak Talavera, Fabián
Couturier Mariátegui, Hernán	Palma Valderrama, Hugo
De Soto Polar, Alvaro	Pérez Sánchez-Cerro, José Luis
De Trazegnies Granda, Fernando	Revoredo de Mur, Delia
Deustua Caravedo, Alejandro	Rodríguez Cuadros, Manuel
Ferrero Costa, Eduardo	Rodríguez Mackay, Miguel Ángel
Ferrero Costa, Raúl	Roncagliolo Higuera, Nicolás
García Belaunde, Domingo	Schiappa-Pietra Cubas, Oscar
García Belaunde, José Antonio	Sosa Voysest, Claudio
García Calderón Moreyra, Gonzalo	Tudela van Breugel Douglas, Francisco
García-Corrochano Moyano, Luis	Vera Esquivel, Germán
García-Sayán Larrabure, Diego	Villarán Koechlin, Roberto
Guillén Salas, Fernando	Wagner Tizón, Allan
Gutiérrez Reinel, Gonzalo	

MIEMBROS ASOCIADOS

Agüero Colunga, Marisol (*)	Malapi Hernández, Daniela (*)
Alcalde Cardoza, Javier	Meier Espinosa, José A. (*)
Astete Rodríguez, Elizabeth (*)	Miró Quesada Rada, Francisco
Brousset Barrios, Jorge	Namihas Pacheco, Sandra (*)
Chuquihuara Chil, Luis	Pinto-Bazurco Barandiarán, Jose F.
Colunge Villacorta, Jorge	Pinto-Bazurco Rittler, Ernesto
Cumpa García-Naranjo, Luciana (*)	Rodríguez Brignardello, Hugo
D'Alessio Ipinza, Fernando	Ruda Santolaria, Juan José (*)
Dañino Zapata, Roberto	Saavedra Calderón, José Antonio
De Althaus Guarderas, Miguel	Salmón Gárate, Elizabeth
De Rivero Barreto, Oswaldo	Sandoval Aguirre, Oswaldo (*)
Echeverría Herrera de De Pury, María E.	Sierralta Ríos, Anibal
Fairlie Reinoso, Alan	Umeres Alvarez, Juan Humberto
Ibañez Carranza, Luz (*)	Velásquez Rivas-Plata, Elvira
Kisic Wagner, Drago	Velit Granda, Juan
Lázaro Geldres, Jorge	Vigil Toledo, Ricardo (*)
Lévano Torres, Oscar	Yepes del Castillo, Ernesto
Loayza Tamayo, Carolina	Yrigoyen Yrigoyen, Martín
Lozada Tamayo, Samuel	

(*) PARA INCORPORACIÓN FORMAL

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

Buergenthal, Thomas (Estados Unidos)	Llanos Mansilla, Hugo (Chile)
Cho, Key Sung (Corea)	Noboa Bejarano, Gustavo (Ecuador)
Furnish, Dale Beck (Estados Unidos)	Suphamongkhon, Kantathi (Tailandia)
Ikeda, Daisaku (Japón)	Wolff, Francis (Francia)

COORDINADOR GENERAL

Alexander Antialón Conde

SUMARIO

Nº 165 (MAYO-AGOSTO 2020)

ARTÍCULOS

	Pág.
- El espacio nacional y las fronteras como variables de las relaciones internacionales y de la política exterior: la especificidad de las negociaciones territoriales Manuel Rodríguez Cuadros	17
- La pandemia del Covid-19 ante el derecho internacional: una exploración preliminar Oscar Schiappa-Pietra Cubas	53
- Un mundo apolar: anárquico y violento Oswaldo de Rivero Barreto	97
- Frederick H. Hartmann y la Relación de las Naciones Fernando D'Alessio Ipinza	107
- Integración regional y convergencia en contexto internacional adverso Alan Fairlie Reinoso	121

- El debate jurídico-político del parlamento alemán del 10 de marzo de 1965 como antecedente inmediato de la Convención de las NN.UU. sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad
Humberto Umeres Alvarez **141**

- La prisión preventiva y el derecho internacional
Jorge Colunge Villacorta **171**

- El asalto de Trump al derecho internacional: su impacto en la OMC
Ricardo Arredondo **197**

- La expresión del interés en los *amicus curiae* presentados por la sociedad civil ante la Corte Penal Internacional
Carmen Montero Ferrer **227**

- Burocratizar para no corromper: el impacto de los actores transnacionales en las medidas anticorrupción de la estrategia nacional para combatir la corrupción y blanqueo de capitales
Márcio Ricardo Staffen **249**

- La recepción y jerarquía de los tratados en el derecho interno de los Estados americanos
Jorge Silva, Yesenia Tamayo & Amarys Morejón **273**

- Las raíces epistemológicas del realismo estructural:
modelos y representación en la teoría de
relaciones internacionales
Juan Francisco Morales Giraldo **301**
- Posibilidades y beneficios de una extensión del
espacio de integración fronterizo con Chile más allá
de Tacna y Arica
Mijail Quispe Sandoval **335**

PRONUNCIAMIENTOS

- Pronunciamiento respecto a la carta conjunta de los
Embajadores de Canadá, Australia, Francia y
Colombia, al Presidente del Congreso de la República
Lima, 6 de junio de 2020 **363**
- Pronunciamiento sobre la conveniencia que el Perú
ofrezca a la comunidad internacional ser sede de uno
de los centros de producción de la vacuna contra el
Covid-19
Lima, 22 de mayo de 2020 **365**
- Pronunciamiento sobre convocatoria de la Unión
Europea a una reunión de donantes internacionales
para apoyar a los países de acogida de emigrantes y
refugiados de Venezuela
Lima, 18 de mayo de 2020 **367**

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- *Derecho Internacional Público*, de Oscar Maúrtua de
Romaña (Coordinador)
Manuel Rodríguez Cuadros 373
- *La Defensa Colectiva de la Democracia en las
Américas en el marco del Principio de No
Intervención. Los Límites de la Acción Colectiva*,
de Alexander Antialón Conde
Antonio Remiro Brotóns 379
- *The International Law of the Sea*, de Yoshifumi Tanaka
Pablo Rosales Zamora 381

APUNTES INSTITUCIONALES

- Actividades, notas y documentos
(Período Mayo-Agosto de 2020) 387

CALENDARIO DE SUCESOS INTERNACIONALES

- Calendario de sucesos internacionales
(Período Mayo-Agosto de 2020)
Pierina Puente Berrospi 387

ARTÍCULOS

EL ESPACIO NACIONAL Y LAS FRONTERAS COMO VARIABLES DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES Y DE LA POLÍTICA EXTERIOR: LA ESPECIFICIDAD DE LAS NEGOCIACIONES TERRITORIALES

NATIONAL SPACE AND BORDERS AS VARIABLES OF INTERNATIONAL
RELATIONS AND FOREIGN POLICY: THE SPECIFICITY OF TERRITORIAL
NEGOTIATIONS

*Manuel Rodríguez Cuadros**

* Jurista, diplomático, escritor, embajador en el Servicio Diplomático Peruano. Ministro de Relaciones Exteriores (2003-2005). Ha presidido las comisiones de Derechos Humanos y Desarme de las Naciones Unidas. Abogado de Estado en el juicio en la Corte Internacional de Justicia sobre la delimitación marítima entre el Perú y Chile. Autor y negociador de la iniciativa de la Carta Democrática Interamericana. Ha ejercido también los cargos de Presidente del Comité del Patrimonio Cultural Inmaterial, Presidente del Comité del Patrimonio Mundial y Vicepresidente de la Asamblea General de la UNESCO. Ha sido embajador del Perú en la OEA, las Naciones Unidas en Ginebra, Bolivia y en la embajada del Perú ante la UNESCO. Doctor Honoris Causa por numerosas universidades nacionales y extranjeras. Autor de numerosas publicaciones, entre ellas, “El Perú en el Sistema Internacional del Patrimonio Cultural y Natural de la Humanidad”, 2019; “Derecho Internacional de la Delimitación Marítima”, 2012; “Delimitación Marítima con Equidad: El caso de Perú y Chile”, 2007, “La Soberanía Marítima del Perú: La controversia entre Perú y Chile”, 2010; “Maritime delimitation with equity. The case of Peru vs Chile”, 2011; “La Política Internacional en el Itinerario Intelectual de César Vallejo” UNESCO, 2018.

RESUMEN

La territorialidad es una variable esencial de las relaciones internacionales y de la política exterior. El territorio, incluida su proyección marítima, condicionan e influyen las relaciones entre los Estados. Las relaciones de poder, estratégicas, políticas, económico-comerciales y todo tipo de interacción internacional están referidas directa o indirectamente al espacio nacional de los Estados. En esa perspectiva, las dinámicas de la cooperación y conflicto tienen en el territorio y sus expresiones materiales y jurídicas, como la soberanía, los límites, las fronteras, sus áreas de acción más vinculadas a los intereses nacionales, la conciencia y la identidad nacional. Su importancia en acción internacional les confiere regulaciones constitucionales que limitan y regulan las decisiones de política exterior referidas a estos intereses nacionales permanentes. El conflicto es una dinámica privilegiada de la territorialidad. Especialmente en su vinculación con los límites y los factores que definen la identidad nacional. El autor analiza toda esta problemática y la vincula con tipos de conflicto interestatales y los diversos mecanismos de solución de controversias no jurisdiccionales, con un énfasis en la descripción analítica de las especificidades de la negociación territorial.

Palabras clave: Territorialidad, identidad nacional, determinación de fronteras, soberanía nacional, política exterior, mecanismos de solución pacífica de controversias, negociaciones territoriales.

ABSTRACT

Territoriality is an essential variable in international relations and foreign policy. The territory, including its maritime projection, conditions and influences the relations between the States. The power, strategic, political, economic-commercial relations and all kinds of international interaction are directly or indirectly related to the national space of the States. In this perspective, the dynamics of cooperation and conflict have in the territory and its material and legal expressions, such as sovereignty, limits,

borders, its areas of action more linked to national interests, consciousness and national identity. Their importance in international action gives them constitutional regulations that limit and regulate foreign policy decisions regarding these permanent national interests. Conflict is a privileged dynamic of territoriality. Especially in its connection with the limits and factors that define national identity. The author analyzes all this problem and links it to types of interstate conflict and the various non-jurisdictional dispute settlement mechanisms, with an emphasis on the analytical description of the specificities of territorial negotiation.

Keywords: Territoriality, national identity, determination of borders, national sovereignty, foreign policy, mechanisms for the peaceful resolution of disputes, territorial negotiations.

- - -

EL TERRITORIO Y LA IDENTIDAD NACIONAL COMO CONSTANTES HISTÓRICAS EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN

La relación existente entre la política exterior y las variables del espacio nacional se deriva de la propia naturaleza jurídica y material de las sociedades políticas y del Estado, como un tipo de organización social que supone necesariamente una base territorial.

En las sociedades primitivas esta interacción tuvo su génesis en la consolidación de la vida social sedentaria que vinculó de manera permanente las comunidades políticas con el espacio territorial. Un primer componente de dicha relación es esencialmente propio del ámbito de la política interna y tiene que ver con los recursos naturales y las capacidades de la actividad económica para satisfacer las necesidades de la población.

Desde esta perspectiva, es decir la potencialidad del territorio en materia de recursos para la satisfacción de necesidades, las sociedades políticas de la antigüedad y los Estados modernos acumulan mayor o menor

poder en función de la potencialidad económica de su territorio. La dimensión de ese poder varía a través del tiempo básicamente por acción del impacto que sobre los recursos naturales y el significado estratégico o económico de la posición geográfica tiene el proceso de innovación tecnológica.

Otro componente de la relación sociedad política - espacio territorial está constituido por una pluralidad de factores que se derivan de las interacciones entre las sociedades políticas o los Estados, principalmente los intercambios de bienes y servicios, la guerra y el uso de la fuerza como método de soluciones de controversias o de incremento del poder, la negociación como instrumento de la solución pacífica de los conflictos y finalmente el “valor estratégico” del espacio en función de valores económicos, políticos o estratégicos y de la utilidad que se deriva de su posición, sea para la guerra o para la actividad económica.

Están también las representaciones ideológicas y las conductas sociales vinculadas al sentimiento de pertenencia y de seguridad que la posesión del espacio genera en la población. Incluyendo la valoración cultural que una población hace de su territorio como un factor de identidad, que vincula colectivamente a toda la población en torno a un espacio compartido. En el mundo contemporáneo este sentimiento de pertenencia es inherente a la idea de nación, da origen a la conciencia nacional, constituye la base referencial de los “intereses nacionales” y es el punto de partida del “nacionalismo” o de la “reivindicación nacional”.

Estas variables propias de las interrelaciones entre el territorio y la política, con distinta naturaleza, énfasis y significado, han interactuado a lo largo de la historia en las relaciones entre sociedades políticas. Tanto en los sistemas particulares de relaciones internacionales de la antigüedad (el Imperio universal chino y las demás civilizaciones del extremo oriente, la sociedad internacional andina en el Antiguo Perú o los reinos que habitaron el subcontinente mesoamericano) como en la Edad Media o las épocas modernas y contemporáneas de desarrollo del Estado nación. En las sociedades nómadas la territorialidad no fue una carencia absoluta de los grupos y sociedades no tribales (Kratochwil, 1985).

Por estas razones, es decir por la importancia de la territorialidad en la formación de las comunidades políticas autónomas y especialmente del Estado nación contemporáneo, la teoría de las relaciones internacionales, consideradas como ciencia social, asigna al espacio un lugar sustantivo dentro de las categorías de análisis básicas de la política internacional. Y ello porque la territorialidad como base material de los Estados o como referente funcional de los actores no estatales del sistema internacional constituye una constante histórica.

Las interacciones entre los Estados, de estos con los actores no estatales (empresas, organizaciones no gubernamentales, entidades intergubernamentales, grupos y movimientos sociales, políticos, culturales, etc.) y entre los actores no estatales tienen siempre un referente territorial, y dentro de este la noción de fronteras está presente en los múltiples hechos internacionales que conforman las dinámicas de la cooperación y el conflicto. Está presente en la guerra en Bosnia Herzegovina, en las negociaciones de paz entre Israel y Siria, en los acuerdos de libre comercio e integración económica, que unen los espacios territoriales económicamente sin modificar la territorialidad de cada Estado, en la solicitud de visas de un ciudadano particular, o en las barreras migratorias a los flujos humanos interestatales.

En este sentido, el estudio de la función del territorio en las relaciones internacionales no puede constreñirse a la visión jurídica clásica que hace hincapié exclusivamente en aspectos como las competencias del Estado sobre su territorio, los dominios territoriales, los modos originarios y derivados de adquisición de territorios o las consecuencias de la guerra en el ámbito de la territorialidad. Todas estas categorías de análisis jurídico son indispensables, pero el territorio y las fronteras tienen una significación mayor que compete a la sociología, la geografía, la economía y especialmente a la esfera de la ciencia social de las relaciones internacionales.

Por esta razón es indispensable un enfoque multidisciplinario del estudio de la territorialidad en las relaciones internacionales, especialmente en una época como la actual en la que se vienen produciendo enormes mutaciones sociales, políticas, económicas y estratégicas que marcan el tránsito de un sistema internacional recientemente disuelto (el sistema

heterogéneo bipolar flexible de la fase final de la guerra fría) hacia uno nuevo, el actual, cuyos contornos definidos aún no es posible precisar, aunque se perfila en términos de constituir un sistema homogéneo unipolar flexible.

Los nuevos desafíos de la función que toca desempeñar a los espacios en la política mundial contemporánea se expresan contradictoriamente entre las tendencias opuestas de la superación de la territorialidad por parte de los mercados y el incremento de las barreras fronterizas en términos sociopolíticos, (aun muros físicos como el que se construye en la frontera estadounidense mexicana), por ejemplo el libre flujo de las migraciones. Se expresa también en el mundo de las ideas, en el languidecer o el debilitamiento de las grandes ideologías políticas de carácter universalista que no reconocen fronteras, y el consiguiente surgimiento o resurgimiento de ideologías nacionales, regionales o culturales referidas casi siempre a valores compartidos solo en estrechas fronteras nacionales o regionales; en la dinámica opuesta de la revolución de las comunicaciones que hace de todos los territorios del mundo un solo espacio para la palabra, la voz o la imagen, y las corrientes xenófobas, racistas y excluyentes del neo conservadurismo europeo y norteamericano.

En fin, en la existencia -por primera vez en la historia- de una sociedad internacional ampliamente organizada con criterios y algunas pautas y mecanismos de gobernanza mundial, y el surgimiento de múltiples conflictos en los que las variables del territorio, el espacio nacional y la frontera siguen movilizand o pueblos en defensa de su identidad y patrimonio.

Estos hechos y tendencias requieren un nuevo examen de la territorialidad como variable política en las relaciones internacionales contemporáneas. Pero más allá de esta tarea difícil y compleja, la experiencia histórica y la realidad de la conducta de pueblos y gobiernos muestran que se pueden extraer algunas tendencias definidas.

La revolución tecnológica actual y su impacto en la creación progresiva de una economía globalizada no significa más que eso. Es decir, la paulatina aunque segura relocalización de los procesos económicos, de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios a escala mundial,

incluyendo la utilización del capital y la mano de obra en esa misma escala planetaria, en función de criterios de competitividad y costos.

Este proceso no implica un cambio dramático en la estructura básica de las relaciones internacionales que son sustantivamente interestatales. Los Estados y el parámetro territorial constituyen los referentes de la liberalización o regulación del mercado internacional y las actividades económicas de las empresas, incluidas las empresas transnacionales, finalmente siempre tienen una base nacional. Por ser transnacional la General Motors o la IBM no dejan de ser empresas norteamericanas que forman parte de una economía nacional y que operan en los mercados de otras economías nacionales.

De lo anterior se deriva algo que es obvio para las potencias, para los países de una dimensión mediana y para aquellos en desarrollo que poseen una base de sustentación nacional consolidada. Independientemente del grado de apertura a las cadenas globales de valor: insertarse en el proceso global maximizando sus beneficios y minimizando o eliminando aquellos aspectos que afectan a sus intereses. Este proceso de inserción en la economía global no es excluyente con la afirmación de la base nacional del Estado y la sociedad. Por el contrario, insertarse eficazmente en la globalización requiere permanencia y consistencia de las políticas económicas nacionales, seguridad jurídica interna y paz social, la no existencia de grandes brechas de pobreza e injusticia social, así como la generación amplia de consensos nacionales.

Requiere también un Estado moderno, ágil, con cuadros capacitados, no corrupto y con servicios especializados para su administración y gestión. Exige la existencia y ejecución eficiente de planes a largo plazo, coherentes, de aplicación sistemática, que compatibilicen los requerimientos del crecimiento y la expansión económica, la seguridad nacional y la política exterior.

Los problemas, aspiraciones e intereses de los Estados vinculados a cuestiones inherentes a su estructura nacional, como las cuestiones de la territorialidad, las fronteras y los límites, o los concernientes a sus relaciones políticas de cooperación o conflicto con vecinos y otros actores internacionales, no solo no desaparecen con la globalización, sino que adquieren nuevos y

complejos desafíos. Por esa razón, el debate electoral norteamericano se centra sobre los intereses de la nación en el frente interno y especialmente en materia de política exterior, por esa misma causa en Europa Oriental, luego de la guerra fría, se desarrolló un proceso de redefinición de las bases nacionales y territoriales de los Estados. La guerra de Bosnia fue una guerra por espacios territoriales en función de etnias y nacionalidades. Por esa misma motivación el futuro de la paz en el Medio Oriente depende de un territorio nacional para la Entidad Autónoma Palestina, de la reintegración territorial del espacio nacional sirio o de la necesidad de Israel de contar con fronteras definidas y seguras con todos sus vecinos.

Por estas mismas razones, el Perú, en momentos en que pugnaba por definir su inserción en la economía global, tuvo que enfrentar entre enero y marzo de 1995 una guerra con el Ecuador. Estas realidades del mundo actual, que son menos simples que las auroras de la apariencia transnacional, significan que las variables del territorio, los límites y las fronteras son factores permanentes de la política internacional y por ende de la política exterior del Perú.

Desde una perspectiva analítica, las variables territorios y fronteras son simultáneamente factores de cooperación (integración, acuerdos de libre tránsito fronterizo, etc.) y de conflicto (tensiones militares, incidentes fronterizos y guerras de origen territorial). En muchos casos la cooperación y el conflicto se presentan de manera simultánea interactuando dinámicamente en torno a un solo proceso internacional.

Por otro lado, ambas variables inciden en la política internacional de manera diferenciada según actúen a nivel del sistema internacional o determinados subsistemas (función del territorio y las fronteras en las macro relaciones internacionales) o en la política exterior de un país determinado (función del territorio y las fronteras en las micro relaciones internacionales). En la perspectiva de un análisis sistémico, el estudio de las variables del territorio y las fronteras en una dimensión micro (la política exterior del Perú) debe tener en cuenta los impactos del sistema internacional y del subsistema interamericano, dimensión macro, en el desarrollo de las negociaciones y conflictos que han configurado la actual fisonomía espacial del Estado peruano.

EL ESPACIO TERRITORIAL Y LA DETERMINACIÓN DE LAS FRONTERAS EN LA POLÍTICA EXTERIOR DE LOS ESTADOS

El estudio de la política exterior de los Estados corresponde a las micro relaciones internacionales y debe también orientarse por un enfoque de teoría política con insumos multidisciplinarios. Se entiende por política exterior las acciones que realiza un Estado para obtener determinados objetivos -previamente diseñados- en sus relaciones con los otros Estados y con las organizaciones multilaterales del sistema internacional. La política exterior además de objetivos y acciones requiere medios de acción y recursos.

Toda política exterior pretende maximizar los impactos positivos de las relaciones con otros Estados o con el sistema internacional, y al mismo tiempo reducir o eliminar los impactos negativos.

Aludiendo a esta connotación, Marcel Merle, define la política exterior como la parte de la actividad estatal que se orienta hacia afuera, es decir que trata, por oposición a la política interna, de los problemas que se presentan más allá de las fronteras (Merle, 1984).

Un problema esencial que plantea la teoría de las micro relaciones internacionales es la relación que existe entre la política exterior y la política interna. Existe al respecto una abundante literatura especializada que marca distintas aproximaciones y valoraciones.

Del debate teórico se derivan tres interrogantes esenciales: ¿la política interior y la política exterior son órdenes del pensamiento y la realidad autónomos?; si por el contrario están interrelacionados ¿la política interior tiende a determinar o influenciar a la política exterior o a la inversa?; y, finalmente, ¿es posible aislar e identificar los criterios de análisis que permitan explicar las interrelaciones entre la política interna y la política exterior?

Las respuestas a estas interrogantes están aún en discusión. Sin embargo, es evidente que considerar a la política exterior de manera independiente de la política interna es un anacronismo conceptual y teórico. Son órdenes estrictamente interrelacionados, más aun se trata en

realidad de dos dimensiones de la vida política. Una, la interna, tiene lugar al interior de los Estados, donde el poder estatal es un centro de imputación de deberes y derechos, es centralizada y quien detenta el poder ejerce legítimamente la autoridad y aplica coercitivamente la ley. La otra, la política internacional, se ejerce en una sociedad descentralizada donde no existe un Estado único, sino una pluralidad de entes estatales, con igualdad soberana, donde ninguno puede ejercer legítimamente el poder sobre los demás. En ese contexto la política interna y externa se implican mutuamente.

No se trata de interacciones mecánicas ni predeterminadas, y no es posible señalar a priori la determinación de la política interna sobre la externa y viceversa, pues ello depende de las circunstancias históricas, de la materia de los problemas, de los actores en juego, de las características de los regímenes de gobierno y de una serie de factores contingentes. Todos ellos susceptibles de identificar y aislar para el análisis situacional y dar previsibilidad a las decisiones que se adopten a partir del diagnóstico.

La invocación de factores propios de la política interna y la política externa para justificar, alentar o inhibir determinadas decisiones o cursos de acción, forma parte también de las decisiones que adoptan los gobiernos.

Es usual recurrir a los problemas, desafíos y presiones externas para resolver problemas internos y, *contrario sensu*, remitirse a los problemas de la política interna para justificar determinadas acciones de política exterior. En todo caso, esta doble vía de utilización de “lo externo” y “lo interno” no hace sino confirmar las mutuas interrelaciones y auto implicancias de estos dos órdenes de la actividad política.

Las interacciones entre la política interna y la política exterior tienden a intensificarse cuando se trata de cuestiones vinculadas al territorio, las fronteras o la identidad nacional.

Con relación a la variable territorio, esto se expresa en el régimen constitucional que tienen todos los Estados respecto a su territorio. En los ordenamientos constitucionales, por regla general, se regulan las cuestiones relativas a la soberanía terrestre, aérea y marítima en relación con el territorio y el espacio nacional, sobre las negociaciones territoriales con otros Estados, regímenes de intangibilidad del territorio o normas que condicionan su

cesión, venta o permuta, así como sobre la negociación de los tratados de límites y los regímenes fronterizos (política exterior) que usualmente están supeditados a aprobación por parte del órgano legislativo (política interna). Esta esfera de las relaciones entre la política interna y la externa en torno a la territorialidad y los asuntos de fronteras, de neto carácter jurídico, se complementa con las previsiones de la defensa nacional que por su propia naturaleza están referidas al territorio, las fronteras y la soberanía aérea y marítima.

En la mayoría de los regímenes de gobierno la política exterior es un asunto propio y de responsabilidad del ejecutivo. Sujeto a un relativo y limitado control del legislativo, que justamente se refiere sustantivamente a las cuestiones territoriales y de fronteras que tienen relación con el ejercicio de la soberanía nacional, la defensa, las declaraciones de guerra y las negociaciones de paz.

No existe una esfera de las actividades del legislativo en las que usualmente esté más facultado para ejercer un control de la política exterior desarrollada por el ejecutivo, que la referida a las cuestiones territoriales y fronterizas con connotación en el ejercicio de la soberanía nacional. En muchos casos, por ejemplo, determinadas decisiones de política exterior que atañen a la territorialidad son sometidas a plebiscito, como los ocurridos en Noruega, Dinamarca y Suecia para integrarse o no a la Unión Europea. En otros casos se han pactado plebiscitos para la autodeterminación nacional, que es una opción también territorial (Namibia, Islas Comores, Sahara Español y el Quebec). En otros, se han pactado plebiscitos para determinar la pertenencia de ciertos territorios o poblaciones a uno u otro país como consecuencia de guerras y ocupaciones militares (el plebiscito contemplado en el Tratado Peruano Chileno de 1883).

Tanto en las democracias desarrolladas como en las del mundo en desarrollo, la participación de los partidos políticos, de las fuerzas sociales y económicas y de los medios de comunicación en los asuntos de política exterior es creciente, aunque su influencia real en el proceso de toma de decisiones sea muy desigual o limitada (quizá con la excepción de los medios de comunicación por su condición de ser vehículos de formación de opinión pública). Así por ejemplo, es escasa la influencia de estos actores

no estatales internos en una negociación sobre el terrorismo internacional o sobre una reducción arancelaria de los granos de café. Aunque por razones de la existencia de una mayor articulación entre la sociedad civil y el Estado, en los países industrializados siempre existe una tendencia a que la política exterior no tenga una autonomía absoluta de los actores internos con intereses en los procesos internacionales de que se trate.

La situación cambia cuando se trata de cuestiones territoriales o de fronteras vinculadas a la soberanía estatal o la delimitación territorial o marítima, tanto en unos países como en otros, especialmente en aquellos en vía de desarrollo donde el territorio posee una fuerza decisiva en la determinación de la conciencia nacional, la sensibilidad y participación de los actores no estatales es intensa. Es posible establecer un axioma de política internacional según el cual cuando más sensible para la conciencia nacional es un tema de negociación territorial o de delimitación fronteriza, mayor será la participación y la injerencia de los actores internos estatales y de la sociedad civil (legislativo, cortes de justicia, tribunales de garantías constitucionales, gobiernos locales, partidos y movimientos políticos, organizaciones patrióticas, universidades, movimientos regionales, sindicales, etc.).

Las decisiones de la política exterior sobre el territorio y el ejercicio de la soberanía nacional son las que tienen los mayores riesgos de costos internos. Esta realidad, sin embargo, no debe aconsejar el no enfrentarlos porque, en determinadas coyunturas, la política de la no acción puede ser aun más riesgosa. Se trata entonces de abordarlos haciendo una evaluación lo más rigurosa posible.

Abordar la solución de una cuestión territorial requiere en el proceso de decisiones una labor analítica, muy objetiva, dirigida a establecer: 1) los términos de referencia reales del problema; 2) los términos de referencia políticos que tienen que ver con una valoración de las correlaciones de fuerza a nivel interno y externo, en este último caso teniendo en cuenta los factores diplomáticos, militares, económicos y de información; 3) las alianzas existentes y posibles; 4) las características de la situación negociadora; 5) los elementos constitutivos básicos de una estrategia de negociación, en sus aspectos estratégicos y tácticos, que tenga en cuenta necesariamente los factores internos y externos que incidan en ella.

Las negociaciones territoriales o fronterizas, especialmente las vinculadas a la definición de los límites, a su ejecución sobre el terreno o a la atribución de la soberanía territorial o marítima, tienen características propias en relación con su naturaleza, la disposición y la voluntad negociadora, las fases del proceso negociador, el uso de las políticas de poder o fuerza, la utilización de los diferentes componentes del poder nacional y la política de concesiones. Esta especificidad se deriva, en primer lugar, del hecho de referirse a cuestiones que atañen a la soberanía e integridad territorial del Estado y que, por ende, afectan a intereses nacionales primarios. En segundo lugar, porque el margen de gestión de la negociación por parte exclusiva del ejecutivo se reduce por la activación de los controles legislativos de la política exterior y por la emergencia de controles políticos y sociales a nivel de la sociedad civil, al tratarse de una cuestión que afecta a todos los sectores de la nación. En tercer lugar, porque la libertad de los negociadores para adoptar decisiones y realizar concesiones es muy reducida. Y, en cuarto lugar, porque no pueden ser negociaciones con resultados de suma cero -un actor gana el 100% que pierde el otro- sino de suma relativa, donde las ganancias y pérdidas deben repartirse entre las partes.

Estas características singulares de la negociación de los límites territoriales o marítimos, otras cuestiones territoriales como la demarcación fronteriza, y por supuesto en los casos de la atribución de la soberanía territorial o marítima se expresan desde el punto de vista técnico y político en lo que se puede denominar como las especificidades de las negociaciones relativas a la soberanía nacional.

LA ESPECIFICIDAD DE LAS NEGOCIACIONES RELATIVAS A LA SOBERANÍA NACIONAL Y A LAS CUESTIONES TERRITORIALES

A. La naturaleza sociológica y política de la negociación territorial

Con relación a la naturaleza sociológica y política de la negociación que supone la capacidad de las partes para llegar a una solución del conflicto, la negociación territorial tiene como especificidad, por la naturaleza del objeto en disputa, la enorme dificultad de las partes de realizar directamente

concesiones que resuelvan la confrontación de intereses. Primero porque en la negociación territorial la distribución de pérdidas y ganancias tiende a ser lo que se denomina en la teoría de los juegos de estrategia un “resultado de suma cero o nula”, donde todo lo que pierde una parte lo gana la otra, y viceversa. Resultados de esta naturaleza difícilmente son aceptados por una de las partes como producto de la negociación directa, pues la sensación de fracaso o derrota podría ser muy grave para los negociadores y para el gobierno. Y si estas tienen lugar, lo más probable es que existan enormes dificultades para legitimar las negociaciones en el frente interno, incluyendo el procedimiento de aprobación parlamentaria que puede dejar sin efecto la negociación realizada por el ejecutivo. En el caso peruano, existen muchos ejemplos de estas negociaciones en las que no se realizó una evaluación adecuada de la situación negociadora y se pactaron concesiones extremas que finalmente fueron reprobadas por el control parlamentario y la opinión pública. Se citan solo dos ejemplos, uno del siglo pasado y otro del presente siglo:

- 1) El Tratado García Herrera con el Ecuador, suscrito el 2 de mayo de 1890, a través del cual el Perú se apartó de la lógica del derecho para buscar una transacción política que concedía al Ecuador los territorios de Quijos y Canelos, así como gran parte de Maynas, especialmente en la región del Napo. Extendiendo la soberanía ecuatoriana hasta las riberas del Marañón entre las bocas del Chinchipe y del Pastaza. El congreso peruano determinó que los resultados de esta negociación, llevada a cabo por el ejecutivo, eran naturalmente inaceptables y no aprobó el proyecto de tratado. Al no ser aprobado por el congreso, el texto negociado por el ejecutivo nunca tuvo validez. Pero el congreso fue más allá pues modificó unilateralmente su texto, reintegrando al territorio nacional la parte baja de los ríos Santiago, Morona y Pastaza, dejando así el Marañón bajo la total soberanía del Perú y rectificando de manera similar la línea en la zona del Napo y el Putumayo. Con el texto modificado lo aprobó en 1891. Con esta acción el congreso eliminó toda posibilidad que el ejecutivo pueda renegociar el texto. El congreso ecuatoriano rechazó las modificaciones y en 1894 retiró la aprobación que había otorgado al texto inicial. Todo el proceso volvió a foja cero.

2) La Convención de Lima negociada por el ministro de relaciones de exteriores del Perú, Oscar de la Puente y su homólogo chileno, Enrique Silva Cimma, suscrita el 11 de mayo de 1993. Las negociaciones directas en este caso se efectuaron sin tener en cuenta la naturaleza jurídica, sustantiva y procesal del problema, así como reglas básicas de la negociación. Especialmente la evaluación de la situación negociadora y la identificación de las materias a negociar. Con relación al primer punto, no se evaluó adecuadamente la capacidad de influencia de los actores políticos internos; y, en el segundo caso, parecería ser que no hubo una clara definición jurídica de la naturaleza de los temas pendientes en la aplicación del Tratado de 1929. Por esa razón probablemente se consideraron las obligaciones pendientes en torno al muelle y al ferrocarril como un problema de naturaleza jurídica propia del derecho privado, primando un enfoque del derecho de las obligaciones, que desnaturalizaba no solo los intereses peruanos sino que modificaba las disposiciones del propio Tratado de 1929.

Los derechos otorgados a favor del Perú (muelle, ferrocarril y canales del Maure y del Uchusuma) y a los que se refería la expresión obligaciones pendientes, son de derecho internacional público, y su naturaleza jurídica corresponde a la figura de la servidumbre internacional, que conlleva necesariamente una transferencia en favor del Estado peruano de determinadas funciones jurisdiccionales inherentes a la soberanía chilena sobre el territorio de Arica en dichas áreas (Ulloa, 1954). Una vez que el debate interno en torno a las Convenciones de Lima permitió esclarecer las características de la negociación, y estando las Convenciones en el congreso de la República para su aprobación, el ejecutivo en acertada decisión retiró el pedido de aprobación respectiva, con lo cual no se perfeccionaron. Quedaron sin validez.

B. La disposición y la voluntad negociadora

La disposición y voluntad de negociar de buena fe como principio básico para el posible éxito de todo proceso negociador, tienen en el caso de las cuestiones territoriales, de límites o de demarcación fronteriza un significado especial con relación a otras negociaciones.

En muchas materias de la negociación, las económicas, comerciales, de propiedad, políticas, diplomáticas, etc. la voluntad de negociación puede ser cierta y consistente, pero también solo un artificio en la medida que un Estado utilice la apertura del proceso negociador como un factor exclusivamente táctico. Sea para ganar tiempo, sea para proyectar una determinada imagen para procesar una situación interna, o para fortalecer su capacidad negociadora en otra negociación simultánea que sí concentre su voluntad política. En otras palabras, muchas veces se utiliza la negociación como un factor diversionista o táctico y, en esas hipótesis, la voluntad de negociar solo es figurada.

Tratándose de negociaciones territoriales que engloban aspectos de soberanía, estas actitudes, corrientes en otras negociaciones, usualmente no se adoptan porque pueden tener costos muy elevados.

En primer lugar, todo proceso de tensión militar o fronterizo siempre conlleva un riesgo de enfrentamiento armado por más localizado que este sea y, en ese contexto, iniciar negociaciones sin la voluntad de llevarlas a cabo puede producir necesariamente el fracaso de estas y acarrear un acrecentamiento de la tensión y del conflicto.

En segundo lugar, iniciado el proceso negociador y establecida la imposibilidad de llegar a acuerdos por falta de voluntad política, la ruptura del proceso siempre tendrá costos políticos y diplomáticos cuyas consecuencias deben analizarse y evaluarse detenidamente, pues normalmente se puede generar crisis político-diplomáticas con efectos internos y externos.

En tercer lugar, cuando se inicia un proceso de negociación territorial siempre entran en juego intereses de terceros países, especialmente de las potencias regionales o globales, y si estas comprometen el desarrollo de la negociación como un objetivo de su propia política exterior, puede darse el caso que por las presiones existentes el Estado que inició la negociación sin la voluntad política de concluirla ya no pueda detenerla y pagar los costos de una negociación no debidamente preparada.

Víctor Andrés Belaúnde tenía esa apreciación de las negociaciones peruano-colombianas que culminaron con la cesión territorial de la provincia peruana de Leticia a Colombia. Belaúnde pensaba que Leguía “estaba

negociando con Colombia para paralizar cualquier posible intriga chilena durante o después de la Conferencia de Washington, y que su intención era no llegar a ningún acuerdo” (St. John, 1950).

Por regla general, cuando un Estado decide abrir un proceso negociador que implica cuestiones territoriales o de soberanía, para tener control sobre el proceso y defender de la mejor manera sus intereses, debe seguir algunas reglas básicas. No abrir el proceso si no están previamente identificados sus intereses. Tener también muy bien establecidas pretensiones máximas y mínimas. Lo que en teoría de la negociación se conoce como el maximax (posición) y el minimax (elementos). En el rango entre estos dos niveles toda solución en principio será aceptable. Debajo del minimax la negociación ya es onerosa y normalmente el Estado concernido no aceptará una conciliación en ese nivel. Salvo que factores internos o externos así lo determinen.

C. Las fases del proceso negociador y las políticas de poder, fuerza y concesiones en las negociaciones territoriales

En lo que concierne a los otros elementos generales de la negociación, es decir las fases del proceso negociador, la utilización de instrumentos de poder y fuerza y los términos de la política de concesiones, las negociaciones territoriales también tienen características singulares.

En torno al proceso negociador, la elaboración del catálogo de cuestiones objeto del litigio o del diferendo debe conllevar una rigurosidad no necesariamente requerida en otro tipo de negociaciones. Cuando se trata de una disputa de territorios o divergencias sobre el trazado de fronteras, el catálogo de posiciones nacionales de cada una de las partes debe ser exhaustivo, con un sustento jurídico sustantivo y procesal lo más elaborado posible. Es muy aconsejable, asimismo, tener el mayor conocimiento e información sobre la posición de la parte contraria y las argumentaciones jurídicas y técnicas dirigidas a demostrar la ausencia de fundamento o racionalidad de dichas posiciones.

Sin embargo, la argumentación dirigida a debilitar o restar sustentación a las posiciones de la contraparte nunca debe llevarse al extremo de desfigurar su naturaleza o sus elementos constitutivos reales. Es determinante para el

resultado final de la negociación conocer, a través de información fidedigna y análisis que requieren un gran esfuerzo de objetividad, con la mayor exactitud posible, las reivindicaciones de la otra parte y no confundir lo accesorio con lo principal.

Este discernimiento permite desde la primera fase de la negociación tener una aproximación real sobre las pretensiones de la contraparte que, por lo general, no van a corresponder o se van a alejar considerablemente de las propias posiciones nacionales. Ambas posiciones, por presentar los términos de referencia globales de la negociación, usualmente reflejarán posiciones de máxima y aun más de “carácter negociador”, es decir formulaciones que ambas partes *ab initio* no aceptarían. De allí la importancia de su sustentación, pues cuanto sean más creíbles y consistentes, más impacto negociador tendrán. Por estas razones, el primer efecto que se crea con la formulación de las posiciones iniciales será el de un gran distanciamiento entre las partes, inclusive el de la presencia de un aparente o real conflicto irreconciliable de intereses. Sin embargo, como las negociaciones territoriales son de naturaleza jurídica, existen límites razonables para la identificación de las posiciones de máxima. Reivindicaciones extremas sin sustento jurídico pueden ser en ese sentido contraproducentes.

Si las negociaciones son secretas, reservadas o confidenciales, esta exposición de los puntos de máxima pueden ser más flexibles por aplicación del principio de “economía de la negociación”, pero si son públicas por presión de los factores internos (opinión pública, partidos políticos, grupos de presión, instituciones nacionales, etc.) tenderán a formularse en el punto de mayor legitimidad interno y de mayor contradicción con la contraparte. La negociación secreta cuando no es conducida adecuadamente puede impedir un eficaz manejo de fuentes y antecedentes políticos y jurídicos, y privar a los negociadores de criterios o conocimientos adicionales. Así, por ejemplo, las evidencias disponibles parecen indicar que en las negociaciones secretas del Tratado de 1922 entre el Perú y Colombia, realizadas por el presidente Augusto B. Leguía y el ministro de Colombia Fabio Lozano, no se utilizaron adecuadamente los antecedentes documentales existentes en el Archivo de Límites, ni el gobierno pudo contrastar las posiciones que manejaba con el sentimiento de la opinión pública nacional (St. John, 1950, p. 239).

La negociación reservada o secreta, al mismo tiempo, presenta bondades insustituibles para tratar conflictos territoriales o nacionales en los que el inicio de las negociaciones o su desarrollo tienen lugar en un ambiente de confrontación extrema que las dificultaría enormemente si se efectuaran públicamente. El caso de las negociaciones palestino-israelíes es una expresión importante de la vigencia de las negociaciones secretas. La naturaleza secreta de las negociaciones se refieren a la no publicidad durante el proceso negociador. Obviamente, al final del proceso, o en cada fase, según cada caso, deben hacerse públicos los resultados.

LAS CONCESIONES

A partir de estas formulaciones de principio, el proceso negociador conlleva un ejercicio de concesiones mutuas que en el caso de las negociaciones territoriales es muy complejo y limitado. Normalmente las partes efectuarán sus concesiones en el contexto de la regla de defender lo principal y conceder en lo accesorio.

Pero si en este punto inicial de transacciones no se consagra el acuerdo, o la correlación de fuerzas bilaterales no produce una concesión “principal” de una u otra de la partes, entonces las probabilidades de bloqueo o crisis de la negociación pueden ser muy altas.

La política de concesiones corresponde finalmente a los órganos de decisión central de los Estados (presidencia de la República, ministerios de relaciones exteriores, consejos nacionales de defensa o de asuntos externos, consejos de ministros), pero los negociadores que proyectan sus instrucciones sobre la mesa de negociaciones juegan un papel central.

Un mal negociador puede no saber generar puntos de transacción favorable, no “leer” bien los términos de la negociación, o no defender adecuadamente los aspectos no negociables de la posición nacional de su país. Un buen negociador puede incluso en determinadas coyunturas realizar acuerdos aparentemente imposibles. Las negociaciones territoriales tienen la particularidad de acrecentar las diferencias entre “negociadores duros” y “negociadores blandos” aun al interior de cada delegación

nacional. Por ello es muy aconsejable en este tipo de negociaciones que el gobierno central, sin restar a los negociadores la libertad de movimiento que requieren, pueda asegurar de manera sistemática la información y la evaluación pormenorizada de la situación negociadora. Es indispensable asegurar que las instrucciones respondan a la dinámica del proceso negociador, así como para que los aspectos principales de la posición nacional puedan resguardarse más allá de la multiplicidad de fórmulas jurídicas, idiomáticas o situacionales que de hecho emergen en todo proceso negociador intenso.

Las concesiones deben producir resultados de suma no nula, es decir aquellos en que las dos partes resultan ganadoras, probablemente no en la misma proporción, pero donde ninguna pierda el 100% de los intereses en juego. Si el equilibrio o el relativo equilibrio de las concesiones no es posible de obtenerse en las materias sustantivas de la controversia, muchas veces se buscan concesiones externas, es decir en otras áreas de la relación bilateral o en otros aspectos de la vinculación fronteriza, para encontrar así un punto de equilibrio básico. Es muy rara una negociación territorial o de soberanía con un resultado de suma nula, donde una parte pierde el 100% y la otra gana el 100%. Las ha habido en la historia, pero son excepcionales. La negociación de los límites del Perú con Colombia, en la que el Perú cedió la provincia de Leticia, es un ejemplo que se acerca a esta hipótesis.

LOS INSTRUMENTOS DEL PODER NACIONAL

La utilización de los instrumentos del poder en la negociación territorial se diferencia también del resto de negociaciones internacionales por comprender como factores de la negociación todas las posibilidades de ejercicio del poder y la potencia nacional. Entre los principales tenemos a los elementos de poder diplomático inherentes a la negociación como la argumentación y la persuasión, pero estos siempre están vinculados a factores asociados al poder económico, político y al potencial militar e, inclusive, en determinadas coyunturas a la amenaza o al uso de la fuerza. Estos factores de poder inciden normalmente en términos pasivos como un dato de la realidad a tomar en cuenta, pero en cualquier momento de la tensión pueden

tornarse activos a través de movilizaciones militares, maniobras, amenazas, exhibición o compra de armamento, etc.

El principal factor de poder pasivo que de alguna manera condiciona la negociación territorial es la correlación de fuerzas militares y político-diplomáticas que, obviamente, pueden no coincidir con la razón jurídica de una u otra de las partes. En 1922 cuando se llegó a un impase crítico en las relaciones entre el Perú y Chile respecto a la convocatoria del plebiscito previsto en el Tratado de 1883 para determinar el destino final de las provincias de Tacna y Arica, la razón jurídica estaba de parte del Perú pero la correlación de fuerzas político-diplomáticas no lo estaba en la misma medida.

A invitación de los Estados Unidos, representantes de ambos países suscribieron en Washington el Protocolo del 20 de julio de 1922 y su Acta Complementaria, a través de los cuales acordaron someter la controversia al arbitraje del presidente de los Estados Unidos.

El Perú sostenía que el plebiscito ya no se podía realizar treinta años después, pues la política de chilenización por la fuerza de las poblaciones de Tacna y Arica había variado totalmente las condiciones originales existentes. Sobre la razón jurídica de esta posición y las perspectivas del arbitraje, independientemente si los términos pactados fueron los más favorables o no al interés nacional, Alberto Ulloa ha señalado que el Perú "...ostentaba un derecho de tal manera completo, una situación tan definida y tan limpia, una tesis de un vigor jurídico y de un ambiente moral tan elevados, que estaba justificado al esperar que cualquier árbitro en cualquier momento tenía que serle favorable" (Ulloa, 1977, p.316).

Lamentablemente, la "altura" de los argumentos políticos, jurídicos y morales no son parte de las realidades de las relaciones internacionales como estructuras del poder. Y en ese sentido la posición peruana, en general, y los términos negociados en Washington, en particular, no siguieron principios básicos del realismo en materia de política exterior. El presidente Calvin Coolidge falló en contra de la tesis peruana ordenando la realización del plebiscito. El fallo fue recibido en el Perú con una enorme frustración y un vivo sentimiento nacional de afrontar una injusticia.

Así, Alberto Wagner de Reyna ha escrito en el sentido que “si el Protocolo Porras-Aldunate significó una concesión recíproca, el laudo del presidente americano fue un triunfo de Chile; se declaraba posible el plebiscito, se desestimaban los argumentos jurídicos del Perú y las violencias en perjuicio suyo y de sus ciudadanos de Tacna y Arica.

Las condiciones del plebiscito eran también favorables a Chile, pues podían votar los residentes peruanos y chilenos con dos años de permanencia en carácter particular en la zona” (Wagner de Reyna, 1961, p.136). En este caso los “decision makers” peruanos no realizaron una evaluación adecuada de las correlaciones de fuerza, sobreestimando una valoración eminentemente jurídica y subestimando el enfoque político que finalmente es el que explica las realidades de la política internacional, desde las perspectivas del poder. En el caso del Protocolo de Río de Janeiro de 1942, que resolvió el problema de límites con el Ecuador, la situación fue la inversa. La diplomacia peruana utilizó todos los factores del potencial nacional para realizar una negociación de enfoque integral, que permitió con éxito establecer los límites fronterizos entre los dos países.

TIPOS DE NEGOCIACIÓN TERRITORIAL Y MÉTODOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Otro aspecto del proceso negociador relevante en el caso de las negociaciones territoriales es el de su formato desde la perspectiva de los participantes. Usualmente las partes prefieren negociar directamente entre ellas, o directamente pero con la participación de terceros como amigos compondores o en el ejercicio de sus buenos oficios. Estas opciones tienen una vinculación directa con el método de solución pacífica de controversias que las partes pueden elegir dentro de las distintas alternativas que ofrecen la práctica negociadora y el derecho internacional. Los medios de solución pacífica de controversias comprenden dos grandes métodos: la negociación diplomática y la función jurisdiccional.

Normalmente, como señala el jurista francés Tran Van Minh (Minh, 1980), los Estados históricamente presentan una marcada desconfianza o reticencia a aceptar medios jurisdiccionales. Esto porque dada la importancia

de la materia de las disputas, el territorio o el trazado de las fronteras, los Estados -aunque no en todos los casos- prefieren mecanismos de negociación diplomática en lo que tengan una participación directa en el curso de los acontecimientos. En los medios jurisdiccionales, efectivamente, los Estados ponen los asuntos contenciosos al arbitrio de una voluntad ajena cuya decisión se comprometen a aceptar obligatoriamente. Y dejar al criterio de un árbitro de un tribunal internacional o de la Corte Internacional de Justicia las diferencias territoriales, renunciando a cualquier participación directa -más allá de la presentación de alegatos o pruebas- no ha sido la norma sino la excepción en las negociaciones de carácter territorial. Largamente se han preferido los medios propios de la negociación diplomática que otorga a los Estados un mayor control de las situaciones y especialmente mayor seguridad, entre ellos las negociaciones directas, las opiniones técnicas, la conciliación y la mediación. Sin embargo, agotados los medios diplomáticos o las negociaciones directas, solo queda la vía jurisdiccional. Por esta razón, tanto la Corte Internacional de Justicia, como los tribunales arbitrales, para ejercer sus competencias jurisdiccionales obligan, en sus estatutos o tratados constitutivos, a que los Estados agoten previamente la posibilidad de llegar a una solución a través de las negociaciones diplomáticas.

LAS NEGOCIACIONES DIRECTAS O NEGOCIACIONES DIPLOMÁTICAS

Las negociaciones directas, ha señalado Maurice Bourquin (Bourquin, 1960), constituyen el procedimiento “más natural y desde cierta perspectiva el mejor. Sin ir tan lejos de decir que un mal arreglo es mejor que un buen proceso jurisdiccional, es necesario reconocer que una solución amigable de la controversia ofrece generalmente ventajas que no se encuentran bajo otros procedimientos”.

La expresión de Bourquin es correcta en la medida que, efectivamente, las negociaciones directas son más propicias para el arreglo de las controversias territoriales, pero no porque los Estados prefieran un “mal arreglo” frente a un “buen juicio”. En este tipo de negociaciones ningún Estado busca un mal arreglo, todos pugnan por el mejor y más ventajoso arreglo. Y es precisamente

por esta razón que se prefiere el trato directo porque es el único que ofrece a los Estados garantías amplias, incluyendo la de no aceptar un acuerdo que lesione sus intereses. Un arreglo por negociación directa puede ser más difícil, más lento, más complejo y demandar mayores esfuerzos nacionales de negociación y acción diplomática, pero al mismo tiempo puede ser el más efectivo y seguro, pues la concertación de dos voluntades libres es la mayor garantía de la permanencia y consistencia del resultado de la negociación.

Esta preeminencia de las negociaciones directas no solo responde a gran parte de la práctica histórica de los arreglos territoriales, de límites o de demarcación fronteriza, sino que han sido privilegiados, asimismo, por el propio derecho internacional, ya que las convenciones y tratados internacionales normalmente otorgan prioridad al trato directo frente a otras alternativas de la solución pacífica de controversias. Son los casos de las cartas de la Organización de Estados Americanos (OEA), de la Organización de la Unidad Africana (OUA) y de las propias Naciones Unidas.

Asimismo, los Estados en sus prácticas diplomáticas vinculadas a las convenciones y tratados bilaterales de límites o fronteras han privilegiado la negociación directa como el principal medio de solución de controversias. Es el caso, en el Asia, por ejemplo del Tratado de Delimitación entre la China y Nepal del 5 de octubre de 1961, o en el África, del Tratado de Cooperación y Amistad entre Nigeria y Túnez (Queneudec, 1961). Ha sido también la práctica corriente en América Latina. Y por excelencia la práctica jurídica mayoritaria de la diplomacia peruana.

La ejecución de las obligaciones pactadas siguen por regla general fórmulas mixtas, con una primera fase de trato directo y una segunda de dirimencia jurisdiccional. Con la excepción del arbitraje del presidente de la República Argentina en el caso de la frontera con Bolivia y la delimitación marítima con Chile, todos los demás arreglos limítrofes convencionales del Perú con Chile, Colombia, Brasil y Ecuador se han negociado y concluido a través de plurales modalidades del trato directo.

La negociación diplomática como medio de solución pacífica de las controversias de límites está consagrada, asimismo, en las previsiones procesales de algunos tratados de límites.

Es el caso del Protocolo de Paz, Amistad y Límites de Río de Janeiro, suscrito con el Ecuador el 29 de enero de 1942. El artículo VII establece que cualquier duda o desacuerdo que surgiera sobre su ejecución deberá ser resuelto por las partes con el concurso de los representantes de los países garantes. Es claro el establecimiento de la negociación o consulta directa como mecanismo de soluciones de controversias dentro de la estructura jurídica del proceso demarcatorio para llevar al terreno la línea de límites establecida en el Protocolo de Río. El concurso de los garantes debe entenderse como su participación amistosa con base en la solicitud de una o de las dos partes.

La práctica procesal de ejecución del Protocolo así lo ha confirmado durante todo el proceso demarcatorio. Tanto en las campañas demarcadoras del sector oriental como del sector occidental. Las diferencias de opinión o interpretación, dudas o criterios distintos u opuestos respecto del trazo de la línea sobre el terreno se resolvieron siempre en una primera instancia por el trato directo exclusivo, especialmente por parte de los propios presidentes de las comisiones demarcadoras. Solo en el caso de no encontrarse las soluciones a través del trato directo exclusivo se recurrió al trato directo ampliado con el concurso de los países garantes. Este último procedimiento dio origen a los buenos oficios y a la conciliación del canciller Aranha y al peritaje técnico de Díaz de Aguiar, a los que las partes otorgaron el carácter de cosa juzgada tornando sus dictámenes en obligaciones convencionales. Este mismo mecanismo se utilizó para resolver los impases demarcatorios subsistentes, a través de la negociación y suscripción del Acta de Brasilia, el 26 de octubre de 1988.

El Tratado de 1929 con Chile establece una fórmula mixta, las controversias sobre su ejecución son resueltas por las partes a través del trato directo, pero si ello es imposible se establece la instancia decisoria del arbitraje del presidente de los Estados Unidos (Art. 12).

El arreglo directo normalmente puede ser objeto de un tratamiento más amplio, siempre en el ámbito de la negociación diplomática, abierto a la participación de un tercer país o de terceros países que ayudan y cooperan con las partes a través de acciones de buena voluntad que pueden adoptar la forma de buenos oficios, conciliación o incluso mediación.

El trato directo de esta manera presenta dos modalidades, la restrictiva donde solo negocian por lo menos formalmente las partes involucradas, y el trato directo ampliado donde las partes cuentan con la acción conciliadora o mediadora de uno u otros países interesados. La modalidad restrictiva, como ya se señaló, presenta la dificultad que por tratarse de intereses nacionales territoriales difícilmente los Estados de *motu proprio* están dispuestos a realizar concesiones importantes. Por esta razón, la modalidad ampliada es la más usual y la que ha sido utilizada con mayor frecuencia en la solución de disputas territoriales o fronterizas. Son escasos los casos de solución obtenida a través del trato directo restringido, como el Tratado de 1992 negociado en secreto por el Perú y Colombia.

El trato directo ampliado ofrece por lo menos tres ventajas adicionales. En primer lugar, la base de sustentación política de la negociación se amplía a otros Estados normalmente de importancia para la relación bilateral de las partes y de igual o mayor dimensión desde la perspectiva del poder político, militar y económico. En segundo lugar, desde el punto de vista de la técnica negociadora, se asocia a la negociación a un tercero o a varios terceros que pueden jugar el papel de limar asperezas, presentar formas alternativas de conciliación, e incluso ejercer presiones para forzar de alguna manera la negociación. Estos elementos de la participación de terceros asociados al trato directo corresponden a las figuras de la conciliación o los buenos oficios. Si se trata de una mediación el asunto ya varía cualitativamente, pues el mediador tiene la facultad otorgada por las partes de presentar fórmulas de entendimiento, de promover su aceptación y de jugar un papel mucho más activo en la negociación.

En no pocos casos los medios diplomáticos están asociados a la participación de un soberano extranjero como árbitro para resolver las controversias, allí donde las partes no hayan podido hacerlo. Las partes convienen, en ese sentido, aceptar el fallo arbitral y normalmente definen de manera previa y muy minuciosa las competencias del árbitro y las materias objeto del arbitraje. Casos históricos son el arreglo de la guerra del Chaco, resuelto el 9 de julio de 1938 por un tratado bilateral y un arbitraje -pactado en el tratado- de Argentina, Brasil, Chile, Perú, Estados Unidos y Uruguay sobre la franja territorial de la frontera extendida desde el río Pilcomayo

hasta el río Paraguay; y el arreglo de límites del Perú con Bolivia, resultado de negociaciones diplomáticas entre los dos países y el laudo arbitral de 1909 del presidente de la República Argentina.

Se han dado casos también de arreglos directos con una participación no arbitral sino de discretos buenos oficios y presiones de un mandatario extranjero, como por ejemplo el Acuerdo de Tashkent, del 10 de enero de 1966, que estableció una solución provisional al conflicto fronterizo indio-pakistaní sobre el territorio de Cachemira, el mismo que se pactó con la participación informal y discreta de la entonces Unión de Repúblicas Soviéticas (ONU, 1966).

No es de extrañar que los Estados prefieran el arreglo directo o las soluciones diplomáticas en sus distintas modalidades a las posibilidades ofrecidas por la instancia jurisdiccional. Esto es particularmente notable en el caso de los países de África, Asia y América Latina que han recurrido de manera muy excepcional a la Corte Internacional de Justicia para resolver sus contiendas territoriales, no así las de soberanía marítima.

La base es una desconfianza que se deriva de la sensibilidad nacional y política que presentan los temas territoriales. Por ello, “cuando la integridad territorial está en juego, la desconfianza de los Estados se traduce acumulativamente en reticencia para someter a decisiones obligatorias adoptadas sin su participación por una instancia jurisdiccional que puede otorgar por su decisión un título a la contraparte” (Minh, p.56).

En el caso particular del Perú, la determinación de sus límites territoriales ha excluido la instancia jurisdiccional obligatoria, salvo el arbitraje con Bolivia. Ningún caso ha sido sometido a la Corte Internacional de Justicia. Desde una perspectiva del discurso internacional, ha mantenido con bastante consistencia una posición a favor del arbitraje, aunque su experiencia en el Laudo Coolidge haya sido traumática para la conciencia nacional del momento.

La soberanía marítima es una materia singular. Muy contemporánea, prácticamente data de la década de los 80, en la que la Convención del Mar atribuyó a los Estados soberanía y jurisdicción hasta las doscientas millas. A partir de esta atribución de la soberanía marítima recién se intensifican

las controversias por la delimitación marítima de los Estados cuyas zonas marítimas se superponen. En estos casos el recurrir a la Corte Internacional de Justicia ha sido muy común porque la naturaleza jurídica de las normas de delimitación implican una línea que debe incorporar un resultado equitativo. La equidad *infra legen* de la norma delimitadora dota a los Estados de una percepción más asequible para resolver este tipo de controversias en el ámbito jurisdiccional.

Un último aspecto relevante de los componentes territoriales y fronterizos de la política exterior de los Estados está relacionado con las dinámicas de cooperación y conflicto que se desarrollan en torno a ellos.

De alguna manera al tratar los medios pacíficos de solución de las controversias territoriales y limítrofes se ha tocado el tema de la dinámica de la cooperación y el conflicto. Los medios pacíficos en realidad abordan las dos dinámicas, pues son providencias cooperativas para solucionar conflictos o tensiones. Sin embargo, es necesario hacer una apreciación específica sobre la cooperación y el conflicto en el ámbito de las cuestiones territoriales y de fronteras.

La dinámica de la cooperación es sustantiva pues comprende, por un lado, la potencialización de las condiciones de desarrollo económico y social de las propias poblaciones de frontera y, por otro, políticas de relacionamiento interfronterizo que en la época actual de la globalización económica tienden a tres objetivos básicos: 1) la libre circulación de bienes, servicios y personas a través de regímenes globales o regímenes específicos de carácter fronterizo; 2) la complementación económica a través de servicios mutuamente utilizados (por ejemplo, la utilización de la energía eléctrica de un país para satisfacer las necesidades de la zona fronteriza del país vecino, el aprovechamiento compartido de las aguas de ríos o lagunas, etc.); 3) la integración de las áreas de fronteras con regímenes comunes de liberalización de bienes, servicios y fronteras (el régimen de la Unión Europea).

Estas modalidades de la cooperación fronteriza puede ser, a su vez, institucional o autogenerada. Es institucional cuando está en el marco de la escena oficial, políticas de Estado a Estado, a través de acuerdos

jurídicos o políticos específicos, contando para el efecto con órganos ad hoc como comisiones mixtas, comisiones de vecindad, u órganos de naturaleza binacional. Es autogenerada cuando corresponde a impulsos de las sociedades civiles: comercio, intercambios financieros, tecnológicos, turismo, migraciones, intercambios educativos, deportivos, etc. La integración autogenerada es más real y tiene la particularidad de crear intereses y valores compartidos, desde inversiones hasta mercados locales de bienes y servicios, creando de esta manera intereses materiales contrarios al conflicto o a las tensiones que una vez producidas siempre dañan los intereses de los actores económicos.

Otro elemento sustantivo de la dinámica de la cooperación interfronteriza es de naturaleza política y militar y está referida al fomento de medidas de confianza entre las fuerzas armadas de los países vecinos, especialmente de las tropas acantonadas en sus respectivas áreas de frontera. Existe al respecto una amplia experiencia tanto a nivel mundial como en el ámbito latinoamericano y sudamericano en particular. Las medidas de fomento a la confianza están dirigidas a mantener de manera sistemática la distensión, evitar tensiones o enfrentamientos por “accidente”, y a resolver incidentes menores a través de códigos de conducta o reglamentos muy específicos.

Es importante tener en cuenta la naturaleza política de las medidas de fomento a la confianza. Están dirigidas a mantener situaciones de *statu quo* caracterizadas por la distensión; a bajar la tensión cuando esta se haya producido y amenace con alterar el *statu quo*; a evitar desplazamientos militares u otras actividades que pudieran generar tensión; a establecer sistemas de transparencia y comunicación sobre determinadas actividades o desplazamientos militares; a utilizar mecanismos de diálogo y solución temprana de incidentes en las zonas de frontera, especialmente en situaciones de conflicto donde simultáneamente se desarrollan negociaciones; y finalmente, a administrar de manera eficaz el comportamiento de los efectivos militares en situaciones de normalidad.

Las medidas de fomento a la confianza no constituyen procedimientos de solución de controversias y siempre tienen un carácter instrumental, generan condiciones para no alterar el *statu quo* o para poder iniciar o

desarrollar negociaciones sobre la base del entendimiento mutuo y la buena fe.

El conflicto como categoría de las relaciones internacionales no necesariamente supone la violencia o el uso de la fuerza. Es toda diferenciación de intereses, distensiones en una votación o estrategias alternativas o contradictorias con el manejo de un problema migratorio. Por exclusión abarca todos los ámbitos de la relación internacional en la que prevalecen intereses diferenciados. La amenaza del uso de la fuerza y la guerra son las expresiones más radicales del conflicto. Y la guerra o el enfrentamiento armado, su expresión violenta, definida por el uso de la fuerza. En la dinámica de las relaciones internacionales, cooperación y conflicto siempre se expresan simultáneamente. No hay relación diplomática en tiempos de paz sin la existencia de elementos de diferenciación de intereses, es decir de conflicto de intereses o posiciones. Durante la guerra las negociaciones diplomáticas son parte de ella, pero también la opción para terminarla.

La dinámica del conflicto territorial o fronterizo se caracteriza por tres rasgos específicos: en primer lugar, al tratarse de intereses nacionales vitales, normalmente convoca consensos nacionales, aun en situaciones internas marcadas por una división frontal de las preferencias políticas de la población (el caso del comportamiento de los actores políticos internos y sociales argentinos durante el inicio y la mayor parte del desarrollo de la guerra de Las Malvinas es representativo); en segundo lugar, es el conflicto que más rápidamente compromete la participación de las fuerzas armadas, pues la defensa de la integridad del territorio es por definición su función constitucional; y, en tercer lugar, por constituir una tensión político-militar las posibilidades de la escalada del conflicto siempre están presentes, inclusive por la activación de factores de contingencia.

A ello se debe añadir un elemento ideológico, en el más amplio significado de la palabra, como representación de un pensamiento colectivo, en el sentido que los legítimos sentimientos de conciencia nacional, de nacionalismo y patriotismo tienden a concentrarse en las cuestiones territoriales, por ser el espacio el símbolo más manifiesto de la nacionalidad y del patrimonio común de la sociedad. Heredado por generaciones y en torno

al cual se han construido gran parte de las historias nacionales y el sacrificio de hombres y multitudes que representan el alto valor de la actitud heroica.

En ese sentido, la defensa del territorio es no solo una obligación constitucional del Estado en general, y del gobierno y las fuerzas armadas en particular, sino una acción que históricamente ha convocado y convoca la adhesión de la sociedad civil.

Por ello, en todos los Estados existe una suerte de nacionalismo básico vinculado a la defensa y protección de su integridad territorial. De allí que la mayoría de las guerras y los conflictos armados de la historia se han realizado por motivaciones vinculadas al estatuto del espacio nacional, sea para defender territorio, sea para obtener territorio en disputa o sea para expandir los límites globales del territorio, en guerras abiertamente de colonización o conquista.

Tratando de encontrar criterios que permitan sistematizar el conflicto territorial, algunos autores han ensayado clasificaciones que ayudan a una comprensión más analítica de la dinámica del conflicto territorial. Atendiendo a la naturaleza de los conflictos, Jack Child clasifica en conflictos territoriales, conflictos de fronteras, conflictos sobre la posesión de recursos, conflictos ideológicos, conflictos por zonas de influencia y conflictos por migraciones (Child, 1985).

En el ámbito de la variable territorial, es útil diferenciar entre conflictos territoriales y fronterizos. En los primeros se trata de disputas de territorio, es decir de soberanía sobre determinados espacios nacionales; mientras que los segundos se refieren a disputas derivadas de la convivencia de dos soberanías respecto de una frontera delimitada. Los conflictos demarcatorios hacen parte diferenciada de los conflictos territoriales.

Más explicativa es, sin embargo, la clasificación propuesta por Tran Van Minh a partir de las motivaciones o actitudes que impulsan al actor estatal a la defensa territorial, expansión o conquista territorial. Para el fallecido profesor de la Sorbonne, la actitud del Estado respecto a su territorio representa una actitud de pertenencia que si la población lo comparte se convierte en una causa nacional. Por ello, según esa actitud básica de relación de la clase política, del aparato del Estado y de la población respecto al

territorio, diferencia los siguientes tipos de nacionalismo territorial (Minh, 1980).

1. Nacionalismo territorial defensivo. Se configura cuando la acción del Estado está dirigida a preservar su territorio, a protegerlo y a defenderlo dentro de sus fronteras usuales o actuales.

2. Nacionalismo territorial irredentista. Se generará cuando un Estado ha perdido una guerra y, como consecuencia de ello, visto cercenado su territorio, suscitándose al interior de este un sentimiento y un movimiento encaminado a recuperar el territorio perdido o reintegrarlo a la soberanía nacional. Como normalmente la anexión de territorios a consecuencia de conflictos armados, especialmente antes de 1945, se formalizó en tratados, el irredentismo territorialista tiende a contestar y demandar la revisión de los tratados. Los Estados que ejercen este irredentismo territorial, que no es otra cosa que un nacionalismo reivindicativo, buscan un argumento jurídico que les permita impugnar los tratados existentes y buscar su revisión.

Un caso típico de esta forma de nacionalismo territorial es la reivindicación boliviana -cuando se basa en la nulidad del Tratado de 1904- por la salida al mar que perdiera a consecuencia de la guerra de Chile contra Bolivia y el Perú, en 1879. Lo es también la reivindicación cubana sobre la base de Guantánamo cedida a los Estados Unidos.

En este nivel de análisis, es posible diferenciar el irredentismo territorial revanchista del meramente reivindicativo. El primero no es sino una exacerbación del segundo, con dos componentes esenciales, la revancha militar y el culto a las provincias perdidas. El caso más típico de la historia europea ha sido el de Alsacia y Lorena, que galvanizó a la nación francesa en la búsqueda de una obsesión nacional: la recuperación de las provincias perdidas y la derrota militar de Alemania. El 1 de marzo de 1887, Víctor Hugo en la asamblea nacional francesa, señaló elocuentemente: “Quién ha permitido a Alemania que encuentre la felicidad y sentirse fuerte con dos provincias de más y la libertad de menos. Nosotros !...Oh! llegará la hora de la revancha prodigiosa ...sí desde mañana, Francia no tendrá sino un solo pensamiento: ... recuperar fuerzas, erguir a

sus niños, alimentar con las santas cóleras a esos pequeños que devendrán adultos, forjar los cañones y formar a los ciudadanos, crear un ejército que sea el pueblo entero, llamar a la ciencia en auxilio de la guerra, estudiar las tácticas prusianas como Roma estudió las tácticas púnicas... Y después, todo de un golpe, un día él encontrará la dirección correcta: veremos renacer de un bond la Lorraina, renacer la Alsacia!..." (Hugo, 1964, p. 694-695).

En la historia de los conflictos territoriales del Perú no ha existido como política del Estado un irredentismo territorial revanchista, aunque sí en el pensamiento de determinadas personalidades o sectores importantes de la población, especialmente en la fase inmediata a la posguerra con Chile y eminentemente en Manuel Gonzáles Prada, para quien Tarapacá, Tacna y Arica fueron efectivamente la Alsacia y la Lorena del Perú, y cuyo verbo y dignidad frente a la derrota y la ocupación no fue menos elocuente que la de Víctor Hugo: "Cuando tengamos pueblo sin espíritu de servidumbre, y militares y políticos a la altura del siglo, recuperaremos Tacna y Arica, y entonces y solo entonces marcharemos sobre Iquique y Tarapacá... Hoy que Tacna rompe su silencio y nos envía el recuerdo del hermano cautivo al hermano libre, elevemos unas cuantas pulgadas sobre el fango de las ambiciones personales, y a las palabras de amor y esperanza, respondamos con palabras de aliento y fraternidad" (Gonzales Prada, 1960).

Más allá de los sentimientos y el verbo de Gonzáles Prada y de su posición digna sobre la guerra con Chile, el caso de Tacna y Arica más bien se ubica en la historia peruana dentro del irredentismo territorial reivindicativo. La propia acción diplomática peruana y el comportamiento de la sociedad civil durante cerca de medio siglo, desde 1883 hasta la la partición adoptada por el Protocolo de 1929, junto a la fundamentación jurídica de derechos, impulsó y se sustentó en los más sanos y elogiabiles sentimientos de pertenencia nacional, de dignidad individual y colectiva y de amor nacional. Muy especialmente en los pueblos de Tacna y Arica que tuvieron que enfrentar las condiciones de fuerza más adversas para defender su derecho humano a la nacionalidad y su filiación por el Perú.

El tercer tipo de nacionalismo territorial es el expansionista. Y si bien es cierto que se concreta de manera peculiar con el surgimiento de los Estados naciones, ha existido desde el surgimiento de las primeras

sociedades políticas. Independientemente de las razones económicas que pueden existir para explicar la historia del expansionismo territorial o la guerra de conquista, Tran Van Minh aporta una etiología fundada más en razones políticas y culturales. Así diferencia el expansionismo místico y el mito del destino nacional del expansionismo nostálgico y la teoría de los derechos históricos (Minh, 1980).

El expansionismo místico y la teoría del destino nacional han conocido una evolución a partir de la segunda posguerra mundial con relación a sus manifestaciones pasadas. Hasta antes de esa fecha, siempre se expresó en una forma primitiva que combinaba poder, argumentos simplistas y métodos brutales.

A inicios del siglo XX surgió la teoría del espacio vital y sus derivaciones geopolíticas que explican el expansionismo pregonado por el régimen fascista de Benito Mussolini. No lejos de estas ideas simplistas de resolver los problemas de natalidad y crecimiento de la población por la búsqueda del espacio vital en soberanías ajenas, estuvo también el militarismo japonés de 1919 a 1939. La mayor expresión de este nacionalismo expansionista primitivo fue la ideología nacional socialista de Hitler que se aplicó de manera descarnada y brutal a partir de 1941. La segunda guerra mundial se inició en la fanática búsqueda de Hitler de un espacio vital nuevo para Alemania con relación a la cifra de su población, fue la búsqueda fanatizada de un “*lebensraum*” más allá de sus fronteras históricas.

La forma moderna del expansionismo místico ha sido vinculada en el contexto de la guerra fría a acciones mucho más sofisticadas que no buscaban directamente el control de territorios, sino de las poblaciones a través de valores universales antinómicos como el “mundo libre” y la “comunidad socialista”. En la actualidad, con los cambios operados en el sistema internacional, esta categoría de análisis ha perdido funcionalidad y ya no tiene vigencia.

Finalmente, tenemos el caso singular de un tipo de nacionalismo territorial expansivo *sui generis* que es el denominado “nostálgico” vinculado a la teoría de los derechos históricos. Según Tran Van Minh, algunos

Estados en desarrollo, pequeños por lo general, “ensayan encontrar en el pasado fundamentos para sus pretensiones anexionistas recurriendo entre otros al argumento de los derechos históricos. Este caso de expansionismo, al no encontrar sustento de posesión ni título jurídico sobre los territorios pretendidos, recurre a los derechos históricos, doctrina no consagrada por el derecho internacional, y al obsoleto derecho del descubrimiento.

En realidad, se trata de representaciones ideológicas del espacio para afirmar un sentimiento nacional. Es el caso, por ejemplo, de las reivindicaciones de Marruecos sobre Mauritania en 1960; y en América Latina, la tesis que el Ecuador sostuvo desde mediados del siglo pasado hasta 1942 con relación a Tumbes, Jaén y Maynas, territorios que simplemente no formaron parte de su constitución inicial como Estado y respecto de los cuales nunca ha tenido ni posesión ni títulos.

Independientemente que los Estados actúan bajo cualquiera de las motivaciones del nacionalismo territorial, lo cierto es que la relación Estado - nación territorio continúa siendo fuente de tensiones fronterizas, de conflictos y guerras a través de procesos que se expresan con autonomía de las tendencias globales del mundo contemporáneo.

En ese contexto, el Perú es uno de los países latinoamericanos -por su historia y geografía- que está obligado por las “fuerzas profundas”, en el lenguaje de Maurice Duverger, a otorgar una prioridad esencial a las variables territoriales, especialmente en las áreas de la defensa nacional y el desarrollo y la integración fronteriza. Se trata de armonizar los requerimientos de relaciones fronterizas cooperativas con una política de defensa nacional que las contenga y promueva, pero que ejerza, al mismo tiempo, la capacidad disuasiva necesaria para asegurar la paz.

El fallo de La Haya sobre el límite marítimo con Chile ha creado una situación nueva en la que la dinámica de la cooperación y el conflicto debe prevalecer en todas las fronteras. Se abren posibilidades reales que por primera vez en la historia la paz pueda reposar no solo en la inexistencia de controversias de límites en las cinco fronteras, sino en proyectos de integración fronteriza donde el protagonismo de las relaciones bilaterales pase a las poblaciones civiles y a las dinámicas de la integración fronteriza, económica, física, social y cultural.

NOTAS

1. Friedrich Kratochwil, *Peace and disputed sovereignty: Reflexions on Conflict Over Territory*. Columbia University, Institute of War and Peace, University Press of America. New York, 1985.
2. Marcel Merle, *La politique étrangère*, Presses Universitaires de France, Paris, 1984.
3. Alberto Ulloa, *Derecho Internacional Público*, 1950.
4. Alberto Ulloa, *La posición Internacional del Perú*, Editorial Atlántida, S.A., Lima, 1977.
5. St. John, Bruce, *Peruvian Foreign Policy, 1919-1939: The Delimitation of Frontiers*. Ann Arbor, MI: University Microfilms, Inc., 1970.
6. Alberto Wagner de Reyna, *Los Límites del Perú*, Editorial universitaria, Lima, 1961.
7. Tran Van Minh, *Le nationalisme territorial*, en; *Actualité de la Question Nationale*, PUF, París, 1980.
8. Maurice Bouquin, *Mélanges Basdevant*, Ed. Pedone, París, 1960.
9. J. P. Queneudec, “Le règlement des conflits frontaliers en Afrique”, en : *Revue générale de droit international public*, 1961, Paris, p. 377 y s. Asimismo, M. Bedjaoui, “Le règlement pacifique des différends africains”, *Annuaire français de droit international*, París, 1972.
10. *Crónica mensual de la ONU*, N.Y., vol. III, N. 4, abril de 1966, pp. 42 – 43.
11. Jack Child, *Geopolitics and Conflict in South América*, Quarrels Among Neighbors, tosd. Praeger, N.Y., 1985.
12. Víctor Hugo, *Oeuvres politiques complètes*, J.J. Pauvert, éditeur, París, 1964, pp. 694 - 695.
13. Manuel Gonzáles Prada, *Discurso en el Politeama*, en *Páginas Libres*, Ediciones Páginas Libres, Lima, 1960.

LA PANDEMIA DEL COVID-19 ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL: UNA EXPLORACIÓN PRELIMINAR

THE COVID-19 PANDEMIC IN INTERNATIONAL LAW:

A PRELIMINARY INQUIRY

*Oscar Schiappa-Pietra**

RESUMEN

La pandemia del Covid-19 afecta variadas dimensiones del derecho internacional, y pone en cuestión la eficacia de los marcos organizacionales y normativos actuales de gobernanza global. Se analiza en particular las normas sobre el derecho humano a la salud, las atribuciones de la Organización Mundial de la Salud, y los instrumentos internacionales disponibles para resolver controversias generadas por la pandemia o por las medidas adoptadas por los gobiernos para enfrentarla.

* Licenciado en Derecho y Abogado (Universidad Nacional Mayor de San Marcos). Magister en Derecho con mención en Derecho Internacional Económico (Pontificia Universidad Católica del Perú). Master in Social Policy and Planning in Developing Countries (London School of Economics and Political Science). Master in International and Comparative Law (George Washington University). Master in Public Administration, Kennedy School of Government, Harvard University. Doctorando (c) (Universidad de Salamanca). Profesor de CENTRUM Católica. Vocal de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional. Ex Asesor del Presidente del Consejo de Ministros y del Ministro de Relaciones Exteriores (Perú). Fue funcionario de Naciones Unidas en Papúa Nueva Guinea y consultor del Banco Mundial.

Palabras clave: Pandemia, Gobernanza de la Salud Pública Global, Derecho Humano a la Salud, Organización Mundial de la Salud, Reglamento Sanitario Internacional, Consejo de Seguridad de la ONU, Evento de salud pública de importancia internacional, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

ABSTRACT

The Covid-19 pandemic impinges upon various areas of international law, and calls into question the effectiveness of current organizational and regulatory frameworks for global governance. In particular, it reviews the rules on the human right to health, the powers of the World Health Organization, and the available international dispute resolution instruments to resolve controversies generated by the pandemic or by the measures adopted by governments to address it.

Keywords: Pandemic, Global Public Health Governance, Human Right to Health, World Health Organization, International Health Regulations, UN Security Council, public health emergency of international concern, State responsibility for internationally wrongful acts.

- - -

Nunca ha sido mayor la necesidad de multilateralismo. Nunca los desafíos de salud han sido más globales. La respuesta a la pandemia de COVID-19 exige una solidaridad mundial sin precedentes. Ninguna nación puede abordar esta crisis de forma aislada, incluso si algunos gobiernos retienen la ilusión que pueden.

(Nay *et al.*, 2020: 1818).

1. INTRODUCCIÓN

La humanidad enfrenta ahora el colosal desafío de la enfermedad por coronavirus denominada Covid-19, causada por el virus del síndrome respiratorio agudo severo (SRAS-CoV-2). El primer caso reportado se

registró el 17 de noviembre 2019 (Zimmer y Minder, 2020), en Wuhan, China¹; y el virus causante, de origen zoonótico, fue identificado pocas semanas después. Recién el 21 de enero de 2020, China notificó a la OMS que el virus SRAS-CoV-2 podía transmitirse entre humanos; y el 30 de enero de 2020, el Director General de la Organización Mundial de la Salud (OMS), Tedros Adhanom Ghebreyesus declaró que la pandemia del Covid-19 constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII). (OMS, 2020b).

Ante la gravedad de la pandemia, la mayoría de gobiernos a todo lo largo del mundo han adoptado medidas sanitarias extremadamente restrictivas, que han limitado el ejercicio de diversos derechos y libertades de las personas, y han paralizado las actividades económicas, como consecuencia de lo cual el mundo enfrenta ya una recesión en adición a la pandemia. Este devastador y complejo escenario es fuente de variadísimas consecuencias relevantes para diversos ámbitos del derecho internacional.

A la vez, en lo tocante a la pandemia, existen muchísimos aspectos aún desconocidos, tales como: el origen exacto del virus SRAS-CoV-2, pues el que los primeros casos conocidos se hayan registrado en Wuhan, China, no implica de modo concluyente que se haya originado allí; las características y comportamiento patógeno del virus; cuáles son las medidas más eficaces de prevención y de tratamiento de la enfermedad del Covid-19. Aún más, se desconoce cuál será el desenvolvimiento de la pandemia en los próximos meses en tanto no se descubra una vacuna y se la aplique a la mayoría de la población mundial, o se establezcan tratamientos que disminuyan los síntomas más graves y la letalidad de la enfermedad. La incertidumbre resultante del desconocimiento sobre variados aspectos del virus y de la enfermedad, así como la circunstancia de ser un fenómeno en pleno desenvolvimiento, hace aconsejable la prudencia en el análisis de

¹ Pero dos análisis de dos laboratorios distintos, empleando métodos diferentes, mostraron la presencia del virus SRAS-CoV-2 en muestras de aguas residuales de Milán y Turín fechadas diciembre 18, 2019; y en Bolonia, de enero 29, 2020. Un estudio aún no publicado encontró rastros del virus en aguas residuales de Barcelona, de mediados de enero 2020. (The Local, 2020).

sus implicancias legales. De allí que el carácter de este artículo sea el de exploración preliminar, como el título lo indica.

La complejidad y gravedad de la pandemia justifica abordar su análisis desde diversos ámbitos distintos del derecho internacional: gobernanza de la salud pública global, derechos humanos, seguridad colectiva y responsabilidad internacional de los Estados. Cada ámbito aporta su propio marco conceptual y normativo, y frecuentemente ellos compiten entre sí por hegemonizar las respuestas de política pública, aunque esto no se explicita. Además, no todos estos marcos son igualmente factibles jurídicamente ni eficaces sanitariamente, y sus efectos sociales son disímiles. (Tzouvala, 2020).

La pandemia del Covid-19 pone en evidencia la inadecuación de los marcos jurídico-políticos internacionales para enfrentarla, y reitera la necesidad de forjar marcos de gobernanza global adecuados a las características de las realidades contemporáneas. Las emergentes disciplinas del Derecho Constitucional Global y del Derecho administrativo Global pueden aportar mucho para tal objetivo, pero enfrentan las resistencias al cambio que en buena medida emergen de las obsoletas concepciones de soberanía estatal y de las disfuncionales dinámicas de competencia geopolítica entre las potencias hegemónicas.

2. LA SALUD: BIEN PÚBLICO GLOBAL Y DERECHO HUMANO

Bien Público Global

La salud es una condición fundamental para la existencia y sobrevivencia de toda persona. Es por antonomasia un bien público global. “Los bienes públicos globales son bienes con beneficios se extienden a todos los países, personas y generaciones” (Kaul & Mendoza, 2003: 95).

Sus cuatro principales características son la no exclusividad (benefician a todos, sin exclusiones); el no agotamiento rival (su utilización por unas personas no limita el acceso a otras, salvo situaciones de congestión

de demanda); la disponibilidad universal (en principio todas las personas pueden accederlo, sin perjuicio de nacionalidad, ubicación geográfica u otras circunstancias); y el beneficio colectivo (la calidad de vida de todas las personas es afectada favorablemente). (Kindleberger, 1986). Es evidente que toda persona requiere y tiene derecho a gozar de buena salud, y su disfrute no limita en principio la capacidad de otras personas para acceder al mismo beneficio. Otros ejemplos de bienes públicos globales son el medio ambiente y sus distintos componentes, y el conocimiento.

Pero la otra cara de la moneda son los llamados males públicos globales, que son lo opuesto simétricamente a los bienes públicos globales; es decir, son los riesgos y daños que afectan a toda la humanidad en su conjunto, sin que una persona pueda excluirse voluntariamente de ser afectada.

Una pandemia, como la del Covid-19, representa una amenaza al bien público global de la salud, y por tanto es un mal público global. La contaminación ambiental es otro ejemplo de mal público global.

Mientras que los bienes públicos generalmente son insuficientemente proporcionados por la toma de decisiones descentralizada (el mercado), el mal público generalmente se sobreaprovisionará, ya que las partes que generan el mal público no tienen en cuenta los efectos negativos (o externalidades) impuestos a los demás. La propagación de males públicos globales es indicativa de las carencias e ineficiencias en los sistemas de gobernanza global. Específicamente en lo tocante a la pandemia del Covid-19, esta es una devastadora tragedia cuya ocurrencia era previsible. Bill Gates lo expuso vigorosa y categóricamente en una conferencia de TEDTalk, en 2015, y un año antes ya lo había hecho Sir Richard G. A. Feachem: “Existe una ‘agenda de males públicos globales’ igualmente importante. El principal mal público mundial en salud es nuestra incapacidad actual para identificar, contener o responder eficazmente a los virus emergentes con potencial pandémico de manera adecuada para prevenir devastadoras pandemias mundiales en el futuro.” (2014, xxx).

Derecho Humano

Dado su carácter esencial para la dignidad personal, y para sobrevivencia y prosperidad de la humanidad, la Carta de las Naciones Unidas considera en su artículo 55º la promoción de la salud como uno de sus ámbitos fundamentales de cooperación internacional:

Art. 55º “Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, [...] la Organización promoverá: [...] b. La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos [...]”.

En concordancia con tal propósito, en 1946 se fundó la Organización Mundial de la Salud (OMS), cuya Constitución es el primer instrumento internacional en declarar que la salud es un derecho humano:

La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. (OMS, 2006: 1).

Asimismo, la Constitución de la OMS señala, también es su preámbulo, la responsabilidad de cada Estado de garantizar adecuados niveles de salud dentro de su jurisdicción:

“Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas.” (OMS, 2006: 1).

Desde una perspectiva crítica se señala que la Constitución de la OMS contiene una definición muy amplia de lo que es la salud, pero a la vez no precisa cuáles son las “medidas sanitarias y sociales adecuadas” que los Estados deben implementar en cumplimiento de su obligación de garantizar la salud de sus pueblos. (Forman, 2014).

El preámbulo de la Constitución de la OMS también conceptualiza a la salud dentro del marco más general de las relaciones internacionales, señalando:

La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados. Los resultados alcanzados por cada Estado en el fomento y protección de la salud son valiosos para todos.

La desigualdad de los diversos países en lo relativo al fomento de la salud y el control de las enfermedades, sobre todo las transmisibles, constituye un peligro común. (OMS, 2006: 1).

En su artículo 1º, la Constitución de la OMS precisa como su finalidad institucional la de “alcanzar para todos los pueblos el grado más alto posible de salud”.

El reconocimiento del derecho humano a la salud quedó ratificado en el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos, promulgada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948. Su artículo 25º establece:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial [...] la asistencia médica [...]; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de [...] enfermedad, invalidez [...].

La inclusión de la asistencia médica dentro de las condiciones socioeconómicas mínimas necesarias para disfrutar de un nivel de vida adecuado agrega un importante parámetro en especificación del derecho a la salud. (Forman y Bonze, 2012).

A su vez, la Declaración Universal de Derechos Humanos no especifica con mayor detalle el contenido de este derecho ni las acciones que cada Estado debe adoptar para cumplir con sus obligaciones en la materia, lo cual es explicable dada la naturaleza genérica de este instrumento.

La Declaración Universal de Derechos Humanos tuvo el propósito de constituirse en un “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse” y no en un tratado de plena obligatoriedad, pero es ampliamente reconocido que ha devenido en un cuerpo de costumbre internacional que impone sobre todos los Estados obligaciones para la promoción y la

protección de los derechos que en su texto reconoce. (ONU, 1968: art. 2º; Sohn, 1982: 16).

El empeño de la comunidad internacional por codificar como tratado las normas contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos se vió retrasado por las tensiones de la Guerra Fría, pero finalmente se concretó a través de dos instrumentos. Uno de ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, enuncia en su artículo 12º el contenido obligacional del derecho humano a la salud:

Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Nótese que el tratamiento de las enfermedades epidémicas y la lucha contra ellas está expresamente consagrado dentro del contenido de este derecho.

Pero los alcances de la obligación de dar cumplimiento a este derecho humano se ven significativamente diluidos por lo previsto en el artículo 2.1º del referido Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Esta noción de ejecución progresiva del derecho humano a la salud, como parte de los derechos económicos, sociales y culturales, resta sustancia a “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” consagrado en el artículo 12º del referido Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los Estados que ratificaron este tratado tuvieron poca claridad sobre el alcance y el contenido de sus deberes respecto al derecho a la salud, y otros instrumentos e interpretaciones posteriores han ido progresivamente subsanando esas imprecisiones.

Además, el derecho a la salud se reconoce, en particular, en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud.

La Observación General N° 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en el año 2000 representa el avance más significativo en la interpretación del derecho internacional a la salud. La Observación General N° 14 interpreta ampliamente el alcance

normativo del derecho a la salud e identifica las obligaciones estatales y sus consiguientes potenciales violaciones. La Observación realiza varios avances conceptuales importantes, que incluyen la identificación de derechos, elementos esenciales del derecho a la salud y las obligaciones centrales de los Estados, así como los deberes generales de respetar, proteger y cumplir el derecho a la salud.

En la formulación de este texto interpretativo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se basó explícitamente en las resoluciones de conferencias internacionales icónicas, incluidas Almatá (Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, 1978), El Cairo (Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, 1994) y Beijing (Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, 1995). Interpreta el derecho a la salud como un derecho inclusivo que abarca los derechos tanto a la atención médica como a los determinantes subyacentes de la salud (incluidos alimentos, vivienda, acceso al agua y saneamiento adecuado, condiciones de trabajo seguras y un ambiente saludable) (ONU 2000: párr. 4). El Comité reconoce que si bien el más alto nivel posible de salud y el sistema de salud variarán de un país a otro dependiendo de los recursos nacionales, el derecho debe contener ciertos *elementos esenciales* independientemente de los niveles de desarrollo de un país (ONU 2000: párrafos 1, 12). Estos *elementos esenciales* incluyen que las instalaciones, bienes y servicios de salud y los determinantes sociales de la salud estén disponibles, sean accesibles, aceptables y de buena calidad (ONU 2000: párrafo 12). Estos elementos proporcionan una guía práctica importante a los Estados sobre lo que debe constituir el cumplimiento adecuado de este derecho.

Vinculado a esa noción de *elementos esenciales* está la identificación de obligaciones centrales con las que un Estado parte “no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones [inderogables que dimanen del derecho a la salud]”. (ONU 2000: párr. 47). Esto impide que los Estados invoquen el carácter de realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, para eximirse de brindar atención médica básica, incluyendo en particular la requerida para atender las necesidades esenciales de salud de los más vulnerables. Las obligaciones centrales de los Estados son “garantizar la satisfacción de, al menos, los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos”, que incluyen:

- a) Acceso no discriminatorio a instalaciones, bienes y servicios de salud;
- b) Acceso a alimentación esencial para que nadie padezca de hambre;
- c) Acceso a un hogar, vivienda y condiciones sanitarias básicas, así como al suministro de agua limpia potable;
- d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones de la OMS;
- e) Velar por una distribución equitativa de las instalaciones, bienes y servicios de salud; y,
- f) Adoptar y aplicar, sobre la base de pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacional de salud pública. (ONU 2000: párrafo 43).

La Observación General N° 14 también indica que los Estados tienen obligaciones de prioridad comparable a los deberes básicos mínimos, que incluyen “Adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas” (ONU, 2000: párrafo 44.c), entre otras.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas interpreta que la realización progresiva requiere que los Estados adopten medidas inmediatas para hacer realidad el derecho a la salud, lo que incluye garantizar el ejercicio no discriminatorio de los derechos y tomar medidas deliberadas, concretas y específicas hacia la plena realización. Esto significa que, si bien los Estados pueden justificar algunas deficiencias de atención médica, no pueden justificar el hecho de no adoptar acciones para rectificarlas: “la realización progresiva significa que los Estados Partes [en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización [del derecho a la salud]”. (ONU 2000: párrafo 31).

La protección del derecho a la salud requiere que los Estados adopten medidas para garantizar la igualdad de acceso a los servicios de salud prestados por terceros, incluido el control de la comercialización de bienes y servicios de salud por parte de terceros (ONU 2000: párrafo 35). Las obligaciones estatales de cumplir el derecho a la salud surgen “cuando las

personas o un grupo no pueden, por razones ajenas a su voluntad, realizar ese derecho por los medios a su disposición” (ONU 2000: párr. 37). El Comité enfatiza la importancia de distinguir entre el incumplimiento derivado de la falta de voluntad en lugar de la incapacidad al determinar si acciones particulares constituyen una violación de las obligaciones del respectivo Estado.

El eminente diplomático e internacionalista peruano, Juan Álvarez Vita, pionero en Latinoamérica en la reflexión sobre el derecho humano a la salud, entonces en su condición de miembro del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, subraya que todas las personas tienen derecho a gozar del mismo nivel de salud, en tanto ésta es un atributo de la dignidad humana, y que, en consecuencia, admitir gradaciones en el goce efectivo de tal derecho en función al nivel de desarrollo de un país, significa relativizar la universalidad de ese derecho humano y legalizar, en cierto modo, la aplicación de medidas discriminatorias que por sí mismas constituirían una violación a los derechos humanos. (Álvarez Vita, 1994).

A su turno, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*Protocolo de San Salvador*), adoptado en 1988 y que entró en vigor en 1999, contiene en su artículo 10^o prescripciones específicas sobre el contenido del Derecho a la Salud y sobre las obligaciones que los Estados deben cumplir para hacerlo efectivo, que son concondantes con los estándares previamente establecidos en otros instrumentos internacionales como la Constitución de la OMS y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Define a la salud como “el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social” (inciso 1^o) y establece la obligación de los Estados Partes de “reconocer la salud como un bien público” (inciso 2^o). Dispone además que los Estados Partes adopten un conjunto de medidas, incluyendo brindar atención primaria de salud (inciso 2^oa); “la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas” (inciso 2^oc); y, “la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole” (inciso 2^od).

En síntesis, el derecho internacional ha codificado y elaborado un concepto omnicompreensivo sobre el derecho humano a la salud que

ofrece un conjunto potencialmente poderoso de normas, herramientas y estrategias a los actores sociales y políticos para prevenir y curar, así como para promover la equidad en el acceso a servicios que posibiliten el disfrute de ésta. Los derechos individuales de reclamar servicios de salud pública y de salud accesibles y asequibles, incluidos agua, saneamiento, alimentos y acceso a la vivienda, pueden producir resultados de salud con potencial de proporcionar la base para avanzar en iniciativas más amplias de equidad en salud con implicaciones colectivas.

3. LA GOBERNANZA GLOBAL DE LOS RIESGOS DE SALUD PÚBLICA: EL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS

La emergencia de la amenaza de bioterrorismo ha coadyuvado a que los temas de salud internacional empiecen a ser abordados también desde la perspectiva de la seguridad colectiva. (Kelle, 2007). Las pandemias pueden constituirse en un factor de riesgo para la seguridad internacional. (Hanrieder y Kreuder-Sonnen, 2014: 332; Negri, 2018: 269). El énfasis en la dimensión de seguridad se hizo aún más pronunciado luego del brote de SARS en 2002 y 2003. (Kamradt-Scott, 2015: 85).

En términos generales, la introducción de esta dimensión en la lucha contra las pandemias puede arrojar resultados positivos. Aporta los poderes del Consejo de Seguridad de la ONU y apela a una amplia gama de actores y recursos, que luego se pueden redireccionar hacia la OMS y su mandato. (von Bogdandy y Villareal, 2020: 22-23).

Pero, de otro lado, este enfoque acarrea el riesgo de propiciar la hegemonía de la racionalidad de seguridad por sobre la de salud pública en un contexto de asimetría entre los Estados. (Jin y Karackattu, 2011).

El artículo 24.1º de la Carta de las Naciones Unidas establece que los Estados Miembros de la organización le “confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales”; y el artículo 39º dispone que “El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de

la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá que medidas serán tomadas [...] para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.” La conjunción de ambas normas implica el reconocimiento de amplia discreción funcional en favor del Consejo de Seguridad de la ONU, aún más cuando la propia Carta de las Naciones Unidas no define lo que constituyen “amenaza a la paz”, “quebrantamiento de la paz” o “acto de agresión”, y considerando que la determinación de la ocurrencia de alguna de tales situaciones implica la determinación de hechos específicos y su interpretación a la luz de inevitables consideraciones políticas que no admiten una evaluación legal. (de Wet, 2004: 135).

En lo tocante a brotes epidémicos, el Consejo de Seguridad de la ONU generalmente ha evidenciado respuestas inconsistentes. Calificó como amenazas a la paz y a la seguridad internacionales a la crisis del HIV/SIDA en África (Resolución 1983 (2011)); al brote de ébola de 2014-16, en África Occidental (Resolución 2177 (2014)); y tangencialmente a través de dos resoluciones al brote de ébola en la República Democrática del Congo, en 2018-2020 (Resolución 2439 (2018) y Resolución 2463 (2019)), que incluyen medidas al amparo del Capítulo VII de la Carta de la ONU, pero enfocadas en el prolongado conflicto armado interno que asola a ese país y mencionando muy superficialmente el brote epidémico del ébola).

Sin embargo, otras emergencias de salud pública de importancia internacional, como la pandemia de influenza H1N1 o el brote de ZIKA en las Américas no recibieron similar atención por parte del Consejo de Seguridad de la ONU.

A falta de un marco normativo más específico sobre los criterios bajo los cuales una crisis de salud pública se constituye en amenaza para la paz y la seguridad internacionales, esa determinación está librada al contexto de cada situación y a las dinámicas políticas dentro del Consejo de Seguridad de la ONU (von Bogdandy y Villareal, 2020: 23), y particularmente por las dinámicas de competencia entre las grandes potencias que integran el grupo de los cinco Estados Miembros Permanentes (G5) que gozan de lo que comúnmente se conoce como derecho de veto.

Resulta, no obstante, moralmente condenable y un grave atentado contra la gobernanza global que esa competencia haya llevado una vez

más a la inoperancia a este fundamental órgano multilateral, ahora cuando afrontamos una circunstancia de las más graves implicancias para la sostenibilidad de la humanidad, como lo es la pandemia del Covid-19. El Consejo de Seguridad de la ONU no ha sido capaz, hasta la fecha, de concordar entre sus miembros, y particularmente entre los del G5, el texto de una resolución sobre la pandemia del Covid-19. La razón: Estados Unidos insiste en que se denomine al virus mencionando expresamente su origen en China, y este país se opone, mientras Rusia pretende introducir dentro de esta discusión cuestiones sobre contrterrorismo, y existen diferencias también en lo tocante a la aplicación de sanciones. (Rees, 2020).

Inexcusablemente, la primera reunión del Consejo de Seguridad de la ONU exclusivamente dedicada al tema de la pandemia del Covid-19 recién se realizó el 9 de abril de 2020, a instancias de Alemania, y no adoptó entonces resolución alguna. El 22 de abril de 2020 iniciaron discusiones en torno a un proyecto de resolución presentado conjuntamente por Francia y Túnez instando a “una mejor coordinación” y a una cesación de hostilidades en todos los conflictos armados en atención a la pandemia, pero no prosperó su aprobación por falta de consenso. (Agence France-Presse, 2020). Similar suerte tuvo el proyecto de resolución presentada, el 12 de mayo de 2020, por Estonia y Alemania, Miembros No-Permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU, que estuvo basado en el previamente promovido por Francia y Túnez. (France24, 2020).

El vacío normativo y de liderazgos posibilita que la racionalidad de seguridad internacional procure adquirir hegemonía como paradigma conceptual en la actual crisis sanitaria global, como se evidencia en el reiterado uso de lenguaje de guerra por parte de gobernantes en muy diversos países para enmarcar sus decisiones de política pública frente a la pandemia del Covid-19.

En una circunstancia como la actual, en que su liderazgo y acciones son de urgente necesidad para toda la comunidad internacional, la actual inoperancia del Consejo de Seguridad de la ONU ratifica una vez más el fracaso en su diseño institucional, y particularmente la disfuncionalidad del derecho de veto concedido a los Estados integrantes del G5 por el artículo 27º de la Carta de las Naciones Unidas.

Ante esta situación, la Asamblea General de las Naciones Unidas está llamada a suplir el vacío de liderazgo creado por el Consejo de Seguridad. Existe al respecto el antecedente de la Resolución N° 377(V), denominada *Unión Pro Paz*, adoptada el 3 de noviembre de 1950, en el contexto del escalamiento de hostilidades en Corea, cuando la entonces Unión Soviética ejerció su derecho de veto para tratar de impedir que el Consejo de Seguridad adoptase decisiones sobre la materia. En virtud esta Resolución, la Asamblea General puede irrogarse la facultad de adoptar medidas en caso de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, cuando el Consejo de Seguridad no haya actuado debido al voto negativo de un miembro permanente. En tal supuesto, y de conformidad con la Resolución N° 377(V), la Asamblea General de las Naciones Unidas puede examinar inmediatamente el asunto con miras a recomendar a sus Miembros la adopción de medidas colectivas para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. (ONU, 2020).

La Asamblea General de las Naciones Unidas parece ya haber avanzado en tal rumbo con la aprobación de la Resolución N° A/74/L.52, el 27 de marzo de 2020, titulada *Solidaridad global para luchar contra la enfermedad del coronavirus 2019 (COVID-19)*, en la que se reafirma el compromiso en favor de la cooperación internacional y el multilateralismo en apoyo al rol central del Sistema de las Naciones Unidas en la respuesta global a esta pandemia. Empero, esta Resolución de la Asamblea General no tipifica a la pandemia del Covid-19 como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. (Rees, 2020).

4. LA GOBERNANZA GLOBAL DE LOS RIESGOS DE SALUD PÚBLICA: LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD

Las respuestas eficaces ante las amenazas a la salud pública global requieren de robustos sistemas de gobernanza, tanto a nivel nacional como internacional. Sin embargo, el concepto de gobernanza sigue siendo poco comprendido pese a su visibilidad en el actual escenario de crisis de salud global en el que se han alzado voces críticas sobre la actuación de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Existen diversas definiciones sobre salud pública global. La salud pública comporta dos dimensiones esenciales: condiciones de salud (p.ej., enfermedades y factores de riesgo) y el modo en que una sociedad responde a esas condiciones. (Frenk y Moon, 2013: 936).

El fin de la Guerra Fría facilitó la aceleración e intensificación del proceso de globalización, generando nuevos y mayores riesgos a la salud pública mundial, incluso en los países desarrollados, a la vez que eliminó los factores de competencia política que restringían el contenido de la agenda internacional de gobernanza de la salud. (McInnes *et al.*, 2014).

En consonancia con las tendencias generales de la era de la globalización, nuevos actores, como las ONGs y las empresas, entre otros, han emergido en el ámbito de la gobernanza de la salud pública global. “Ya no más eran los Estados los únicos actores relevantes, y ya no más era el foro interestatal o multilateral de la Asamblea Mundial de la Salud -el órgano de gobierno de la OMS- la incuestionable institución líder sobre salud global”. (McInnes *et al.*, 2014: 10).

El temor ante los riesgos de pandemias ha sido un catalizador extraordinariamente eficaz para promover iniciativas de cooperación y coordinación multilateral. Ya en 1851, un grupo de representantes de Estados principalmente europeos se reunieron en París en la primera conferencia sanitaria internacional para concertar un marco normativo para armonizar las respuestas nacionales ante la diseminación epidémica del cólera a través de las fronteras. El proyecto de tratado internacional redactado para la ocasión cubría los riesgos de epidemias de cólera, plagas y fiebre amarilla. Dado que la respuesta más usual de los gobiernos ante los brotes eran las cuarentenas de los viajeros y barcos a su arribo, cada Estado actuando a su manera, el enfoque de esa reunión no fue el de la salud pública sino el de cómo estandarizar las medidas de cuarentena para que no afectasen el transporte marítimo en los puertos de arribo. Diversos de los Estados participantes rehusaron ceder sus poderes de control sanitario, por lo cual esta iniciativa de concertación diplomática fracasó (Goodman, 1971).

Acaso el principal consenso alcanzado en la conferencia de 1851 fue que la propagación de enfermedades contagiosas a través de Europa no podía ser contenida únicamente en base a medidas gubernamentales nacionales,

pues la diseminación a través del comercio y los viajes internacionales requerían de la cooperación intergubernamental. (Fidler, 2005: 332-333).

A través de las esporádicas negociaciones diplomáticas que se sucedieron sobre la materia en el siglo XIX, el enfoque principal fue el de minimizar los efectos disruptivos de los brotes epidémicos sobre el comercio y los viajes internacionales. La Convención Sanitaria Internacional, de 1893, así lo reflejó en su preámbulo: “[Los Estados Partes decididos a establecer medidas comunes para proteger la salud pública durante las epidemias de cólera sin obstruir innecesariamente las transacciones comerciales y el tráfico de pasajeros” (Convención Sanitaria Internacional, 1893).

En 1902 se estableció la Oficina Sanitaria Panamericana, ahora Organización Panamericana de la Salud (OPS), de carácter regional, y en 1907 la *Office Internationale d'Hygiène Publique*, de cobertura más ampliamente multilateral.

Como parte de la estructura de gobernanza internacional que emergió luego de la Segunda Guerra Mundial, se adoptó en 1946 la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), organismo que quedó formalmente establecido el 7 de abril de 1948 al alcanzarse el número de ratificaciones requerido para la entrada en vigor del tratado constitucional. La OMS es la sucesora de la *Office Internationale d'Hygiène Publique*, e integró en su seno a la Organización Panamericana de la Salud como ente regional.

Según el artículo 2º de la Constitución de la OMS, la primera función de esta organización es la de “actuar como autoridad directiva y coordinadora en asuntos de sanidad internacional” (inciso *a*), y tiene mandato directo para la gestión de pandemias (incisos *f* y *g*). En comparación a otros organismos internacionales, la OMS cuenta con poderes constitucionales muy sustanciales y “sin precedentes”. (Gostin, Sridhar y Houghendobler, 2015: 854).

Según los artículos 21º y 22º de su Constitución, la Asamblea Mundial de la Salud tiene la facultad de expedir reglamentos vinculantes para todos los Estados Miembros sin requerir de la ratificación nacional, lo cual es inusual en los ámbitos del Derecho de los Tratados y de las

competencias de organismos internacionales. El artículo 23° otorga a la Asamblea Mundial de la Salud la autoridad “para hacer recomendaciones a los Miembros”, mientras que el artículo 62° requiere que los Estados informen anualmente sobre las medidas tomadas para cumplir con las recomendaciones. Sin embargo, rara vez invoca explícitamente el artículo 23° y la OMS no supervisa con rigor el cumplimiento de la exigibilidad de los informes previstos en el artículo 62°.

Se critica a la OMS por su timidez legislativa, pues prioriza el ejercicio de *poder blando*, principalmente a través de acciones informales ajenas a sus facultades constitucionales. Aunque no son vinculantes, las normas *blandas* (*soft law*) son influyentes, particularmente a nivel nacional, pues sirven como referencia en los procesos legislativos internos. (Gostin, Sridhar y Houghendobler, 2015: 855).

Los dos instrumentos normativos más importantes adoptados por la OMS al amparo de sus facultades consagradas en el artículo 21° de su constitución son el Reglamento Sanitario Internacional (RSI), cuya segunda edición, actualmente vigente, fue aprobado en 2005; y el Reglamento de Nomenclaturas, de 1967.

La epidemia del SARS, en 2002-2003, puso en evidencia la necesidad de actualizar el RSI para que provea un marco normativo adecuado a los desafíos del siglo XXI. (Sacher y Keefe, 2008; Davies, Kamradt-Scott y Rushton 2015).

La 58° Asamblea Mundial de la Salud, en 2005, aprobó la segunda edición del RSI, que debía marcar el inicio de una era en la que la soberanía estatal cedía paso a un comprehensivo y detallado régimen legal internacional de vigilancia y respuesta epidemiológica en base a las mejores prácticas acrisoladas a través de muchas décadas de acción sanitaria sobre el terreno, opiniones de expertos y hasta negociaciones diplomáticas. Sin embargo, la *inercia soberanista* finalmente predominó:

Esa noción de estatalidad informó la revisión y redacción de 2005 del RSI, cuyo artículo 4.3 establece que las naciones tienen ‘el derecho soberano de legislar e implementar legislación en cumplimiento de

sus políticas de salud'. Es ese derecho el que ejercen los gobiernos en la pandemia de COVID-19. (OMS, 2020c: 379).

Lo que subyace a algunas de las obligaciones del RSI es, en términos generales, un equilibrio entre los intereses de soberanía nacional y los de la comunidad internacional. En un entorno ideal, ambos están alineados, pero la realidad anárquica del entorno internacional no sigue esa ruta, como lo evidencian las variadas y descoordinadas respuestas estatales frente a la pandemia del Covid-19.

Desde su entrada en vigor, en 2007, el RSI se ha convertido en el instrumento normativo central para abordar brotes de enfermedades de implicancias internacionales. (von Bogdandy y Villareal, 2020). Sus finalidad y alcance son “prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una respuesta de salud pública proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública y evitando al mismo tiempo las interferencias innecesarias con el tráfico y el comercio internacionales”.

La gestión de la información y el conocimiento constituye el ingrediente fundamental en el enfoque del RSI sobre vigilancia epidemiológica. El Título II del RSI está abocado a “Información y respuesta de salud pública”. Dado que la OMS carece de capacidades de supervisión sobre el terreno a todo lo ancho del mundo, depende para ello de los Estados nacionales.

El artículo 12.1º del RSI dispone que el Director General de la OMS “determinará [...] si el evento constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional” en base a la información que reciba “y en particular la que reciba del Estado Parte en cuyo territorio se esté produciendo un evento”. Según el artículo 1º, un “evento” es “la manifestación de una enfermedad o un suceso potencialmente patógeno”; y una “emergencia de salud pública de importancia internacional” es “un evento extraordinario [que] constituye un riesgo para la salud pública de otros Estados a causa de la propagación internacional de una enfermedad, y [que] podría exigir una respuesta internacional coordinada”.

La determinación sobre la existencia o no de una emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII) debe basarse en información

epidemiológica, que los Estados afectados son los más indicados -pero no fuentes exclusivas- para proporcionarla. De acuerdo a los artículos 6º y 7º del RSI, el Estado Parte que tenga pruebas de la ocurrencia dentro de su jurisdicción de “un evento imprevisto o inusual [...] que podría constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional” debe notificarla a la OMS “por el medio de comunicación más eficiente de que disponga [...] antes de que transcurran 24 horas desde que se haya evaluado la información concerniente [...]”. Nótese el carácter imperativo y directo de estas disposiciones, de plena exigibilidad.

Esta obligación de notificación prevista en los artículos 6º y 7º del RSI constituyen el basamento jurídico fundamental para evaluar la eventual existencia de responsabilidad internacional por parte de China respecto al desencadenamiento de la pandemia del Covid-19. A la vez, como elemento de contexto cabe mencionar que, durante 2019, la OMS investigó 440 eventos de salud, siendo el mayor número de ellos relacionados con enfermedades contagiosas. (Villareal, 2020).

El referido deber de notificación se complementa con la obligación, prevista en el párrafo 2 del artículo 6º del RSI, de “[seguir] comunicando a la OMS información oportuna, exacta y suficientemente detallada sobre la salud pública de que disponga relativa al evento notificado, con inclusión, en lo posible, de definiciones de los casos, resultados de laboratorio, origen y tipo del riesgo, número de casos y defunciones, condiciones que influyen en la propagación de la enfermedad y las medidas sanitarias aplicadas [...]”. Nuevamente, se trata de una norma imperativa, directa y detallada.

Sin la cooperación de los Estados y de otros actores en la recopilación e informe de datos, el sistema de vigilancia epidemiológica sobre el que el RSI se basa “simplemente no funciona”. (Villareal, 2020). Aunque de un lado es de interés de toda la comunidad internacional cooperar en la gestión de la información y el conocimiento, compartiéndolos, existen diversos factores que desincentivan tal conducta por parte de los Estados. Algunos gobernantes asumen que su propio prestigio personal y el de sus Estados se daña con el reconocimiento que afrontan un brote epidémico; además, puede llevar a que otros Estados adopten medidas restrictivas respecto a intereses del Estado declarante, tales como prohibiciones de viaje a y desde

éste, las cuarentenas de los viajeros o las restricciones al comercio de allí provenientes.

Las evidencias históricas muestran que algunos Estados son reticentes a cumplir con sus deberes de informar a la OMS sobre la existencia de brotes epidémicos dentro de sus respectivas jurisdicciones. Precisamente fue la falta de transparencia de China frente a la epidemia del SARS, en 2002-2003, lo que impulsó al resto de la comunidad internacional a exigir una revisión del RSI, cuya actual edición fue luego aprobada en 2005.

Otro instrumento normativo de que dispone la OMS, de gran utilidad científica pero carente en general de exigibilidad jurídica, son las recomendaciones. A ellas se aboca el Título III del RSI. Según el artículo 15° del RSI, la OMS emite recomendaciones temporales después de declarar un ESPII. Pueden consistir, entre otras cosas, en no imponer medidas de viaje y comercio que sean más restrictivas de lo necesario, e indiquen cuáles serían aconsejables. El artículo 18° enumera diversos tipos de recomendaciones que la OMS puede emitir, desde las menos intrusivas hasta las que comportan significativas afectaciones de derechos humanos, quedando la legitimidad de estas últimas sujeta a escrutinio según criterios tales como la proporcionalidad, la razonabilidad y la temporalidad. La redacción de este artículo (“la OMS podrá aconsejar lo siguiente”) tiene carácter referencial, de modo que esta organización tiene discrecionalidad para recomendar otras medidas distintas a las allí enumeradas.

El Título V del RSI se refiere a “Medidas de salud pública” y establece disposiciones relativamente detalladas sobre medios de transporte, sus operadores, viajeros, mercancías y contenedores. La racionalidad de sus disposiciones es la de minimizar las restricciones a efectos de evitar interferencias gravosas o innecesarias. Bajo esa concepción delimita las facultades de las autoridades sanitarias nacionales. Los Estados ciertamente mantienen facultades para imponer restricciones, incluyendo la denegación de ingreso de pasajeros. El artículo 31.1° faculta a los Estados a exigir “un examen médico, la vacunación u otras medidas profilácticas” como condición para admitir a un pasajero al territorio nacional.

A su vez, el artículo 32° prescribe: “Cuando los Estados Partes apliquen medidas sanitarias de conformidad con el presente Reglamento,

tratarán a los viajeros respetando su dignidad, sus derechos humanos y sus libertades fundamentales, y reducirán al mínimo las molestias o inquietudes asociadas con tales medidas [...]”.

El artículo 43° del RSI permite a los Estados adoptar medidas sanitarias adicionales a las contenidas en este reglamento, sujeto a justificar su razonabilidad para evitar que sean “más restrictivas del tráfico internacional ni más invasivas ni intrusivas para las personas que otras opciones”. Tal análisis de razonabilidad debe encontrar sustento en principios científicos, pruebas científicas, y orientaciones o recomendaciones de la OMS (RSI, art. 43.2).

El artículo 56° del RSI establece como mecanismo para la resolución de controversias relativas a la aplicación de este reglamento el sometimiento a arbitraje bajo las normas del Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias entre Dos Estados, de 1992, siempre que los Estados concernidos lo hayan suscrito. Pero nunca en la historia del RSI se ha recurrido a este mecanismo componedor.

El incumplimiento de las obligaciones del RSI no conlleva sanciones. Y dada la naturaleza no vinculante de las recomendaciones de la OMS, no hay consecuencias legales directas por su desacato. Si bien, en teoría, la solución de controversias está disponible en virtud del Artículo 56° del RSI para establecer la responsabilidad internacional, estas disposiciones nunca se han invocado. Además, es dudoso que tal procedimiento tendría algún resultado significativo en un contexto como el de los brotes de enfermedades contagiosas. Por lo tanto, el funcionamiento adecuado del RSI requiere recurrir a una perspectiva jurídica alternativa.

En el actual contexto de la pandemia del Covid-19, diversas voces han criticado la ineficacia del RSI, y es previsible que pronto se inicie un proceso de revisión de sus normas. No obstante, debe tenerse en cuenta que el RSI expresa las mejores prácticas, adquiridas a través de décadas y acaso siglos, así como el actual consenso internacional sobre cómo enfrentar las pandemias. Es, pues, el referente normativo para evaluar el desenvolvimiento de los Estados en tales crisis sanitarias. (von Bogdandy y Villareal, 2020).

El que en última instancia la eficacia del sistema de vigilancia epidemiológica global dependa de la voluntad de los Estados de cooperar y de cumplir con obligaciones legales que no acarreen sanciones, sin contar con instrumentos de coerción, hace evidente que los mecanismos de gobernanza de la salud pública mundial son disfuncionales. En el actual contexto de la pandemia del Covid-19, la falta de transparencia de algunos Estados y la tozudez de ciertos gobernantes para adoptar medidas de contención basadas en las evidencias científicas, comportan un gravísimo riesgo para todo el resto de la comunidad internacional, que se viene traduciendo en decenas de miles de vidas perdidas, de personas cuya salud se ha visto dañada, en cuantiosísimas pérdidas económicas y en la restricción del ejercicio de diversos derechos humanos. Ese es el precio que pagamos ante el altar de la desmedida soberanía estatal. El bienestar de la humanidad no puede quedar librado a la buena fe de los Estados o a su ausencia.

Como se destacó en las reuniones más recientes del Comité de Emergencia del RSI, la toma de decisiones precisas solo puede tener lugar si hay información confiable disponible. La alta complejidad involucrada en la identificación de las características epidemiológicas del virus obstaculiza por sí misma las posibilidades de realizar evaluaciones de riesgo precisas. Esto hace que sea aún más importante para la OMS y sus Estados miembros comprometerse mutuamente con confianza. (Villareal, 2020).

¿Cuál es la naturaleza jurídica del RSI? Esta no es una digresión de valor meramente académico, particularmente si recordamos que el RSI es el instrumento normativo central para abordar brotes de pandemias como el del Covid-19, y que tiene carácter vinculante. Si bien, como lo ha anotado Gian Luca Burci, ex consejero legal de la OMS, este instrumento se originó a partir de los tratados sobre temas sanitarios adoptados en respuesta a los brotes epidémicos del siglo XIX, en sí mismo no constituye un tratado. Tampoco puede argumentarse que sus normas hayan devenido en costumbre internacional, o que hayan adquirido la categoría de *jus cogens*. Gian Luca Burci sostiene que la naturaleza jurídica del RSI se asemeja a una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (OMS, 2020a: 378).

En efecto, el RSI deriva su exigibilidad jurídica de la facultad legislativa consagrada en los artículos 21º y 22º de la Constitución de la OMS; y las decisiones del Consejo de Seguridad derivan su exigibilidad jurídica de las facultades que le han sido conferidas en virtud de los artículos 24º, 25º, 39º y 41º, *inter alia*, de la Carta de las Naciones Unidas.

5. IMPLICANCIAS DE LA PANDEMIA DEL COVID-19 DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La pandemia del Covid-19 afecta directamente o pone en riesgo el derecho humano a la salud de cada persona. Y las políticas públicas adoptadas por los gobiernos para su contención y la mitigación de sus consecuencias, que ha desestabilizado a la economía mundial llevándola a una grave recesión, tienen diversos y masivos efectos sobre el ejercicio de variados derechos humanos. Además, la afectación del bienestar y derechos sobre las personas se da en un contexto en el que la desigualdades se hacen más pronunciadas, y los daños tienden a ser mayores sobre precisamente las personas más vulnerables y marginadas. (Muñoz-Pogossian, 2020).

Según la OEA (2020), los principios básicos de un enfoque de derechos humanos ante la pandemia del Covid-19, son: no-discriminación, disponibilidad de recursos, accesibilidad y aceptabilidad (consentimiento libre e informado, consideraciones éticas y de diversidad).

Aunque algunos regímenes autoritarios o totalitarios vienen aprovechando como pretexto la pandemia del Covid-19 para recortar aún más los derechos de sus ciudadanos, incluso trasgrediendo derechos que son inderogables a la luz de los tratados internacionales de los que son partes obligadas, esos son casos relativamente excepcionales. En la mayoría de otros casos, regímenes democráticos han impuesto diverso tipo de restricciones como las cuarentenas, y varios han declarado formalmente estado de emergencia, en cuyo marco se ha restringido el ejercicio de ciertos derechos que son pasibles de suspensión a la luz de los tratados internacionales de los que son partes obligadas.

Tres de los tratados de derechos humanos más importantes, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), contienen cláusulas de excepción con estándares específicos sobre derechos humanos en estados de emergencia, p. ej. el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos permite a los Estados tomar medidas que suspenden algunas de sus obligaciones bajo el Pacto “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación [...] en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación [...]”. Pero ciertos derechos se han considerado tan importantes que no son pasibles de suspensión. En los tres tratados existen cuatro derechos comunes que no son pasibles de suspensión. Estos son: el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, y el derecho a estar libre de la aplicación retroactiva de las leyes penales. En contraste, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) no prevé la suspensión de derechos durante emergencias públicas. Esta ausencia ha sido interpretada por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, órgano supervisor de ese tratado, en el caso *Commission Nationale des Droits de l’Homme et des Libertés v. Chad*, Nº 74/92 (octubre 1995), en el sentido que las suspensiones no están permitidas bajo la CADHP. (ACNUDH e IBA, 2013).

Pero ninguno de los tres tratados que permiten suspensión de derechos definen cuáles situaciones califican como “excepcionales” o “peligro público u otra emergencia”, ni proveen una lista exhaustiva de ellas, y que por tanto activan esa facultad extraordinaria de los Estados. En todo caso esas suspensiones de derechos, según las normas habilitantes y la jurisprudencia, deben cumplir con estos requisitos mínimos: ser proporcionales respecto a la crisis; no ser ni aplicarse discriminatoriamente; ser compatibles con las otras obligaciones internacionales del Estado; y, prolongarse lo estrictamente necesario (PIDCP, artículo 4.1º; CADH, artículo 27.1º; CEDH, artículo 15.1º).

Cuando un Gobierno declara estado de emergencia y suspende la vigencia de derechos humanos pasibles de tal restricción, debe notificar al

menos dos veces al resto de los Estados Partes (PIDCP, artículo 4.3º; CADH, artículo 27.3º; CEDH, artículo 15.3º). La notificación inicial debe especificar la razón por la cual se suspende la vigencia de derechos y las razones causales. La CADH (artículo 27.3º) requiere que en la notificación inicial también se precise “la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”. El PIDCP y la CEDH no requieren notificar la fecha en la que se prevé dar por terminada la suspensión de la vigencia de derechos, pero sí cuando desaparezcan las circunstancias que la motivaron y cuando se haya reestablecido su plena vigencia. Pero ninguno de estos tratados especifica cuál es el plazo para realizar esa notificación inicial. Egipto decretó estado de emergencia en 2017 y nunca notificó al resto de Estados Partes del PIDCP; Turquía decretó estado de emergencia en 2016, luego de un fallido golpe de Estado, y emitió su notificación después de varias semanas. Peor aún, no existen sanciones explícitas por negarse a reportar la declaratoria de estado de emergencia, ni límite temporal luego de superada la situación de emergencia para restablecer los derechos humanos suspendidos (Emmons, 2020).

En resumen, el derecho internacional de los derechos humanos tiene muy poco que decir sobre la definición de situaciones de crisis, y solo [impone] restricciones limitadas sobre los medios [aplicables]. En la actualidad, esto significa que los gobiernos nacionales pueden decidir unilateralmente si COVID-19 constituye una amenaza para la nación que requiere un gobierno de emergencia y, una vez que lo hayan hecho, el derecho internacional de los derechos humanos permite limitar cualquier derecho, excepto los que se consideran no pasibles de suspensión. (Emmons, 2020: 3).

A su turno, los gobiernos que **no** han declarado estado de emergencia para enfrentar la pandemia del Covid-19 pueden no obstante limitar derechos dentro del marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El PIDCP, la CADH, la CEDH y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) permiten las siguientes restricciones para proteger la salud pública:

1. la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias (PIDCP, artículo 18.3º; CADH, artículo 12.3º; CEDH, artículo 9.2º)

2. el respeto por la vida personal y familiar (CEDH, artículo 8.2º)
3. libertad de movimiento (PIDCP, artículo 12.3º; CADH, artículo 22.3º; CEDH, Protocolo 4, artículo 2.3º; CADHP, artículo 12.2º)
4. libertad de reunión (PIDCP, artículo 21º; CADH, artículo 15º; CEDH, artículo 11.2º; CADHP, artículo 11º)
5. libertad de asociación (PIDCP, artículo 22.2º; CADH, artículo 16.25º; CEDH, artículo 11.2º)
6. libertad de expresión (PIDCP, artículo 19.3bº; CADH, artículo 13.2bº; CEDH, artículo 10.2º).

A diferencia de las suspensiones permitidas en el marco de estados de emergencia por los tratados internacionales sobre derechos humanos, la limitación a estos derechos no tiene restricciones explícitas en cuanto a su duración. Por ejemplo, el Perú durante el periodo 1980 a 1992, mantuvo el estado de emergencia y la suspensión de derechos por largos periodos, notificando periódicamente a la comunidad internacional.

Aún más, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos enuncia obligaciones específicas de los Estados para proteger la salud pública. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que complementa la PIDCP, establece como una de las obligaciones de los Estados Partes “la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas” (artículo 12.2cº), y la CADHP dispone que los Estados Partes “tomarán las medidas necesarias para proteger la salud de su pueblo y asegurarse de que reciban asistencia médica cuando están enfermos” (artículo 16.2º).

“Esta tensión [entre el deber de protección del derecho a la salud y el de los demás derechos humanos] presenta un problema único: en un esfuerzo por proteger la salud, los gobiernos podrían teóricamente *suspender de forma permanente* algunos derechos humanos internacionalmente reconocidos”. (Emmons, 2020: 3).

A efectos de evitar el uso abusivo e injustificado de las suspensiones permitidas por los tratados internacionales de derechos humanos, aún sin mediar declaración de estado de emergencia, es indispensable supervisar

que las políticas y acciones que los gobiernos adopten con ocasión de enfrentar la pandemia del Covid-19 cumplan con los requisitos de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, y que los derechos cuya vigencia se ha suspendido sean plenamente reestablecidos cuando la situación de emergencia haya sido controlada. (Emmons, 2020).

Dado que los mecanismos de denuncias por violaciones a derechos humanos establecidos en el Protocolo Facultativo de PIDCP, en la CADH y en la CEDH, tienen como requisito de admisibilidad el previo agotamiento de los recursos internos, en los hechos no representan recursos eficaces para contrarrestar violaciones a los respectivos tratados por Estados Partes. Los únicos instrumentos que podrían tener alguna eficacia ante tales situaciones son los mecanismos de monitoreo: el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y, en el caso de Europa, el Secretario General y el Comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa. (Emmons, 2020).

6. POSIBILIDADES DE PLANTEAR UNA DEMANDA CONTENCIOSA CONTRA CHINA POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES PREVISTAS EN EL RSI

El origen, el desenvolvimiento y las consecuencias de la pandemia del Covid-19 no son ajenos a las dinámicas políticas del momento, en particular a la creciente confrontación estratégica entre China y los Estados Unidos. La pandemia del Covid-19, cuyos primeros brotes fueron detectados dentro de China, ha intensificado tal enfrentamiento. Factores ideológicos, impulsos nacionalistas y convicciones democráticas respecto a un país sindicado de gobernarse autoritariamente, agregan combustible a ese fuego. Desde diversos ámbitos se imputa a China ser la causante de la pandemia y de haber contribuido a su propagación debido a su alegada lentitud y poca transparencia para reportar los brotes ante la OMS dentro del plazo perentorio y en el modo exhaustivo que establecen los artículos 6º y 7º del RSI.

La posición oficial de China es que cumplió con sus obligaciones internacionales previstas en el RSI, pues informó a la OMS de una neumonía de causa desconocida el 31 de diciembre de 2019; y compartió la secuencia genética del virus el 12 de enero de 2020, mucho antes de que la OMS declarara un ESPII el 30 de enero de 2020. Además, China publicó el 28 de febrero 2020 el informe de la misión conjunta OMS-China en el que se expone detalladamente las acciones adoptadas por las autoridades sanitarias de este país para conjurar el brote epidémico, así como sus experiencias sobre el diagnóstico y el tratamiento de COVID-19. (Shuai, 2020).

A su turno, la política frente a China del Presidente Donald Trump “es tan errática que es más probable que alarme a los aliados de los Estados Unidos a que los unifique”. (Financial Times, 2020). Sostiene él que ha visto evidencias de que el coronavirus se originó en el laboratorio del Instituto de Virología de Wuhan, una entidad del Gobierno de China, contradiciendo no obstante a las agencias de seguridad estadounidenses que ya habían determinado que Covid-19 “no era artificial ni genéticamente modificado”. (BBC, 2020b). Y el Secretario de Estado norteamericano, Michael Pompeo, alega que China se niega a compartir detalles sobre el inicio del brote pandémico, sobre el “paciente cero” (la primera víctima del virus SRAS-CoV-2), y muestras del virus (Gretler y Kresge, 2020).

No puede perderse de vista que el primer caso de Covid-19 reportado a nivel mundial se registró el 17 de noviembre 2019, en Wuhan, China. (Zimmer y Minder, 2020). Es decir, China tardó 43 días en reportar a la OMS la presencia del brote epidémico dentro de su jurisdicción. Además, China esperó hasta el 14 de febrero de 2020 para revelar que descubrió que alrededor de 1700 trabajadores de la salud fueron diagnosticados positivos por el contagio de COVID-19. (Sakar, 2020; Kraska, 2020).

Es razonable asumir que, por tratarse de un fenómeno ignoto, incierto y geográficamente focalizado, inicialmente el evento no fuera comunicado a las altas autoridades gubernamentales de China, y que por tanto éstas tampoco lo reportaron a la OMS. Pero ¿hubo durante esos 43 días un segundo periodo en el que la información fue ocultada a la OMS y al resto de la comunidad internacional, o no fue reportada exhaustivamente, cuando ya se había establecido que el brote epidémico potencialmente podía

configurar un ESPII? Esta es una cuestión que requiere de una investigación internacional imparcial y ajena a móviles políticos de cualquier naturaleza.

En tanto no se produzca esa investigación y sus resultados sean difundidos, resultaría imprudente formular juicios definitivos, particularmente tratándose de una materia de tanta gravedad. Pero tampoco puede soslayarse que China ha respondido con coerción económica contra Australia, luego que este país solicitara precisamente la realización de una investigación internacional sobre los orígenes de la pandemia del Covid-19.

El 12 de mayo, China dejó de aceptar carne de cuatro grandes camales australianos, citando problemas de sanidad. Cinco días después, China impuso aranceles de más del 80% sobre las importaciones de cebada australiana como parte de una investigación antidumping. [...] Los funcionarios chinos han elaborado una lista de posibles objetivos futuros para represalias, incluidos los mariscos, la avena y la fruta australianos. (CNN, 2020).

Tampoco puede olvidarse el valeroso y trágico caso de Li Wenliang, un joven oftalmólogo de Wuhan, la ciudad donde se detectaron los primeros casos de contagio del virus SRAS-CoV-2, quien, según fuentes occidentales, ya el 30 de diciembre de 2019 había informado a sus amigos a través de una plataforma privada de *chat*, que en el departamento de emergencias del hospital central de esa ciudad, en donde él trabajaba, se mantenía en cuarentena a un grupo de pacientes que mostraban síntomas similares a los del SARS. Li advirtió cautela a sus amigos, todos ellos médicos. Sus mensajes fueron interceptados por la policía china de internet. Tres días después, Li fue amonestado por sus jefes y acusado por la policía de “realizar comentarios falsos”, a la vez que fue coaccionado a firmar una declaración de arrepentimiento por perturbar “el orden social”. Forzado a retornar a su centro de labores, Li se contagió inmediatamente con el virus SRAS-CoV-2, y murió semanas después. (BBC, 2020).

Resulta igualmente revelador de la poca vocación de cooperación de China para investigar los orígenes del virus SARS-CoV-2. Recién el 29 de junio, luego de arduas negociaciones con ese país, la OMS, por intermedio de su Director General, Tedros Adhanom Ghebreyesus, ha podido anunciar

el envío de una segunda misión de expertos a China, esta vez con el propósito de realizar tal investigación. (Chakradhar, 2020).

A su turno, Taiwán, que no ha sido admitido como Estado Miembro de la OMS debido a la oposición de China, ya en diciembre de 2019 había informado que el virus SRAS-CoV-2 podía transmitirse entre humanos. Hasta cuando menos el 14 de enero de 2020, la OMS seguía repitiendo el argumento de China de que “no existe clara evidencia que el virus se transmita entre humanos”. China solamente admitió el 21 de enero de 2020 esta posibilidad de contagio del virus SRAS-CoV-2. (Komireddi, 2020).

Sin pretender formular imputaciones definitivas, y meramente a guisa de análisis académico, se justifica explorar las eventuales consecuencias sustantivas y procesales que podrían derivarse de una eventual atribución de conductas internacionalmente ilícitas por parte de China en el desencadenamiento de la pandemia del Covid-19, a la luz de las obligaciones establecidas particularmente en los artículos 6º y 7º del RSI.

Tradicionalmente, la doctrina del derecho internacional señalaba que la responsabilidad internacional se configuraba por el concurso de tres elementos: a) la existencia de un hecho internacionalmente ilícito; b) la imputabilidad; y c) la existencia de una lesión o daño a otro Estado. (Mazzuoli, 2020: 5). Sin embargo, el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (PAREHII), aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 2001 (ONU, 2002) y cuyo acatamiento ha sido sugerido por la Asamblea General de este organismo (ONU, 2008b) solo requiere, para la caracterización de la responsabilidad, la presencia de dos elementos, a saber, la violación de una obligación internacional y la atribución de esa violación a un Estado, sin referencia a la necesidad de pérdida o daño. (Mazzuoli, 2020).

Aunque aún no se ha materializado en un tratado internacional, generalmente se reconoce que el PAREHII, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, expresa las normas de derecho internacional consuetudinario en la materia, y por tanto es el referente más importante en ese ámbito, y por tanto ineludible para evaluar la eventual responsabilidad de China en el desencadenamiento de la pandemia del Covid-19. (Mazzuoli, 2020).

La información disponible hasta el momento permite inferir *prima facie* que China incumplió manifiestamente con su obligación de notificar a la OMS, dentro del plazo y de modo exhaustivo previstos en los artículos 6º y 7º del RSI, sobre la existencia de un ESPII dentro de su jurisdicción.

Según el artículo 14.3 del PAREHII, “la violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el periodo en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación”. (ONU, 2002).

En cuanto a los eventuales recursos procedimentales disponibles para resolver la hasta ahora hipotética controversia sobre la eventual responsabilidad internacional de China, es menester recordar que el artículo 56º del RSI establece opciones que incluyen la negociación directa, los buenos oficios, la mediación, la conciliación, el sometimiento de la cuestión a la mediación del Director General de la OMS, y el arbitraje, todas las cuales tienen carácter opcional. Hasta la fecha, jamás se ha solicitado o realizado arbitraje alguno en virtud del artículo 56º del RSI. De otro lado, el recurso a alguno de tales mecanismos no precluye la posibilidad que uno de los Estados involucrados recurra ante la Corte Internacional de Justicia u otro mecanismo convencional de composición, según lo reconoce expresamente el párrafo 4º del referido artículo 56º del RSI.

A su turno, el artículo 75º de la Constitución de la OMS establece:

Toda divergencia o disputa respecto a la interpretación o aplicación de esta Constitución que no sea resuelta por negociaciones o por la Asamblea [Mundial] de la Salud será sometida a la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con el Estatuto de la Corte, a menos que las partes interesadas acuerden otro medio de solucionarla.

La hasta ahora hipotética controversia sobre la eventual responsabilidad internacional de China por el desencadenamiento de la pandemia del Covid-19 no sería justiciable ante la Corte Internacional de Justicia en virtud del precitado artículo 75º de la Constitución de la OMS, debido a que: (a) el supuesto de hecho de la hipotética controversia no es la “divergencia o

disputa respecto a la interpretación o aplicación de esta Constitución”; y (b) la activación de la competencia de la Corte Internacional de Justicia implica, como lo señala el precitado artículo 75° de la Constitución de la OMS, el agotamiento de los recursos previos (“por negociaciones o por la Asamblea [Mundial] de la Salud”. Sobre ambos aspectos es aplicable el precedente establecido por la Corte Internacional de Justicia (2006) en el caso *Acciones Armadas en el Territorio del Congo (Nueva Demanda: 2002)* (párrafos 94° a 101°).

De otro lado, aunque hay quienes sostienen lo contrario, es claro que China no puede ser demandada ante tribunales nacionales de país alguno en relación con su ejercicio de actos soberanos, pues goza de inmunidad jurisdiccional, que es un privilegio firmemente establecido en el derecho internacional consuetudinario (regla *par in parem non habet jurisdictionem*). Así lo ha ratificado la Corte Internacional de Justicia en su sentencia del caso *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania v. Italia: interviniendo Grecia)*. (Mazzuoli, 2020: 3).

Adicionalmente, en teoría, los Estados que se consideren lesionados por alegados actos ilegales de China causantes del desencadenamiento de la pandemia del Covid-19, pueden recurrir a contramedidas, según lo previsto en los artículos 49° a 54° del PAREHII. De acuerdo al artículo 49.1°, “el Estado lesionado solamente podrá tomar contramedidas contra el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito con el objeto de inducirlo a cumplir las obligaciones que le incumban [...]”; y el artículo 51° dispone que “las contramedidas deben ser perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los derechos en cuestión”. Este recurso de autocomposición no aparenta viabilidad jurídica, en tanto se requiere determinar previamente: (a) el hecho internacionalmente ilícito que se le imputa a China; (b) la existencia de relación de causalidad entre ese hecho y el perjuicio sufrido por el Estado que pretende aplicar las contramedidas; y, (c) que el hecho continúe produciéndose (artículo 52.3°a). Conviene subrayarlo una vez más: en el mundo real, el Derecho Internacional suele estar moldeado en su génesis, interpretación y aplicación por factores políticos, y el caso de la eventual responsabilidad de China por el desencadenamiento de la pandemia del Covid-19 así lo confirma.

Si China violó el derecho internacional sobre enfermedades infecciosas es una pregunta complicada, especialmente a la luz del comportamiento de los Estados durante este período y de las acciones específicas de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Del mismo modo, la práctica estatal ha mostrado poco interés, si es que lo hay, en los principios sobre la responsabilidad del Estado por los actos que supuestamente son legalmente ilícitos con respecto al movimiento transfronterizo de agentes patógenos. El caso de la responsabilidad de China por las consecuencias de COVID-19 parece ser menos sobre el derecho internacional que sobre el modo en que la rivalidad geopolítica entre los Estados Unidos y China ha moldeado la política de esta pandemia. (Fidler, 2020: 1).

7. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS POR VIOLACIONES DE SUS OBLIGACIONES INTERNACIONALES RESULTANTES DE MEDIDAS ADOPTADAS PARA CONJURAR LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA DE COVID-19

La pandemia del Covid-19 y las medidas adoptadas por un gran número de Estados para contrarrestar su propagación han implicado una radical alteración en la vida diaria de las personas y una igualmente radical paralización de las actividades económicas a escala global. Estas políticas han intentado responder a una grave amenaza a la salud pública global de naturaleza ignota e incierta, y en general han tendido a alinearse con las normas y mejores prácticas internacionales para enfrentar brotes epidémicos. No obstante, el efecto disruptivo de las medidas sanitarias gubernamentales ha afectado una gran variedad de derechos y obligaciones regulados por distintas esferas del derecho internacional, incluyendo el derecho internacional económico, los derechos humanos, y el derecho internacional aeronáutico, entre otras. Proyectos de inversión extranjera se han visto paralizados; vuelos aerocomerciales han sido prohibidos; y los derechos al libre tránsito, a la libertad de reunión, y a la no discriminación, entre otros, se han visto restringidos. Todas estas situaciones pueden configurar

potencialmente violaciones a las normas sobre responsabilidad internacional de los Estados, y generar obligaciones de reparaciones. (Paddeau y Jephcott, 2020).

¿Bajo qué circunstancias pueden los Estados quedar exceptuados de responsabilidad internacional por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales como resultado de la pandemia del Covid-19 o de las medidas que han adoptado para enfrentarla? El Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (PAREHII) regula seis defensas que pueden ser invocadas para excluir la ilicitud de sus actos. Entre ellas, tres son potencialmente relevantes para nuestro análisis: fuerza mayor (artículo 23°); peligro extremo (artículo 24°) y estado de necesidad (artículo 25°). (Paddeau y Jephcott, 2020a: 2). Entre ellas, la defensa de estado de necesidad parece ser la más factible para los Estados en el actual contexto de las medidas adoptadas por ellos para enfrentar la pandemia del Covid-19.

8. REPARACIONES

El PAREHII establece en su artículo 31° que “el Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito” (inciso 1°) y define el perjuicio como “todo daño, tanto material como moral” (inciso 2°). El artículo 34° establece como formas de reparación la restitución, la indemnización y la satisfacción, “ya sea de manera única o combinada [...]”.

Cabe señalar que el RSI no contiene ninguna norma sobre pagos o indemnizaciones en caso de violación de cualquiera de sus disposiciones. Sin embargo, esto no quiere decir que la práctica internacional habitual con respecto al tema de la compensación por actos ilícitos no consagre la regla de reparación. Sin embargo, considerando la costumbre internacional, no ha habido acciones cuyo objeto sería la reparación financiera en casos de brotes, epidemias, pandemias o pandemias transnacionales, porque -de hecho- no es políticamente apropiado apelar a la costumbre internacional en tales casos [...]. (Mazzuoli, 2020: 19).

Fidler sostiene apropiadamente que “cumplir las obligaciones del tratado de informar brotes de enfermedades implica desafiantes cuestiones científicas y de salud pública y cálculos políticos difíciles”. (2020: 2).

BIBLIOGRAFÍA

ACNUDH e IBA (2013). *Human Rights in the Administration of Justice: A manual on human rights for judges, prosecutors and lawyers*. New York y Geneva: United Nations.

Agence France-Presee (2020, abril 22). Draft COVID-19 Resolution Submitted to UN Security Council. < <https://www.voanews.com/covid-19-pandemic/draft-covid-19-resolution-submitted-un-security-council> >.

Álvarez Vita, J. (1994). *El Derecho Humano a la Salud*. Lima: Cultural Cuzco S.A.

BBC (2020a, febrero 7). Coronavirus en China: quién era Li Wenliang, el doctor que trató de alertar sobre el brote (y cuya muerte causa indignación) < <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-51371640> >.

BBC (2020b, mayo 1). Coronavirus: Trump stands by China lab origin theory for virus < <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-52496098> >.

CNN (2020, mayo 27). Australia angered China by calling for a coronavirus investigation. Now Beijing is targeting its exports. <<https://edition.cnn.com/2020/05/26/business/china-australia-coronavirus-trade-war-intl-hnk/index.html> >.

Chakradhar, S. (2020, junio 30). Morning Rounds. STAT News. <https://www.statnews.com/category/the-regulars/morning-rounds/?utm_source=STAT+Newsletters&utm_campaign=a1eb7aa215-MR_COPY_01&utm_medium=email&utm_term=0_8cab1d7961-a1eb7aa215-150471713 >.

- Convención Sanitaria Internacional (1893, abril 15). 1894 Great Britain Treaty Series N° 4.
- Davies, S. E., Kamradt-Scott, A. y Rushton, S. (2015). *Disease Diplomacy. International Norms and Global Health Security*. Baltimore: John Hopkins University Press.
- Emmons, C. (2020, abril 25). International Human Rights Law and COVID-19 States of Emergency. *VerfBlog*. < <https://verfassungsgsblog.de/international-human-rights-law-and-covid-19-states-of-emergency/> >.
- Feachem, R. G. A. (2014). Foreword. *Global Health Policy-Making in Transition*. En Garrett Brown, Gavin Yamey, and Sarah Wamala (Eds.), *The Handbook of Global Health Policy* (pp. xxix – xxxi). Chichester: Wiley Blackwell.
- Fidler, D. (2005). From International Sanitary Conventions to Global Health Security: The New International Health Regulations. En *Chinese Journal of International Law*, 4; pp. 325-392.
- Fidler, D. (2020, marzo 27). Covid-19 and International Law: Must China Compensate Countries for the Damage? *Just Security*. < <https://www.justsecurity.org/69394/covid-19-and-international-law-must-china-compensate-countries-for-the-damage-international-health-regulations/> >.
- Financial Times, Editorial Board (2020, mayo 7). Donald Trump's erratic China policy undermines western unity. < <https://www.ft.com/content/b9a063aa-9057-11ea-9207-ace009a12028> >.
- France24 (2020, mayo 13). New resolution on immediate global ceasefire presented to UN Security Council. < <https://www.france24.com/en/20200513-new-resolution-on-global-ceasefire-during-covid-19-pandemic-presented-to-un-security-council> >.
- Frenk, J. y Moon, S. (2013, marzo 7). Governance Challenges in Global Health. *New England Journal of Medicine*, 368(10); pp. 936-942.

- Forman, L. y Bomze, S. (2012). International human rights law and the right to health: an overview of legal standards and accountability mechanisms. En Gunilla Backman (Ed.), *The Right to Health: Theory and Practice* (pp. 33-72). Lund: Studentlitteratur AB.
- Forman, L. (2014). A Rights-Based Approach to Global Health Policy: What Contribution can Human Rights Make to Achieving Equity? En Garrett Brown, Gavin Yamey, and Sarah Wamala (Eds.), *The Handbook of Global Health Policy* (pp. 459 – 481). Chichester: Wiley Blackwell.
- Goodman, N.M. (1971). *International Health Organizations and Their Work*. 2nd. ed. Edinburgh: Churchill Livingstone.
- Gostin, L.O., Sridhar, D. y Hougendobler, D. (2015, julio). The normative authority of the World Health Organization. *Public Health*, 129(7), 854-863.
- Gretler, C. y Kresge, N. (2020, mayo 6). Search for Virus Origin Heats Up with WHO Seeking China Mission. *Bloomberg*. < <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-05-06/who-considers-mission-to-look-for-source-of-coronavirus-in-china> >
- Hanrieder, T. y Kreuder-Sonnen, C. (2014). WHO decides on the exception? Securitization and emergency governance in global health. *Security Dialogue*, 45, 331-348.
- Jin, J. y Karackattu, J. T. (2011). Infectious Diseases and Securitization: WHO's Dilemma. *Biosecurity and Bioterrorism: Biodefense Strategy, Practice, and Science*, 9(2), 181-87.
- Kamradt-Scott, A. (2015). *Managing Global Health Security. The World Health Organization and Disease Outbreak Control*. Houndmills y New York: Palgrave MacMillan.
- Kaul, I. y Mendoza, R. U. (2003). Advancing the Concept of Global Public Goods. En I. Kaul, P. Conceição, K. Le Goulven, y R. U. Mendoza (Eds.), *Providing Global Public Goods: Managing Globalization* (pp. 78 – 111). New York: Oxford University Press, 2003.

- Komireddi, K. (2020, marzo 24). The Coronavirus Cover-Up. *Artillery Row, The Critic*.
< <https://thecritic.co.uk/the-coronavirus-cover-up/> >
- Kelle, A. (2007). Securitization of International Public Health: Implications for Global Health Governance and the Biological Weapons Convention Regime. *Global Governance*, 13, 225-228.
- Kraska, J. (2020, marzo 23). China Is Legally Responsible for Covid-19 Damage And Claims Could Be In The Trillions. *War on the Rocks, Texas National Security Review*.
< <https://warontherocks.com/2020/03/china-is-legally-responsible-for-covid-19-damage-and-claims-could-be-in-the-trillions/> >.
- Kindleberger, C. (1986, marzo). International Public Goods without International Government. *The American Economic Review*, 76(1), pp. 1 – 13.
- Mazzuoli, V. (2020, abril 24). International Responsibility of States for Transnational Epidemics and Pandemics: The Case of COVID-19 from the People's Republic of China. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, 23.
< <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3584944> >.
- McInnes, C., Kamradt-Scott, A., Lee, K., Roemer-Mahler, A., Rushton, S. y Williams, O. D. (2014). Global Governance and Health. En C. McInnes, A. Kamradt-Scott, L. Kelley, A. Roemer-Mahler, S. Rushton y O.D. Williams, *The Transformation of Global Health Governance* (pp. 1 – 22). Houndsmill: Palgrave Macmillan.
- Muñoz-Pogossian, B. (2020). Introducción: La Desigualdad y la Pandemia del Covid-19 en las Américas. En *Guía Práctica de Respuestas Inclusivas y con Enfoque de Derechos Ante el Covid-19 en las Américas* (pp. 10-17). Washington, D.C.: OEA.
- Nay, O., Kieny, M.-P., Marmora, L. y Kazatchkine, M. (2020, Junio 4). The WHO We Want. *The Lancet*, 395, pp. 1818-1820.
- Negri, S. (2018). Communicable disease control. En G.L. Burci y B. Toebes (Eds.), *Research Handbook on Global Health Law* (pp. 265 – 302). Northampton: Edward Elgar.

- OEA (2020). *Guía Práctica de Respuestas Inclusivas y con Enfoque de Derechos Ante el Covid-19 en las Américas*. Washington, D.C.: OEA.
- OMS (2006, octubre). Constitución. En OMS, *Documentos básicos, suplemento de la 45a edición*. Ginebra: OMS.
- OMS (2020a). The need for a coordinated international pandemic response. *Bulletin of the World Health Organization*, 98, 378–379. doi: <http://dx.doi.org/10.2471/BLT.20.020620> .
- OMS (2020b, enero 30). Declaración sobre la segunda reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional (2005) acerca del brote del nuevo coronavirus (2019-nCoV). < [https://www.who.int/es/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/es/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)) >.
- OMS (2020c). The need for a coordinated international pandemic response. *Bulletin of the World Health Organization*, 98, 378-379. doi: <http://dx.doi.org/10.2471/BLT.20.020620>.
- OMS (2020d). Q&A on coronaviruses (Covid-19). < <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/q-a-coronaviruses> >.
- ONU (1968). *Proclamación de Teherán, Acta Final de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos, Teherán, abril 22 a mayo 13, 1968*. U.N. Doc. A/CONF. 32/41 at 3 (1968).
- ONU (2000, agosto 11). *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. U.N. Doc. E/C.12/2000/4, CESCR.
- ONU (2002, enero 28). Resolución AG 56/83. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.
- ONU (2008a). Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001.

<https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>.

ONU (2008b, enero 8). Resolución AG 62/61. Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos.

ONU (2020). Funciones y Poderes de la Asamblea General.
<<https://www.un.org/es/ga/about/background.shtml>>

Paddeu, F. y Jephcott, F. (2020a, marzo 17). Covid-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part I. *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*.

<<https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-i/>>.

Paddeu, F. y Jephcott, F. (2020b, marzo 17). Covid-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part II. *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*.

<<https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-ii/>>.

Rees, M. (2020). COVID-19: The United Nations Security Council is Doing What Exactly?

Women's International League for Peace & Freedom

<<https://www.wilpf.org/covid-19-the-united-nations-security-council-is-doing-what-exactly/>>.

Sacher, M. W. y Keefe, T. J. (2008). *The Politics of Global Health Governance. United by Contagion*. New York y Houndsmill: Palgrave Macmillan.

Sakar, S. (2020, abril 10). The Liability of China and International Adjudication of the COVID-19 Pandemic. *JURIST – Student Commentary*.

<<https://www.jurist.org/commentary/2020/04/swargodeep-sarkar-china-covid19/>>.

Shuai, G. (2020, abril 8). Don't bother suing China for COVID-19 before the ICJ. *CGTN*.

- <<https://news.cgtn.com/news/2020-04-08/Don-t-bother-suing-China-for-COVID-19-before-the-ICJ-PutnYs7u24/index.html>>.
- Sohn, L. (1982). The new international law: protection of the rights of individuals rather than states. *American University Law Review*, 32(1), 1 – 16.
- South China Morning Post (2020, marzo 13). China's first confirmed Covid-19 case traced back to November 17.
<<https://www.scmp.com/news/china/society/article/3074991/coronavirus-chinas-first-confirmed-covid-19-case-traced-back>>.
- The Local (2020, junio 19). Coronavirus was already in Italy by December, waste water study shows.
<<https://www.thelocal.it/20200619/coronavirus-was-already-in-italy-by-december-waste-water-study-shows>>.
- Tzouvala, N. (2020). COVID-19, international law and the battle for framing the crisis. *ILA Reporter*. < <http://ilareporter.org.au/2020/03/covid-19-international-law-and-the-battle-for-framing-the-crisis-ntina-tzouvala/>>
- von Bogdandy, A. y Villareal, P.A. (2020, marzo 26). International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis. *MPIL Research Paper Series N° 2020-07*. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. < <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3561650>>.
- Villareal, P. A. (2020, enero 28). The 2019-2020 novel coronavirus outbreak and the importance of good faith for international law. *Völkerrechtsblog*. doi: 10.17176/20200128-225858-0.
- de Wet, E. (2004). *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*. Oxford y Portland: Hart Publishing.
- Zimmer, C. y Minder, R. (2020, junio 26). Study Suggests Coronavirus Emerged in Spain Much Earlier Than Thought. *The New York Times*, p. A7.

REFERENCIAS JUDICIALES, CUASI JUDICIALES O ARBITRALES

Acciones Armadas en el Territorio del Congo (Nueva Demanda: 2002) (República Democrática del Congo v. Rwanda), Jurisdicción y Admisibilidad, Sentencia, I.C.J. Reports 2006, p. 6.

Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania v. Italia: Interviniendo Grecia), Sentencia, I.C.J. Reports 2012, p. 99.

Opinión separada del Juez Weeramantry en el *Caso Concerniente a Cuestiones de Interpretación y Aplicación del Convenio de Montreal de 1971. Planteadas de Resultados del Incidente Aéreo de Lockerbie (La Jamahiriya Árabe Libia v. Estados Unidos de América)*, Medidas Provisionales, ICJ Rep 1992, en 176.

Caso relativo a la diferencia entre Nueva Zelanda y Francia en relación con la interpretación o aplicación de dos acuerdos celebrados el 9 de julio de 1986 entre los dos Estados y que se referían a los problemas derivados del incidente Rainbow Warrior, UNRIAA, vol. XX (Sales No. E/F.93.V.3), (1990).

CADHP, *Commission Nationale des Droit de l'Homme et des Libertes v. Chad*, N° 74/92, decisión adoptada en la 18ª sesión ordinaria, octubre 1995, pár. 21.

ABREVIATURAS EMPLEADAS

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CEDH	Carta Europea de Derechos Humanos
CADHP	Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos
ESPII	Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional
RSI	Reglamento Sanitario Internacional
OMS	Organización Mundial de la Salud
PAREHII	Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

UN MUNDO APOLAR: ANÁRQUICO Y VIOLENTO

AN APOLAR WORLD: ANARCHIC AND VIOLENT

*Oswaldo de Rivero Barreto**

RESUMEN

El presente artículo fundamenta la estructura apolar del mundo actual en que vivimos, con una anarquía agravada por la pandemia del COVID-19, así como por los efectos del calentamiento global. Asimismo, el autor nos plantea cuatro propuestas para hacer frente a la crisis sanitaria, así como el realismo con el que el Perú debe dirigir su política exterior.

Palabras clave: mundo apolar, anarquía, armas nucleares, Covid-19, pandemia, calentamiento global, Estados Unidos de América, China, Rusia, Brasil, realismo político.

* Embajador del Servicio Diplomático de la República. Se desempeñó como Representante Permanente ante las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, Embajador de Perú ante la Organización Mundial del Comercio, entre otros importantes cargos en Londres, Moscú y Ginebra. Estudió derecho en la Universidad Católica (Lima) y luego obtuvo una maestría en relaciones internacionales en la Academia Diplomática de Perú. Realizó estudios de posgrado en el Graduate Institute of International Studies (Ginebra). Es autor de libros sobre desarrollo internacional, que han sido traducidos a varios idiomas.

Este artículo es un extracto de la tercera edición en inglés del libro de Oswaldo de Rivero Barreto: *The Myth of Development and The Crisis of Civilization*", publicado por Zed Books en Londres y Macmillan Press en Nueva York.

Con el presente artículo, el autor formaliza su incorporación como Miembro Asociado, conforme a lo dispuesto por el Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, mediante Acta del 13 de diciembre de 2018.

ABSTRACT

This article supports the apolar structure of the current world in which we live, with anarchy aggravated by the COVID-19 pandemic, as well as by the effects of global warming. Likewise, the author presents four proposals to face the health crisis, as well as the realism with which Peru must direct its foreign policy.

Keywords: apolar world, anarchy, nuclear weapons, Covid-19, pandemic, global warming, United States of America, China, Russia, Brazil, political realism.

- - -

El derrumbe de la Unión Soviética cambió el poder mundial de bipolar a unipolar, convirtiendo a los EEUU en el hegemon mundial, hasta que las guerras asimétricas de Afganistán, Irak y Siria, terminaron con el poder unipolar norteamericano, originando una nueva era geopolítica, que yo he llamado “apolar,” donde los EEUU no son más el sheriff del mundo, y Rusia y China, no pueden ni quieren reemplazarlo.

En este mundo apolar, los arsenales nucleares de los Estados Unidos, Rusia y China han perdido su sentido estratégico, debido a que los conflictos alimentados por odios étnicos históricos y mesianismos religiosos, no se resuelven con disuasión nuclear. Tampoco, ninguna gran potencia puede hoy sola poner orden en el mundo con sus armas convencionales, so pena de involucrarse en interminables guerras asimétricas. Vivimos así una crisis del poder mundial.

Entre los conflictos más infernales están la Yihad islámica terrorista contra Occidente, la fanática lucha de los Talibanes contra todo progreso social y la guerra sectaria entre chiitas y Sunnís en los países árabes, de la cual surgió el monstruoso Estado Islámico.

La anarquía del mundo apolar también se manifiesta por la indolencia de las grandes potencias industriales frente al imparable recalentamiento del planeta que ellas han causado y siguen causando con sus emisiones de

gases efecto invernadero. También, esta anarquía se muestra ahora, más que nunca, por su falta de cooperación entre las grandes potencias, como EEUU, China y Rusia, para cooperar y lograr un plan global de lucha contra la letal pandemia COVID-19.

La anarquía y la violencia de este mundo apolar, solo podría superarse en gran parte, si los EEUU, Rusia y China se ponen de acuerdo para luchar contra el terrorismo islámico, la proliferación de las armas nucleares, el cambio climático y la actual pandemia COVID-19, que son las cuatro grandes amenazas que confronta hoy la humanidad. Sin embargo, hasta ahora esto es imposible porque los EEUU están enfrascados en una peligrosa confrontación geopolítica con Rusia y China, a la vez.

UNIR PARA NO REINAR

La actual confrontación entre los EEUU y Rusia tiene su origen en el no cumplimiento del acuerdo geopolítico más importante de la post guerra fría, como fue la reunificación de Alemania. En este acuerdo, Rusia dio su beneplácito a la reunificación alemana a condición de que los EEUU no extendieran la OTAN hacia Europa del Este. Los EEUU violaron este compromiso. La OTAN, no solo reclutó a casi todos los países del Este de Europa, sino que intentó reclutar a Ucrania, una zona importante de influencia geopolítica histórica de Rusia, donde inclusive vive población rusa. El resultado de esta ambición, de los EEUU y la OTAN, ha sido el estallido de un conflicto armado en Ucrania, que hasta ahora no tiene solución.

Lo que no tiene explicación estratégica, es cómo los EEUU teniendo a Rusia de nuevo como rival mundial militar, se ha lanzado a confrontar a China. No la reconoce como gran potencia y la confronta con una guerra comercial y un desdén geopolítico peligroso, que consiste en no reconocer que China considera el llamado Mar del Sur de la China como su zona de influencia.

Esta confrontación geopolítica simultánea con Rusia y China es un gran error estratégico de los EEUU. Es el abandono de más de 40 años de la política exterior de Kissinger, frente a Rusia y China, que funcionaba bajo el dictum de “dividir para reinar.” Ahora, los EEUU, con su confrontación

simultánea a Rusia y China, han cambiado esta política bajo el dictum surrealista, de “unir para no reinar”. En efecto, gracias a los EEUU, Rusia y China son hoy aliados estratégicos.

MÁS ARMAS NUCLEARES Y MÁS RECALENTAMIENTO GLOBAL

Hoy son nueve los países que poseen el arma nuclear. A las cinco grandes potencias nucleares, los EEUU, Rusia, China, Reino Unido y Francia, se han sumado, Israel, India, Pakistán y Corea del Norte. Y lo más peligroso de esta proliferación es que la anarquía apolar ha permitido que un régimen pobre y paranoico como Corea del Norte y un Estado inviable, rodeado de fanáticos talibanes, como Pakistán, se doten de armas nucleares.

Encima de esto, los EEUU y Rusia se han lanzado a modernizar sus arsenales nucleares con una nueva generación de estas armas, abandonando peligrosamente el control mutuo de los armamentos nucleares que existían en la guerra fría entre EEUU y la Unión Soviética.

Por otro lado, la anarquía apolar se manifiesta porque ninguna de las grandes potencias industriales está hoy reduciendo suficientemente sus emisiones de CO₂, para llegar a la meta, recomendada por los científicos, de reducirlas en un 45% para el año el 2030. Sin duda, esta actitud se debe a que el Acuerdo de París, por más que se le glorifique, es un acuerdo muy débil, porque dispone que las reducciones de las emisiones de CO₂ se hagan como una contribución voluntaria y no como una obligación jurídica.

El hecho que las potencias industriales no reduzcan sus emisiones de CO₂, como lo recomiendan los científicos, están haciendo imparable el calentamiento de nuestro planeta. Hoy, los huracanes, las inundaciones, las sequías y los incendios forestales son más intensos. También se están deshielando aceleradamente Groenlandia, el Ártico y la Antártida, lo cual va alzar peligrosamente los océanos.

Ante esta situación, muchos ecologistas han declarado que nuestro planeta está en crisis. Esto no es cierto. La Tierra no está en ninguna crisis

cosmológica, sigue dando vueltas alrededor del Sol sin problemas. Lo que sí está en crisis es nuestra civilización urbana global, que no cesa de vomitar a la atmósfera gases CO₂ que están recalentando el planeta peligrosamente. El mal llamado *homo sapiens*, está convirtiendo el clima del planeta en una amenaza a su propia existencia. Nuestra especie se está comportando con la misma lógica de una **célula cancerosa**, que destruye el cuerpo del cual vive. Si seguimos destruyendo el medio ambiente, que nos hace vivir, llegará el día en que el planeta seguirá dando vueltas alrededor del Sol, pero lo hará sin nosotros.

SUDAMÉRICA: BIENVENIDOS A LA DISUASIÓN

También, Sudamérica está afectada por la anarquía apolar. Hoy existe una carrera armamentista iniciada en el año 2008 por Chile, adquiriendo aviones de combate F16, tanques Leopard, modernos submarinos y fragatas. Todas armas ofensivas. Y recientemente, a pesar de la profunda crisis social, Chile acaba de adquirir dos fragatas de la marina australiana. A esta carrera armamentista se unieron más tarde Brasil y Venezuela con masivas compras de armas. Colombia también comenzó a modernizar su defensa nacional y Ecuador adquirió tanques Leopard. El Perú no pudo quedarse atrás, ante la presencia de modernas armas ofensivas chilenas cerca de su frontera, y también comenzó la modernización de sus fuerzas armadas. Lo caótico y grave de este armamentismo chileno es que coincide con el surrealista triángulo terrestre inventado por Chile, que no es otra cosa, que una revisión del Tratado de Paz y Límites de 1929.

Ante la carrera armamentista en Sudamérica, que no inició el Perú, debemos superar esa candorosa percepción idealista, muy peruana, que consiste en pensar que adquirir o fabricar armamentos es un gasto inmoral inútil, ya que la paz es hija del desarme, inclusive del suicida desarme unilateral, que alguna vez practicaron ineptos dirigentes del Perú.

Esta percepción pacifista de no querer tener capacidad de disuasión, es la mejor invitación al conflicto armado. Además, no tiene ningún valor, porque el desarme nunca se ha logrado pacíficamente en ninguna región del planeta, y menos aún se va a lograr ahora, en un mundo apolar, que se

volverá más anárquico, caótico y violento con las profundas crisis sociales que surgen en todas las regiones del mundo como resultado de la pandemia COVID-19. Además, a estas graves crisis sociales hay que añadir la escasez de agua, alimentos y energía que está ya causando en Sudamérica y en el mundo el cambio climático. Todo esto hará que muchos de los conflictos internos e internacionales, que se creían imposibles se vuelvan probables. Entonces, si el Perú quiere vivir en paz, debe seguir modernizando sus fuerzas armadas hasta lograr “un poder de disuasión creíble.”

LA PANDEMIA Y EL ORDEN APOLAR ANÁRQUICO Y VIOLENTO

La pandemia COVID-19 no ha cambiado este orden apolar, caótico y violento en que vivimos. Muchos analistas tenían la esperanza que los EEUU, China y Rusia, dejando de lado sus rivalidades geopolíticas, se unieran ante una plaga que afecta a toda la humanidad, y comenzaran así una estrecha cooperación, para establecer una lucha común frente al virus COVID-19. Esto no ha sucedido, al contrario, el virus ha sido tratado nacionalmente con modelos distintos. Y no solo esto, sino que la administración Trump ha acusado a China de demorar el anuncio de la aparición del virus en su territorio.

Posiblemente, el gobierno chino demoró en anunciar la pandemia para no crear pánico y con ello perder el control, que el partido comunista ejerce sobre el pueblo chino. Sin embargo, esto no afectó a los EEUU, pues la CIA, el Departamento de Estado y el Centro de Control y Prevención de Enfermedades (CDC) informaron, con mucha anticipación, al presidente Trump, que en China había surgido el Covid-19. La respuesta de Trump, para no dañar su reelección, fue quitarle importancia a la pandemia, diciendo que era “una farsa china” y que los “EEUU era el país mejor preparado del mundo para enfrentar cualquier pandemia.

El presidente Trump sigue ahora atacando a China con el objeto que el electorado estadounidense se olvide que los EEUU son el país del mundo con más infectados y más muertes, como producto de la incompetencia de la administración Trump.

Esta incompetencia del gobierno de Washington frente a la pandemia, ha convertido a la Casa Blanca en una suerte de Pirámide Maya, que pide cada vez más sacrificios humanos. Los muertos por la caótica política del presidente Trump suman hoy cerca de 100 mil. Y según un estudio de la universidad de Washington, el insensato plan de la administración Trump de abrir totalmente la gran economía norteamericana, sin ningún estudio científico previo, produciría 3 mil sacrificios humanos diarios, haciendo que los muertos en los EEUU lleguen a **más de un millón**.

La realidad es que los EEUU son hoy la potencia mundial más desacreditada en la lucha contra la pandemia. El virus COVID-19, no solo ha confirmado que los EEUU no es más el Sheriff del mundo, sino que carece de gobernabilidad nacional para enfrenta una amenaza global. Además, la pandemia ha revelado la gran desigualdad social de los EEUU. El 70% de los estadounidenses fallecidos son gente pobre. La pobreza en los EEUU, alcanza hoy a 40 millones de personas, de ellas 28 millones no tienen seguro médico. Son así parias a la merced del virus.

También, la pandemia ha demostrado la quiebra ideológica del capitalismo financiero norteamericano, frente su mayor rival, el capitalismo de manufacturero chino. En efecto, el capitalismo financiero norteamericano fue incapaz de producir suficientes ventiladores, no porque no tenía la tecnología, sino porque la mayoría de las piezas de los ventiladores son fabricadas por el capitalismo manufacturero chino. Esto obligó a los EEUU a importar de China los ventiladores, lo que demoró su uso hasta convertir en el país con más mortalidad en el mundo.

Con la recesión de todas las economías nacionales y de la económica global, como consecuencia de la pandemia, será muy difícil salir del caos y la violencia que produce el vacío de poder mundial del actual mundo apolar. La pandemia ya está creando empobrecimiento y descontento social global. La gente por todo el mundo quiere volver a trabajar, quiere vivir una vida normal y los políticos van cediendo ante esta presión que es comprensible, pero que, en la mayoría de los casos, no tiene base científica. Y así las medidas de contención de la pandemia, como la cuarentena, la distancia social, las pruebas y el rastreo de los infectados, que son científicamente

necesarios, para bajar la alta tasa de mortalidad, se van relajando bajo la presión popular.

Esta tendencia de abrir la economía sin parámetros científicos va hacer que la pandemia rebrote con fuerza, convirtiendo a muchos gobiernos, como ha pasado con la Casa Blanca, en una suerte de Pirámides Mayas, que producirán miles de sacrificios humanos para calmar a la diosa economía.

Según eminentes epidemiólogos y la OMS, a partir de setiembre, habrá de nuevo altas cifras de hospitalización y mortalidad. Entonces, si prevalece una apertura económica no científica, el mundo tendría que adaptarse a esta nueva terrible normalidad, de vivir produciendo sacrificios humanos para mantener la actividad económica.

Ante esta horrible nueva normalidad preparé una propuesta para que el Perú promueva en la Organización Mundial de la Salud (OMS) una Reunión de Científicos (los epidemiólogos más prestigiados del mundo) para que tomen cuatro medidas urgentes:

1. Establecer las precondiciones científicas que permitan la apertura gradual de las economías nacionales sin crear más muertes.
2. Dar a conocer y recomendar los tratamientos exitosos que han servido para mitigar la pandemia, bajando sus tasas de mortalidad. Los científicos transmitirían al mundo entero las terapias que están salvando vidas.
3. Ponerse de acuerdo para obtener una vacuna lo más pronto posible e informando a todos los países en qué estado está la investigación de la vacuna, qué laboratorios investigan y qué hay que hacer para tenerla lo más pronto posible.
4. Declarar que la vacuna no sea la propiedad intelectual de ningún laboratorio del mundo, sino un “patrimonio común de toda la humanidad” accesible a muy bajos costos para todos los países.

Esta última medida, se ha fortalecido debido a que el presidente Xi de la China, en su mensaje a la Asamblea de la OMS, coincidió con la cuarta medida, diciendo que la vacuna debería ser “un bien público de toda la humanidad”.

Estas son las cuatro medidas que nos pueden salvar de una horrible nueva normalidad, como sería convivir con aperturas económicas aceptando como normal una tasa alta de mortalidad. En otras palabras, estaríamos volviendo en el siglo XXI a los sacrificios humanos.

El mundo pide a gritos más ciencia y menos política en el trato de esta gran tragedia humana global. Fue esta necesidad la que me llevó a enviar al Canciller, mi propuesta de que el Perú le pida a la OMS la convocación de una Reunión de Científicos (los más inminentes epidemiólogos del mundo) para organizar un plan global de lucha contra la pandemia con la contribución de estos cuatro puntos del Perú y otras propuestas que presenten los científicos convocados por la OMS.

REALPOLITIK

En este mundo apolar, anárquico y violento, solo se adaptan y sobreviven los países que saben luchar por sus intereses nacionales con realismo. El Perú por ello debe practicar una política internacional descarnadamente realista, totalmente desprovista de percepciones ideológicas, solo guiada por nuestro interés nacional. Esta realpolitik tiene que tener como objetivo lograr una “renta estratégica” que incremente nuestro poder de negociación internacional.

Para ello, debemos fortalecer nuestras relaciones con los EEUU y también las alianzas estratégicas que tenemos con Rusia y China, y sobre todo, la que tenemos con nuestro vecino Brasil, independiente esto de la ideología del actual régimen, porque las ideologías de los gobernantes pasan y los intereses nacionales son permanentes.

Un interés nacional urgente, que tenemos que hacer realidad, es que las alianzas estratégicas del Perú con el Brasil y del Perú con China, aterricen, haciendo que el comercio entre ambas potencias por el Pacífico se haga a través de puertos peruanos. Lograr que el Perú sea la conexión comercial, entre el Brasil, que es la primera potencia latinoamericana, y China, que es la nueva potencia mundial, nos dará una renta estratégica geopolítica regional y mundial.

Hoy, la carga comercial del Brasil a China tiene que navegar hasta el Canal de Panamá para entrar al Pacífico y de allí navegar hasta California, para ser trasladada, en los puertos de Los Ángeles y Long Beach, hacia China. Este largo y caro viaje se superaría si el Perú y Brasil lograr poner en marcha el proyecto chino del ferrocarril de Santos, a Ilo. También, la carga del Brasil podrá salir además por el nuevo puerto de Chancay que pronto se va a construir con capitales chinos, y que estos usan llamar: la conexión Chancay-Shanghái.

Otro gran interés nacional urgente, es que el Perú no se vuelva un estado nación inviable, debido a la grandiosa crisis de agua, nunca vista en nuestra historia, que ya está produciendo el cambio climático con el deshielo acelerado de los glaciares de los Andes. Ante esta amenaza existencial del Perú, nuestra diplomacia debe ayudar a localizar las mejores tecnologías, para desalinizar el agua de mar con energía solar. Y además, promover la cooperación del estado y empresas peruanas con firmas extranjeras para lograr una gran inversión en energía solar, que abunda en nuestra costa. Ya es tiempo de comenzar a vivir con el “Sol del Perú”, puesto que con la sequía de los ríos de la costa nuestra producción de alimentos y nuestra energía hidroeléctrica tiene los años contados con el deshielo de los glaciares. Los científicos consideran que a partir del 2030 el acceso al agua en los países andinos será ya extremadamente crítico. Según los analistas políticos esta carestía crítica del agua, producirá serias turbulencias sociopolíticas en la región andina desde Colombia hasta la Patagonia. Sin duda, con el derretimiento de los glaciares de los Andes se derretirá también la gobernabilidad en los países andinos.

Respecto a la pandemia ha surgido un nuevo interés nacional, que no es solo peruano sino de la humanidad, como es que la pandemia no se politice en la OMS, con los pleitos en su seno, entre los EEUU, China, Australia y otros países, en torno a una investigación a China, sobre su responsabilidad por el COVID-19. Para lograr la despolitización de la OMS, el Perú debe pedir que esta organización convoque una Reunión de Científicos para crear un plan global para tratar la Pandemia.

FREDERICK H. HARTMANN Y LA RELACIÓN DE LAS NACIONES

FREDERICK H. HARTMANN AND THE RELATIONS OF NATIONS

*Fernando D'Alessio Ipinza**

RESUMEN

Frederick Hartmann nació en Nueva York en 1922 y murió en el año 2015 a la edad de 93 años. Graduado de la Universidad de California en Berkeley, se incorporó a la US Navy en el programa acelerado durante la Segunda Guerra Mundial y tomó parte de nueve invasiones incluyendo la de Palau, Leyte, Linguyen, Gulf y Okinawa y recibió 7 estrellas de batalla.

En 1946 se enroló en el programa de la escuela de graduados de la Universidad de Princeton obteniendo en 1949 un PhD en Política. Fue luego profesor de la Universidad de Florida en 1948 donde fue promovido rápidamente a profesor asociado y luego a profesor principal. Hartmann comandó una división de la Reserva Naval en Gainesville, Florida y fue

* Vicealmirante AP Espada de Honor, Primer Puesto. Graduado Advanced Management Program, Harvard Business School. Doctor of Business Administration, University of Phoenix, Arizona. Engineer Degree, Master y Bachiller en Ciencias de Ingeniería Mecánica, U.S. Naval Postgraduate School, California. Master en Ciencias en Gerencia General, Salve Regina University, Newport. Licenciado en Ciencias Marítimas Escuela Naval del Perú. Doctor Honoris Causa por la Universidad Privada de Tacna. Presidente del CITME (Centro de Investigación para la Transformación y Modernidad Estratégica) Think Action Tank. Fundador de CENTRUM Católica y Director General (2000-Junio 2017). Ex Ministro de Salud del Perú.

Con el presente artículo, el autor formaliza su incorporación como Miembro Asociado, conforme a lo dispuesto por el Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, mediante Acta del 13 de diciembre de 2018.

promovido a Capitán de Navío en 1966. Ese año aceptó una nueva posición creada en el United States Naval War College en Newport, Rhode Island, donde se desempeñó durante 20 años como profesor de Ciencias Políticas, y fue el principal asesor de nueve presidentes del Naval War College. Su prolífica producción literaria lo llevó a escribir quince libros, todos de gran reputación, entre los que destacan *The Relations of Nations* y *The Conservation of Enemies*.

Como graduado del Naval War College, me honro en intentar revivir su legado en este corto artículo para la prestigiosa Revista de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, en el cual trato de revisitar su libro más famoso: *The Relations of Nations* (1957) escrito en seis ediciones y traducido a muchos idiomas, siendo usado en escuelas de negocios internacionales, escuelas de guerra y escuela de política exterior en muchas naciones. El tema central es el que aboca al eje central de los estudios en el US Naval War College que son las relaciones internacionales y la política y estrategia en el desarrollo de las naciones.

Palabras clave: Relaciones internacionales, ley internacional, estrategia, política en las organizaciones, potencial nacional, modelo tridimensional.

ABSTRACT

Frederick Hartmann was born in New York in 1922 and died in 2015 at the age of 93. He graduated from the University of California at Berkeley, he joined the US Navy in the accelerated program during World War II and took part in nine invasions including that of Palau, Leyte, Linguyen, Gulf and Okinawa and was award with 7 battle stars.

In 1946, he enrolled in the Princeton University Graduate School program, obtaining a PhD in Politics in 1949. He was professor at the University of Florida in 1948 where he was quickly promoted to associate professor and then to full professor. Hartmann commanded a division of the Naval Reserve in Gainesville, Florida and was promoted to Captain in 1966. That year he accepted a new position created at the United States Naval War

College in Newport, Rhode Island, where he served for 20 years as Professor of Political Science and was the senior adviser to nine presidents of the Naval War College. His prolific literary production led him to write fifteen books, all of them very well known, including his most important ones: *The Relations of Nations* and *The Conservation of Enemies*.

This author as an Alum of the US Naval War College is honored to attempt to revive his legacy, in this short article, for the prestigious Journal of the Peruvian Society of International Law, in which I try to revisit his most famous book: *The Relations of Nations* written in 1957 with six editions and translated into many languages, being used in international business schools, war schools, and foreign policy schools in many countries. The central theme of this article is the focus of the curriculum of the US Naval War College which are the international relations and the politics and strategy in the development of nations.

Keywords: International relations, international law, strategy, policy in organizations, national potential, tridimensional model.

- - -

INTRODUCCIÓN

Es conocido que las cinco áreas más importantes por medio de las cuales las naciones interactúan de una manera significativa son: la diplomacia, las leyes internacionales, la economía internacional, las organizaciones internacionales y el conflicto o la guerra. Teniendo como eje pivotal el de la economía internacional, ya que todo lo que ocurre en el mundo es económico. Es conocido por todos la Máxima de Carl Von Clausewitz (1832/1935) que dijo “La guerra es la continuación de la diplomacia por otros medios”. Se entiende que la diplomacia es la interacción *soft* y la guerra es la interacción *hard*; y como intermediarios se encuentran las leyes internacionales, la economía internacional y las organizaciones internacionales, como son las Naciones Unidas, la OEA, entre otras. El concepto de Clausewitz (1832/1935) era que si la diplomacia falla y todos los otros tres (las leyes internacionales,

la economía internacional y las organizaciones internacionales) fallan, se deriva en una interacción *hard*, lo que sería la guerra o algún tipo de conflicto. Hartmann, un estudioso del tema desde 1949, escribió el libro *The Relations of Nations* en 1957 y presentó una definición muy interesante “Las relaciones internacionales en su más amplio sentido incluyen todo tipo de interacción entre las Naciones y todos los movimientos que ocurren de personas, bienes y servicios, e ideas a través de sus fronteras y como un campo de estudio se enfoca en los procesos por los cuales los Estados ajustan sus intereses nacionales a los intereses nacionales de otros Estados”, obviamente que cuando escribió esto las fronteras eran físicas, hoy en día tenemos que pensar de que las fronteras están abiertas por el concepto de la globalización y que tenemos una interacción también tecnológica, ello ampliaría mucho más el concepto de Hartmann, pero manteniendo la base conceptual como la misma.

La globalización es el resultado de la caída del muro de Berlín en 1989, obviamente el muro de Berlín dividía al mundo simbólicamente en dos, los que estaban con la Unión Soviética hacia el este y los que estaban con Estados Unidos hacia el oeste; el mundo vivió durante toda la etapa de la guerra fría en un mundo bipolar, por un lado controlado por Estados Unidos y por otro lado con la Unión Soviética; los países se alineaban a uno de los dos, hubieron casos excepcionales de algunos países que se alinearon con los dos, algo muy inteligente, como por ejemplo el caso de la India; se vivía en un mundo realmente estático; el Producto Bruto Interno global era muy bajo, prácticamente desde el año 1000 hasta el año 1989 el PBI global creció marginalmente, obviamente que eran etapas donde inicialmente no existían las máquinas, donde no se habían dado las revoluciones industriales, pero a pesar de todo, la producción era baja y de limitado crecimiento. En el año 1989 al caer el muro de Berlín se genera este fenómeno llamado globalización donde desaparecen las fronteras y se comienza a interactuar más agresivamente en el sentido comercial, el sentido financiero, el sentido político entre los países al desaparecer las fronteras físicas, pudiendo los países negociar con cualquier parte del mundo si es que tenían las capacidades y entrar al mercado que era el globo aquellos que podían o salir aquellos que no podían, esa fue la forma como comenzó a manejarse la economía internacional a partir del año 1989. La

tecnología era muy incipiente antes de ese año, pensemos que los celulares no han existido siempre, pensemos que las computadoras que existían a comienzos de los años '70 eran esos *mainframes* gigantescos los cuales eran lentos y de limitada capacidad, para luego comenzar a aparecer las primeras computadoras personales en los años 1985 y en la década de los años '90 crece un poco más y comienza a incrementarse la capacidad de los teléfonos, la capacidad de las computadoras, la capacidad de las comunicaciones, hasta el año 2000 donde realmente se da el segundo gran cambio de la humanidad, gran cambio después del ocurrido en 1454 con la aparición de la imprenta de Johannes Gutenberg. El 2000 la economía comienza a entrar en un crecimiento exponencial y el Producto Bruto Interno se multiplica decenas de veces cada pocos años, llegamos a desarrollar una capacidad industrial realmente enorme y comienzan a aparecer los grandes polos de desarrollo tecnológico, como el de la India; reaparece un país enorme como China que despierta del letargo en que vivía; Europa que de alguna manera sigue manteniendo ese vigor industrial que tuvo desde la época de oro de la Gran Bretaña; y como mencionamos la interacción de las naciones adquiere un papel mucho más relevante donde el tema de la economía internacional juega un papel cada vez más importante.

Recordemos que en la humanidad la economía ha sido el eje central de todo, siempre la economía ha sido la que ha hecho girar a las naciones en favor a sus intereses nacionales, no existe ninguna interacción, ningún conflicto, ninguna guerra que no haya tenido un trasfondo económico y lo podemos ver hasta en la gran crisis internacional del año 2008- 2009 y esto se mantendrá porque está en el medio de estas cinco grandes áreas de la relación entre las naciones que va desde la diplomacia en un extremo, hasta el conflicto o la guerra en el otro, teniendo como eje al centro la economía internacional. Estas reflexiones nos llevan a revisitar al maestro Frederick Hartmann y su *Relations of Nations*

LA TEORÍA TRIDIMENSIONAL

Hartmann (1957/1983) propuso esa teoría tridimensional basada en tres vértices: 1) los intereses nacionales, 2) el potencial nacional y 3) los principios cardenales, ese trípode que sin duda es el que debemos tener en

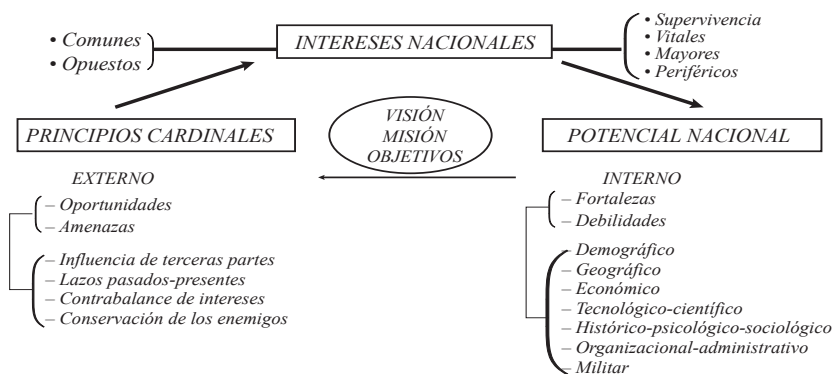
consideración hoy en día cuando se piensa en negocios internacionales, en tratados de libre comercio, en alianzas estratégicas, en comercio tanto físico como electrónico. Es interesante esta propuesta, la cual nos lleva a analizar sobre cada uno de estos vértices (ver Figura 1).

1.- Los intereses nacionales. Son aquellos intereses supremos de un Estado, por los cuales éste haría lo posible para proteger o adquirir una relación favorable con otros Estados; los intereses nacionales no son cuantitativos, no son objetivos nacionales, son los grandes INTERESES de una nación, los cuales trata de conseguir a todo costo. La *Pobreza* podría ser un interés nacional, obviamente que sin indicarlo se podría entender que se trata de la eliminación o reducción de la misma. Se podría ser específico en el sentido de enunciar la eliminación de la pobreza; se puede enunciar como *Bienestar de la población*. Otro interés nacional puede ser la *Seguridad nacional* o la *Protección de nuestros valores*. Son enunciados macro, los cuales se pueden convertir en Políticas de Estado, para más adelante se puedan derivar en los objetivos nacionales, los cuales sí son cuantitativos, medibles, y comparables. Este primer vértice de intereses nacionales no está grabado en piedra, de alguna manera son la base de la política exterior de los países y lógicamente cuando el entorno cambia se pueden ajustar a la nueva realidad. El entorno cambia muchas veces radicalmente como en la crisis financiera del año 2009 o en el presente año por el Covid-19 y seguirá siendo impredecible y volátil, por eso las naciones deben ser muy cuidadosas al enunciar sus intereses nacionales, pero hay que anunciarlos sin duda alguna. Un país que no tenga intereses nacionales, aunque no deben ser muchos, sería un país sin brújula y a la deriva. Se puede hablar de unos 4, 5 o 6 grandes intereses nacionales, los cuales son los que agrupan las mayores necesidades o los mayores deseos de un país para conseguirlos, como el interés porque su población esté bien alimentada, con buena salud, buena educación, buenos ingresos económicos que lo llevarán a ser un país desarrollado finalmente. Acerca de estos intereses nacionales Hartmann (1957/1983) indicó que hay dos grandes tipos de intereses nacionales: (a) los comunes y (b) los opuestos, en relación con los intereses nacionales de otros países. (a) Si dos países tienen intereses nacionales comunes, podrían llegar fácilmente a alianzas, acuerdos o convenios para que los dos se favorezcan de una manera muy positiva y ellos hay que buscarlos; (b) el otro gran

interés, como su nombre indica, es el interés opuesto, el cual no ayuda a hacer ningún tipo de alianza y es mejor mantener esa relación en el limbo, el tratar de hacer una alianza o un convenio con un país con el cual tenemos un interés opuesto es una receta al fracaso, porque no se va a poder conseguir y eso se debe tener muy claro.

Figura 1.

Teoría tridimensional de las relaciones entre países



Adaptado del original y tomado de *El Proceso Estratégico: Un enfoque de gerencia*, F. D'Alessio (2013).

Hartmann (1957/1983) califica los intereses nacionales en cuatro niveles de intensidad en sus relaciones con otras naciones, sean estos comunes u opuestos: (1) El primer nivel de intensidad es el de **Supervivencia**, es un interés que si fuera opuesto pondría en serio peligro la vida del Estado o si fuera común, el interés los ayudaría sustancialmente a desarrollarse y crecer; sin lugar a dudas, en ambos casos el interés es de supervivencia. Como ejemplo de Supervivencia opuesta, es el que tuvieron la Unión Soviética con los Estados Unidos en la época de la Guerra Fría; el primero, si hubiera disparado misiles intercontinentales podría haber hecho desaparecer al otro y posiblemente, por la distancia entre ellos, si ambos disparasen al mismo tiempo, los dos desaparecerían, o sea el interés de supervivencia opuesto es un interés de vida o muerte. (2) El segundo nivel de los intereses nacionales

son los intereses *Vitales*, son aquellos, como su nombre indica, afectan la vida de una Nación y la podrían poner en peligro, favoreciendo o impidiendo su desarrollo. (3) El tercer nivel son los intereses *Mayores*, que pueden afectar o favorecer la situación de un país, es decir, actúan en favor o en contra. (4) El cuarto nivel *Periféricos*, son molestos y de alguna manera perturban al país en alcanzar sus intereses. Estos cuatro niveles tienen las dos posiciones, pueden ser comunes u opuestos, en cada nivel de intensidad tendría que colocarse con qué países puedo tener algún interés opuesto y con cuál se podrían tener intereses comunes. Los intereses opuestos van a perjudicar el alcanzar el interés nacional y los comunes, favorecen a alcanzarlos. Un ejemplo real podemos verlo con la matriz de Intereses Nacionales de los Estados Unidos en la Tabla 1, en el cual se muestra cómo Estado Unidos mantiene los mismos cuatro intereses nacionales hace mucho tiempo y en dicha matriz asigna los países con los que tiene intereses comunes con un asterisco (*) y con los cuales tiene intereses opuestos dos asteriscos (**), ahora lo importante para Estados Unidos es que esos cuatro intereses nacionales han permanecido y lógicamente con los años van actualizando los países que la conforman, de acuerdo a las evoluciones del entorno y sus efectos geo-estratégicos.

Tabla 1
Matriz Interés Nacional de Estados Unidos de América

Basic National Interest	Intensity of International Interest			
	Survival (critical)	Vital (dangerous)	Major (serious)	Peripheral (bothersome)
Defense of Homeland				
Economic well-being				
Favorable World Order				
Promotion of Values				
*Common				
**Opposites				

Nota. Adaptado de *United States national interests in a changing world*, por D. Nuechterlein, 1973.

2.- El potencial nacional. Este vértice debe ser analizado en función a la seguridad del país y sus patrones del poder. La seguridad nacional se basa en tres posibilidades en función a cómo los Estados entran en arreglos de seguridad según las estructuras que pueden manejar el poder. (1) En primer lugar, la seguridad es una condición relativa de cada país, es más deseada por los Estados que la paz *per se* y tiene diferentes connotaciones en función a cada país; Hartmann (1957/1983) definió la **Seguridad** como la suma total de los intereses nacionales vitales, porque los intereses vitales de una nación son aquellos que están dispuestos a utilizar o no la fuerza. (2) En segundo lugar, cuando las naciones se agrupan hacen acuerdos o alianzas de formas diferentes, las cuales van desde el unilateralismo, que significa ir solo contra el mundo y no tener ningún tipo de alianza, hasta las alianzas colectivas que se buscan para tener un balance del proceso del poder. (3) En tercer lugar, la seguridad colectiva es agruparse con otros países ya sea regional o globalmente, se puede tener el caso de conseguir una federación voluntaria mundial, algo así como el papel que juega las Naciones Unidas en este momento.

Estos patrones de la seguridad y del poder se basan en el **Potencial** con que cuenta cada país, este potencial se mide en función a siete grandes potenciales factores que poseen como son: (a) demográfico, (b) geográfico, (c) económico, (d) tecnológico-científico, (e) histórico-psicológico-sociológico, (f) organizacional-administrativo, y (g) militar. Analizando cada uno de estos factores se pueden obtener las fortalezas y debilidades del país, lo que hace visualizar qué potencial tiene; recordemos que el potencial es algo estático, es algo que se tiene, pero todavía no se ha puesto en marcha, es como si se hiciera una equivalencia entre la energía potencial que tienen los cuerpos en función a su posición y lugar en el planeta, con relación a lo cinético que sería el que tienen con relación a sus movimientos, entonces se debe actuar sobre el potencial para en base a ello desarrollar favorablemente las ventajas competitivas del país. Pongamos como ejemplo nuevamente a los Estados Unidos de Norteamérica, la gran ventaja competitiva que tiene es el factor militar, porque todas las industrias que desarrollan su poder bélico se producen en el mismo país, no tienen que importar nada a nadie, eso crea industrias colaterales, genera empleo, le produce riqueza al país y realmente, para Estados Unidos tener un poder bélico es incrementar su Producto Bruto

Interno monumentalmente; en cambio, para los países en vía de desarrollo esto no es así, lo militar es un gasto, porque hay que importar casi todo el material que se usa y eso resulta en mermas presupuestales, la capacidad de usar el presupuesto un país debe ser mayormente para funciones sociales u otras que tienen un mayor rédito. En ese sentido lo militar para un país es una debilidad y para el otro, es una fortaleza, y así es como podemos analizar cada uno de los siete factores.

3.- Los principios cardinales. Este es un concepto sumamente interesante que plantea Hartmann (1957/1983), porque menciona que los Estados cuando interactúan entre sí tienen cuatro formas de hacerlo: (1) el primer principio es la *Influencia de terceras partes*, ya que indica que ninguna interacción entre dos partes es puramente bilateral y siempre habrán influencias de terceras o cuartas partes, pensar que algo puede ser bilateral es realmente una ingenuidad, en el caso de Malvinas, los argentinos creyeron que era algo entre ellos y los británicos, ya que si hubiera sido así de repente hubieran ganado, pero otros observaban y apoyaron abiertamente a los británicos inclinando a su favor el resultado del conflicto; (2) como segundo principio tenemos los *Lazos pasados y presentes*, lo que significa que el pasado va a proyectarse al presente, no se puede borrar ni puede desaparecer, es otra ingenuidad pensar que el pasado ya desapareció; (3) como tercer principio está el *Contrabalance de intereses*, es claro que para hacer un acuerdo o una alianza se debe tener un interés común, es otra ingenuidad el pensar hacer una alianza con quien se tiene un interés opuesto; por último, (4) está la *Conservación de los enemigos*, que es algo muy interesante e importante y que generó un libro completo escrito por Hartmann (1957/1983), lo que indica es que no hay que ganar ni perder enemigos, hay que conservarlos y mantenerlos, eso es interesante porque lógicamente el tener enemigos genera estar en alerta, estar trabajando y no descuidarse, son casos muy raros en el mundo donde algún Estado no ha tenido nunca enemigos y este principio cardinal no contaría, casos excepcionales de países como Suiza y Costa Rica. Ahora, sí hubo casos de ganar o perder enemigos, los cuales tuvieron resultados funestos para los que lo hicieron.

REFLEXIONES

La contribución de Hartmann en la Relación de las Naciones es sumamente importante, los países deberían intentar seguir el formato de su Teoría Tridimensional escribiendo cada uno de sus vértices para tener muy clara la necesaria política exterior del país y las políticas de Estado que desarrollarán para alcanzar el bienestar y seguridad de sus poblaciones. El primer paso sería enunciar los intereses nacionales, que como se dijo no deben ser muchos, sólo 4, 5 o 6, no más y deben ser enunciados en forma precisa, como se vio en la matriz presentada en la Tabla 1 correspondiente a los Estados Unidos, se menciona cuatro intereses nacionales: Bienestar de su población (*Economic well-being*), Defensa del territorio (*Defense of homeland*), Orden favorable mundial (*Favorable world order*) y Promoción de valores occidentales (*Promotion of values*), se borró la palabra occidentales, pero lo que ellos querían decir era que serían los que iban a dirigir la preservación de estos valores en el mundo. Se debe establecer la Matriz de Intereses Nacionales, en la cual se tienen los intereses nacionales por un lado y por el otro, los cuatro niveles de intensidad de los intereses que son Supervivencia, Vital, Mayor y Periférico; dentro de la matriz se colocan aquellos países con los cuales se tiene un interés común y con los que se tiene un interés opuesto en cada uno de los casilleros, los cuatro niveles de intensidad versus los intereses nacionales, en el caso de la matriz de Estados Unidos serían 16 casilleros, donde se pondrían a los países con un asterisco (*) con aquellos países con los cuales se tiene un interés común y con dos asteriscos (**) con aquellos que se tiene un interés opuesto. Co eso se comienza una Política Exterior muy elaborada, tratando de afianzar lazos con aquellos países que se tenga un interés común y tratando de neutralizar, o dejar en el limbo, con los cuales se tenga un interés opuesto. El segundo paso es evaluar el Potencial Nacional, como bien se dijo, el potencial es aquello que un país puede hacer, no significa que eso ya lo tiene, sino es el potencial nacional que debe convertirlo en ventajas competitivas; basadas en los siete grandes factores que constituyen el Potencial Nacional: demográfico, geográfico, económico, tecnológico-científico, histórico-psicológico-sociológico, organizacional-administrativo, y militar; para convertir sus ventajas comparativas en ventajas competitivas, con las cuales

se podrá salir a los mercados internacionales y mejorar la balanza de pagos, satisfacer la demanda interna, y hacer crecer sostenidamente el Producto Bruto Interno, que si bien es una medida bastante relativa, le da una idea a los otros países de cómo está nuestro país en relación a ellos, ajustado esa medida a una Paridad de compra ajustada (*Purchasing Power Parity*). El tercer paso, los Principios Cardinales, que es lo más interesante, lo más analítico, y lo más estratégico de cómo manejar estas interacciones con los países y es el punto capital de la Teoría Tridimensional de la Naciones de Hartmann, con quiénes puedo desarrollar acuerdos o no, basado también en el pensamiento de que en todo acuerdo van a existir influencias de terceras partes que podrían bloquearla, contaminarla o impedirla, o aquellos que podrían favorecerla, ayudarla a ser una alianza, mejorarla, como el caso de la Alianza del Pacífico, que considero está siendo poco usada, a pesar de ser de lo más importante que ha hecho el Perú en términos de relaciones internacionales, se ha dicho que manejar bien la Alianza del Pacífico pondría a los cuatro países miembros (Perú, Chile, Colombia y México) convertirlos en el octavo lugar de las economías mundiales, desafortunadamente el Perú no es miembro la OCDE como sí ya lo son los otros tres países, y eso realmente marca una diferencia que debe ser superada rápidamente; en referencia a los lazos pasados y presentes no se debe pensar que el pasado se borró para siempre o que ya no existe, no, ahí está latente, y se proyecta al presente y el futuro; el contrabalance de intereses, a no intentar hacer una alianza con quien se tenga intereses opuestos, eso sería una ingenuidad y se perdería tiempo, dinero y esfuerzo; por último, la conservación del enemigo, aunque parece una paradoja o una sin razón, porque muchos dirían que lo mejor es no tener enemigos, sería lo ideal y viviríamos en un mundo de paz eterna, pero la realidad es que los enemigos siempre están presentes, lo que para las empresas se llaman competidores, para en la política exterior se llaman enemigos, recordar la máxima de Carl von Clausewitz “la guerra es la continuación de la diplomacia por otros medios”. Creo que si se dan estos pasos muy bien estudiados, el Perú tendría un esquema con el cual podría manejar muchas cosas hacia el exterior y hacia el interior, reflexionemos sobre estos aspectos con los que se podría mejorar muchísimo.

REFERENCIAS

Clausewitz, K. Von (1832/1935). *Vom Kriege [On war]*. Leipzig, Alemania: Insel Verlag.

D'Alessio, F. (2013). *El Proceso Estratégico: Un enfoque de gerencia*. México: Pearson.

Hartmann, F. H. (1957/1983). *The relations of nations*. Nueva York: Macmillan.

Nuechterlein, D. (1973). *United States national interests in a changing world*. Lexington, KY: University Press of Kentucky.

INTEGRACIÓN REGIONAL Y CONVERGENCIA EN CONTEXTO INTERNACIONAL ADVERSO

REGIONAL INTEGRATION AND CONVERGENCE IN AN ADVERSE
INTERNATIONAL CONTEXT

*Alan Fairlie Reinoso**

RESUMEN

El escenario internacional favorable cambió en los últimos años, se complicó con cambios políticos en EEUU, la guerra comercial con China y se agudizó con la pandemia. Esto dificulta el éxito de tradicionales políticas de exportación de materias primas. El artículo plantea la necesidad de retomar la integración regional y los procesos de convergencia que se venían dando en Sudamérica, que pueden tener un rol crucial en el nuevo entorno internacional.

* Licenciado en Economía en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tiene un Magíster en Comercio Internacional y Desarrollo en el Instituto Torcuato Di Tella. Maestría en Política y Gestión Universitaria en la Universidad de Barcelona. Ex Decano de la facultad de Ciencias Sociales (2011-2016). Profesor Principal del Departamento Académico de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Parlamentario Andino por la Representación del Perú periodo 2016 – 2021. Es miembro del Centro de Investigaciones Sociales, Políticas, Económicas y Antropológicas (CISEPA) de la PUCP. Director de la Maestría en Biocomercio y Desarrollo Sostenible de la PUCP.

Con el presente artículo, el autor formaliza su incorporación como Miembro Asociado, conforme a lo dispuesto por el Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, mediante Acta del 13 de diciembre de 2018.

Palabras clave: integración regional, convergencia sudamericana, guerra comercial, pandemia.

SUMMARY

In recent years, the favorable international scenario has changed, it has complicated with political changes in the United States, the trade war with China and was exacerbated by the pandemic. This hinders the success of traditional raw material export policies. The article raises the need to resume regional integration and the convergence processes that were taking place in South America, which may have a crucial role in the new international environment.

Keywords: regional integration, south american convergence, trade war, pandemic.

- - -

Antes de la llegada de la pandemia mundial, las dos principales potencias mundiales se encontraban en medio de negociaciones para poner fin a una guerra tecnológica y comercial que duró aproximadamente dos años, y que habían tenido impactos negativos sobre el comercio y el crecimiento mundiales. El cambio hacia el unilateralismo de la política comercial de EEUU, tuvo importantes implicancias.

Con la llegada de la pandemia, diversos países, entre ellos China y EE.UU., empezaron a restringir exportaciones de bienes esenciales y de equipos de protección y ventilación, que son de gran importancia en la lucha contra el Covid-19. Asimismo, EE.UU. mediante la suspensión del financiamiento a la OMS volvió a retomar medidas que afectan de manera negativa el multilateralismo y la cooperación internacional. Anteriormente, se había retirado de compromisos para enfrentar cambio climático, y de la Unesco.

Frente a este nuevo escenario internacional, con nuevos proteccionismos, acelerados cambios tecnológicos y el unilateralismo como

práctica de algunos países desarrollados, los países pequeños o medianos como los de América Latina son los más perjudicados. Debido a ello, la integración regional y la convergencia sudamericana, se presentan como uno de los instrumentos para disminuir el impacto negativo de un menor dinamismo a nivel mundial y enfrentar la actual crisis internacional.

A continuación, hacemos un recuento de los acontecimientos de esta guerra comercial y tecnológica entre EE.UU. y China, y de las medidas comerciales frente a la pandemia, que configuran un preocupante escenario internacional. Asimismo, se realiza una revisión de la literatura de los avances realizados en torno a la integración regional y la convergencia sudamericana. Planteamos la necesidad de persistir en respuestas coordinadas desde los acuerdos de integración para enfrentar la emergencia, y el periodo post covid-19.

UNILATERALISMO Y GUERRA COMERCIAL¹

El giro de política comercial hacia medidas proteccionistas implementadas por Estados Unidos y las disputas con China, han afectado el multilateralismo que ya venía en crisis por el estancamiento de las negociaciones en la OMC y limitación de su mecanismo de solución de controversias.

La elección de Donald Trump en noviembre de 2016 y su asunción como presidente de EE.UU. generó incertidumbre por las declaraciones realizadas durante la campaña electoral sobre el TPP, las cuales cumplió en enero de 2017. El presidente, mediante una orden del ejecutivo retiró a Estados Unidos del TPP, después de seis años de negociaciones y haber sido el principal promotor.

¹ Basado en los artículos: “Guerra comercial entre China y Estados Unidos: entorno internacional preocupante” (<http://alanfairliereinoso.pe/?p=4899>), “Nueva negociación entre China y Estados Unidos” (<http://alanfairliereinoso.pe/?p=5515>), “Ojalá se consolide el acuerdo inicial China y EE.UU.” (<http://alanfairliereinoso.pe/?p=5580>).

La nueva política comercial de Estados Unidos, priorizaría los tratados bilaterales sobre los multilaterales. Así, se observa un giro hacia el proteccionismo. Trump adujo que el pacto multilateral perjudica a los empleos estadounidenses, y los sindicatos estadounidenses presionaban argumentando que el TPP fomentaría que empleos industriales bien remunerados, sean trasladados a países donde la mano de obra es más barata.

La salida de EEUU también afectó a Japón, que consideró el pacto como una forma estratégicamente importante de contrarrestar el crecimiento de China en la región.²

El TPP, buscó constituir un acuerdo de integración profunda, un mega-proceso de implicancias globales. Este incluye nuevas cuestiones como coherencia regulatoria, competencia y contratación pública. El acuerdo se articula básicamente del sistema de solución de controversias. Las obligaciones del acuerdo eran de gran profundidad, instituyendo nuevos compromisos en servicios financieros, comercio electrónico, acceso de mercados, medio ambiente, trabajo, competencia, entre otros temas que lo distinguen de otros acuerdos asiáticos. De esta manera, superaba los compromisos y profundidad de acuerdos bilaterales existentes entre algunos de sus miembros (Cepal, 2015).

Sin embargo, a pesar del retiro de Estados Unidos, el resto de los miembros se enfocaron en llegar a un acuerdo para los 11 países restantes. Japón, la mayor economía entre los 11, quien asumió el liderazgo.³

En 2018, se firmó el “Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico” (CPTPP), conocido también como el TPP11. Estados Unidos en el TPP representaba el mayor valor económico. Sin EE.UU., el TPP 11 solo un equivale al 13,4% del PBI mundial, mientras que las exportaciones e importaciones representan el 15% respectivamente del total mundial.

² Japan Times (13/07/2017) TPP states agree new framework needed to implement pact without U.S. Recuperado de: <http://www.bilaterals.org/?tpp-states-agree-new-framework&lang=en>

³ Véase Peñaaver, María (12/07/2017) El TPP se reúne en Japón para discutir su futuro. Recuperado de: <http://www.bilaterals.org/?el-tpp-se-reune-en-japon-para&lang=en>

Según Trump, el giro de la política comercial se debe a que la apertura comercial ha puesto en una situación de desventajas a Estados Unidos, al tener un amplio déficit comercial que genera la pérdida de trabajos por la competencia extranjera.

Es así que, entre las principales acciones que ha llevado Estados Unidos, ha sido el uso de medidas antidumping como instrumento de defensa comercial (como investigaciones antidumping (AD) y de derechos compensatorios), para bloquear según criterio estadounidense las “importaciones desleales” (Kanitz, R. y Barros, M.; 2017). De otro lado, también lanzó la orden ejecutiva instando a la compra y contratación a empresas estadounidenses; ante lo cual la UE, Canadá, China y otros países cuestionaron dicha política, exhortando a Estados Unidos a cumplir con el pacto de no discriminación de la OMC y la apertura de mercado en contratación pública.⁴ También, renegoció el NAFTA buscando cambios en normas de origen y mayor componente de EE.UU. en las cadenas de valor.

Pero, el tema más complejo era la redefinición de la relación con China. La guerra comercial entre China y EE.UU. se inició en marzo de 2018, cuando el presidente de EE.UU. anunció la intención de aumentar los aranceles a las importaciones de China, argumentando prácticas desleales de comercio y robo de la propiedad intelectual. En represalia, el gobierno de China respondió anunciando un alza de aranceles a los productos provenientes de EE.UU.

El 6 de junio de 2018, ambos países aumentan sus aranceles a las importaciones por un valor de 34,000 millones de dólares, con lo que se dio el inicio oficial de la guerra comercial. Dos meses después, se registró la segunda alza de aranceles por ambos países donde en promedio gravarían 16,000 millones de dólares cada uno. Un mes más tarde, EE.UU. vuelve a aumentar sus aranceles sobre 200,000 millones de dólares de importaciones adicionales, y China responde con un alza sobre nuevas importaciones por un valor de 60,000 millones dólares. Después de ocho meses, en mayo del

⁴ Véase Expansión (18/10/2017) Varios miembros de la OMC cuestionan la política proteccionista de Trump. Recuperado de: <https://expansion.mx/economia/2017/10/18/ varios-miembros-de-la-omc-cuestionan-la-politica-proteccionista-de-trump>

2019, EE.UU. sube los aranceles a un 25%. Un mes más tarde, China eleva sus aranceles a una tasa similar.

Frente a estas tensiones comerciales, el 2 de junio de 2019, la Oficina de Información del Consejo de Estado de China emitió un “Libro Blanco sobre la posición de China sobre las consultas económicas y comerciales entre China y EE.UU.”, donde China declara su firme posición de estar comprometida con consultas creíbles basadas en la igualdad y el beneficio mutuo y resalta que no dará lugar a cuestiones de principio destacando que ambos países deben respetar las diferencias en su desarrollo nacional y las instituciones de cada uno⁵.

En la cumbre del G20, realizada los días 28 y 29 de junio, los presidentes de EE.UU. y China pactaron una tregua en su guerra comercial acordando restablecer las conversaciones económicas y comerciales entre los dos países. Estados Unidos accedió a no imponer nuevos aranceles sobre sus importaciones chinas y que sus empresas puedan vender productos y componentes a la tecnología china Huawei. A cambio, China accedió a comprar más bienes agrícolas estadounidenses.

Posteriormente, en la cumbre del G7, realizada del 24 al 26 de agosto, El gobierno de EE.UU. confirmó reanudar estas negociaciones para lograr un acuerdo con China. Asimismo, en la declaración oficial, los líderes del G7 manifestaron que es necesario revisar algunas de las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) para hacerla más efectiva en la solución de problemas relacionados con la protección de la propiedad intelectual y de esta manera se elimine las prácticas comerciales desleales.

No obstante, una semana después, el primero de septiembre de 2019, EE.UU. volvió a subir sus aranceles por el valor de 112 mil millones de dólares. Asimismo, el presidente de EE.UU. decidió retrasar la introducción de aranceles del 10% sobre ciertos productos chinos electrónicos por el valor de 160 mil millones de dólares -como ordenadores portátiles, videoconsolas de juegos y teléfonos móviles, entre otros- hasta el 15 de diciembre.

⁵ Véase: Xinhua Español (02/06/2019) China publica libro blanco sobre su postura en consultas económicas y comerciales con EEUU. Recuperado de: http://spanish.xinhuanet.com/2019-06/02/c_138110238.htm

El 13 de diciembre de 2019, China y EE.UU. firmaron un “principio de acuerdo”, en donde ambas economías a través de nueve capítulos establecen diversos compromisos con el objetivo de poner fin a la guerra comercial, siendo uno de ellos el retiro de gradual de algunos de los aranceles que han ido aplicando en los últimos 18 meses y la cancelación de EE.UU. de los aranceles programados para el 15 de diciembre.

Tras este acuerdo, Estados Unidos reduciría de 15% a 7.5% los aranceles estadounidenses, lo cual representa un valor de 120 mil millones de dólares en importaciones chinas. Por su parte, China anunció que el 1 de enero del 2020 reducirá sus aranceles a más de 850 productos extranjeros, implementado de esta forma la primera fase del acuerdo comercial con Estados Unidos. Además, variará sus importaciones de productos provenientes de este país especialmente los derivados de la manufactura, servicios energéticos y servicios financieros por un valor de 200 mil millones de dólares en un lapso de 2 años.

GUERRA TECNOLÓGICA⁶

El veto de Huawei, considerada como una de las firmas tecnológicas más grandes del mundo, marcó una nueva dimensión en la batalla liderada por estas dos potencias. Por un lado, Estados Unidos justificó su accionar señalando que esta medida obedece a temas de seguridad nacional, puesto que existía sospecha de espionaje a favor del gobierno de China, dadas las relaciones entre esta compañía y el gobierno chino; además, de que esta compañía ya fue vetada como contratista del Gobierno de Canadá y Australia en el 2012. Es así que, el 28 de enero del 2019, los funcionarios de seguridad nacional de Estados Unidos, acusaron a Huawei por 23 cargos criminales, entre los que se encuentran conspiración para defraudar, robo de tecnología de secreto comercial y fraude por correo electrónico.

Por su parte el Gobierno chino, anunció que continuará impulsando sus políticas y el apoyo comercial para el uso de la red 5G. Asimismo,

⁶ Basado en el artículo “La guerra tecnológica entre China y Estados Unidos” (<http://alanfairliereinoso.pe/?p=3811>).

señaló que fomentará el desarrollo de tecnología inalámbrica ultrarrápida; además, afirmó que los productos relacionados con la red 5G, entre los que se encuentran los chips y terminales, están casi listos para el uso, y que la tecnología 5G se utilizará en áreas clave, como Internet y sistemas industriales⁷.

Es así la lucha de EE.UU. y China por el futuro de la tecnología. El propio presidente de EE.UU. sostuvo en una ocasión: *“Quiero la tecnología 5G, e incluso 6G, en Estados Unidos lo antes posible. Las compañías estadounidenses deben intensificar sus esfuerzos, o quedarse atrás. No hay ninguna razón por la que debamos rezagarnos en algo que obviamente es el futuro”*⁸.

Estas tensiones comerciales y políticas, afectaron el crecimiento del comercio y la economía mundial que ya tenían un deterioro. No solo menores tasas de crecimiento del comercio mundial, sino un estancamiento de las cadenas globales de valor, que se sumaban al estancamiento de las negociaciones multilaterales. La pandemia terminó de complicar el panorama y se prevé un desplome del comercio mundial, caída de precios de materias primas, del PBI mundial, turismo y servicios, remesas de migrantes, que afectan severamente a los países en desarrollo. Además de la retracción de los flujos de capital de mercados emergentes, y el creciente endeudamiento externo (BID, 2020; CEPAL, 2020; OMC, 2020; UNCTAD, 2020).

ESCENARIO SE COMPLICA CON LA PANDEMIA⁹

Desde la rápida propagación del Covid-19, diversas economías anunciaron medidas de apoyo para mitigar su impacto económico. Unas son compatibles con el libre comercio, y otras más bien han puesto trabas al mismo. Entre las primeras, está la reducción o eliminación temporal

⁷ Véase CGTN (23/05/2019) El gobierno chino refuerza el apoyo al desarrollo de la red 5G. Recuperado de: https://www.youtube.com/watch?v=9rtMn5VTD_k

⁸ Ibid.

⁹ Basado en los artículos: “Comercio de bienes esenciales en la pandemia” (<http://alanfairliereinoso.pe/?p=6167>), “Unilateralismo y multilateralismo en la pandemia” (<http://alanfairliereinoso.pe/?p=6290>).

de aranceles sobre productos médicos para reducir el potencial riesgo de escasez. Inclusive Estados Unidos, optó por reducir sus tarifas arancelarias a productos chinos que le ayudarán a enfrentar pandemia. Todo ello iba en línea con las normas de la OMC de transparencia y no discriminación.

Sin embargo, desde mediados de marzo, los países también empezaron a restringir exportaciones de bienes esenciales. Entre los productos que han sido catalogados como de importancia en la lucha contra el Covid-19 se encuentran máscaras, guantes estériles, gafas protectoras, equipos desechables, termómetros, equipos médicos de alta tecnología, entre otros. El 15 de marzo, la Comisión Europea impuso restricciones a exportaciones de equipos de protección y ventiladores, y con el paso de los días se fueron sumando más de una docena de otras economías (incluyendo China) que en las últimas semanas restringieron o prohibieron exportaciones de estos productos. Estados Unidos a la exportación de máscaras, guantes y otros equipos de protección contra Covid-19. No son solo medidas unilaterales, sino que violan compromisos de diferentes acuerdos comerciales regionales (por ejemplo, Canadá pidió ser eximido de las medidas estadounidenses).

Por otro lado, el 14 de abril de 2020, el presidente de EE.UU. anunció la suspensión del financiamiento a la Organización Mundial de la Salud (OMS). Según su declaración, este congelamiento será hasta que se investigue el papel de la OMS en el manejo de la propagación del coronavirus. Cabe mencionar que, desde 1948 Estados Unidos ha aportado a la OMS, y que era el principal contribuyente de esta organización. Para el periodo 2018-2019, sus aportes representaron aproximadamente el 15%, equivalente a 553 millones de dólares. Tras el congelamiento del financiamiento de Estados Unidos, China ha decidido donar 30 millones de dólares a la OMS, para la prevención y control de la pandemia y apoyar los sistemas sanitarios de los países en vías de desarrollo.

Esta situación extrema, también pone en riesgo la seguridad alimentaria, no necesariamente por la interrupción de las cadenas de suministro de manera generalizada, sino por la caída de ingresos para amplios segmentos de población, que no tendrán como acceder a los alimentos. De allí, la necesidad de adoptar medidas urgente (FAO-CEPAL, 2020b).

Si bien las respuestas de los países latinoamericanos han sido básicamente individuales, nos parece clave el rol que pueden jugar los acuerdos de integración regional no solo en la emergencia, sino en el período post-covid19.

INTEGRACIÓN REGIONAL Y CONVERGENCIA SUDAMERICANA

En los últimos años, América Latina ha crecido a un ritmo muy lento. Debido a la pandemia, se estima que la región caerá en 5,2% este año y aún existe incertidumbre de la recuperación en el 2021.

En este sentido, la integración regional se presenta como una de las vías para generar y facilitar el crecimiento de la región, además de disminuir el impacto negativo de un menor dinamismo a nivel mundial.

La ALADI en el Tratado de Montevideo (1980) define la convergencia como la multilateralización progresiva de los acuerdos de alcance parcial, mediante negociaciones periódicas entre los países miembros, en función del establecimiento del mercado común latinoamericano. Existen diversas propuestas de mecanismos de convergencia de la CAN, la UNASUR, el MERCOSUR y la integración sudamericana.

El BID (2018b), insta a seguir una estrategia de convergencia en la diversidad en la región, dado el contexto económico internacional y señala que la inserción internacional de los países latinoamericanos puede ser mejorada mediante un mercado regional integrado, con canastas exportadoras más diversificadas y con bienes y servicios con mayor valor agregado. EL BID ha propuesto una hoja de ruta con el objetivo de promover la convergencia entre los distintos procesos de integración regionales, reconociendo que estos poseen temas como inversiones, reglas de origen, servicios, reglas de competencia y de acceso a mercados que coinciden. Dichos puntos de intersección pueden ser la base para enlazar estos acuerdos, lo que a la vez fortalece la competitividad de las pymes al reducir los costos del comercio por la profundización de la liberalización de bienes y servicios (CEPAL, 2018b).

Desde la perspectiva del Banco Mundial (2017), diseñar nuevas políticas públicas que posibiliten el desarrollo de cadenas de valor, resulta estratégico para la integración en la región. Esto supone la articulación y complementariedad de las economías, sectores, y procesos productivos, transitar hacia una integración profunda que genere un mercado interno ampliado, la inserción de las Pymes suscitando su internacionalización y el impulso de clúster exportadores, la armonización de normas técnicas, normas de origen, y medidas de facilitación del comercio que avancen hacia un mayor comercio intrarregional.

De acuerdo con la CEPAL (2018b), el camino hacia la convergencia es la integración productiva, se precisa de paquetes integrados multinacionales de política industrial en sectores específicos, además de promover conjuntamente la innovación, transferencia tecnológica, apoyo a las pymes y la creación de clusters. En términos de la integración física, se requiere priorizar inversión en logística, transporte e infraestructura orientados al desarrollo de los clusters.

Asimismo, estudios empíricos muestran que los procesos de integración han generado una mayor convergencia de los países miembros. En un trabajo realizado por Sperlich y Sperlich (2014) se muestra que la integración Sur-Sur ha generado que la dispersión del ingreso ha disminuido ligeramente, dentro y entre los estados miembros. En la misma línea, König (2015) después de mostrar evidencia que el tamaño del país se correlaciona con el crecimiento económico para el caso europeo, señala que la integración económica europea ha mejorado el proceso de convergencia de sus países miembros. En un estudio reciente de Gnanon (2019) se encuentra que la integración comercial tiene un efecto positivo y significativo sobre la convergencia de los países de en transición para los países de bajos, medios y altos ingresos.

Diversos espacios han analizado la posibilidad de convergencia entre los acuerdos de integración económica que coexisten en América del Sur. Es así que, en la Primera Reunión de Jefes de Estado de la Comunidad Sudamericana de Naciones, en 2005, se encargó a las Secretarías de ALADI; MERCOSUR y CAN, realizar un estudio sobre la

convergencia de los acuerdos de complementación económica entre los países sudamericanos¹⁰.

En la Declaración de Bogotá del 8 noviembre de 2011¹¹, el Consejo Presidencial Andino solicitó a la Secretaria General de la CAN, Secretaría General del UNASUR y a la del MERCOSUR; identificar elementos comunes y complementarios con el fin de analizar las posibilidades de convergencia de dichos procesos.

En octubre de 2014, el secretario general de la Comunidad Andina y el secretario general de UNASUR se comprometieron a trabajar conjuntamente para impulsar la convergencia de los espacios regionales de integración. Asimismo, reconocieron que la CAN, la Alianza del Pacífico, Mercosur, y el ALBA, coinciden en algunos ejes temáticos lo cual invita a “buscar espacios de convergencias para evitar duplicidades y para sumar esfuerzos”¹².

En 2015, el MERCOSUR presentó una propuesta de Plan de Acción a la Alianza del Pacífico¹³ que busca profundizar los compromisos sobre acceso a mercado tomando como base los Acuerdos de Complementación Económica que posee con Chile, Colombia y Perú firmados en el marco de ALADI; y medidas que incidan en la facilitación de comercio intrarregional.

En el seminario “Los futuros del Mercosur. Nuevos rumbos de la integración regional” celebrado el 21 de marzo de 2017 en Buenos Aires,

¹⁰ Véase: <http://cosiplan.org/Event/Detail?Id=146>

¹¹ Véase: Declaración de Bogotá. Recuperado de: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/news/field_attached_news/Declaraci%C3%B3n%20de%20Bogot%C3%A1%20adoptada%20por%20el%20Consejo%20Presidencial%20Andino%20-%20Bogot%C3%A1,%20noviembre%208%20de%202011.pdf

¹² Véase Secretaria General de la Comunidad Andina (22/10/2014) CAN y UNASUR trabajarán conjuntamente para promover convergencia de mecanismos regionales de integración Recuperado de: <http://www.comunidadandina.org/Prensa.aspx?id=3527&accion=detalle&cat=AF&title=can-y-unasur-trabajaran-conjuntamente-para-promover-convergencia-de-mecanismos-regionales-de-integracion>

¹³ Véase: Alianza del Pacífico (24 de julio de 2018) Alianza del Pacífico y Mercosur definen Plan de Acción para fortalecer vínculos entre los dos bloques. Recuperado de: <https://alianzapacifico.net/alianza-del-pacifico-y-mercosur-definen-plan-de-accion-para-fortalecer-vinculos-entre-los-dos-bloques/>

el BID hace un llamado a la convergencia latinoamericana y una mayor integración entre los países.

El 19 de julio de 2017, el BID llevó a cabo el seminario “MERCOSUR- Alianza del Pacífico. Una agenda positiva para la integración”¹⁴ en el marco Cumbre del MERCOSUR y Estados asociados en Mendoza, Argentina. Dicho evento se realizó por la Decisión de la Reunión Ministerial entre ambos bloques en abril de 2017. Las áreas de trabajo de dicha actividad fueron Cadenas Regionales de Valor, la Facilitación del Comercio, Cooperación Aduanera, entre otros; con el objetivo de identificar acciones pro integración.

De acuerdo a la Matriz Insumo- Producto Andina elaborada por la CEPAL (2018), los países que conforman la CAN, poseen escasos encadenamientos internos hacia atrás pero más encadenados hacia adelante. Asimismo, muestra un claro vínculo entre Colombia, Ecuador y Perú respecto a la descomposición de insumos intermedios importados según origen, además el valor agregado en bienes intermedios es alto en comparación de valor agregado doméstico en bienes finales. Con esto se concluye que es factible la integración de la base productiva en la región.

Si bien la región ha avanzado en lograr un mercado más integrado, aún persisten restricciones de acceso. El esfuerzo de convergencia es generar una plataforma para las cadenas regionales productivas y de valor más diversificadas y con mayor valor agregado que fortalezca la competitividad de la región. Desde los organismos internacionales y foros de discusión se señala los siguientes temas, identificados como puntos de intersección, donde coinciden los esfuerzos de los tres espacios de integración: acumulación de origen, facilitación de comercio, coherencia regulatoria, pymes, facilitación de comercio, inversión, innovación, ventanillas únicas de comercio y promoción comercial; sin dejar de lado, la agenda pendiente de integración física.

Por otro lado, en marzo de 2019, se dejó de lado a UNASUR, con la creación de PROSUR (Foro para el Progreso de América del Sur),

¹⁴ Véase Conexión Intal, resumen Seminario Mercosur – Alianza del Pacífico 17 de junio de 2017. Recuperado de: <https://conexionintal.iadb.org/2017/08/02/seminario-mercotur-alianza-del-pacifico/>

implementada por Chile y Colombia, principalmente. Se ha dicho que UNASUR ha sido un instrumento chavista para impulsar el socialismo del siglo XXI. Sin embargo, es heredera de la Comunidad Sudamericana de Naciones, lanzada en el Cuzco en su momento. Esta fue propuesta por el Presidente Cardoso, como parte de la estrategia brasilera de consolidar no solo Mercosur, sino Sudamérica como parte de su proyección externa.

Esta política continuó con diferentes gobiernos. Era un proceso de integración con autonomía de la superpotencia, que buscaba una articulación con los BRICS, la cooperación sur-sur y la construcción de un mundo multipolar. Pese a sus limitaciones, permitió la coexistencia de procesos tan diversos como el ALBA y Alianza del Pacífico, consideramos errores de los primeros contribuyeron a precipitar la crisis. Se debería desideologizar el debate sobre la integración regional y su convergencia. El camino sería retomar las propuestas mencionadas anteriormente, y buscar acercamientos entre la CAN, Alianza del Pacífico y Mercosur, para avanzar por lo menos a nivel sudamericano. Sería una convergencia bloque a bloque, ante la imposibilidad de hacerlo desde un organismo que incluya a todos (por la crisis de UNASUR que PROSUR no ha permitido superar).

En febrero de 2018, el Parlamento Andino, en el marco de su periodo ordinario de sesiones, aprobó la Recomendación N° 345: “Para avanzar hacia la convergencia sudamericana de los procesos de integración CAN, UNASUR, MERCOSUR y la Alianza del Pacífico”. Este instrumento propone a los países andinos avanzar en la convergencia y la diversidad, sumándose a las labores y esfuerzos que se vienen promoviendo en los diferentes foros de integración y sus puntos de intersección, siendo estratégicos para fortalecer la articulación productiva y la competitividad de nuestros países, así como la integración sudamericana.

Hoy más que nunca esa tarea está pendiente, ya que la reconfiguración del escenario mundial con la pandemia, dará más peso a la regionalización, en un mundo globalizado.

No hay condiciones para seguir con la misma estrategia de exportación de materias primas, y de inserción al inicio de las cadenas productivas globales. Se necesita construir nuevos motores de crecimiento, redefiniendo nuestro rol y participación en la economía mundial.

Podemos retomar una agenda de integración flexible, más allá de la coyuntura, buscando complementación productiva entre nuestros países, cadenas regionales de valor, esfuerzos de infraestructura conjuntos, facilitación de comercio, cooperación científica, servicios no tradicionales, industrias culturales, economía azul, energías renovables, bioeconomía, avanzando hacia una diversificación productiva que permita uso intensivo de capital humano y conocimientos que nos permitan una mejor inserción en la economía mundial (BID, 2020b; CEPAL, 2020a; CEPAL, 2020b).

BIBLIOGRAFÍA

Alianza del Pacífico (2018a) Alianza del Pacífico y Mercosur definen Plan de Acción para fortalecer vínculos entre los dos bloques. Recuperado de: <https://alianzapacifico.net/alianza-del-pacifico-y-mercosur-definen-plan-de-accion-para-fortalecer-vinculos-entre-los-dos-bloques/>

Banco Interamericano de Desarrollo -BID (2018b). Estrategias y mecanismos para la convergencia de los acuerdos comerciales en América Latina. Recuperado de: <https://publications.iadb.org/es/publicacion/14141/estrategias-y-mecanismos-para-la-convergencia-de-los-acuerdos-comerciales-en>

Banco Interamericano de Desarrollo -BID (2020a) Cómo la política comercial puede ayudar a evitar una crisis alimentaria ante la pandemia de COVID-19. Sector de Integración y Comercio. Resumen de Políticas No IDB -PB- 337 Junio 2020. Recuperado de: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Como-la-politica-comercial-puede-ayudar-a-evitar-una-crisis-alimentaria-ante-la-pandemia-de-COVID-19.pdf>

Banco Interamericano de Desarrollo -BID (2020b) Informe macroeconómico de América Latina y el Caribe 2020: Políticas para combatir la pandemia. Recuperado de: <https://flagships.iadb.org/es/MacroReport2020/Politicasy-para-combatir-la-pandemia>

Banco Mundial (2017). Mejores vecinos: Hacia una renovación de la integración económica en América Latina. Recuperado de: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/25736/2109770vSP.pdf>

Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL (2015) Panorama de la Inserción Internacional de América Latina y el Caribe 2015. La crisis del comercio regional: diagnóstico y perspectivas. Recuperado de: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/39010-panorama-la-insercion-internacional-america-latina-caribe-2015-la-crisis>

Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL (2018a). Matriz de Insumo Producto Andina y las Cadenas de Valor. Recuperado de: https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/jose_duran_-_mip_y_cdv_comunidad_andina_0.pdf

Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL (2018b). La convergencia entre la Alianza del Pacífico y el Mercosur. Recuperado de: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43614/1/S1800528_es.pdf

Comisión Económica para América Latina y el Caribe-CEPAL (2020a) Informe sobre el impacto económico en América Latina y el Caribe de la enfermedad por coronavirus (COVID-19). Recuperado de: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45602-informe-impacto-economico-america-latina-caribe-la-enfermedad-coronavirus-covid>

Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL (2020b) Dimensionar los efectos del COVID-19 para pensar en la reactivación. Informe Especial COVID 19 N°2. Recuperado de: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45445-dimensionar-efectos-covid-19-pensar-la-reactivacion>

Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL-Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura - FAO (2020a) Análisis y respuestas de América Latina y el Caribe ante los efectos del COVID-19 en los sistemas alimentarios. Boletín N°1. Recuperado de: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45521-analisis-respuestas-america-latina-caribe-efectos-covid-19-sistemas-alimentarios>

Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL-Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura - FAO (2020b) Cómo evitar que la crisis del COVID-19 se transforme en una crisis alimentaria: Acciones urgentes contra el hambre en América Latina

y el Caribe. Informe Covid CEPAL – FAO. Recuperado de: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45702-como-evitar-que-la-crisis-covid-19-se-transforme-crisis-alimentaria-acciones>

CGTN (23/05/2019) El gobierno chino refuerza el apoyo al desarrollo de la red 5G. Recuperado de: https://www.youtube.com/watch?v=9rtMn5VTD_k

COSIPLAN (29/09/2005) Primera Reunión de Jefes de Estado de la Comunidad Sudamericana de Naciones. Recuperado de: <http://cosiplan.org/Event/Detail?Id=146>

Expansión (18/10/2017) Varios miembros de la OMC cuestionan la política proteccionista de Trump. Recuperado de:

<https://expansion.mx/economia/2017/10/18/varios-miembros-de-la-omc-cuestionan-la-politica-proteccionista-de-trump>

Fairlie, Alan (24/05/2019) La guerra tecnológica entre China y Estados Unidos. Recuperado de: <http://alanfairliereinoso.pe/?p=3811>

Fairlie, Alan (5/10/2019) Guerra comercial entre China y Estados Unidos: entorno internacional preocupante. Recuperado de: <http://alanfairliereinoso.pe/?p=4899>

Fairlie, Alan (19/12/2019) Nueva negociación entre China y Estados Unidos. Recuperado de: <http://alanfairliereinoso.pe/?p=5515>

Fairlie Alan (26/12/2019) Ojalá se consolide el acuerdo inicial China y EE.UU. Recuperado de: <http://alanfairliereinoso.pe/?p=5580>

Fairlie, Alan (07/04/2020) Comercio de bienes esenciales en la pandemia. Recuperado de: <http://alanfairliereinoso.pe/?p=6167>

Fairlie, Alan (24/04/2020) Unilateralismo y multilateralismo en la pandemia. Recuperado de: <http://alanfairliereinoso.pe/?p=6290>

Gnangnon, S. (2019). Trade Policy Space, Economic Growth, and Transitional Convergence in terms of Economic Development. *Journal of Economic Integration* 2019, March;34(1) :1-37. Recuperado de: https://www.e-jei.org/upload/JEI_34_1_1_37_2013600179.pdf

Japan Times (13/07/2017) TPP states agree new framework needed to implement pact without U.S. Recuperado de: <http://www.bilaterals.org/?tpp-states-agree-new-framework&lang=en>

Kanitz, R. y Barros, M. (24/06/2017) Defensa comercial en la era Trump: proteccionismo y oportunidades para las exportaciones brasileñas. Recuperado de: <https://www.ictsd.org/bridges-news/puentes/news/defensa-comercial-en-la-era-trump-proteccionismo-y-oportunidades-para-las>

König, J. (2015). European Integration and the Effects of Country Size on Growth. *Journal of Economic Integration*, 30(3), 501-531. Recuperado de: www.jstor.org/stable/43549863

Organización Mundial de Comercio -OMC (8 de abril de 2020) Desplome del comercio ante la pandemia de COVID-19, que está perturbando la economía mundial. Comunicado de Prensa. Recuperado de: https://www.wto.org/spanish/news_s/pres20_s/pr855_s.htm

Peñaver, María (12/07/2017) El TPP se reúne en Japón para discutir su futuro. Recuperado de: <http://www.bilaterals.org/?el-tpp-se-reune-en-japon-para&lang=en>

Secretaría General de la Comunidad Andina (22/10/2014) CAN y UNASUR trabajarán conjuntamente para promover convergencia de mecanismos regionales de integración Recuperado de: <http://www.comunidadandina.org/Prensa.aspx?id=3527&accion=detalle&cat=AF&title=can-y-unasur-trabajaran-conjuntamente-para-promover-convergencia-de-mecanismos-regionales-de-integracion>

Sperlich, Y. y Sperlich, S. (2014). Income Inequality in the South-South Integration. *Journal of Economic Integration* 2014 December; 29(4): 726-758. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/287305617_Income_Inequality_in_the_South-South_Integration/citations

United Nations Conference on Trade and Development - UNCTAD (2020a) From the Great Lockdown to the Great Meltdown: Developing Country Debt in the Time of Covid-19. Trade and Development Report Update. Recuperado de: <https://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=2710>

United Nations Conference on Trade and Development - UNCTAD (2020b) The need to protect science, technology and innovation funding during and after the Covid-19 crisis. Policy brief N°80. Recuperado de: <https://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=2735>

Xinhua Español (02/06/2019) China publica libro blanco sobre su postura en consultas económicas y comerciales con EEUU. Recuperado de: http://spanish.xinhuanet.com/2019-06/02/c_138110238.htm

**EL DEBATE JURIDICO-POLITICO DEL PARLAMENTO
ALEMAN DEL 10 DE MARZO DE 1965 COMO ANTECEDENTE
INMEDIATO DE LA CONVENCION DE LAS NN.UU. SOBRE LA
IMPREScriptIBILIDAD DE LOS CRIMENES DE GUERRA Y DE LOS
CRIMENES DE LESA HUMANIDAD**

THE JURIDICAL-POLITICAL DEBATE OF THE GERMAN PARLIAMENT
OF MARCH 10, 1965, AS AN IMMEDIATE BACKGROUND TO THE UN
CONVENTION ON THE NON-APPLICABILITY OF STATUTORY LIMITATIONS TO
WAR CRIMES AND CRIMES AGAINST HUMANITY

*Humberto Umeres Alvarez**

* Es diplomático de carrera, egresado con el Primer Puesto de la Academia Diplomática. Es abogado y licenciado en relaciones internacionales. Ha cursado estudios regulares de Ciencia Política en la especialidad de Relaciones Internacionales en la Facultad de Ciencias Políticas Otto Suhr de la Universidad Libre de Berlín (1970-1971) y en la Facultad de Filosofía y Ciencias Políticas de la Universidad Renana Friedrich Wilhelm de Bonn (1974-1977). Recibió un Doctorado Honoris Causa de la Universidad de Kursk de la Federación de Rusia. Ha sido profesor en la Academia Diplomática del Perú de Teoría de las Relaciones Internacionales, Política Exterior del Perú y Ciencia Política, así como de Derecho Internacional Público en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido dos veces Embajador Extraordinario y Plenipotenciario del Perú en la Federación de Rusia. Ha sido condecorado con la “Orden al Mérito por Servicios Distinguidos, en el grado de Gran Cruz”, del Perú, y con la “Orden la Cruz al Mérito, Primera Clase”, de la República Federal de Alemania.

Con el presente artículo, el autor formaliza su incorporación como Miembro Asociado, conforme a lo dispuesto por el Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, mediante Acta del 13 de diciembre de 2018

RESUMEN

El presente artículo se contrae a reseñar y comentar el debate histórico que tuvo lugar en el Parlamento alemán, el 10 de marzo de 1965, sobre la imprescriptibilidad de los crímenes nazis, como antecedente inmediato de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, de 1968.

Palabras clave: Estado, política, Estado de Derecho, principios como *nulla poena sine lege* y *ne bis in idem*, irretroactividad de la ley penal, imprescriptibilidad, prescripción, seguridad jurídica, derecho formal y material, justicia, genocidio.

ABSTRACT

This writing have the purpose to reviewing and commenting on the historical debate that took place in the German Parliament, on March 10, 1965, on the Non-Applicability of Statutory Limitations to nazi crimes, as an immediate antecedent to the United Nations Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, of 1968.

Keywords: State, politics, rule of law, principles such as *nulla poena sine lege* and *ne bis in idem*, non-applicability of statutory limitations, statute of limitations, legal certainty, formal and material law, justice, genocide.

- - -

INTRODUCCIÓN

La Convención las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad fue aprobada por Resolución No 2391 de la XXIII Asamblea General de la Organización, el 26 de noviembre de 1968, y entró en vigor el 11 de noviembre de 1970.

El artículo I de la Convención señala que “*Los crímenes siguientes son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido*”¹: a) *Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3(I) ... y 95 (I) ... de 1946...*”; y, b) “*Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz,*” también según la definición del Tribunal de Nüremberg, confirmadas por las mismas Resoluciones de las NN.UU.

De acuerdo a su contenido *ad litteram* y a su espíritu, la Convención es uno de los documentos más importantes en la historia del proceso de codificación del derecho penal internacional en la medida en que tipifica como delitos los crímenes de guerra y de lesa humanidad recurriendo a las definiciones correspondientes del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y, creando justicia, establece jurídicamente la **imprescriptibilidad** de esos crímenes, todo lo cual se constituye en derecho internacional obligatorio para todas las Partes del Sistema de las NN.UU. que la han firmado, ratificado o adherido a ella. Como crímenes de guerra la Convención también incluye a las infracciones graves enumeradas en los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, para la protección de las víctimas de guerra y, más importante para los propósitos de este escrito, incluye como crímenes de lesa humanidad imprescriptibles el genocidio “*definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos*”.² No obstante que la Convención habla de la “imprescriptibilidad” de estos delitos “*cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido*”, se han producido los casos de Estados que han adherido a la Convención con la reserva de que rige para los crímenes cometidos a partir de su entrada en vigor para esos Estados³.

La Convención fue aprobada en 1968, pero no se ha escrito sobre sus antecedentes, razón por la cual este artículo se va a concentrar en un debate de

¹ Las negritas son nuestras.

² Art. I de la Convención, apartado b).

³ Los subrayados son nuestros.

la más vasta importancia en la historia universal del derecho constitucional y penal, que tuvo lugar en el Parlamento alemán, el 10 de marzo de 1965, en cuyo transcurso se discutió -para los casos de los crímenes cometidos por el régimen nazi, dentro y fuera del territorio alemán- la prolongación de los términos de la prescripción o su eliminación en absoluto para esos delitos, la validez del principio de la irretroactividad de la ley penal, el principio jurídico-constitucional que establece que no hay pena sin ley (*nulla poena sine lege*), y otros que hasta entonces habían sido constitutivos del Estado de derecho alemán⁴, sin perder de vista la preeminencia teórica de la percepción política que estuvo siempre presente.

Después de la Segunda Guerra Mundial, las potencias de ocupación habían establecido que la prescripción de los crímenes nacionalsocialistas fuera suspendida del 30 de enero de 1933 hasta el 8 de mayo de 1945 (en la zona de ocupación francesa y británica) y del 30 de mayo de 1933 hasta el 1 de julio de 1945 (en la zona de ocupación americana). Si los crímenes habían prescrito o si podían ser penalmente perseguidos sería examinado no a partir de las fechas en que se cometieron sino de estas últimas fechas.

Después, los términos fueron regulados por el Código de Derecho Penal, el cual había previsto que los crímenes que estaban penados con prisión perpetua prescribirían a los 20 años. Los crímenes para los que estaba previsto una pena de más de 10 años de prisión prescribirían a los 15 años. Esta es la razón por la cual muchos graves crímenes, entre ellos asesinatos y complicidad de asesinato podrían prescribir en 1960.

Tomando en cuenta esta situación, en 1960, el Partido Social Demócrata de Alemania (SPD) propuso extender el **comienzo** de los términos de prescripción al 16 de septiembre de 1949, ya que el ejercicio del derecho había quedado suspendido en Alemania por la ocupación extranjera. El proyecto fue rechazado por la Comisión de Derecho del Parlamento.

⁴ El debate completo está contenido en el documento *Deutscher Bundestag, 170. Sitzung, Bonn, 10. März 1965*. https://www.bundestag.de/dokumenten/texarchiv/24031343_debatten04-199958. Este documento lo citaremos en adelante como DB, 170. Sitzung. Las traducciones del alemán son de entera responsabilidad del autor de este escrito.

A nivel internacional había voces de protesta en contra de la incertidumbre legal de los presuntos criminales nazis. Israel, los Estados Unidos y la URSS ejercían sus críticas. En 1964, la República Democrática Alemana había aprobado una ley que dispuso la no prescripción de los crímenes de guerra nacionalsocialistas.

El asunto de cuándo debían prescribir los crímenes nacionalsocialistas, de si debían prescribir o de si debía eliminarse totalmente la prescripción para este tipo de delitos continuó en la discusión político-jurídica en la República Federal de Alemania hasta 1979. Empero, el debate “histórico”, la “hora estelar” de la discusión jurídica -como se le ha llamado en los medios académicos y en la prensa de Alemania- tuvo lugar en el Parlamento germano en 1965. A reseñar y comentar este debate se concentra el presente escrito.

Los partidos políticos del espectro alemán de entonces, y vigentes hasta hoy con la diferencia de que después se han agregado un par de nuevos partidos, fueron el Partido Social-Demócrata de Alemania (SPD), La Unión Cristiano-Demócrata (CDU), el Partido Liberal-Democrático (FDP) y la Unión Cristiano-Social (CSU). Como se sabe, hasta hoy es tradicional la alianza CDU-CSU y que incluye, coyunturalmente, como en 1965, al FDP. En el debate, los partidos individualmente considerados no tuvieron una sola posición, es decir que los parlamentarios inscritos para participar en él plantearon sus argumentos de acuerdo a su propia conciencia. El debate tuvo lugar en torno a dos propuestas presentadas y al informe del Ministro Federal de Justicia, todos vinculados con la manera de tratar con los crímenes cometidos por el régimen nacional-socialista. Debemos señalar que durante todo el debate existió una condena unánime de los crímenes cometidos por el régimen nazi.

EL DEBATE

El Vicepresidente, Dr. Dehler, concede la palabra al diputado Benda, primer ponente (CSU/CSU).

El Dr. Benda centró su posición menos en la reacción pública sobre los asuntos de la orden del día, que en los motivos del asunto de fondo. Pidió

una discusión sin apasionamiento y rechazó toda presión del extranjero, invocando al parlamento a actuar bajo la “*presión del convencimiento propio*”.

Su propuesta concreta fue la siguiente:

*“De acuerdo a nuestra actual proposición, el Artículo 67 (del Código Penal) debe ser modificado de tal manera **que no sea posible en absoluto prescripción alguna** para la persecución penal de los crímenes para los que está prevista una condena de por vida”.*⁵

El Dr. Ernst Benda, de ilustre carrera constitucional en la República Federal de Alemania, ya cuestionaba con su propuesta el principio fundamental de Estado de derecho que es la irretroactividad de la ley penal, salvo cuando beneficia al reo, y percibía de inicio que existían motivos respetables en ambas partes de la argumentación en torno a un debate de naturaleza política y jurídica. Recordaremos, a este respecto, que Aristóteles entendía la “*política*” en su verdadero concepto, como ciencia “*arquitectónica*”, cuyo fin puede “*involucrar los fines de las otras ciencias*” para “*salvar el bien del Estado*”, (Capítulo 2, del Libro Primero de su *Ética Nicomaquea*).⁶

“Este Parlamento representa a un pueblo alemán..., un pueblo, en el que el Nacionalsocialismo, la falsa doctrina del Nacional-Socialismo ha sido superada”.⁷

Esta es una cita del Dr. Benda que se refiere a un elemento constitutivo del Estado: el “*pueblo alemán*”, que ya representa el marco político de referencia no ausente del debate.

El 18 de enero de 1871 se fundó el Imperio Alemán con la proclamación del Rey de Prusia como Kaiser de Alemania y el gran unificador de las centenas de Estados alemanes en torno a Prusia fue Bismarck. El 16 de abril de 1871, se aprueba la Constitución del Imperio Alemán. El Dr. Benda arguye que, desde este año, 1871, existe la posibilidad de interrumpir judicialmente

⁵ DB, 170. Sitzung, p. 8519.

⁶ Aristóteles, 384-322, Obras, ed. Aguilar, 1982, pp. 272-273.

⁷ DB, 170. Sitzung, p. 8520.

la prescripción y, bajo ciertas circunstancias, hacerlo varias veces para, así, posibilitar una persecución de crímenes por más de 20, 40, 60 e incluso más años.

El diputado ponente señala que es consciente de la problemática jurídico-constitucional de la cuestión en debate y que no quiere banalizarla, pero, para él, ciertamente el núcleo de la problemática reside en otro lugar.

*“En el núcleo de la controversia jurídica (...) está la cuestión de la comprensión del Estado de derecho (...) ¿Es el Estado de derecho, así como nosotros lo entendemos hoy? ¿O es otro, uno cambiante, como yo pienso (...), un **concepto material del Estado de derecho**, que contiene algo diferente? **El Estado de derecho hoy tiene también que esforzarse en alcanzar la justicia**, no pudiendo naturalmente descuidar el importante bien jurídico de la seguridad jurídica olvidándola o descuidándola. Tiene, como lo dice la Corte Constitucional Federal, que emprender esta no siempre simple consideración en el caso concreto; **tiene que decidirse a hacer realidad la justicia**.*

*“Aquí ya estamos fuera de la discusión jurídica. ¿Qué es entonces lo que nosotros hacemos en esta casa, lo que nosotros hacemos en la política? ¿En esta casa en el plano de la comunidad o en el plano que fuera? Al final es igual si nosotros estamos aquí como juristas o como diputados de otras profesiones en nuestra vida privada: **nosotros perseguimos, sin embargo, -aun cuan incompleto pueda ser nuestro resultado- acercarnos en algo a la justicia**. Este es, al mismo tiempo, el núcleo de la preocupación del Estado de derecho y allí se encuentra la cuestión jurídica con la cuestión política.*

*“Por ello, pienso yo que la discusión sobre si se trata aquí de una cuestión de derecho o de una cuestión política es ociosa. **Es tanto jurídica como política**. Los ‘artesanos juristas’, entre los que me cuento, perseguimos darle (a la justicia) una forma jurídica a través de la fina mecánica del derecho. En el encuentro de la justicia participamos todos. Este es no es solo un trabajo especial de los juristas; este **es un trabajo de todos**”.*⁸

⁸ Ibid., p. 8522. Las negritas son nuestras.

Estos tres pasajes de la intervención del Dr. Benda son fundamentales en cuanto a la naturaleza del contenido del debate del Parlamento. Un “*concepto material del Estado de derecho*” supone que ese Estado de derecho no es formal, tiene que alcanzar la justicia y hacerla realidad, y la discusión sobre si esa es una cuestión jurídica o política es ociosa porque es “*tanto jurídica como política*”.

El Dr. Benda no explica qué es lo que él comprende por justicia. El concepto es tratado tanto en el campo de la filosofía como de la ciencia política, y, en este caso, en la subdisciplina de la filosofía política. En la Grecia clásica se entendía la justicia en términos subjetivos en cuanto parte del principio de que es la virtud la que produce la justicia. Así sucede en Platón, quien afirma que la justicia es la armonía del alma consigo misma y en la igualdad de sus relaciones sociales; Aristóteles, a su vez, señala que la virtud regula la vida en común entre los hombres, y, es especialmente claro cuando dice que la virtud que sirve a la comunidad no es personal, sino política.⁹ Concepto hoy especialmente importante porque no es el hombre como sujeto moral, sino el ciudadano como un ser social dentro de un Estado el punto de partida de todo derecho.

Después de la Grecia clásica y su desarrollo en Roma, se había ingresado a una “Edad Media” de la discusión en torno a la justicia. Después, el concepto de justicia empieza a entenderse en un sentido objetivo que va más allá de la teoría de la virtud, y la concibe como una medida para la determinación de normas de acción morales, jurídicas, sociales y políticas. Se produjeron concepciones como la de Hobbes, John Locke y Jean-Jacques Rousseau. Los escritos de Rousseau, especialmente “El Contrato Social” (1762), influyeron decisivamente en la Revolución Francesa y en todo el debate sobre la democracia y la justicia hasta el siglo XX. Él señala que los hombres no conocen ni el bien ni el mal en su estado de naturaleza, y que libres de toda influencia civilizadora, sus pasiones no están activas. La desigualdad empieza con las instituciones sociales. Se establecen relaciones duraderas de desigualdad y dependencia. Se ajusta el contrato social no para reestablecer la libertad natural ya perdida, sino para volver a edificarla en un estadio

⁹ H. Münkler/M. Llanque, (edit.) *Konzeptionen der Gerechtigkeit*, 1999, pp. 58 y 63-64.

más elevado de libertad social. Para Rousseau el pueblo no es una suma de individuos, es decir no es un conjunto cuantitativo de personas, sino uno cualitativo de ciudadanos. Hobbes y Locke tuvieron un concepto numérico de la mayoría, como sucede hasta hoy. En contraposición a ellos, Rousseau propone un cambio de la naturaleza humana, una “desnaturalización” del hombre, una civilización del hombre natural. Una similitud interesante con la teoría política de Maquiavelo, para quien, por lo menos de acuerdo al autor de este escrito, la civilización es una segunda naturaleza impuesta por el Estado sobre la primera caracterizada por la ambición. El hombre para Rousseau tiene que ser, a través de una democracia directa, autor de las leyes a las que él se somete. Rousseau propone un orden político-jurídico ideal para alcanzar la justicia, solo que una democracia directa no es posible hoy como para los griegos o los ginebrinos.

Dentro del concepto objetivo y moderno de la justicia, Rawls anuncia que cada persona tiene un derecho igual a un sistema de libertades fundamentales lo más amplio posible, un sistema que tiene que ser compatible con la libertad de todos. Afirma, además, que en relación a todas las existentes y fácticas desigualdades sociales y económicas, cada persona debe exigir la demostración de que, en una situación determinada, el sistema otorgue la ventaja mayor posible a las personas menos beneficiadas.

En el marco de este concepto objetivo de la justicia puede distinguirse dos elementos: la igualdad y la universalidad jurídica, lo que deja en segundo plano la discusión moral. La justicia no debería limitarse a equilibrar las diferentes expectativas existentes, porque entonces ella se colocaría en una situación siempre cambiante con relación a sus diferentes concepciones materiales. Como señala Münkler, profesor de la Universidad Humbolt de Berlín, ante la multiplicidad de las concepciones existentes, entonces, hay dos categorías que deben tenerse en cuenta: la ley y el bien común¹⁰. Este también es un concepto semántico, pero que, en lugar de buscar coordinar diferentes medidas con relación a la asignación de diferentes bienes y valores, debería estimular conductas políticas y sociales conjuntas privilegiando e incentivando el bienestar común. La acción política con

¹⁰ Ibid., p. 18.

visión tiene un ingrediente de incertidumbre y por ello buscará estabilizar esta incertidumbre a través de las normas jurídicas. La justicia y el bien común, como aspiraciones, y la ley concreta pueden ser comprendidos como canales tanto clásicos como actuales, porque siempre pueden ser fuentes de inspiración para tomar forma en la realidad, aunque tendiendo a ser temporalmente cada vez más vinculante. De esta manera la acción política se hace posible y la ley, orientada al bien jurídico mayor del bienestar común, participa en la creación de la justicia.

Los principios y las normas jurídicas pueden ser concebidas en un sentido universal en cuanto son adoptados por muchos Estados, mientras que el bien común está más relacionado con un pueblo determinado, es decir, con uno de los elementos constitutivos del Estado. Cuando se habla de la justicia y de su relación inmanente con el bienestar común y el derecho, entonces, estamos incluyendo en el fondo del razonamiento al Estado y, cuando lo hacemos así, traemos a la mente el concepto de sus aspiraciones a su grandeza, a su dignidad y a su destino. Las grandes amenazas para los pueblos son afrontadas por los Estados. Son sus instituciones las que con espíritu creativo rompen las formalidades de los principios del derecho cuando tienen que hacerlo para reconstituirlos a fin de crear o reconstruir la justicia. Pero, el Estado tiene que tener a un pueblo real como uno de sus elementos constitutivos para cumplir con su tarea. *“Solo existe un Estado allí donde las fuerzas de los individuos están centralizadas y unidas en un todo”*¹¹, nos dice Hegel. Un Estado, entonces, sin un pueblo real y solo con un “pueblo” heterogéneo pierde pronto su centro, cuando las fuerzas centrífugas de éste se imponen sobre él.

Hay una cuestión importante que también toca en el debate el Dr. Benda. Dice que perseguir la justicia es *“el núcleo de la preocupación del Estado de derecho y allí se encuentra la cuestión jurídica con la cuestión política.”* Hubo en Alemania en el transcurso de su historia intelectual una clara oposición entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, respecto a la relación entre el derecho y la política. Kelsen eleva la norma del derecho a fundamento del Estado. No importa su origen ni su contenido. La Constitución, norma

¹¹ G.W.F., Hegel, Die Verfassung Deutschlands, 1966, p. 33.

máxima, el legislador, los tribunales y la ley constituyen un sistema. Schmitt, por su parte, representa la preeminencia de la política sobre el derecho. La política se sirve del derecho como su forma técnica para expresar su voluntad. La existencia del Estado y el orden jurídico-constitucional que establece es dependiente de la política. Este asunto es más claro en el Derecho Internacional Público, pues es la voluntad política de los Estados la que crea derecho, a través de los tratados y la costumbre (Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). El Dr. Benda no adhiere al pensamiento kelseniano ni tampoco al de Schmitt. Para él, simplemente, el Parlamento alemán tiene que actuar políticamente para reformular el Estado de Derecho, cambiando el principio de la irretroactividad de la ley penal porque la necesidad así lo exige para alcanzar la justicia. La cuestión “*es tanto jurídica como política*” y la discusión sobre si es una o la otra es “*ociosa*”.

El Dr. Benda también habla del “*concepto material del Estado de Derecho*”. Vamos enseguida a glosar las páginas de un voluminoso libro de Derecho Constitucional, del cual fue uno de los editores y contribuyentes, publicado años después, en el que nos explica lo que entiende a este respecto¹². Antepone el concepto material del Estado de Derecho al concepto formal del Estado de Derecho. El Estado formal de Derecho supuso el final de un debate iniciado a comienzos del siglo XIX. Pero, “*para comprender postulados constitucionales como el del Estado de Derecho son decisivos la evolución histórica y los cambios en la concepción del Estado*”. La emergente burguesía trataba de liberarse de la tutela autoritaria del Estado accediendo a las garantías jurídicas necesarias. El Dr. Benda señala que R. Thoma, en una lección magistral con motivo de su incorporación a la Universidad de Tubinga, cita a Lasker, para quien “*bajo el Estado de Derecho la vulneración del Derecho es el peor de los males, no debiendo ser tolerada ...*”, como para H. Maurus, quien se pregunta por el contenido del Estado de Derecho (“*No es Estado de Derecho aquél en el que exista o pueda existir legalmente la injusticia*”). El Estado de Derecho burgués no ofrece una respuesta suficiente a este respecto, dice el Dr. Benda. Por

¹² Benda, Maihoffer, Vogel, Hesse, Heyde: Berlín, 1994; ed. en español *Manual de Derecho Constitucional*, 1996, pp. 487-491.

eso, señala, nada impide que respetando solo las formas en las que se crea y aplica el Derecho aparezca la mayor de las injusticias. Paradójicamente, el mismo Estado nacionalsocialista siguió ajustándose a las formalidades tradicionales. Respetando esas formalidades, incluso un Estado democrático puede mantener una injusticia material. La Constitución solo regula la reorganización del Estado, pero es neutral en lo que se refiere a los valores. Un Estado de Derecho formal puede resultar en un “*caparazón vacío*”. En cambio, el Estado material de Derecho se pregunta por el contenido y la orientación de la actividad estatal. El Derecho es más que la forma del Derecho. “*La ley Fundamental* (de la República Federal de Alemania) *se reconoce orientada hacia un Estado de Derecho que debe ser interpretado en sentido material*”. El Estado material de Derecho tiene que conciliar con la voluntad de justicia. “*En cualquier caso, no es superflua la adjetivación de democrático y social para el Estado de Derecho*”. El Dr. Benda se refiere aquí al Art. 20 (1) de la Constitución alemana. Hasta aquí las glosas que hemos hecho de las páginas mencionadas de su contribución en el libro cuyo título se encuentra en la cita que antecede.

Volvemos al debate en el Parlamento alemán y seguimos con la brillante participación del Dr. Benda. El Ministro de Justicia, Bucher, había afirmado en el Parlamento de manera categórica que una prolongación de los términos de prescripción violaría el Art. 103 de la Constitución y todos los principios del Estado de Derecho alemán. El Art. 103 tiene tres incisos, de los cuales es el (2) el que se supone es aludido por el Ministro: (2) “*Un acto sólo podrá ser penado si su punibilidad estaba establecida por ley anterior a la comisión del acto*”. El principio más importante, al que seguro también se refiere, es el de la irretroactividad de la ley penal, cuando no beneficia al reo. El mismo encabezado del Art. 103 dice: [*Derecho a ser oído, prohibición de leyes penales con efectos retroactivos y el principio de ne bis in idem*].

El Dr. Benda dijo que respeta la posición del Ministro pero que la considera equivocada. Refiriéndose al Ministro, que no era jurista, el Dr. Benda dijo que los no juristas suelen empezar sus mensajes con la frase: “*usted como jurista tendría que saberlo naturalmente...*”. Y continúa: “*Este es el resultado en nuestro país a veces todavía algo autoritario.*

Cuando el Ministro de Justicia afirma que esto es así, entonces la gente dice: entonces así tiene que ser”.

El Dr. Benda afirma que el Ministro utiliza tácticamente su posición y, respondiéndole, deja en claro que hay un llamado en favor de lo que él plantea de no menos de 76 Profesores de Derecho Penal y Derecho del Estado. Y, enseguida cita el escrito del Profesor Bachof: *“de acuerdo a nuestro convencimiento científico –no convencimiento político- no existe consideración alguna de Derecho Constitucional en contra de una prolongación de los actuales términos de la prescripción para la persecución de hechos de genocidio”*.¹³ Además, señaló que, en tan solo cuatro días, había recibido igual opinión de 76 Profesores de diferentes universidades, así como de otras personalidades del mundo académico. Otros no lo habían hecho por sus posiciones como jueces, etc. Para el Dr. Benda, entonces, era clara la posición de la ciencia jurídica alemana en favor de la posición que representaba. Más aún, cita también a uno de los más antiguos profesores alemanes de Derecho, al Dr. Gustav Boehmer, quien se había manifestado en contra de un *“doctrinarismo apodíctico”*, de acuerdo al cual la prolongación de los términos de prescripción iría en contra de la Constitución.

“Para los ponentes sobre todas aquellas consideraciones de naturaleza jurídica está simplemente la de que el sentimiento de derecho de un pueblo sería corrompido de una manera insostenible si asesinatos tendrían que quedar sin pena no obstante que ellos podrían ser penados”.¹⁴

Para el Dr. Benda no puede incluirse en la discusión el perdón o el olvido. De esta manera, las víctimas serían en primer lugar legitimadas.

“Quien, apelando a estos antecedentes, propone llegar a un final semejante, seguro parte de la premisa de que castigando a los criminales se le está imponiendo un mal al pueblo alemán, y que sería mejor para nosotros no imponerles pena alguna, aceptando que lo que sucedió es algo que se tiene que hacer”.

(...)

¹³ DB, 170. Sitzung, p. 8522.

¹⁴ Ibid., p. 8524.

“El (un miembro de su misma fracción CDU/CSU) me ha dicho que por el honor de la nación tiene que terminarse con este proceso. Señoras y señores, honor de la nación -esta es para mí una de las últimas razones por la que yo pienso que aquí tenemos que prolongar o suprimir los términos de la prescripción”

(...)

“Insisto en decir que -y ello pertenece para mí al concepto del honor de la nación- este pueblo alemán no es un pueblo de criminales y que a este pueblo tiene que permitírsele que por su propia voluntad busque no ser identificado con estos criminales, sino ser liberado de estos criminales, que puede, mejor dicho y más claro, liberarse por sí mismo de estos criminales”.¹⁵

¿Habla el Dr. Benda en términos jurídicos o hay aquí elementos de carácter político que imprimen su razonamiento para proponer la eliminación de los términos de prescripción con carácter retroactivo?

Él ya había afirmado en el Parlamento que la cuestión en debate era una de naturaleza jurídico-política. Vamos a citar a Carl Schmitt, quien, como ya lo adelantamos, representa la posición de la preeminencia de la política sobre el derecho: *“la aportación de un Estado normal consiste sobre todo en producir ‘dentro’ del Estado y su territorio una pacificación completa, esto es, en procurar, ‘paz, seguridad y orden’, y crear así la situación normal que constituye el presupuesto necesario para que las normas jurídicas puedan tener vigencia en general, ya que toda norma presupone una situación normal y ninguna norma puede tener vigencia en una situación totalmente anómala por referencia a ella”*.¹⁶

Que el Dr. Benda haya buscado un equilibrio en las perspectivas en torno a la naturaleza del debate, ya lo habíamos puesto en claro. Pero Schmitt afirma algo sumamente interesante: que es un presupuesto para la vigencia del derecho en general que un Estado *“normal”* cree en su territorio una *“situación normal”*, en sentido contrario, que ninguna norma puede tener vigencia en una situación *“totalmente anómala”*. ¿Todos los Estados

¹⁵ Ibid., p. 8526.

¹⁶ C. Schmitt: Berlín, 1933; ed. En español *El Concepto de lo Político*, 1998, p. 75

son normales, en la medida de un Estado creador de lo que llamamos civilización? Obviamente que no. Pero, precisamente en Alemania, donde se han desarrollado muchas de las más grandes concepciones filosófico-políticas de los últimos siglos, se había llegado a una etapa de degeneración de la política y de abuso del poder que condujo a una de las etapas de genocidio más perversas en la historia de la humanidad. Esa, desde luego no era una “*situación normal*” para la vigencia del derecho, aunque ese régimen, como lo había señalado el mismo Dr. Benda, haya observado las formalidades del derecho.

¿Y cuál es el interés del “pueblo alemán”, del cual habla el Dr. Benda? ¿Qué es el interés de un pueblo, en términos generales? ¿Es algo abstracto o concreto? ¿Es un concepto político o jurídico, o es ambos a la vez? Hemos recordado el antiguo debate entre el pensamiento kelseniano y el de Schmitt, cuyo resultado aparentemente le había dado la razón a Kelsen, aunque la percepción de Schmitt siempre ha estado presente en la historia del país. En Alemania y en su población, lleno de “*pleonexia*” y de “*phronesis*”, el estudio del poder y la lógica del conflicto ha sido altamente lúcido, pero tendieron a olvidar con soberbia la “*sophrosyne*”, especialmente durante el régimen nazi. Y en 1965, un nuevo y formidable debate tiene lugar en el parlamento alemán y otra vez allí se cruzaron los argumentos jurídicos y políticos. Nuevamente se habló del interés del pueblo alemán, “*des deutschen Volkes*”, tan cara denominación para un pueblo a cuya capacidad de razonamiento mucho le debe la humanidad.

La justicia, un concepto filosófico-político, prima sobre los principios de derecho, como el de la irretroactividad de la ley penal, porque las garantías establecidas para la protección de los intereses de una persona no pueden estar sobre el deber del Estado de proteger el interés del pueblo alemán. El derecho que no crea justicia se pierde en un mero formalismo, en un conjunto de normas hechas de papel, sin otra trascendencia que no sea la de servir a la manipulación en el momento de su redacción o a quienes la sostienen en el tiempo para la preservación de sus intereses privados, que no son los del bien común. “*El Estado, en cuanto espíritu de un pueblo, es al mismo tiempo la ley 'que penetra en todas sus relaciones', la costumbre y la conciencia de sus individuos, por eso la constitución de un determinado pueblo depende*

en general del modo y de la cultura de su autoconciencia”.¹⁷ Cuando el Dr. Benda habla del pueblo alemán está partiendo en su raciocinio del concepto del Estado, y siendo que **la Constitución depende de la cultura de su autoconciencia**, en los términos de Hegel, propone el camino para extraer a Alemania de la indignidad a la que le había conducido el régimen nazi, para reivindicar a ese pueblo y posibilitarle el encuentro con un destino que lo extraiga de la defensiva moral en la que se encontraba, estigmatizando los crímenes de genocidio y de lesa humanidad y condenando a los culpables, no importa el tiempo transcurrido desde cuando esos crímenes fueran cometidos.

Cuando una Constitución es de papel, es decir meramente formal, surgen las controversias y, paradójicamente, la inseguridad y la incertidumbre jurídica. En tal caso, lo jurídicamente permitido no es sano ni deseable para la salud de una sociedad nacional. La injusticia se nutre de sí misma con la imposición reiterada de unas normas que no crean su contrario. El círculo vicioso no encuentra su final. La justicia sigue siendo una quimera. Debe existir, entonces, un solo resultado de la conciliación entre política, -tal como la definió Aristóteles, según lo hemos visto- y derecho, en función del interés general del Estado, es decir de lo que debe ser un orden constitucional que excluye lo que corrompe su existencia y su “telos” orientado permanentemente a la realización de la justicia.

La propuesta sobre la imprescriptibilidad de los crímenes cometidos durante el régimen nazi buscaba regenerar la conciencia del pueblo alemán, era el enfrentamiento contra los abusos de poder cometidos por ese régimen, la vivencia de una verdadera metástasis del genocidio que bloqueaba el desarrollo de su historia, era su *catarsis*. Si volvemos a Hegel, cuando dice que “*la Constitución política es ‘es en primer lugar’ la organización del Estado y el proceso de su vida orgánica...*”,¹⁸ entonces el proceso de la vida orgánica de la Constitución alemana había degenerado y necesitaba ser sometido a una revisión terapéutica.

¹⁷ G.W.F., Hegel: Berlín, 1821; ed. en español *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, 1993, p. 720. Las negritas son nuestras.

¹⁸ Ibid., 711.

Continúa el debate. La palabra es concedida por el Vicepresidente Dr. Schmid al diputado Hirsch, el segundo ponente (SPD).

El diputado Hirsch expresa que está totalmente de acuerdo con el Dr. Benda. Empero, se pregunta:

“¿Sería correcto o no prolongar los términos de prescripción para el genocidio en general, si se procurase abstraerse completamente del problema del genocidio nazi?” (...)

*“No se trata ciertamente de una ‘desnazificación’”. (...), “de lo que se trata es tan solo de la cuestión de si los términos de prescripción para asesinato deben ser prolongados. Ni siquiera se trata de una prolongación de los términos de prescripción para delincuentes en general. La dicción general a este respecto es la siguiente: la prescripción para criminales nazis. Ella no es falsa. Todos los crímenes nazis, fuera de los homicidios, han prescrito, y nadie piensa en prolongar los términos de prescripción otra vez. Solo se trata de la cuestión: prolongación de los términos de prescripción para asesinato”.*¹⁹

Importantes precisiones del Dr. Hirsch, en cuanto a que la propuesta de los dos ponentes, la del Dr. Benda y la de él mismo, se concretan a los criminales acusados de asesinato. En el proyecto de la Comisión para la Reforma del Derecho Penal del propio Parlamento está previsto, según lo manifiesta el Dr. Hirsch, que los términos de prescripción para asesinato deben ser prolongados a 30 años. También recuerda que, según el Gobierno Federal, este problema de la prescripción es en parte de carácter material y en parte de derecho formal, es decir de naturaleza político-jurídica y también jurídico formal de respeto a los principios de un Estado de derecho. El Gobierno Federal quería evitar que los hechos penales ya prescritos puedan ser retomados nuevamente y que aquellos que no habían prescrito pudieran aun ser perseguidos con la prolongación de los términos de prescripción a 30 años.

También llamaba la atención al hecho de que, en la Comisión de derecho penal, la cual -señala- ha trabajado varios años documentos desde

¹⁹ DB. 170. Sitzung, p. 8527

la época de la República de Weimar y del Imperio Alemán, nunca ha sido controvertida la cuestión de la prolongación del término de prescripción a por lo menos 30 años, aun cuando no se trataba de genocidio, sino de asesinato, muy diferente a la posición del Ministro de Justicia expresada en el debate.

Hay parlamentarios que opinan, señala el Dr. Hirsch, que hay presión de la “*opinión pública mundial*” y que “*no debería cederse*” a ella. Ello podría suceder si tuviera una posición falsa en el asunto.

“Pero ya que ella es correcta en el asunto [...] no hay fundamento razonable alguno, porque hay una presión, para decidir de otra manera, como si se hubiera decidido, si no se habría dado presión alguna”.

“El Consejo de la Federación ha eliminado la pena de muerte para los asesinos. De igual manera, la consecuencia es, entonces, que para asesinos que merecían la pena de muerte no debe haber tampoco término de prescripción alguno”.

*[...] “Nosotros hemos presentado otra propuesta todavía, la cual supone un cambio en la Constitución. [...] Nosotros somos de la opinión de que corresponde a la dignidad de esta casa y a la importancia de este problema, emprender de una manera indubitable e indudable el cambio en la Constitución en el sentido de que **no hay prescripción alguna para asesinato cuando tampoco hay ya más la pena de muerte para asesinato**”.*²⁰

El Dr. Hirsch se plantea también la posibilidad de que, dentro del marco de la problemática jurídica, la prolongación de los términos de prescripción que se apruebe por una simple ley no pueda ser rechazada después por la Corte Constitucional. “*Sería una catástrofe si así sucediera*”, dijo. Recuerda que el Dr. Benda tenía dudas sobre si el asunto debería ser decidido a través de una simple ley o de un cambio en la Constitución, porque en ambos casos se atentaría supuestamente contra los principios del Estado de Derecho de la República Federal.

“Se trataba ciertamente de la discusión en torno al llamado principio del Estado de Derecho para aquellos que se habían ocupado en concreto

²⁰ Ibid., 8529. Las negritas son nuestras.

*con el Art. 103 de la Constitución y de la cuestión de si los términos de la prescripción pertenecen a las prescripciones que no pueden ser cambiadas retroactivamente. No necesariamente esta es una cuestión del principio del Estado de derecho, sino un problema del Art. 103, pero puede ser cambiado”.*²¹

Es impresionante la formulación del Dr. Hirsch cuando hace alusión a cómo un Art. de la Constitución puede corromperla en cuanto no crea justicia tratando de amparar con la prescripción a criminales. Unos veían en la segunda parte del Art. 103,²² un principio de Estado de Derecho, el Dr. Hirsch, como el Dr. Benda, veían allí un simple formalismo, un congelamiento sin *telos*, ni capacidad para responder a la necesidad de justicia, luego de la profanación por el régimen nazi de todos los valores elementales de la convivencia y de todas las normas no escritas. Dice, después, que hay una mayoría no solo cuantitativa sino también cualitativa de profesores de derecho penal y de ciencia política que están de acuerdo en que puede cambiarse la cuestión de la irretroactividad para los casos de genocidio con una ley del Parlamento. Considera muy poco probable que la Corte Constitucional la declare inconstitucional.

*“[...] Estoy de acuerdo con usted, señor Benda, en que reside en interés del pueblo alemán, y también de la gran mayoría de quienes han sido alguna vez partidarios del Nacional-Socialismo, si nosotros nos libramos de los criminales, de los asesinos, y hacemos todo lo posible para no tener que vivir con asesinos”.*²³

El Vicepresidente del Parlamento, Dr. Schmid, da por concluida la sustentación de las dos ponencias presentadas y abre el debate general, ofreciéndole la palabra al Dr. Barzel (CDU/CSU).

Después de las palabras introductorias del caso, el Dr. Barzel dice lo siguiente: “En esta discusión, que es una **discusión política**, cada uno siente

²¹ Ibid., 8530. Las negritas son nuestras.

²² Art. 103 de la Constitución “[Derecho a ser oído, prohibición de leyes penales con efectos retroactivos y el principio de *ne bis in idem*], (2) Un acto solo podrá ser penado si su punibilidad estaba establecida por ley anterior a la comisión del acto.

²³ DB, 170. Sitzung, p. 8530.

que el presente sin pasado no existe...".²⁴ Como se desprenderá del conjunto de su intervención, tiene una posición crítica con respecto a la propuesta sustentada por los doctores Benda y Hirsch. Al calificar la discusión de "política", la entiende en el sentido común del término, es decir, de una que tiene lugar siguiendo los intereses parlamentarios del momento para lograr simpatías o algo semejante. No entiende la política en el sentido aristotélico, ni tampoco presupone que exista un concepto de filosofía político-jurídica como la justicia.

*"Este hombre (Hitler) es el gran responsable frente al pueblo alemán y también frente a aquellos, de cuyo sentimiento patrio y de cuyo idealismo abusó. Este **pueblo alemán** no es **colectivamente culpable**. [...] Nosotros siempre hemos expresado nuestro reconocimiento a este pueblo, a toda su historia, como también al honor de sus soldados alemanes. Y lo seguiremos haciendo. Nosotros siempre hemos separado limpiamente delitos criminales de errores políticos. Y siempre lo vamos a hacer. Solo quien ha cometido delitos debe ir al tribunal."*

*"Sucede diferente en el caso de un error político [...]. No hay instancia alguna que pueda confirmar la existencia y la medida de la culpa en el caso de un error político".*²⁵

Tal vez la formulación no haya sido la más correcta, pues correspondía al debate político-jurídico tratar en concreto de la prolongación o eliminación de los términos de prescripción para los criminales nazis. Todo el pueblo alemán no estaba acusado ni pendían sobre todos sus miembros penas que corrieran el riesgo de prescribir. Se había hablado de la justicia en nombre del pueblo alemán, bien jurídico mayor y también concepto filosófico-político, dentro de cuyo marco era altamente lúcido poner en cuestionamiento el Estado de Derecho formal. ¿Qué es, por lo demás, un error político? Esta es una cuestión interesante pero que no atañe al propósito del presente artículo.

Lo que si era evidente para el Dr. Barzel era que el Nazismo había destruido la democracia de Weimar, el Estado de Derecho y los derechos humanos.

²⁴ Loc. Cit. Las negritas son nuestras.

²⁵ Loc. cit.

Su posición está clara cuando cita el informe del Gobierno Federal:

“El Gobierno Federal apoyará al Parlamento alemán en sus esfuerzos para crear una posibilidad que satisfaga la justicia dentro del marco de los principios fundamentales del Estado de Derecho”.²⁶

Luego dice que las posibilidades de la justicia terrenal son limitadas y que “justicia” y “judicium” no es lo mismo.²⁷ Nadie había pensado en paralizar los tribunales ni tampoco esperado que así sucediera poniendo en cuestión un principio formal del Estado de Derecho, el cual tenía que ser repensado a la luz de un bien jurídico mayor y de los mandatos de la política que exigían una respuesta a una situación anormal en el desarrollo de la vida de un Estado. Y aun si hubiera pensado el orador que el Poder Judicial se habría visto sobrepasado con la aprobación de la ponencia en discusión, los hechos han demostrado lo contrario.

El Vicepresidente, Dr. Schmid, cede la palabra al Dr. Bucher, Ministro Federal de Justicia.

El Ministro empezó señalando que no hablaba en nombre del Gobierno Federal sino de sí mismo. Trae a colación el hecho de que el Parlamento noruego se había mostrado también en contra de la permanencia de la prescripción para casos semejantes a los tratados allí y que los parlamentarios noruegos se habían imaginado “*lo terrible que sería si Bormann apareciera públicamente...*” Por esta razón, prefería el Ministro no hablar de personas ni tampoco de prominentes juristas y políticos, sino de la responsabilidad de construir “*nuestra propia opinión*”.

“Las razones de mi rechazo de una prolongación (se supone de los términos de la prescripción) a través de una ley con efecto retroactivo residen básicamente en cuestiones fundamentales de derecho [...]. Ambos fundamentos, la seguridad jurídica, de una parte, y la justicia material, de la otra, tienen rango constitucional.

[...] “La Corte Constitucional Federal ha repetido esto claramente y le ha reconocido al legislador la libertad de decidirse en

²⁶ Ibid., p. 8531.

²⁷ De la justicia ya hemos escrito. Judicium es la paralización de los tribunales.

el caso concreto entre ambos postulados y, dentro del marco de ciertas fronteras, de preferir la justicia material o la seguridad jurídica. Preferir la justicia material, es decir, es decir la necesidad de una expiación, solo puede tener sentido si nosotros pudiéramos ser del convencimiento de que la prolongación de los términos de prescripción actualmente vigentes ayudaría realmente a un triunfo convincente. Justamente este convencimiento yo no lo tengo".²⁸

Un tanto tratando de aludir al carácter alemán, recuerda que Lenin no tenía mucho respeto por las capacidades revolucionarias de los alemanes, pues había dicho que cuando se les encargaba asaltar un tren, lo primero que hacían era comprar los pasajes en la boletería. También recuerda que Theodor Heuss rechazaba hablar de una "*culpa colectiva*" y prefería hacerlo de una "*vergüenza colectiva*", así como a Golo Mann, quien hablaba de que una mitad de la nación se encontraba en los tribunales. De allí, concluye que la carga procesal con una ley que prolongue los términos de prescripción se vería tremendamente sobrecargada. Este argumento parecía banal en cuanto pretendía dejar todo, dentro del marco de las leyes existentes, a la inercia y a la formalidad.

"En función de estas consideraciones, no creo que una prolongación de los existentes términos de prescripción con carácter retroactivo sea un indubitable mandamiento de la justicia".²⁹

¿El fracaso de la justicia ante la presunta carga procesal y ante la inercia y la formalidad?

"El Art. 103, punto 2, de la Constitución le ha dado un rango constitucional al viejo principio fundamental de derecho "nulla poena sine lege"³⁰. Sobre la interpretación de este principio se han dado ante todo tres consideraciones.

La primera [...] extrae del Art. 103, punto 2, una prohibición especialmente rigurosa. De acuerdo a ella, tiene que ser especialmente

²⁸ Ibid., p. 8533

²⁹ Ibid., p. 8535

³⁰ No es delito el acto no sancionado por las leyes.

prohibida toda ampliación de las competencias que sucedan al hecho, toda ampliación del poder del Estado y toda pretensión penal estatal [...].

De acuerdo a esta concepción, que toma en serio el principio de Derecho de la Constitución, sería inadmisibile una prolongación de los términos actuales de la prescripción a través de una simple ley.

Esta concepción tiene todavía una consecuencia más amplia [...]. Si se divide en el Art. 103, punto 2, un caso especial del principio de Estado de Derecho anclado en el Art. 20, entonces es dudable si esta determinación puede ser quebrada a través de un cambio en la Constitución teniendo en cuenta la garantía para el Principio de Estado de Derecho establecida en el Art. 79 de la Constitución.³¹

En oposición manifiesta a esta opinión esta la concepción de que el Art. 103, punto 2, exige solo que antes del hecho tendría que existir una situación punible determinada con una amenaza de pena determinada, en resumen, solo el ‘si’ o el ‘cómo’ de la penalidad tendría que estar fijada jurídicamente antes del hecho.

Esta interpretación deja libre una prolongación de los términos de prescripción a través de una simple ley.

[...] De acuerdo a una tercera concepción, finalmente se extiende la prohibición jurídico-constitucional de la irretroactividad a un conjunto de prescripciones jurídico-materiales de derecho penal. De acuerdo a esta teoría, una prolongación de los actuales términos de prescripción a través de una simple ley sería violatoria de la Constitución, si la prescripción se considerase como derecho penal material”.³²

Estas eran las posiciones en pugna en el debate, de acuerdo al Ministro de Justicia. Y se observa, claramente que limitaba su clasificación a posiciones jurídicas sin tomar realmente en cuenta las consideraciones de

³¹ Art. 20: (3) “El Poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho”. El Art. 79: (1) “La ley Fundamental sólo puede ser reformada por una ley que expresamente modifique o complemente su texto. (2) Una ley de este carácter requiere la aprobación de una mayoría de dos tercios de los miembros del Bundestag y de dos tercios de los votos del Bundesrat”.

³² DB, 170. Sitzung, p. 8535

carácter jurídico-políticas que colocaban en cuestión el formalismo de una Constitución utilizada para amparar una política de genocidio que había colocado al pueblo alemán en una situación de insostenibilidad moral a nivel interno como internacional. Si el 'sí' o el 'cómo' de la penalidad está jurídicamente fijada antes o después del hecho, sigue siendo una cuestión de carácter jurídico, que no llega a responder los argumentos ni el "telos" de la propuesta en favor de la prolongación o eliminación de los términos de prescripción para los delitos cometidos durante el régimen nazi.

Como quienes están en favor de extender o eliminar los términos de prescripción han hablado, especialmente el Dr. Benda, de una justicia material, también el Ministro de Justicia habla de un derecho penal "material". Señala, por otra parte, que el Código de Derecho Penal determina que, ante una diferencia en la ley, desde antes del hecho hasta el momento de la sentencia, tiene que aplicarse la ley más beneficiosa al reo. Los alcances del principio "*nulla poena sine lege*" residen profundamente en la conciencia jurídica general, pues ella procede -señala el Ministro- de una gran tradición en el desarrollo del derecho y tiene su concreción en casi todos los Estados alemanes de la Federación, así como en la Convención de Derechos Humanos.

*"Ante el tribunal y ante el fiscal y ante la policía está ante todo no un criminal, sino un ciudadano, contra quien se investiga y, luego, eventualmente es acusado. Es, de la misma manera, un antiguo principio de derecho, un fundamento de la Constitución, que cada ciudadano pueda sentirse inocente, en tanto no sea sentenciado de acuerdo al derecho".*³³

Cuando el Dr. Schäfer interrumpió al Ministro diciéndole que hablaba de otra cosa, le contestó: "*hablo de que aquí no se trata de una Carta Magna de asesinos, sino de una Carta Magna de ciudadanos*". El diputado Metzger interrumpió, enseguida: "*pero usted impide también que se pueda determinar si él es un asesino!*". El Ministro respondió: "*de eso se trata. El ciudadano es colocado frente al tribunal y allí se confirma si lo es*". Una nueva interrupción del diputado Metzger: "*no, usted lo impide con la prescripción*". "*Ese es el sentido de la prescripción. Entonces, tienen que*

³³ Ibid. pág. 8536.

eliminar totalmente el instituto de la prescripción, si son de este punto de vista", respondió el Ministro.

¿Ciudadanos o delincuentes? Es, ciertamente, un principio de derecho que a una persona debe presumírsele inocente mientras no sea condenado. El principio funciona en todo Estado normal, y aquí parece estar la "*differentia specifica*". Durante el régimen nazi no todos eran ciudadanos, con los derechos a los que se refiere el Ministro, ni alemanes "arios" ni no "arios", sino que todos eran o miembros del régimen -entre quienes se encontraban los que podríamos llamar ejecutores, en torno a quienes gira el debate-, o simpatizantes o víctimas o enemigos de un sistema que pudo convertir el control ciudadano en una maquinaria de aniquilación sistemática por razones ideológico-raciales -si al nazismo podría asignársele una ideología-. La prueba contundente han sido los millones de muertos que produjo, en el país y fuera de sus fronteras, y las olas de emigración de miles de intelectuales en todas las esferas del formidable mundo académico alemán, especialmente a los Estados Unidos, en donde se crearon universidades especialmente para que ellos pudieran ejercer las cátedras de sus especialidades o continuar con sus investigaciones científicas. ¿Se podía haber medido la perversidad de los crímenes cometidos, y aceptar que están tipificados como tales en la legislación y que rige para esos casos el derecho jurídico-formal, en general, y los términos de prescripción existentes, en especial, dentro del marco de un Estado de Derecho, sin recurrir a la política, en los términos en los que la entiende Aristóteles? Para resolver este problema traeremos a colación otro párrafo del estagirita: "[...] aunque el bien del individuo se identifique con el bien del Estado, parece mucho más importante y más conforme a los fines verdaderos llevar entre manos y salvar el bien del Estado".³⁴

"Todavía una palabra fundamental para terminar. 'El Profesor Jaspers dice en una entrevista: 'El Derecho está fundado en todo el mundo en una voluntad política'. Quisiera decirlo al revés: El derecho antecede a la política'".

Un retorno al viejo debate entre Kelsen e Schmitt, al cual ya hemos hecho referencia. Solo diremos que la política antecede a la existencia

³⁴ Aristóteles, Op. Cit., p. 273.

misma del Estado. El Dr. Benda encontraba un equilibrio entre el derecho y la política. Él era, a final de cuentas, un ilustre jurista, y, algún tiempo después del debate, fue elegido Presidente de la Corte Constitucional de Alemania, cargo que ejerció durante varios años. No obstante, y como es común en Alemania, siempre tuvo una aguda percepción política. Partiendo de la premisa de que el derecho rige en una situación de normalidad, concluiremos nosotros que la política se activa en su relación con el derecho y con cualquier otra esfera de la vida de un Estado, cuando éste no se encuentra en esa situación de normalidad, para conjurar el riesgo de que él no se convierta en un instrumento para otros fines que no sean los de la justicia orientada al bien común, o que manipule o ignore la realidad que se supone debe regular, es decir que no se convierta en un derecho de papel, como lo decía Hegel.

Schmitt, refiriéndose a las perturbaciones de un Estado estable, dice lo siguiente:

*“El derecho, ya sea público o privado, posee su propio ámbito relativamente autónomo como tal, más seguro cuando se encuentre a la sombra de una gran decisión política, por ejemplo, **en el marco de un Estado estable**. Pero al igual que sucede con todas las esferas de la vida y el pensar humanos, puede ser utilizado en apoyo o en contra de alguna otra esfera. [...] Pues en tal caso **el ‘imperio del derecho’ no significa otra cosa que la legitimización de un determinado status quo en cuyo mantenimiento está lógicamente interesados todos aquellos cuyo poder político o ventaja económica, poseen su estabilidad en el seno de ese derecho**”.*³⁵

El Vicepresidente, Dr. Schmid, cede la palabra al diputado Jahn (SPD)

Lo primero que expresa el diputado Jahn es su profunda decepción por lo que el Ministro ha dicho durante media hora del debate, en el fondo porque está en contra de la prolongación de los términos de prescripción, sin que queden claros ni sus motivos ni sus explicaciones.

³⁵ Schmitt, Op. Cit., pp. 94-95. Las negritas son nuestras.

*“La cuestión decisiva es, sin embargo: ¿debe ser respondida simplemente con solo consideraciones jurídicas la monstruosa cantidad de asesinatos, en esta forma sin precedentes en la historia, en esta gran medida, con esta crueldad, o estamos en la obligación, aquí en primer lugar, de encontrar una decisión político-moral?”*³⁶

El diputado Jahn señaló que no se avanzará nada con esta consideración político-moral ni con la afirmación de que el Estado de Derecho precede a las decisiones políticas. Dijo también temer que ignorarían el rol de los juristas en esta discusión si su tarea no es contribuir a encontrar una solución y no hacer lo contrario.

“En esta cuestión el Parlamento tiene que asumir y cumplir su rol político de conducción en singular medida -como siempre-. Es tarea de esta casa [...] mostrar el camino en una cuestión de tan alto nivel político y moral, así como también hacer eficaz la fuerza de convicción en el propio pueblo, la cual es necesaria para hacer realidad y promover la opinión general sobre la necesidad de las decisiones que aquí se exigen.”

[...]

*“También es peligroso hablar aquí del derecho a la equivocación política. Naturalmente, el derecho al error político tiene que mantenerse [...] también como una parte constitutiva de nuestra libertad. Pero aquí no tenemos nada que ver con el derecho al error político. Con quienes tenemos que ocuparnos han sido asesinos, ellos han sido asesinos en la elemental forma de lo criminal [...], para quienes el derecho al error político no tiene valor; pues hay cosas sobre las que uno no puede equivocarse. Quien asesina -si lo hace directamente o si lo ha hecho desde un escritorio [...] él no puede haberse equivocado, él no puede haber estado en la oscuridad sobre lo que ha hecho”.*³⁷

Interesantes las apreciaciones del diputado Jahn, quien recuerda que en el Parlamento se había debatido ya este asunto de la prescripción hace cinco años. Entonces -afirma el diputado- la “mayoría de esta casa” había

³⁶ DB. 170. Sitzung, p. 8537.

³⁷ Ibid., p. 8538

tomado otra decisión diferente a la que ahora él y otros diputados representan. Pero, deja entender el diputado Jahn que ese debate no fue pasajero, porque -afirma- durante cinco años vienen discutiendo esta cuestión tanto en el Parlamento como en las Comisiones que había constituido. Hace luego alusiones a la resistencia del Gobierno Federal para realizar las indagaciones que debía haber hecho y, luego, expresa que fue necesario el viaje de fiscales de Hessen a Polonia -utilizando sus vacaciones- para obtener confirmaciones sobre lo sucedido en Auschwitz. También señala que, en un informe del Ministro de Justicia, del 26 de febrero de 1965, se encuentran frases como “*Rudolf Hess, Representante del Führer*” o “*Karl Dönitz, último Presidente del Reich*”.³⁸

Errores o descuidos o como quiera llamarse a estos hechos, ellos expresan el ambiente de tensión y confusión en la Alemania de entonces.

El diputado Jahn también señala que se ha despertado una gran impresión con el número de sentenciados, pero, al mismo tiempo, se pregunta cuánto de grande ha sido el número de víctimas de aquellos, de cuya responsabilidad se trataba allí.

Aquí ponemos fin a nuestras reseñas y comentarios del debate en el Parlamento alemán, limitadas a las 5 primeras intervenciones.

En todo el debate Intervinieron el entonces Ministro Federal de Justicia y un total de 14 diputados. No obstante, por razones de espacio, el presente escrito solo contiene las reseñas y comentarios de las intervenciones del primer y segundo ponente, Dr. Benda y diputado Hirsch, respectivamente, del Dr. Barzel y del Dr. Bücher, entonces Ministro Federal de Justicia, y del diputado Jahn.

DESPUÉS DEL DEBATE

Al final se llegó a un compromiso en el Parlamento alemán con una ley del 23 de mayo de 1965: el comienzo de los términos de prescripción para asesinatos con pena de cadena perpetua fue fijada para el 1 de enero de 1950. Es decir que, como los años de prescripción para estos casos era

³⁸ Ibid., p. 8540

de 20, entonces los criminales nazis con probable pena de cadena perpetua hubieran podido quedar exentos de penalidad alguna en 1970. El Ministro de Justicia, Dr. Bucher, presentó su carta de renuncia al cargo.

Mientras tanto, como ya lo hemos señalado, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobaron la Convención sobre la IMPRESCRIPTIBILIDAD de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en 1968. Desde que en Alemania el debate continuaba su propio curso, no adhirió a la Convención, aunque los efectos del que tuvo lugar en 1965 hayan tenido su más grande realización en la decisión de la Asamblea General de las NN.UU., seguramente no sin la muy profesional, eficiente y alta calidad y poder de la diplomacia alemana en los foros internacionales. El núcleo de la Convención, es decir, la introducción en el derecho internacional de la imprescriptibilidad para esos crímenes no fue entendida por varios Estados, que adhirieron a ella con la reserva de que la Convención entraba en vigor para ellos a partir de la fecha de su adhesión, en virtud del principio de derecho de la irretroactividad de la ley penal, salvo cuando favorece al reo, establecida en sus Constituciones, principio que había sido precisamente cuestionado con éxito finalmente por quienes han sido y son creadores de derecho como los académicos y los parlamentarios alemanes.

En abril de 1969, un año antes de que hubieran quedado prescritas las penas para muchos criminales nazis, la Corte Constitucional Federal, estableció la conformidad de la ley aprobada en el Parlamento en 1965 con la Constitución. Entretanto, la justicia alemana había estado procesando a más de 10,000 acusados.

Entonces, varios diputados alemanes nuevamente pusieron en el debate del Parlamento Federal el asunto de la prescripción para genocidio, el 26 de junio de 1969. Para los casos de asesinato se elevaron los términos de prescripción a 30 años, 10 años más que los 20 decididos en el 23 de mayo de 1965. Para los criminales nazis con probable pena de cadena perpetua, entonces, los delitos no podían prescribir sino hasta 1980. Cuando se aprobó esta norma, se tuvo en cuenta que entre esos criminales no se incluía a los culpables de genocidio, lo que daba a entender que tal delito aún quedaba

para una decisión posterior, dentro del marco de la incansable e incesante batalla jurídico-política en el Parlamento alemán.

El año 1979, se volvió a discutir sobre la prescripción de los crímenes de nacionalsocialistas. La situación política en Alemania había cambiado, pues en el Gobierno se encontraba en el poder la coalición de la Social-Democracia (SPD) con el Partido Liberal (FDP). Además, el Parlamento Europeo se había pronunciado también contra la prescripción del asesinato. Después de cerca de once horas de otro debate de alto nivel en el Parlamento alemán, 255 diputados votaron por la eliminación de la prescripción para el asesinato y 222 en contra. Desde entonces, asesinos de la época nazi recién descubiertos podían ser perseguidos sin consideración de si para ellos habían transcurrido o no los términos de prescripción.

Fue en el fondo un debate de 20 años, uno de los más brillantes en la historia del derecho constitucional y penal que se haya podido producir, con un día de brillo singular, el 10 de marzo de 1965, del cual hemos dado cuenta en este escrito.

LA PRISION PREVENTIVA Y EL DERECHO INTERNACIONAL

THE PREVENTIVE PRISON AND INTERNATIONAL LAW

*Jorge Colunge Villacorta**

RESUMEN

El artículo enfoca el fenómeno del abuso de la prisión preventiva en la Región Latinoamericana a la luz principalmente de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto de la ONU sobre la misma materia, analizando las corrientes jurídicas sobre su aplicación y

* El Embajador Jorge Colunge Villacorta, además de diplomático de carrera es abogado formado en la PUCP. Como diplomático ha servido en las Misiones en Ecuador, Brasil, en la OEA como Representante Alterno, en Colombia y Venezuela. Sus últimos cargos fueron Embajador en Holanda y Chile. Participó en numerosas citas internacionales, siendo la última como miembro negociador del diferendo territorial con el Ecuador, que puso fin a la centenaria disputa fronteriza. El Estado Peruano lo ha distinguido con las condecoraciones de “El Sol” en el grado de Gran Cruz y “Al Mérito por Servicios Distinguidos”, en el mismo grado. El Congreso de la República le otorgó “La Medalla de Honor”; también ha sido condecorado por el Brasil con la Orden “Cruzeiro do Sul” y con la Orden “Barón de Río Branco”. Colombia le ha otorgado la condecoración de la Orden de “San Carlos” y Chile le confirió la Gran Cruz de la Orden “Al Mérito por Servicios Distinguidos”, habiendo también recibido de manos de la Reina Beatriz de Holanda, la Gran Cruz de la Orden “Orange Nassau”.

Con el presente artículo, el autor formaliza su incorporación como Miembro Asociado, conforme a lo dispuesto por el Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, mediante Acta del 13 de diciembre de 2018.

sus consecuencias en la legislación peruana, concluyendo en la formulación de recomendaciones.

Palabras clave: Prisión preventiva, comparecencia, detención domiciliaria, internación preventiva, impedimento de salida, detención excepcional, deudas, reparación, normas y jurisprudencia desafinadas.

ABSTRACT

The article focuses on the phenomenon of pre-trial detention abuse in the Latin American Region, mainly in light of the American Convention on Human Rights and the UN Pact on the same subject, analyzing the legal currents on its application and its consequences in the Peruvian legislation, concluding in the formulation of recommendations.

Keywords: Preventive imprisonment, appearance, house arrest, preventive internment, impediment to exit, exceptional detention, debts, reparation, detuned rules and jurisprudence.

- - -

Desde que la temática de los Derechos Humanos fue asimilada por el Derecho Internacional Público, “ab initio” la materia genérica de la prisión preventiva fue de hecho subsumida por esta ciencia, al formar parte de los Derechos Humanos, como también sucedió con otras materias sobre las que el Derecho Internacional las cubre desde el ámbito de sus competencias, puesto que esta ciencia si bien tiene la responsabilidad jurídica de definir y regular las relaciones que mantienen los Estados entre sí, también incide en el tratamiento que las personas deben recibir al interior de cada Estado. Y es así que en la actualidad la competencia del Derecho Internacional se extiende a infinidad de materias que antaño fueron altamente controvertidas en su evolución, como el uso de la fuerza en épocas de guerra, el trato a los prisioneros, las migraciones, los refugiados, los problemas de la nacionalidad y la de los Derechos Humanos.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional positivo, respecto a la materia que nos ocupa, en la práctica, directamente vinculada a ella son tres los tratados o convenios multilaterales aplicables en mayor medida a los Estados Partes, quienes están obligados al fiel cumplimiento de sus disposiciones. Por un lado tenemos el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos de las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma, en textos oficiales en inglés y francés igualmente válidos, en noviembre de 1950, firmado por los países de la Comunidad Europea; asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado en la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1966 y, finalmente, dentro del ámbito de la OEA, la Convención Americana de Derechos Humanos, de noviembre de 1969.

De los convenios aludidos, los dos últimos son los que con más énfasis atañen a los países latinoamericanos, sin bien no son ajenas las invocaciones o citas al Pacto europeo que se advierten en la jurisprudencia de la Corte de San José de Costa Rica.

Ahora bien, en la problemática de las detenciones o prisiones preventivas convergen dos intereses que, aparentemente, se muestran divergentes o, por lo menos, en las fundamentaciones extremas de ambos así parecen serlo. De un lado tenemos el interés o la demanda de la sociedad en adquirir una seguridad racional frente a la delincuencia y el deber y la obligación del Estado en proporcionarla; y de otro lado se tienen las libertades fundamentales que posee cada persona que es denunciada, antes de ser juzgada por la comisión de un delito, siendo que entre ambos presupuestos se deben conjugar las medidas razonables para minimizar todos los riesgos de que, un supuesto inocente, pueda ser castigado y condenado de antemano, para lo cual es deber del Estado garantizarle un nivel adecuado de humanidad en el trato que reciba el imputado, antes de ser sentenciado, con prescindencia de la posibilidad de que fuere inocente o culpable.

Vista esta problemática en términos individualizados, se tiene que, decidida formalmente la prisión preventiva de una persona sospechosa de haber cometido un delito, y arrestada la misma, se produce de inmediato la privación de su libertad, previa a la comprobación judicial del delito sobre el que recae una sospecha, hecho que en la práctica genera un enfrentamiento

entre los dos intereses descritos que tienen por igual alta valoración para la sociedad, a pesar de que la prisión preventiva, desde su dación, se aleja de la defensa del principio de presunción de inocencia, según el cual nadie puede ser considerado, y menos tratado como culpable, hasta que su responsabilidad haya sido comprobada y sancionada en la vía penal. Y en tanto que el segundo interés (que se activa en simultáneo), pone en marcha el deber y obligación estatal de perseguir y punir la comisión de hechos delictivos que violan valores jurídicos que gozan de la debida protección efectiva, y que tiene como fin que el responsable pueda comparecer en el proceso penal que se le va a instaurar, con el objeto de que este proceso resulte garantizado en el cumplimiento de la presumible sanción a ser impuesta.

Apreciada esta situación en términos genéricos, en este aparente conflicto de intereses se presentan diversos elementos, tales como la preocupación de la sociedad por los ataques delincuenciales de los que se siente atemorizada, preocupada o indignada y, por tanto, exige soluciones efectivas en el menor tiempo posible. Y frente a esta carga de presión, la administración de justicia tropieza con una serie de dificultades para actuar de modo que pueda satisfacer en términos de brevedad este contexto situacional, en el que la prensa juega un notorio papel al desarrollar su labor informativa (muchas veces direccionado o enalteciendo ciertos hechos), lo que puede generar influencias en la población, inclinando sus juicios y apreciaciones bajo distintas posturas que, a su vez, pueden afectar la independencia de los operadores de la justicia, ya sea endureciendo o exagerando sus posiciones o fundamentos inquisitivos, o tornándolos laxos o benevolentes. De allí que la aplicación de la prisión preventiva únicamente debe ser procesada, según disposiciones de los organismos internacionales comprometidos en la materia, en casos absolutamente extremos y bajo condiciones altamente objetivas y específicas. En otras palabras, “la detención preventiva se debe usar exclusivamente con un fin cautelar y solamente en ciertos casos taxativos”, conforme así concluye un muy equilibrado estudio de la Universidad Nacional de La Pampa, de Argentina, generando así –en coincidencia con muchos estudiosos de la materia- un marco conceptual genérico de este complejo problema que presenta, para ciertos estudiosos e investigadores, la imposibilidad de una solución, por lo menos a corto plazo.

Sin embargo, como bien coinciden muchos otros autores, lo anterior no significa que estos dos intereses tengan entre sí un conflicto insoluble. Lo que sí quiere decir es que los sistemas del procedimiento penal deben tener normas claras y equitativas que, a través de la razonabilidad, puedan compatibilizar ambos objetivos, pues si se le priva de su libertad o castiga a un ser humano, violando sus derechos humanos, por ejemplo, sometiéndolo a un encarcelamiento prolongado y en condiciones subhumanas, jamás se podrá admitir que se ha procedido de manera justa.

Después de todo, existen otras medidas cautelares eficaces que son menos gravosas, de las que se puede hacer uso y que la mayoría de países las admiten en sus legislaciones internas como medidas alternas.

Medidas cautelares alternativas. En la mayoría de los países de la Región, entre ellos en el nuestro, frente a la medida de prisión preventiva, que como medida cautelar y excepcional posee la mayor ratio de severidad sobre la libertad individual de las personas, han previsto en su legislación otras medidas de menor intensidad, que tienen las siguientes notas de interés:

La comparecencia. Esta medida que mantiene al imputado en libertad, a su vez, puede darse bajo dos modalidades: la comparecencia simple, que es aplicable a denuncias respecto a delitos leves, o cuando los hechos denunciados no ameriten disponer mayores restricciones; y la comparecencia restrictiva, en la que el denunciado por delitos más graves, mantiene su libertad ambulatoria, pero está sujeto a restricciones que, de no cumplirlas, bien puede estar sujeto a la revocación de la medida y al cambio de la misma por el de la prisión preventiva, la cual prevé en nuestra legislación que el delito imputado tenga una pena de cuatro años como mínimo.

La detención domiciliaria. Esta medida cautelar es la única de orden alternativo que, de modo obligatorio, debe ser aplicada por el juez, a condición de que el imputado sea mayor de 65 años, sufra de algún tipo de discapacidad permanente que afecte su desplazamiento, y adolezca de alguna enfermedad grave e incurable. Esta medida puede extenderse a una madre gestante, pero, en todos los casos, debe evaluarse que es posible evitar el peligro de fuga y la obstaculización de la justicia. La medida puede

cumplirse no sólo en el domicilio del denunciado, sino en otro designado por el juez.

Internación preventiva. Aplicable a personas que sufren de graves alteraciones mentales.

Impedimento de salida. Se aplica a personas sobre las que el delito que se les imputa sea superior a los tres años, y la misma no se limita a salir del país, sino también esta restricción puede recaer en el ámbito regional, provincial, distrital o local.

No obstante la existencia de las medidas alternativas anunciadas, el conflicto de intereses respecto a la prisión preventiva subsiste desde vieja data, conforme lo destaca el investigador y jurista Diego Vecchi, investigador de la Universidad de Génova, quien asevera que “la propia Declaración de derechos del hombre de 1789, estandarte iluminista del cambio de paradigma, admitía la posibilidad de encarcelamiento previo a condena, estableciendo en su artículo 9, luego de consagrar genéricamente la presunción de inocencia, (arguye) que el “arresto” podría efectuarse en casos de *extrema necesidad* al margen de los cuales habría de considerarse ilegítimo”. Sin embargo, el propio Vecchi admite como razonable la dación de la prisión preventiva en tiempos no prolongados y bajo ciertos requisitos; y en unas notas finales de un trabajo de dicho autor se destaca que “la pretensión de legitimidad de la prisión preventiva... cautelarmente concebida no se ve afectada por la crítica que niega la distinción conceptual entre prisión preventiva y pena de prisión. Se ha mostrado además que esa pretensión tampoco se ve afectada por la negación de ser el encarcelamiento empíricamente necesario para el logro de un determinado fin. La pretensión de legitimidad se ve desafiada tan solo afirmando que el encarcelamiento dispuesto con finalidad cautelar (siendo o no necesario para el fin) constituye una violación no tolerada constitucionalmente a los derechos a la libertad ambulatoria y a ser tratado como inocente hasta la condena. El hecho de que desde los orígenes mismos de la presunción de inocencia y hasta la fecha se haya aceptado a la prisión preventiva como medida cautelar poco dice frente a esta afirmación.”

Desde el punto de vista del Derecho Internacional la escrupulosidad en el respeto de los Derechos Humanos resulta fundamental en todos

los casos de aplicación de la prisión preventiva, de allí que propugna un modelo paradigmático a estos efectos, el cual está focalizado en que las normas aplicables deben amparar y coadyuvar en todas las investigaciones que se requieran para conducir a una sanción efectiva del delito, pero que en tal ejercicio debe protegerse a la persona que se encuentra en calidad de sospechoso, al que le asiste Derechos Humanos concretos. Y para ello se recalca el deber del Estado de investigar de modo adecuado y neutral previamente el hecho bajo sospecha, antes de tomarse la decisión de someter al individuo en una detención provisional, y que para ello debe proveer los recursos económicos y materiales necesarios a los funcionarios envueltos en la dirección del proceso, a fin de que se pueda cumplir a cabalidad la misión de administrar justicia.

En contraposición a estos fundamentos hay quienes plantean un hecho que muchas veces resulta real, y es que el Estado puede carecer de las posibilidades de satisfacer esta demanda económica, o simplemente no tiene la voluntad política de cubrir tal necesidad, situación que impulsa la creación del modelo denominado alternativo.

El modelo alternativo responde a la necesidad de satisfacer una presión social vinculada con la seguridad, en la que la detención del investigado se constituye como el principal faro de acción, sin importar que el detenido sea culpable o no lo sea. Así siendo, este modelo es ampliamente cuestionado por no estar apegado a un auténtico estado de derecho, pues la detención constituida puede traducirse en un encarcelamiento por meses y años, sin cualquier instauración de un juicio acusatorio, espacios de tiempo en el que un debido proceso legal es inexistente y en el que el sospechoso resulta castigado, aún sin una acusación formal antes de la iniciación de su juicio. De este modo este modelo, en el que no se respetan los Derechos Humanos resulta siendo un modelo indigno de la humanidad.

Sin embargo, si uno revisa exhaustivamente las opiniones de juristas notables frente a las oposiciones entre el modelo paradigmático y el alternativo, podrá hallar también posturas o ejemplos en la jurisprudencia que rescatan la razonabilidad de fórmulas que justifican que, el principio de la presunción de inocencia, puede flexibilizarse al punto de anteponer otros elementos que hagan viable y positivo la aplicación de la prisión

preventiva en oposición al principio indicado. Así, por ejemplo, es posible hallar tal perspectiva en un estudio preparado por la universidad mexicana de la UNAM, denominado “Los motivos que justifican la prisión preventiva en la jurisprudencia extranjera”, del cual iremos a extraer algunas notas de interés:

En el documento mencionado, por ejemplo, se destaca que ciertos tribunales extranjeros han dado paso preferente a la afirmación de que es procedente la “justificación de la prisión preventiva en función de la posible reiteración delictiva por parte del acusado en vez de los peligros procesales, motivación que ha sido mencionada por los tribunales internacionales.”

También en esta elaboración se analiza un fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la que se “justifica la prisión provisoria en función de la peligrosidad del imputado, porque permite analizar la postura de la doctrina y jurisprudencia nacional, que cree que la prisión preventiva puede justificarse en virtud de la personalidad peligrosa de la persona”.

En el comentario a esta decisión consignada en una sentencia materia del análisis, se realza la postura del voto mayoritario del colegiado, en el que se argumenta la constitucionalidad de esta decisión ya que entiende que una detención preventiva no es una pena anticipada por no tener un contenido punitivo, sino más bien es parte de una regulación que tiene vinculación directa con sus fines, cual es el interés de proteger a la sociedad y a las personas de sujetos que son “potencialmente peligrosos”, reiterando el “interés del gobierno en preservar la seguridad de las personas”, hecho que puede limitar el derecho del imputado a permanecer en libertad. “Y por tanto la ley aplicada no puede ser inconstitucional”.

Desde otro punto de vista el estudio se refirió a una opinión de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos contenida en el Informe 2/07, en el que se puntualizó “que el riesgo de comisión de nuevos delitos justifica la detención en el proceso cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido.” Y otro argumento que destaca dicho informe es el de la preservación del orden público como sustento en circunstancias muy excepcionales y a partir “de la gravedad especial de un crimen y la reacción

del público ante el mismo, para justificar la detención ante la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar. Este criterio fue evaluado como válido por el Tribunal Europeo en el fallo “Letelier”, en el cual se consideró “que el homicidio cometido constituye un atentado contra la persona humana y perturba el orden público, al ser la vida un valor esencial.”

Lamentablemente el modelo alternativo resulta ser el preponderante en su aplicación dentro de los países de América Latina, respecto a muchos de los cuales se han consignado las siguientes estadísticas:

Según las investigaciones realizadas el 2013 por Richard Aborn y Ashley D. Cannon, entre el 10 al 40% de toda la población que purga prisión carcelaria en América Latina, en promedio se encuentra en esta situación sin que sobre ella pese condena alguna. La proporción más alta de detenidos en espera de juicio entre esta población total de presos la tiene Bolivia (83.6 por ciento), seguida por Paraguay (71.2 por ciento), Haití (67.7 por ciento), Venezuela (66.2 por ciento), República Dominicana (64.7 por ciento), Uruguay (64.6 por ciento), Panamá (60.8 por ciento), Perú (58.6 por ciento), Guatemala (54.4 por ciento), Argentina (52.6 por ciento) y Honduras (50.1 por ciento).

Por su lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, publicó un informe el 2017 sobre el uso y abuso de la prisión preventiva en la región latinoamericana, a la que en términos globales le asignó el 36% de la población tras las rejas lo estaba bajo la condición de prisión preventiva, pero hizo hincapié que en algunos países el índice superaba el 60%. Y refiriéndose a nuestro país consignó que el año 2013 se tenía a 36,670 personas en prisión preventiva, “habiéndose incrementado en el 2015 a un total de 39,439”.

En cuanto a las referencias al abuso de la prisión preventiva en la Región, el organismo internacional mencionado manifiesta su preocupación sobre una puntual acción legislativa adoptada por nuestro país como coadyuvante a la práctica del abuso en la concesión de la prisión preventiva. En efecto, la CIDH expresa claramente su preocupación por el incremento en la duración de la prisión preventiva, sancionada en el Decreto Legislativo

Nº 1307 de enero de 2017, que para ciertos delitos incrementó el plazo límite de la prisión preventiva que fue extendida a 36 meses, prorrogable hasta por 12 meses.

Sobre esta atingencia la CIDH expresa que “la referida modificación se diferencia de lo estipulado anteriormente en el Código Procesal Penal, que únicamente establecía un plazo máximo de 18 meses en casos de procesos complejos, que podía ser prolongado por un plazo adicional de 18 meses”. Asimismo, la CIDH afirma que **“esta modificación resulta contraria a aquellas acciones que buscan racionalizar el uso de la prisión preventiva de conformidad con estándares internacionales en la materia,** y como parte de un abordaje comprehensivo de los aspectos técnicos de la problemática delictiva y de la aplicación eficaz del sistema criminal”.

Frente a este panorama resulta recomendable identificar y analizar los elementos que sustentan esta carencia de conciliación que separa los intereses que se oponen entre sí: de un lado, como ya se anotó, la aparente confrontación entre la demanda de la sociedad por su seguridad ante la delincuencia y el deber del Estado en proporcionarla; y de otro lado, los derechos humanos y libertades fundamentales que posee el acusado antes de ser juzgado. Y ante este paralelismo de necesidades, el origen de la gestación y posicionamiento tanto en su desarrollo conceptual como práctico de dos modelos esgrimidos en abierta confrontación: el paradigmático y el alternativo.

Analizar y comentar acerca de los elementos en los que se fundan estos pilares de confrontación, parecería que podría constituirse en los componentes adecuados para mejor advertir los puntos de vista u ópticas prevalentes para abordar esta cuestión, y así formarse una opinión acerca de la compleja problemática que representa la ejecución de la prisión preventiva, tarea que se pretende exponer a continuación.

Pero antes de ingresar al análisis propuesto, en primer lugar, bien podríamos señalar que prácticamente hay una uniformidad en el articulado respecto a los derechos afectados en la prisión preventiva que contienen el Pacto de las Naciones Unidas (Art. 9) y el de la Convención Americana (Art

7). Es más, en diversas expresiones aparecen hasta casi de modo idéntico frases y oraciones completas. Sin embargo, existen dos claras diferencias a las que el autor no les asigna mayores efectos. Y es que el Pacto de la ONU, de manera expresa, consigna que la prisión preventiva nunca debe ser aplicada como una regla general, sino únicamente de modo excepcional. Además, el mismo cuerpo jurídico estatuye la existencia de la reparación en favor de una persona que haya sido ilegalmente detenida. Mientras que la Convención Americana no contiene o aborda expresamente ninguna de las dos materias.

Las diferencias anotadas, si bien son subrayadas por algunos autores, creo que carecen de mayores efectos, puesto que la Convención Americana, en el articulado relativo a las llamadas “Normas de Interpretación”, dice lo siguiente:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

... “b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.”

A mayor abundamiento, este artículo fue objeto de la Opinión Consultiva OC-5/85, que en el párrafo 52, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos consignó que “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.”

Esclarecido el punto anterior, y siguiendo con este cometido, resulta altamente de interés consignar la opinión vertida por el jurista Dr. Douglas Cassel, Director del Centro Internacional de los Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Northwestern, de Chicago, quien en una ponencia ampliamente difundida, consigna doce requisitos, fruto de sus reflexiones, acerca de los derechos recogidos en ambos pactos, los cuales en su criterio debieran ser guías para los tribunales que deban decidir las problemáticas concretas de los casos que envuelvan las prisiones preventivas. Citaremos y comentaremos de modo breve los mismos:

Garantizar Libertad. “Toda persona tiene derecho a la libertad (CA 7.1, ONU 9.1). Cuando se lee en combinación con el deber positivo del Estado, según el Artículo 1.1 de la Convención Americana, de “garantizar” el goce efectivo de los derechos, esta primera disposición va mucho más allá de lo retórico. El Artículo 1.1 establece que, los “Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona...”

Esto implica que el Estado tiene el deber no solamente de no violar (“respetar”) los derechos, sino tomar medidas positivas para protegerlos (“garantizar”).

Causas. Nadie puede ser sometido a la detención preventiva salvo por las causas fijadas por las Constituciones y las leyes dictadas conforme a ellas (CA 7.2, ONU 9.1).

Condiciones y Procedimientos. “Nadie puede ser sometido a la detención preventiva salvo en las condiciones (CA 7.2) y con arreglo al procedimiento (ONU 9.1) establecidos por las mismas Constituciones y leyes. Con respecto a este requisito y el anterior, la Corte Interamericana se pronunció en su sentencia en el caso Gangaram Panday (1994). En este caso, la Corte falló que una detención efectuada por agentes del Estado de Surinam fue ilegal, por violar las propias leyes de Surinam, y ordenó el pago de una indemnización compensatoria de \$10,000 a los familiares. En el párrafo 47 de la sentencia, la Corte explicó que estas prohibiciones de detención ilegal, en el Artículo 7.2 de la Convención Americana, significan que “nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal).”

Estas disposiciones elevan que cualquier violación de ley nacional sobre detención preventiva -sea elemento formal o material- al nivel de una violación internacional.

Arbitrariedad. Nadie puede ser sometido a una detención preventiva arbitraria (CA 7.0, ONU, 9.1). No basta, pues, que la detención cumpla con

las leyes nacionales, sino que también tiene que cumplir con el criterio internacional de que no sea arbitraria.

Informe de Razones. La persona detenida tiene derecho de ser informada (CA 7.4), hasta en el momento de su detención (ONU 9.2), de las razones de la misma.

Informe de Cargos. “Además, tiene derecho de ser notificada, sin demora, del cargo formulado en su contra.”

Del Juez. “Y tiene derecho a ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales (CA 7.5, ONU 9.3).

En su Observación General No. 8, 1º el Comité de la ONU opina que esta demora no debe de exceder “unos pocos días.” El Comité resolvió, en el caso *Terán Jijón v. Ecuador* (1992),” que una demora de 5 días de detención incomunicada fue violatoria de este requisito, y en el caso de *Fillastre v. Bolivia* (1991), que una demora de 10 días fue violatoria.”

Juicio Pronto. La persona detenida preventivamente también tiene “derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad (ONU 9.3), sin perjuicio de que continúe el proceso (CA 7.5). La Corte Interamericana no ha tenido oportunidad para pronunciarse sobre la cuestión de la duración permisible de un plazo “razonable.”

Comentario: Lamentablemente esta posible evasión para pronunciarse en términos cronológicos o bajo un concepto que se ajuste a marcar los linderos de algún espacio de tiempo o de circunstancias, facilita la exageración en la imposición de las prisiones preventivas, así como la falta de un control exhaustivo sobre los tiempos que el Poder Judicial determina para cada caso que se sanciona con esta medida procesal, que es únicamente de orden cautelar.

En cuanto a esta materia habría que comentar que en 1968 la Corte Europea se pronunció sobre la imposibilidad de traducir el concepto de plazo razonable en un número fijo de días, semanas, meses o años, estableciendo en su lugar la necesidad de ponderar la duración del encarcelamiento con un criterio casuístico, es decir, “caso a caso”.

Pero paradójicamente, según el jurista mencionado, “la jurisprudencia local ha invocado esa misma jurisprudencia de la CtEDH, pero no como justificación para ponderar si en el caso concreto el plazo de detención fue razonable (o no) sino, por el contrario, para postular la *desaplicación* de la garantía. En este sentido, se sostuvo que al no ser posible fijar un plazo en abstracto y no haberse dictado una ley que lo establezca con carácter general, la garantía no podría ser aplicada.”

Detención Excepcional. “De todos modos, la detención no debe de ser la regla general (ONU 9.3), sino la excepción. Según datos recientes, el cumplimiento con este requisito es dudoso en varios países del continente, por ejemplo, Uruguay, donde 85% de los presos no han sido condenados, tanto como Honduras (83%), Panamá (79%), El Salvador (77%), Ecuador (67%), Perú (67%), Argentina (Prov. de Buenos Aires) (66%), Chile (59%), entre otros.”

Recurso. “Toda persona detenida tiene el derecho adicional de recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida sin demora (CA 7.6), y a la brevedad posible (ONU 9.4), sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si fuera ilegal”.

Deudas. “Nadie puede ser detenido por deudas (CA 7.7) (con excepción no relevante). De este principio podrían surgir un argumento de que mantenerle detenido preventivamente a una persona porque no tiene con qué pagar una fianza violará la Convención Americana.

Reparación. Finalmente, “toda persona detenida ilegalmente tiene derecho efectivo a obtener reparación (ONU 9.5)”.

Y señalados estos requisitos, el autor citado precisa que cabe recordar que los mismos “que se consagran en los Artículos de los Pactos sobre el Derecho de libertad personal, no son los únicos derechos que pueden aplicarse a la situación de personas que se encuentran en detención preventiva. Están fuera del alcance de este breve análisis, por ejemplo, los derechos de los procesados de estar separados de los condenados y de recibir un tratamiento distinto y adecuado a su condición de no ser condenados (CA 5.4, Pacto ONU 10.2.a); de no ser sujetos a tratos crueles, inhumanos o degradantes (CA 5.1 Pacto ONU 7); de beneficiarse de la presunción de inocencia (CA

8.2, Pacto ONU 14.2); y de ser juzgados sin dilaciones indebidas (Pacto ONU 4.3.c).”(Fin de las citas)

Normas y jurisprudencia desafinadas. También una de las razones para que se extreme la aplicación de las prisiones preventivas, con total prescindencia del principio de la presunción de inocencia, radica en que existe en su aplicación una notoria falta de afinamiento entre la interpretación de ciertas normas vigentes en juego y la jurisprudencia internacional, principalmente proveniente de los organismos internacionales especializados, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Y tal situación se advierte, por ejemplo, según la interpretación de ciertos autores, en el caso de nuestro país, en el que la Corte Suprema, a través de su Acuerdo Plenario Nro. 01-2019/CIJ-116, en alusión a los peligros procesales que se deben observar para la determinación de la prisión preventiva, estableció que no se requería la simultaneidad o conjunción entre los requisitos o presupuestos advertidos como el peligro de fuga y la obstrucción de la justicia, sino que bastaba la presencia predominante de uno de estos elementos, mas no la concurrencia de ambos, posición que fue respaldada por el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar los artículos pertinentes de la Convención (7.3 y 8.2), en varios casos ha establecido precisamente lo contrario, en opinión de algunos tratadistas, es decir, que no basta la presencia de uno de estos supuestos, sino que ambos deben ser concurrentes para que una persona fuera privada de su libertad, entendiéndose por tanto que en caso de no ser observado este requisito, la prisión que sea decretada por lo menos será considerada como arbitraria.

La posición de la Corte Interamericana, bien puede apreciarse en diferentes fallos, tomados como ejemplos por quienes sostienen dicha tesis, entre los que destacan las siguientes expresiones:

Caso Suarez Resero vs, Ecuador, en el que se señala:

“77. Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. **De lo**

dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”.

Caso López Álvarez vs. Honduras, en el que se precisa:

“69. Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por si mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena”.

Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, donde se lee:

“311. La Corte ha precisado también las características que debe tener una medida de detención o prisión preventiva para ajustarse a las disposiciones de la Convención Americana.

... c) Está sujeta a revisión periódica: La Corte ha puesto de relieve que no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción. También ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, **para que no se erija en una privación de libertad arbitraria, de acuerdo con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia.** La Corte resalta, además, que el juez no tiene que esperar hasta

el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si se mantienen las causas de la medida y la necesidad y la proporcionalidad de ésta, así como si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe”.

En el resumen del Informe del organismo citado, el lector podrá advertir también ciertos detalles por los que, los operadores de justicia, pueden resaltar en alto grado ciertos hechos o circunstancias con alta carga de subjetividad, prerrogativa o licencia que puede facilitar una exagerada configuración circunstancial para precipitar la dación de la prisión preventiva, los cuales destaca la CIDH en un extenso Informe preparado el 2014 y cuyo resumen fue publicado para su debida divulgación, el que reproducimos a continuación:

Prisión preventiva: un informe exhaustivo de la CIDH (marzo de 2014).

Desde el reconocimiento de que “uno de los principales desafíos que enfrentan la absoluta mayoría de los Estados de la región es el uso excesivo de la detención preventiva”, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dio a conocer... su Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Es un documento enterado y sólido, durante cuya preparación se recabó información actualizada y se consultó diversas fuentes. El resultado es un volumen que resulta de consulta obligada sobre el tema.

La Comisión considera que “el uso excesivo de la prisión preventiva es un problema complejo producido por causas de distinta naturaleza: cuestiones de diseño legal, deficiencias estructurales de los sistemas de administración de justicia, amenazas a la independencia judicial, tendencias arraigadas en la cultura y práctica judicial, entre otras.” (párrafo 8). Sostiene que “el incremento del uso de la prisión preventiva y de las penas privativas de la libertad en general no son la vía idónea para el cumplimiento de los fines de la seguridad ciudadana. La Comisión Interamericana no ha encontrado

información empírica alguna que demuestre que un incremento en el uso de la prisión preventiva contribuya a disminuir los niveles de delincuencia o de violencia.” (párrafo 19).

El informe argumenta que “el estar en libertad mientras dure el proceso penal, es un derecho del acusado, y como tal sólo puede ser restringido de manera excepcional y con estricto apego a las normas establecidas en los instrumentos internacionales que lo establecen” y precisa que, en consecuencia, “No se trata pues de una prerrogativa o un beneficio, sino de un derecho establecido para proteger bienes jurídicos tan fundamentales como la libertad, e incluso, la integridad personal.” (párrafo 20).

Recuerda que, de acuerdo al derecho internacional, “La prisión preventiva sólo tiene como fines legítimos el prevenir la fuga del acusado o que éste interfiera con el desarrollo apropiado del proceso” (párrafo 25) y puntualiza que “los jueces tienen el deber de considerar la aplicación” de las medidas alternativas a la de prisión preventiva “y en su caso explicar por qué éstas no serían suficientes para mitigar los posibles riesgos procesales.” (párrafo 26).

Después de presentar un análisis pormenorizado de los factores intervinientes en el problema, el texto concluye en que el uso “excesivo o abusivo” de la prisión preventiva “es uno de los signos más evidentes del fracaso del sistema de administración de justicia, y es una situación inadmisibles en una sociedad democrática, en la que se respete el derecho de todo ciudadano a la presunción de inocencia.” (párrafo 317).

Del conjunto de recomendaciones formuladas, en primer lugar, se destacan dos, relativas a la “independencia de los operadores de justicia”, que son de especial relevancia:

“Los funcionarios de los poderes del Estado deberán abstenerse de emitir públicamente opiniones que directamente descalifiquen a fiscales, jueces o defensores públicos por una decisión adoptada relativa a la aplicación, o no, de la prisión preventiva [...] Asimismo, deberán abstenerse de promover un uso generalizado, o la aplicación selectiva (en determinados casos específicos) de la prisión preventiva.”

“Los procesos de control disciplinario, tendrán como objetivo valorar la conducta y el desempeño del juez como funcionario público. En este sentido, se deberá establecer de forma clara y detallada las conductas susceptibles de sanciones disciplinarias, las cuales deberán ser proporcionales a la infracción cometida. Asimismo, las decisiones por medio de las cuales se impongan sanciones disciplinarias deberán ser motivadas, públicas, susceptibles de revisión y con observancia del debido proceso. La información sobre los procesos disciplinarios debe ser accesible y sujeta al principio de transparencia.”

Entre otras recomendaciones de importancia para lograr que la aplicación apropiada de la prisión preventiva encuentre una atmósfera institucional adecuada, el informe de la CIDH recomienda: “capacitar a los operadores de justicia para desempeñarse en situaciones de alta controversia social en las que será objeto de presiones antes de decidir, y de críticas y cuestionamientos, después de haber decidido.” Asimismo, “Con respecto a las relaciones entre el sistema de justicia y los medios de comunicación se recomienda:

- a) diseñar una política de comunicación en cada institución del sistema de justicia, que incluya la adopción de medidas destinadas a compartir información de forma accesible;
- b) crear o reformular mecanismos de enlace (oficinas de prensa por ejemplo) entre el Poder Judicial y los medios de comunicación que proporcionen la información objetiva y no reservada sobre el desarrollo o el desenlace de procesos judiciales; y
- c) gestionar espacios públicos para difundir el funcionamiento de las instituciones del sistema de justicia, la manera en que se desenvuelven los procesos judiciales más frecuentes y el significado de sus fases más importantes. Tales espacios deben comprender desde el sistema escolarizado hasta los medios de comunicación masiva.” (Fin de la cita).

Uno de los aspectos más preocupantes en los comentarios y análisis respecto a la aplicación de la prisión preventiva en la Región, en el que está incluido nuestro país, es naturalmente la calificación de “abuso”

con la que ella es destacada por la mayoría de estudios y por los mismos organismos internacionales que velan por su aplicación, acorde con el Estado de Derecho en el que pretendemos vivir. Y escarbando en las causas de este fenómeno bien podemos concentrar nuestra mayor atención en la cuestión de las garantías procesales: el peligro de fuga y la obstrucción de la justicia, respecto a los cuales la propia CIDH en su Informe Nro. 35 los ha constreñido como los “únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los peligros de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial... Por ello se deben desechar los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho... porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva”. Y en otro Informe posterior (86/09) precisa aún más lo anteriormente expuesto al indicar que “Esta limitación al derecho a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre en favor de la vigencia del derecho, en virtud del principio pro homine. Por ello, se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. Ésos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así, el principio de inocencia. Este principio impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal”.

Nuestro Código de Procedimientos Penales, en términos generales, en su Artículo 269, burla o se escabulle del criterio de la CIDH, al agregar mayores elementos que posibilitan una calificación subjetiva, con lo cual se puede facilitar la dación de una prisión preventiva. Dice su contenido:

“Artículo 269°. - Peligro de Fuga. Para calificar el peligro de fuga, el Juez tendrá en cuenta: 1.- El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. En caso de miembros en actividad de la Policía Nacional del Perú y de las Fuerzas Armadas, que se les impute delitos por causa del ejercicio de sus deberes de función, los presupuestos procesales de arraigo laboral y domiciliario se tendrán por cumplidos, por este solo hecho, salvo prueba en contrario de su propia institución. 2.- La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento; 3.- La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta voluntariamente frente a él; 4.- El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal”.

Y si bien es cierto que la CIDH constriñe los elementos a ser evaluados en la prisión preventiva, en mayor medida que la norma peruana, también es destacable la opinión razonada de ciertos juristas que preconizan una postura aún más comprimida sobre la evaluación de elementos para tales efectos.

Así, por ejemplo, respecto al elemento de la obstaculización de la justicia, el jurista Alberto Binder se pronuncia en los siguientes términos: “el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado. Es difícil creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales, la propia justicia”. Y en abono a esta posición también se ha señalado que: “El principio general es que el imputado es un sujeto autónomo, que no está obligado a colaborar en la persecución, salvo las cargas que de modo preciso le impone la ley, y sólo tiene un deber de lealtad en la litigación equivalente al de cualquier otro actor en un proceso. Las medidas cautelares, entonces, se vinculan con este deber que lo obliga a no atentar contra la posibilidad de que se desarrolle un proceso honesto, pero no pueden afectar sus facultades defensivas que suponen su derecho a guardar silencio, a diseñar su estrategia de defensa y a comportarse conforme a ella.”

En cuanto al peligro de fuga, la Corte Suprema ha establecido nuevos parámetros respecto a la interpretación con la que debe entenderse la norma procesal transcrita, y en ella se remarca los siguientes puntos de interés:

“Para que una persona pueda acreditar su arraigo laboral, y así oponerse al requerimiento fiscal de prisión preventiva, no se le puede exigir que demuestre tener un trabajo dependiente y formal, un contrato de trabajo permanente o una línea de vida laboral en una empresa o institución... Solo basta que el encausado demuestre que realiza labores concretas y percibe ingresos...”

“Asimismo, el hecho de que una persona tenga pasaporte y registre viajes al extranjero (de los que volvió), no constituye riesgo alguno de fuga, que por lo demás puede evitarse con impedimento de salida del país.”

Y si bien estos puntos aclaratorios detiene en algo la facilidad a la inclinación de la prisión preventiva, no es menos cierto que **para que un proceso de prisión preventiva se ajuste a un debido proceso en materia de los riesgos procesales, aquello que determina con mayor sustento es el peligro de fuga, “porque esto manifiesta la rebeldía o la no sujeción del procesado al proceso que se le sigue,”** según el Prof. Jhon Eber Cusi, aunque se debe reconocer también un ligero avance para oponerse al abuso de la prisión preventiva, el hecho de que en el último pleno casatorio se ha establecido que ya no se requiere una sospecha “grave y fundada”, sino que debe plantearse una sospecha “fuerte” que pueda demostrar que la posibilidad de haberse cometido el delito que se imputa sea realmente muy alta.

En cuanto al peligro de fuga se ha distinguido en el mismo el llamado “peligro presunto” en contraposición al “peligro real”. Según el citado jurista nuestra normatividad apunta al “peligro presunto” (Art. 269 Inc. 2 del CPP) cuando en su texto señala como determinante “la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento”, con cuya literalidad ya “el titular de la acción penal incrementa el poder punitivo traducido en la mayor cantidad de años como probable pena a imponerse al acusado. Entonces, si la eventual pena es de cadena perpetua, (en estos casos) aparentemente cumpliría con el tenor legal apuntado y se dará por sentado el acatamiento

del presupuesto y por tanto cubierto el peligro procesal de fuga”, con lo cual el encausado podrá ser tratado como delincuente responsable, asegurándose que se escapará y no asumirá su responsabilidad.

En atención a lo sostenido en el presente escrito no cabe duda de que la prisión preventiva sea la última medida en ser aplicada, pero si ella es determinada bajo la concepción de un “peligro de fuga presunto”, pierde objetividad el análisis del juez, ya que elimina la presencia del **principio de excepcionalidad** en las reflexiones de orden procesal. En tal virtud, también concordamos con Jhon Eber Cusi en el sentido de derogar el Inc. 2 del Art. 269 del CPP. Y es aun mayor sustento de esta afirmación lo siguiente:

La conducta del imputado sólo debe traducirse en hechos objetivos producidos por el sospechoso. Y son estos los únicos que pueden originar efectos jurídicos, pues son ellos los que de modo exclusivo serán materia de probanza en un juicio que aún no se ha producido. De allí que los hechos objetivos reales son siempre valorados como parte de una sentencia, y las presunciones son dejadas de lado, descartadas o desterradas; siendo que las presunciones, además, son elementos que por lo general abren la puerta de la arbitrariedad. Y esto es también aplicable a la figura del arraigo, que tiene su base fundamental en la situación personal del sospechoso (domicilio y vinculación familiar, fuente de ingresos, etc.), materias que no pueden ser consideradas con criterios subjetivos o abstractos, sino por evidencias concretas y reales.

Ahora bien, examinada toda la información precedente, iremos a formular nuestra opinión sobre la prisión preventiva:

- En primer lugar, consideramos que sí es factible conciliar tanto los objetivos relativos a la demanda de la sociedad en adquirir una seguridad frente a la delincuencia y, de otro lado, el objetivo de asegurar la aplicación de las libertades fundamentales que posee cada persona que es denunciada.
- Que para alcanzar tal conciliación se hace necesario modificaciones y/o precisiones dentro de la legislación positiva, de modo tal que se destierre en ella conceptos que faciliten la presunción de

hechos como parte de los fundamentos para decretar la prisión preventiva.

- En atención al punto anterior, somos del parecer que en el inc. 2 del Art. 269 del CPP, precisamente, se enaltece una condición presunta para la determinación del peligro de fuga, por lo que opinamos que este inciso debe ser derogado, ya que además atenta contra el principio de la excepcionalidad.
- Igualmente, coincidimos con la preocupación de la CIDH respecto al Decreto Legislativo N° 1307 de enero de 2017, el cual incrementó el plazo de la prisión preventiva a 36 meses, decisión que resulta contraria a buscar **“racionalizar el uso de la prisión preventiva de conformidad con estándares internacionales”**. Y en tal virtud somos del parecer que esta norma debe ser derogada y repuesto el dispositivo anterior que normaba esta materia.
- En cuanto a la discordia sobre la interpretación de la jurisprudencia de la CIDH respecto a si, para decretar la prisión preventiva, los requisitos de peligro de fuga y obstrucción de la justicia deben o no cumplir la condición de simultaneidad, o si basta la inclusión de uno de ellos, somos del parecer que sobre tal diferencia debería promoverse la dación de una opinión consultiva al órgano responsable de la jurisprudencia. Y conforme a ella se precise bajo una enmienda aditiva el convenio matriz del organismo y se adecúe la legislación positiva nacional, si fuera pertinente.
- Establecida por el Pacto de la ONU la reparación (por parte del Estado) a quien ilegalmente haya sufrido prisión preventiva, poco o nada se comenta respecto a la responsabilidad que tuvieron sobre este abuso los operadores de justicia, ni a las sanciones penales, civiles o administrativas que pudieren merecer, materia sobre la que se recomienda sea legislada en términos precisos, siendo que las investigaciones del caso se produzcan de oficio, a pedido de parte o bajo la intervención de la Defensoría del Pueblo.
- Asimismo, se sugiere, dentro de la línea recomendada por la CIDH, la adopción de normas puntuales, a ser aplicadas en

términos perentorios, sobre las sanciones a los funcionarios del Estado **“que directamente descalifiquen a fiscales, jueces o defensores públicos por una decisión adoptada relativa a la aplicación, o no, de la prisión preventiva”**.

- Finalmente, se recomienda un estricto control al seguimiento de las prisiones preventivas que hayan sido sancionadas, y a tales efectos deberían emitirse las normas pertinentes para evitar que los sancionados por esta circunstancia, sean mezclados con delincuentes con sentencias dentro de las prisiones; y que los fiscales puedan presentar ante el juez, con notificación a la Defensoría del Pueblo, para los fines que le incumben, un calendario de las diligencias que pretenden cubrir durante el lapso de la prisión preventiva, la que únicamente podrá ser ampliada por motivos excepcionales. La carga de trabajo no es motivo de excepcionalidad.

EL ASALTO DE TRUMP AL DERECHO INTERNACIONAL: SU IMPACTO EN LA OMC

TRUMP'S ASSAULT ON INTERNATIONAL LAW: ITS IMPACT ON THE WTO*

*Ricardo Arredondo**

RESUMEN

La asunción al poder del presidente de los Estados Unidos Donald J. Trump significó un giro radical tanto en el plano interno como en el internacional, que contribuyó a exacerbar las divisiones en la política doméstica estadounidense, a la vez que trajo aparejadas importantes

* Abogado (Universidad Nacional de Tucumán), Master of Laws (LL.M) (LSE) y Doctor en Derecho (UBA). Profesor de *Derecho Internacional Público* (UBA y Univ. de Palermo). Profesor de *Derecho y Práctica Diplomática* (ISEN). Profesor de *Teoría y Práctica Diplomática y Consular* (Universidad de Belgrano), Profesor de *International Human Rights Law* (Universidad Austral). Miembro del Instituto de Derecho Internacional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y del Instituto de Derecho Internacional del CARI, entre otras instituciones.

Este trabajo es una versión actualizada de la ponencia presentada por el autor en el XXXI Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, llevado a cabo en Córdoba, Argentina, del 4 al 7 de septiembre de 2019. A su vez, forma parte de un proyecto más amplio titulado “El asalto de Trump al multilateralismo y al Derecho internacional. Posibles cursos de acción para una política exterior argentina”, con el auspicio de la Universidad de Palermo. El autor desea agradecer especialmente los valiosos comentarios de Pedro F. Negueloatcheverry, que contribuyeron a mejorar la versión inicial de este trabajo.

consecuencias negativas para el multilateralismo y los regímenes jurídicos internacionales vigentes. Este ataque, que se manifiesta en diferentes áreas del derecho internacional, tiene entre sus objetivos a diversas organizaciones internacionales, cuya muestra más reciente ha sido la suspensión de fondos a la Organización Mundial de la Salud (OMS) en medio de la pandemia del coronavirus. La Organización Mundial de Comercio no solo no ha escapado a esta embestida, sino que ha sido uno de los blancos particularmente elegidos por la administración estadounidense. Este trabajo analiza el ataque de Trump a la OMC, sus consecuencias y las posibles salidas a este impasse.

Palabras clave: derecho internacional, organizaciones internacionales, OMC, solución de diferencias, Estados Unidos, multilateralismo.

ABSTRACT

Since Donald Trump came to power, the United States has been going through one of the most turbulent periods in its history, which has been manifested in a deep internal political rift and, externally, in an assault on international law. This attack, which manifests itself in different areas of international law, has among its objectives various international organizations, the most recent example of which has been the suspension of funds to the World Health Organization (WHO) in the midst of the coronavirus pandemic. The World Trade Organization has not only not escaped this onslaught, but has been one of the targets particularly chosen by the US administration. This paper analyzes Trump's attack on the WTO, its consequences and possible solutions to this impasse.

Keywords: international law, international organizations, WTO, dispute settlement, United States, multilateralism.

- - -

INTRODUCCIÓN

La asunción al poder del presidente de los Estados Unidos Donald J. Trump significó un giro radical tanto en el plano interno como en el

internacional, que contribuyó a exacerbar las divisiones en la política doméstica estadounidense, a la vez que trajo aparejadas importantes consecuencias negativas para el multilateralismo y los regímenes jurídicos internacionales vigentes.

La pandemia del coronavirus ha venido a acelerar el proceso de fragmentación del orden internacional creado con posterioridad a la segunda guerra mundial, que venía sufriendo ataques derivados tanto de factores *externos* (el reposicionamiento de China y su lucha por la primacía del poder mundial, el resurgimiento de Rusia luego de los años de ostracismo posteriores a finalización de la Guerra Fría y el fallido intento democratizador conocido como “Primavera Árabe”, entre otros), como *internos* o propios de ese orden, llamado *liberal* por algunos, que se evidenciaban en un escepticismo respecto de sus valores y principios fundadores -incluida la pérdida de fe en la democracia (Connaughton et al., 2020)-, la aparición de movimientos antidemocráticos inclusive al interior de la Unión Europea -v.g. Polonia, Hungría-, el ascenso de corrientes populistas y tendencias nacionalistas como el Brexit¹. Un elemento sustantivo entre ese conjunto de negatividades es el asalto de Trump al derecho internacional. No es un secreto que el orden internacional liberal viene siendo desafiado por una serie de factores tanto exógenos (el ascenso de China en el orden global, la política exterior rusa y el fracaso de la “Primavera Árabe”, por mencionar algunos) como endógenos, entendidos éstos como una afrenta a los valores liberales en el seno de Occidente, que se manifiesta en un proceso de auténtica implosión de este orden (pérdida de fe en los valores centrales del liberalismo, ascenso del populismo tanto de derecha como de izquierda, surgimiento de movimientos fuertemente nacionalistas como Brexit). Entre esas fuerzas internas que están afectando seriamente el orden mundial basado en normas sobresale claramente el ataque de Trump al derecho internacional.

Trump no es la causa única ni principal de los cambios en el escenario internacional, sino que ellos responden a fuerzas económicas y sociales más profundas, “de las que el propio Trump es una consecuencia” (Sanahuja, 2020, 81). La embestida parece ser impulsada por una combinación de factores

¹ Para un análisis más detallado del impacto de los movimientos nacionalistas véase Tamir, 2020.

como nacionalismo económico, antiglobalismo², anti-elitismo, la creencia de que el derecho internacional no refleja los valores estadounidenses, sino que amenaza a sus instituciones, y una afirmación continua y constante de que la paz, el prestigio y la prosperidad estadounidenses están siendo desatendidos por su política exterior.

Koh describe a la administración Trump como un período tumultuoso que ha afectado de manera negativa muchos factores del orden mundial global, incluido el derecho internacional, y se pregunta si estas presiones se traducirán en un cambio permanente en la relación de los Estados Unidos con el derecho y las instituciones internacionales (Koh, 2019). El asalto de Trump al derecho internacional implica abandonar la visión kantiana de un orden internacional basado en normas, que, aunque imperfecto, ha funcionado razonablemente bien. De triunfar esta cosmovisión *trumpiana*, el mundo se enfrentaría a un sistema más cínico, *orwelliano*, de gobierno global, dominado por grandes potencias realistas que ejercerían su poder de sus zonas de influencia. Así, la filosofía del “América primero” de Trump actúa en función de un auto-percibido interés nacional, donde las normas internacionales brillan por su ausencia.

1. LA ADMINISTRACIÓN TRUMP Y LAS INSTITUCIONES MULTILATERALES

La desconfianza, cuando no el abierto ataque, a las organizaciones internacionales ha sido una marca registrada de los Estados y, en particular del Partido Republicano, al menos desde fines de la década de 1950, cuando el proceso de descolonización transformó a la Asamblea General de las Naciones Unidas de ser un órgano *pro-occidental* en su mayoría, que votaría a favor de los Estados Unidos, en uno heterogéneo y diverso que en diversas ocasiones pondría objeciones y criticaría abiertamente

² Debe hacerse una distinción entre los conceptos “antiglobalismo” y “antiglobalización”, en la medida en que el primero representa un enfrentamiento al sistema multilateral basado en normas, como en el caso de los Estados Unidos (véase Slobodian, 2018); mientras que el segundo expresa una crítica social al proceso de globalización, como en el caso de la India (véase Bhagwati, 2002).

su accionar (Pearson y Rochester, 2000, 148). Esa susceptibilidad se tradujo en una presión de los Estados Unidos sobre los órganos de las instituciones multilaterales para que adoptaran decisiones o resoluciones que favorecieran sus intereses, bajo la amenaza de recortar sus fondos y, eventualmente, retirarse de las organizaciones por completo (Foot et al., 2003).

La noción de que las organizaciones internacionales atentan contra la soberanía estadounidense ha sido durante décadas un pilar del conservadurismo estadounidense. La plataforma del Partido Republicano de 1984 lo expresaba cuando afirmaba que los estadounidenses no pueden contar con las organizaciones internacionales para garantizar su seguridad o proteger adecuadamente sus intereses y, por lo tanto, no apoyarían organizaciones internacionales incompatibles con esos intereses (The American Presidency Project, 1984). En la década de los 80s, el gobierno de los Estados Unidos se negó a ratificar la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, retiró a los Estados Unidos de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), a la que luego regresó para posteriormente volver a retirarse durante la administración Trump, y se mantuvo sin pagar su cuota a las Naciones Unidas hasta que en 1997 regularizó su situación. En 1995, el legislador de Florida, Joe Scarborough, presentó un proyecto de ley denominado “Ley de Retiro de las Naciones Unidas” (Scarborough, 1995), cuyo objetivo era que Estados Unidos se retirara por completo de la ONU y se trasladara la sede de organización fuera de los Estados Unidos. Ese proyecto no pasó de la fase de comité (Baron, 2020).

Esa animadversión hacia las Naciones Unidas y otras instituciones multilaterales se ha profundizado y ha tomado un mayor alcance y significado desde entonces. La extrema derecha, aislacionista-nacionalista, al estilo de John Bolton y conservadores como Trump, han criticado abiertamente al multilateralismo y la globalización, incluyendo obviamente a las instituciones internacionales, en la medida que los consideran “obstáculos” para que los Estados Unidos puedan imponer sus puntos de vista en el escenario internacional (Khaleel, 2017).

La relación de desdén del presidente Trump con el derecho y las instituciones internacionales no comenzó cuando asumió la presidencia, sino que viene desde antes y se reveló ya con claridad durante su campaña presidencial, en su discurso inaugural en enero de 2017 (White House, 2017), y persistentemente desde entonces. A título de ejemplo puede señalarse que, en su discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, en septiembre de 2018, expresó que los Estados Unidos siempre elegirá la independencia y la cooperación sobre la gobernanza global, el control y la dominación (White House, 2018), en lo que Goldschmidt califica como una formulación “típica” del presidente estadounidense (Goldschmidt y Mercer, 2018). Asimismo, disconforme con la membresía y las acciones adoptadas por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, retiró a los Estados Unidos de este órgano sustancial del sistema multilateral (US Department of State, 2018 y Galbraith, 2018, 745-751), dejó de aportar fondos para el Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente (UNWRA), redujo su contribución a la Organización de Estados Americanos (OEA) debido a la posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de salud reproductiva (US Department of State, 2019), se retiró del Acuerdo de París sobre Cambio Climático (Arredondo, 2018, 61), entre muchas otras acciones tendientes a minar las instituciones multilaterales y la gobernanza global. El más reciente blanco de esos ataques ha sido la Organización Mundial de la Salud (OMS) (Noack, 2020). Descontento con la acción de la OMS, a la que acusa de corrupta y de haber obrado de manera negligente frente a la aparición de la enfermedad del COVID-19, primero anunció la suspensión de fondos y ahora directamente ha expresado su decisión de retirar a los Estados Unidos de la OMS en medio de una de las más graves pandemias que ha asolado el planeta. Un movimiento que adversarios como Putin y, particularmente, Xi Jinping deben haber recibido con una sonrisa en los labios.

2. LA DIPLOMACIA COMERCIAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRUMP Y EL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO

En particular, la “diplomacia comercial” de los Estados Unidos, es un claro ejemplo donde la administración ejerció presión, agrietó alianzas y generó “guerras comerciales”. Apenas asumido su mandato, Trump anunció que los Estados Unidos no serían parte del Acuerdo Comercial Transpacífico (White House, 2017). Ello le fue facilitado por el hecho de que el Congreso no había manifestado su consentimiento para obligarse por el TTP y, por lo tanto, los Estados Unidos no habían asumido obligaciones en virtud del acuerdo. Trump presumía que, sin su presencia, el acuerdo no seguiría adelante (Koh, 2019, 54). La realidad lo mostró equivocado una vez más. Las restantes partes del TPP luego negociaron y, en marzo de 2018, firmaron un acuerdo similar conocido como el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, por sus siglas en inglés) (OEA-SICE, 2019). En abril de 2018, Trump indicó que consideraría unirse al TPP, pero luego criticó rápidamente el acuerdo (Trump, 2018). Hasta el momento, Estados Unidos no ha tomado medidas oficiales para unirse al CPTPP, aunque ha celebrado nuevos acuerdos comerciales bilaterales con Corea del Sur³ y con Japón.⁴

También procuró retirarse del Tratado de Libre Comercio de las Américas (NAFTA, por sus siglas en inglés), con el alegado objetivo de alcanzar mejores condiciones para los trabajadores estadounidenses y que, si no podía conseguir un mejor trato, se retiraría del acuerdo (Trump, 2016). Sin embargo, ante la presión de Departamento de Agricultura, se vio

³ En el caso de Corea se trata de la renegociación de un acuerdo de libre comercio existente entre ambos países, conocido comúnmente como KORUS, que entró en vigor el 1 de enero de 2019 (Cfr. Lester, Manak y Kim, 2019).

⁴ El presidente de los Estados Unidos, Donald J. Trump, y el primer ministro japonés, Shinzo Abe, anunciaron en septiembre de 2019 un acuerdo limitado para reducir los aranceles y otras barreras comerciales entre sus países, que podría entrar en vigor en enero de 2020. Trump calificó el acuerdo como “fenomenal”, pero los expertos en comercio y algunos miembros del Congreso estadounidense siguen siendo escépticos al respecto (Cfr. Chatzky, 2019).

obligado a dar marcha atrás y renegociar el tratado con sus vecinos y socios comerciales. Las renegociaciones comenzaron en enero de 2018 y, el 30 de noviembre de 2018, las partes firmaron un nuevo tratado llamado Acuerdo Estados Unidos, Canadá y México (USMCA, por sus siglas en inglés) (Landler y Rappeport, 2018).⁵

Asimismo, inició una serie de conflictos comerciales con muchos de sus socios, incluida China, India y otros, para corregir prácticas comerciales supuestamente injustas, invocando cuestiones de “seguridad nacional”. Cabe recordar que el Art. XXI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, 1947) contiene excepciones a la aplicación del acuerdo basadas en “cuestiones de seguridad”, que, entre cosas, permiten “a una parte contratante la adopción de todas las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad”. Existe consenso en señalar que esta disposición es auto evaluadora o juzgadora, lo que significa que los Estados pueden decidir cuándo la invocarán (Alford, 2011, 698). El Artículo XXI del GATT rara vez ha sido invocado y “cada vez que se mencionó como justificante de las medidas adoptadas por las Partes Contratantes del GATT, o por los Miembros de la OMC, suscitó fuertes reacciones, tanto a favor como en contra” (Vásquez Arango, 2011). El asunto *DS512: Rusia — Medidas que afectan al tráfico en tránsito* fue la primera ocasión, desde la creación de la OMC, en que un Miembro de la organización invocó esta disposición en una disputa. Por lo tanto, esta fue también la primera vez que se le pidió a un Grupo Especial (panel) de la OMC que interpretara el significado del artículo XXI, incluidas las preguntas clave sobre si la frase “que estime necesarias” significa que la disposición es “autoevaluada” por el Miembro de la OMC invocando la excepción, o si otros elementos del texto del Artículo XXI califican (y, por lo tanto, limitan) la naturaleza de juicio de la disposición (Barshefsky et al., 2019). El Grupo Especial rechazó el argumento ruso (y estadounidense) de que el artículo no puede ser objeto de revisión por un panel, aunque finalmente consideró que las acciones rusas eran consistentes con la excepción de seguridad nacional: “Rusia ha satisfecho las condiciones de la parte introductoria del apartado b) del artículo XXI del GATT de 1994;

⁵ El texto completo del tratado puede verse en <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between>.

y por consiguiente, Rusia ha cumplido los requisitos necesarios para invocar el inciso iii) del apartado b) del artículo XXI en relación con las medidas en litigio y, en consecuencia, las medidas en litigio están abarcadas por el inciso iii) del apartado b) del artículo XXI del GATT de 1994” (OMC Doc. WT/DS512/R, para. 8.2.d), p. 116). El informe del panel también encontró que los tres subpárrafos de la sección b) que establecen las circunstancias en las que un Miembro puede invocar una excepción de seguridad nacional pueden ser consideradas objetivamente. Asimismo, el panel afirmó que las medidas justificadas por la excepción de seguridad nacional pueden revisarse para determinar si son necesarias para proteger la seguridad nacional y si tienen una conexión plausible con el interés de seguridad nacional mencionado por el demandado en una disputa. En síntesis, el panel encontró que puede revisar una medida que un Miembro de la OMC alega que “estime necesarias” para proteger su propio interés de seguridad porque puede determinar objetivamente si una de las tres circunstancias establecidas en los subpárrafos de la sección b) del artículo XXI del GATT de 1994 ocurrió en el momento de la imposición de la medida y porque puede determinar objetivamente si la medida tiene una conexión plausible con la circunstancia identificada (Reinsch y Caporal, 2019).

Sin embargo, en muchos supuestos, la propia imbricación de la política comercial externa de los Estados Unidos con sistema multilateral de comercio ha obstaculizado la salida de estos acuerdos comerciales, con lo cual la política de Trump solo ha conseguido alienar a los socios comerciales sin crear otros nuevos, contribuyendo de esta manera a perjudicar la propia posición de los Estados Unidos (Koh, 2019, 58). En particular, Koh señala que en América Latina la postura de Trump “irónicamente” ha hecho más que ningún otro factor económico para favorecer la integración comercial en oposición a sus iniciativas (Koh, 2019, 60).

El sistema multilateral de comercio se enfrenta a uno de los escenarios más adversos de sus 25 años de existencia, con una profunda crisis interna marcada por el proteccionismo. Aunque abundan los titulares de aumentos de los aranceles multimillonarios a las exportaciones chinas con su consiguiente retaliación a las exportaciones estadounidenses, de hecho, desde noviembre de 2008, 36 gobiernos llevaron a cabo un total de 348

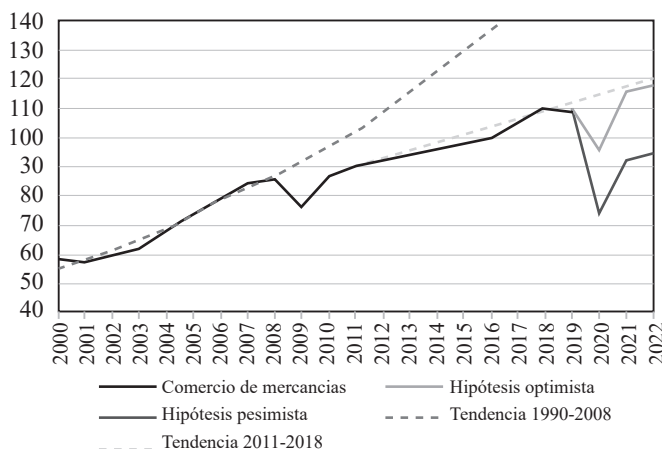
distorsiones en el comercio, cada una de las cuales afectó a más de \$ 10 mil millones de dólares. Catorce gobiernos son responsables de imponer cinco o más medidas proteccionistas de este tipo. Solo 6 de estas 348 medidas proteccionistas gigantes han sido implementadas por la Administración de Trump. “La podredumbre comenzó mucho antes de la guerra comercial chino-estadounidense” (Evenett y Fritz, 2019, 6).

Es más, el 1 de agosto de 2019, Trump aumentó la tensión con China al anunciar que, a partir del 1 de septiembre de 2019, impondría una tasa del 10% a productos chinos por valor de 300.000 millones de dólares, con lo que la totalidad de los productos que Estados Unidos importa de China estarían gravados con aranceles (Rappeport, 2019). Posteriormente, en enero de 2020, Estados Unidos y China alcanzaron un principio de acuerdo, que dieron en denominar la “Fase 1” por el que establecieron una tregua en su guerra comercial. Este acuerdo, que entró en vigor el 14 de febrero de 2020, en principio debía ser seguido por una segunda fase en la que se abordarían cuestiones más sensibles como las relacionadas con la propiedad intelectual y el desarrollo tecnológico. Este acuerdo comercial de “Fase 1” parece estar desmoronándose debido a que China no cumple con sus compromisos de comprar productos estadounidenses. Pero, lo que es más importante, el acuerdo de enero guardó silencio sobre algunos de los temas clave que motivaron la guerra comercial de Trump en primer lugar, incluidos los subsidios y protecciones injustas que benefician a las empresas estatales chinas. Todo esto ha quedado en veremos como consecuencia de la pandemia del coronavirus, que ha acentuado la batalla por la preeminencia mundial entre los Estados Unidos y China. Nuevamente, China ha sido blanco de los ataques estadounidenses, que la acusa de haber sido la causante de la pandemia, lo que a su vez ha impedido que se alcance un consenso para tratar este tema en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Arredondo, 2020). Sin embargo, al momento de finalizar la redacción de este trabajo, representantes de los Estados Unidos y China mantuvieron una comunicación en la que coincidieron en manifestar que se está progresando en la creación de las infraestructuras gubernamentales necesarias para que el acuerdo sea un éxito y acordaron que, a pesar de la actual pandemia, ambos países esperan cumplir sus obligaciones en virtud del acuerdo de manera oportuna (US Trade Representative, 2020). La etapa que debería seguir es

la Fase 2, una discusión de fondo que involucraría el sensible asunto de las patentes y la tecnología. La recesión en la que cayó China en el primer trimestre de 2020 impactó en su protagonismo comercial global y, por tanto, en la actividad de muchos países dependientes de sus compras. Sin embargo, las previsiones económicas indican que los efectos de la pandemia volverían a posicionar a China en la negociación con Estados Unidos. Por el contrario, Trump aparece debilitado para continuar estas negociaciones debido a una crisis sin precedentes, que ha ocasionado que el desempleo suba en los Estados Unidos al 14.7%, la cifra más alta desde la depresión de 1929 (Thorbecke, 2020).

La OMC prevé una fuerte contracción del comercio mundial para el año en curso que, en un escenario positivo, se sitúa en un 13% y podría llegar a ser de hasta un 32%, “como consecuencia de la perturbación de la actividad económica normal y de la vida causada por la pandemia de COVID-19 en todo el mundo” (OMC, 2020).

Gráfico 1
Volumen del comercio mundial de mercancías, 2000-2022
Índice, 2015=100



Fuente: OMC

La caída del precio del petróleo y de los *commodities* en general confirman renovadas tensiones que podrían llevar a que se generalicen las guerras comerciales, aunque con nuevos actores, reeditando tensiones del siglo pasado que se creían superadas y que desafían especialmente al sistema multilateral de comercio. En particular, la aplicación de este enfoque unilateralista en la política comercial externa de los Estados Unidos está generando un costo alto de manera creciente a su economía y, en última instancia, podría amenazar la prosperidad mundial. No hay una resolución rápida de esta cuestión a la vista (Ries, 2019).

También la administración se encuentra implicada en otras “guerras comerciales” como, por ejemplo, con la Unión Europea como consecuencia de la aplicación de aranceles comerciales por un valor de 7.500 millones de dólares a determinados productos europeos, que entraron en vigencia el 18 de octubre de 2019 (US Trade Representative, 2019). Si bien estas medidas han sido autorizadas por la OMC, como consecuencia del laudo arbitral por los subsidios ilegales que recibió el fabricante de aviones europeo Airbus⁶, algunos países europeos, como España, ya han anunciado su decisión de aplicar contramedidas contra algunos tradicionales productos de exportación estadounidense, como “las motocicletas Harley Davidson, el whisky ‘bourbon’ y otros productos similares” (M. C. G. (2019).

3. EL CASO DE LA OMC

Trump parece haber tenido éxito al ahogar al sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio (OMC), que se encuentra herido de muerte por el accionar irresponsable de los Estados

⁶ En una reunión del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) celebrada el 14 de octubre de 2019, los Miembros de la OMC acordaron autorizar a los Estados Unidos a imponer contramedidas con respecto al comercio de bienes y servicios de la Unión Europea con los Estados Unidos por valor de hasta USD 7.496.623 millones anuales. La autorización fue concedida de conformidad con la decisión de un árbitro de la OMC emitida el 2 de octubre. Véase caso *DS316: Comunidades Europeas y determinados Estados miembros — Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, disponible en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds316_s.htm (acceso 1/06/2020)

Unidos, ante la negativa de su administración a renovar los miembros del Órgano de Apelación (OA). El OA se compone de siete miembros y cada diferencia que es apelada es asignada a tres de ellos por rotación (art. 17 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias*). Estados Unidos ya había bloqueado la sustitución de los cuatro miembros cuyo mandato expiró en 2017, por lo que el OA solo contaba con tres, el número mínimo para funcionar, y el 10 de diciembre de 2019 expiró el mandato de otros dos miembros (del propio Estados Unidos e India) por lo que solo queda solo uno (de China), lo que ha producido una parálisis de facto del sistema de solución de diferencias (Arredondo y Godio, 2019).

Por otra parte, Estados Unidos impone como condición para levantar el bloqueo una reforma de las normas de la OMC alegando una inapropiada utilización del estatus de “país en desarrollo” (White House, 2019), una designación que les permite a los países así categorizados aprovechar ciertos beneficios y exenciones a obligaciones no otorgadas a economías avanzadas, cuando en realidad muchos de estos Estados tienen la capacidad de asumir obligaciones plenas.⁷ Dado que la OMC permite la *auto-clasificación*, no existe una definición universal de quién es un Estado desarrollado o en desarrollo.⁸ El presidente de los Estados Unidos estableció inicialmente un

⁷ Dos tercios de los 164 Estados miembros de la OMC reclaman el estatus de “país en desarrollo”, entre ellos, diez miembros del G-20.

⁸ La condición de país en desarrollo supone ciertos derechos con relación a las reglas que rigen el comercio internacional, los plazos para la implementación de los acuerdos y, en el ámbito de la asistencia técnica, eleva las oportunidades de acceso a otros mercados. Sin embargo, el hecho de que un Miembro de la OMC decida por sí mismo que es un país en desarrollo no significa que vaya a beneficiarse automáticamente de los programas unilaterales de preferencias de algunos países desarrollados, tales como el Sistema Generalizado de Preferencia (SGP). En la práctica, el país que concede la preferencia es el que decide qué países en desarrollo se beneficiarán de la misma (OMC, 2019). Ello no obstante esta situación es controvertida tanto en doctrina como en la práctica estatal. En el asunto *DS246: Comunidades Europeas — Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo*, el Grupo Especial “constató que: i) la India había demostrado que las preferencias arancelarias concedidas en el marco del Régimen Especial de apoyo a la lucha contra la producción y el tráfico de drogas (el “Régimen Droga”) previsto en el esquema SGP de las CE eran incompatibles con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994; ii) las CE no habían

plazo de 90 días para que se avanzara en la reforma de la Organización, tras lo cual, si no se reformaba, procedería unilateralmente a tratar a economías emergentes como países desarrollados (White House, 2019a), algo que todavía no ha ocurrido.

El *timing* de la decisión de Trump no fue casual, ya que se produjo un día después de que la Unión Europea y Canadá acordaran crear un mecanismo alternativo de solución de diferencias, al que se hace referencia más adelante, ante el riesgo de que el sistema multilateral colapse en caso de que se mantenga el bloqueo de Estados Unidos al nombramiento de integrantes del OA. Esta decisión se ha encontrado con la respuesta de varios países, en particular China y Rusia, que han salido a pronunciarse a favor del multilateralismo y de un orden basado en normas. Asimismo, Alemania y Francia impulsaron una “alianza por el multilateralismo” (Arredondo, 2019), lanzada el 2 de abril de 2019, en el entendimiento de que “la existencia de un orden multilateral basado en el respeto del derecho internacional es la única garantía fiable para la estabilidad internacional y la paz y de que los desafíos a los que nos enfrentamos no pueden resolverse sino a través de la cooperación” (Francia, 2019).⁹

demostrado que el Régimen Droga estuviera justificado de conformidad con el párrafo 2 a) de la Cláusula de Habilitación, que exigía que los beneficios SGP se otorgaran de forma no discriminatoria; y iii) las CE no habían demostrado que el Régimen Droga estuviera justificado de conformidad con el apartado b) del artículo XX del GATT de 1994, puesto que la medida no era “necesaria” para proteger la salud y la vida de las personas en las CE, ni se ajustaba a lo dispuesto en el preámbulo del artículo XX. (Un miembro del Grupo Especial expresó una opinión disidente según la cual la Cláusula de Habilitación no era una excepción al párrafo 1 del artículo I y la India no había formulado ninguna alegación al amparo de la Cláusula de Habilitación.)” (OMC, 2005). El Órgano de Apelación confirmó dos de las constataciones del Grupo Especial: i) la Cláusula de Habilitación funciona como una excepción al párrafo 1 del artículo 1 del GATT de 1994; y ii) la Cláusula de Habilitación no excluye la aplicabilidad del párrafo 1 del artículo 1 del GATT de 1994.

⁹ Si bien Argentina y Perú no aparecen entre los Estados integrantes de la alianza (cfr. <https://multilateralism.org/ministerial-meeting/> (acceso 1/06/2020)), ambos países suscribieron la declaración encabezada por el ministro de Asuntos Exteriores francés y otros 23 ministros para “fortalecer la cooperación global y la solidaridad para combatir el COVID-19” (cfr. <https://ar.ambafrance.org/Alianza-para-el-multilateralismo-declaracion-conjunta-de-Jean-Yves-Le-Drian-y>).

En segundo lugar, la función de la OMC como foro de negociaciones económicas y comerciales multilaterales se ha ido degradando como consecuencia de la dificultad de alcanzar un consenso total entre los miembros, que se requiere para aceptar nuevos acuerdos, obligaciones y cambios de reglas. El hecho de que muchos países, incluidas las principales economías, no cumplan con las obligaciones de notificación y transparencia ha dificultado aún más la negociación de nuevas normas y acuerdos. Los Estados Unidos, la Unión Europea y otros han solicitado la adopción de normas que castigarían a los miembros que incumplan con sus obligaciones de transparencia. Sin embargo, es probable que el requisito de consenso presente un obstáculo sustancial para que se acuerden dichas reglas. Ciertos Miembros, incluida China, han aprovechado el punto muerto general en la OMC y continúan manteniendo barreras discriminatorias contra las importaciones, intervienen en los mercados para apoyar a las empresas estatales y no informan los subsidios a la OMC con precisión.

En tercer lugar, algunos países –pero principalmente los Estados Unidos– están preocupados por el sistema de solución de diferencias de la OMC. Específicamente, a los Estados Unidos les preocupa que el OA haya ejercido un poder de decisión y arbitraje que va más allá de su mandato original.¹⁰ No se trata de una cuestión que haya surgido durante la Administración Trump, sino que sucesivas administraciones estadounidenses han afirmado que el OA, a través de sus resoluciones, aumenta o reduce los derechos de los miembros de la OMC al reinterpretar los acuerdos de la OMC (Misión de los Estados Unidos ante la OMC, 2019). Los restantes Miembros de la OMC nunca han aceptado esas interpretaciones. Si bien

¹⁰ Las protestas comenzaron en mayo de 2016 (Inside U.S. Trade's, 2019) e incluyeron un caso relacionado con la Argentina: *Argentina - medidas relativas al comercio de mercancías y servicios* (OMC Doc. WT/DS453/AB/R y Add.1). El día en que se adoptó el informe del OA, 9 de mayo de 2016, Estados Unidos expresó su desacuerdo con las constataciones efectuadas por el OA e hizo una fuerte declaración al respecto. En esa ocasión, el representante de los Estados Unidos expresó que “A los Estados Unidos les preocupa que este enfoque no refleje la función que el ESD atribuye al sistema de solución de diferencias. La función de este sistema no consiste en formular constataciones o interpretaciones jurídicas fuera del contexto de la resolución de una diferencia” y consideró que muchas de “esas declaraciones no son constataciones, sino más bien *obiter dicta*” (OMC Doc. WT/DSB/M/378).

el deseo de reforma es compartido por otros Miembros, las opiniones y propuestas de éstos sobre cómo proceder varían considerablemente.

El 11 de febrero de 2020, la Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos (USTR) publicó el Informe sobre el Órgano de Apelación en el que lo acusa de participar en acciones *ultra vires* y *obiter dicta* (US Trade Representative 2020a). En dicho informe los Estados Unidos reiteran sus quejas respecto a la actitud de los jueces que, arguye, remueven derechos propios de los Estados Miembros y les agregan nuevas obligaciones, de tal manera que los Estados Unidos no consintieron o procuraron cuando se hicieron miembros de la OMC.

La Administración Trump impone como condición para levantar el bloqueo una reforma de las normas de la OMC alegando que resulta necesario adaptarlas a la realidad de un siglo XXI en el que China, con un sistema basado en subsidios públicos e industrias reguladas, se ha convertido en una gran potencia en los mercados capitalistas, aunque en realidad los motivos son otros (Gao, 2019). Como adecuadamente señala Morales, Estados Unidos

“ha bloqueado la designación de nuevos panelistas como una medida de presión para generar una reforma interna a la OMC, con el propósito de reducir el número de miembros clasificados como ‘en desarrollo’ y mermar sus beneficios consecuentes, así como aclarar las disposiciones vinculantes en materia judicial, erosionando lo que se perfila como un sistema de ‘justicia’ y llevándolo más a uno ‘conciliatorio’ a través de negociaciones” (Morales, 2020).

La actitud hostil hacia la OMC parece estar ganando cada vez más terreno en los círculos de Washington. A principios de mayo, el senador republicano Josh Hawley presentó un proyecto de resolución conjunta para la retirada de la OMC (Hawley, 2020). Esto fue seguido rápidamente por una propuesta similar en la Cámara de Representantes, presentada por los demócratas Peter DeFazio y Frank Pallone Jr. (DeFazio et al., 2020). Lo preocupante de estos proyectos es que revelan una alineación bipartidista sobre el tema con la administración del presidente Trump, en el Congreso de los Estados Unidos. La denominada “Ley de Acuerdo de la Ronda Uruguay” (P.L.103-465) constituye la base legal para la membresía de los Estados

Unidos en la OMC y prevé que la aprobación del Congreso respecto del Acuerdo de la OMC dejará de ser efectiva si el Congreso promulga una resolución conjunta que solicite la retirada. El Congreso puede votar un proyecto de esta naturaleza cada cinco años, siendo ello posible este año 2020. El Senado votó una moción similar en 2005, que DeFazio y Pallone apoyaron. Sin embargo, el Senado nunca adoptó una decisión sobre la retirada de los Estados Unidos de la OMC.

La Unión Europea analizó probables causas de esta “crisis” y propuso opciones de reforma (Unión Europea, 2018).¹¹ A medida que transcurría 2019, el sentido de urgencia crecía, pero no se llegó a acordar una solución a este *impasse*. Durante la reunión del G-20 llevada a cabo en Osaka, los miembros manifestaron su preocupación por la cuestión, a la vez que se mostraron esperanzados en alcanzar una pronta solución a esta cuestión. Por primera vez en una declaración ministerial del G-20 se acordaron detalles de la reforma de la OMC, incluyendo: la importancia de la transparencia de las políticas comerciales, el apoyo a las negociaciones para prohibir ciertos subsidios a la pesca, el reconocimiento a las iniciativas para actualizar las reglas de la OMC, en particular en comercio electrónico, y la necesidad de acción respecto del funcionamiento del sistema de solución de diferencias (G-20, 2019).

A fin de superar este obstáculo al funcionamiento del sistema de solución de diferencias de la OMC, la Unión Europea y Canadá acordaron crear un mecanismo alternativo de solución de diferencias, de naturaleza provisional, basado en las normas vigentes de la OMC (Comisión Europea, 2019). Canadá y la UE recurrirán al arbitraje en virtud del artículo 25 del ESD como un procedimiento de arbitraje de apelación provisional si el OA no puede entender en procedimientos de apelación de informes de grupos especiales debido a un número insuficiente de sus miembros. En tales casos, Canadá y la Unión Europea no presentarán recursos de conformidad con los artículos 16.4 y 17 del ESD. Las partes tienen la intención de replicar

¹¹ Ver, por ejemplo, el documento conceptual de la Unión Europea (2018). Asimismo, también existe una propuesta de un grupo de 12 miembros de la OMC (2018), recuperado de http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/november/tradoc_157514.pdf. (acceso 1/06/2020)

lo más fielmente posible todos los aspectos sustantivos y de procedimiento, así como la práctica del OA, de conformidad con el artículo 17 del ESD, incluida la provisión de apoyo administrativo y legal apropiado a los árbitros por parte de la Secretaría del OA.¹²

La utilización de este tipo de mecanismos se hizo extensiva a otros Estados Miembros que suscribieron un acuerdo para ello. El 30 de abril de 2020 Australia, Brasil, Canadá, China, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Hong Kong, China; Islandia, México, Noruega, Nueva Zelanda, Pakistán, Singapur, Suiza, Ucrania, la Unión Europea y Uruguay emitieron una “Declaración sobre un mecanismo para elaborar, documentar y comunicar prácticas y procedimientos en la sustanciación de diferencias en la OMC”, en la que establecieron un “Procedimiento arbitral multipartito de apelación provisional de conformidad con el artículo 25 del ESD” (Doc. OMC JOB/DSB/1/Add.12).

Para ser justos, algunos de los reproches de los Estados Unidos no son ilegítimos y plantean cuestiones importantes respecto al derecho de la OMC, aunque sus críticas relacionadas con los problemas sistémicos en la solución de diferencias de la OMC, a mi juicio, son desacertadas. Pero, independientemente de la validez de sus reclamos sustantivos, Estados Unidos ha elegido un enfoque inadecuado e incorrecto al mantener como rehén al proceso de nombramiento de integrantes del OA.

Dado que la OMC establece un sistema basado en normas, la existencia de un mecanismo de solución de diferencias reviste fundamental importancia. Si bien, conforme al artículo 3.4 del ESD “(...) las recomendaciones o resoluciones que formule el [Órgano de Solución de Diferencias] OSD tendrán por objeto lograr una solución satisfactoria de la cuestión...”, ese mismo artículo en su párrafo segundo subraya que el sistema de solución de diferencias es “(...) un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio”. Por otra parte, este último párrafo prevé que “el sistema sirve para preservar los derechos y

¹²

Véase el texto del acuerdo “Interim Appeal Arbitration Pursuant to Article 25 of the DSU”, Bruselas, 25 de julio de 2019, recuperado de http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/july/tradoc_158273.pdf.

obligaciones que los Miembros ... y para aclarar las disposiciones vigentes ... de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público”.

El Informe Anual de la OMC de 2019 subraya que las crecientes tensiones comerciales, el aumento de las medidas de restricción del comercio y la continua incertidumbre económica plantearon verdaderos desafíos al comercio mundial en 2018. Esa situación no ha cambiado, sino que se ha visto agravada por la pandemia del COVID-19 que ha contribuido a que el sistema mundial de comercio continúe enfrentándose a dificultades importantes. Este escenario se ha visto reflejado en el sistema de solución de diferencias de la OMC, al que los miembros han recurrido intensamente para procurar superar sus desavenencias comerciales, habiendo alcanzado el segundo pico más alto en 2018 (OMC, 2019a).

El OA, frecuentemente, ha decidido cuestiones controvertidas, exhibiendo neutralidad frente la agenda neoliberal del comercio reflejada en la Ronda Uruguay y muchos de sus resultados¹³, como los Acuerdos de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC), por ejemplo. Es evidente que los procedimientos fueron exitosos no solo en el sentido de que resolvieron la disputa, sino también porque aclararon importantes cuestiones legales relacionadas con el alcance de las medidas de diversa naturaleza relacionadas con los acuerdos comerciales vigentes. De hecho, aunque no existe una doctrina del precedente **obligatorio** (*stare decisis*)¹⁴ en la OMC (Gao, 2019), una característica de su sistema de solución de diferencias es la forma en que los informes del OA, junto con los informes adoptados por los grupos especiales, son especialmente tomados en consideración, generando un *acquis* que facilita la resolución de casos futuros y contribuye a elucidar las dudas de los miembros respecto de las

¹³ Recuérdese que la Ronda Uruguay fue negociada en el pico de popularidad de las políticas neoliberales representadas por el Consenso de Washington y que comenzaron a ser cuestionadas poco tiempo después sin que la tinta de los Acuerdos de la OMC hubiera tenido la oportunidad de secarse.

¹⁴ La doctrina del precedente obligatorio (*stare decisis*) consiste en aceptar que el fallo emitido por un tribunal tiene carácter definitivo y sus postulados deben aplicarse a casos similares.

obligaciones asumidas en el marco de los acuerdos abarcados (Mavroidis, 2008, 421-474).

4. CONCLUSIONES

La adopción del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias en el ámbito de la OMC tuvo una significativa importancia en el plano de las relaciones económicas internacionales y representó un cambio cualitativo en el desarrollo de los sistemas de solución de controversias a nivel mundial.

La interpretación de las normas de la OMC en forma consistente con el derecho internacional y otros principios generales del derecho ha reforzado la seguridad jurídica y le ha brindado coherencia normativa al esquema jurídico de la OMC. Ello hace que el sistema resulte previsible y, por lo tanto, otorga un mayor de seguridad a las partes que quieren recurrir a él para solucionar sus diferencias. La prolijidad de los fallos, la precisión de los razonamientos y la claridad de las opiniones asistirán a las partes cuando se trate de navegar por las complejidades del régimen de la OMC, en particular cuando se trate de aspectos que todavía resultan controvertidos y de cuya interpretación depende el efectivo goce de un derecho.

Asimismo, es posible señalar que la jurisprudencia de la OMC ha efectuado y efectúa una importante contribución a la evolución del derecho internacional contemporáneo, ya que sus decisiones desarrollan la jurisprudencia internacional que es una de las fuentes del derecho internacional. Por ello, la comunidad internacional adquiere mayor seguridad al sentir que un sistema de solución de controversias internacionales puede funcionar basado en principios y de modo coherente y eficaz y, por lo tanto, satisfactorio. La naturaleza judicial del OA le permite ejercer autoridad sobre los Estados Miembros de la Organización, refuerza su condición de sujeto neutral que actúa en forma imparcial y favorece la integridad del sistema. Su posición como juez independiente fortalece su potencialidad para transformarse en una institución internacional legítima y duradera.

Sin embargo, todas las virtudes mencionadas precedentemente no pueden hacernos perder de vista que la OMC experimenta una crisis

existencial, que se traduce en un incumplimiento de las funciones para las que fue creada. En primer lugar, el funcionamiento de la organización y, en particular, el de su sistema de solución de diferencias se encuentra bloqueado lo que genera una imposibilidad de administrar eficazmente los acuerdos comerciales abarcados. Por otra parte, la organización “ha fracasado en su capacidad de servir de foro para las negociaciones comerciales multilaterales” (Petrova Georgieva, 2020).

Todavía hay mucho por hacer para mejorar el funcionamiento del OSD de modo que el mismo esté en condiciones de incorporar importantes valores societarios vinculados al comercio en un contexto de una economía cada vez más globalizada e interdependiente. Los Miembros están tratando también de abordar de manera más eficaz las prácticas causantes de distorsión del comercio, como las subvenciones, y de hacer frente a los problemas relativos al OA. El actual estancamiento del proceso de nombramiento de los integrantes del Órgano está ejerciendo una gran presión sobre el sistema de solución de diferencias, por lo que los miembros de la OMC están presentando activamente propuestas para superar ese estancamiento y mejorar el sistema. El OA ya no está en condiciones de entender en los recursos de apelación, por lo que no cabe sino insistir en la importancia de encontrar una solución urgente a esta situación.

En este marco, cuando las cuestiones vinculadas al comercio internacional adquieren una sensibilidad mayor en un escenario altamente conflictivo como el ocasionado por la actual pandemia del COVID-19, donde los valores y disvalores que la globalización trae aparejados son objeto de escrutinio internacional, se torna evidente la necesidad de contar con un ente profesional, justo, imparcial y objetivo que esté en condiciones de resolver las diferencias que puedan surgir entre los distintos componentes del sistema comercial internacional. Los miembros del sistema multilateral de comercio deben hacer frente a estos desafíos de manera inteligente y continuar beneficiándose de su participación en la Organización Mundial de Comercio.

Como señala Shan, “Con el riesgo de una recesión a la vuelta de la esquina, Trump debe reconocer el hecho de que su enfoque actual pone en peligro la economía estadounidense y plantea una amenaza al sistema

de comercio internacional, además de que no ha servido para reducir el déficit comercial que tanto aborrece” (Shan, 2020, 124).

Una dura verdad para los Estados Unidos es que ninguna otra economía importante ha mostrado interés en abandonar la OMC. Por lo tanto, si los Estados Unidos decidiera unilateralmente hacerlo quedaría más aislado, con menos capacidad de presionar a China y con un mayor riesgo de quedar relegado económicamente. Aliados de los Estados Unidos como Japón y los países de la Unión Europea han demostrado que están dispuestos a confrontar a China y han propuesto nuevas reglas para abordar la cuestión de los subsidios industriales y la transferencia forzada de tecnología. Pero su enfoque es construir coaliciones de países con ideas afines dentro de la OMC, no abandonar por completo el sistema global basado en reglas e intentar intimidar a China por su cuenta. Lo que los Estados Unidos debería hacer es construir sobre la base que la OMC ya brinda, en lugar de patear el tablero.

BIBLIOGRAFÍA

Alford, Roger P. (2011), “The Self-Judging WTO Security Exception”, *Utah Law Review*, pp. 697-759, recuperado de https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1336&context=law_faculty_scholarship. (acceso 1/06/2020)

Arredondo, Ricardo (2020), “La ausencia del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”, *Clarín*, Buenos Aires, 15 de abril de 2020, recuperado de https://www.clarin.com/opinion/ausencia-consejo-seguridad-naciones-unidas_0_0XiPREUyg.html.

Arredondo, Ricardo (2019), “Una alianza para el multilateralismo”, *Clarín*, Buenos Aires, 20 de septiembre de 2019, recuperado de https://www.clarin.com/opinion/alianza-multilateralismo_0_PEpdlFi7.html.

Arredondo, Ricardo (2018), “La diplomacia del cambio climático”, en Sabia de Barberis, Gladys (et. al.), *Aspectos ambientales en el derecho internacional*, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), Buenos Aires, 2018, pp. 61-101.

Arredondo, Ricardo (2017), “Reflexiones en torno al sistema de solución de diferencias de la OMC. Sus implicancias para la Argentina”, en Gutiérrez Posse, Hortensia D. T. (et. al.), *Temas Jurisdiccionales en materia de Derecho Internacional*, Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), 2017.

Arredondo, Ricardo y Godio, Leopoldo M. A. (2019), “La crisis del Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio”, 13 *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión* (Mercosur), recuperado de <http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/301/155198>.

Bhagwati, Jagdish (2002), “Coping with Antiglobalization: A Trilogy of Discontents”, 81 *Foreign Affairs* (1), pp. 2-7.

Barshefsky, Charlene; Ross, David J.; van den Broek, Naboth y Hartmann, Stephanie (2019), “WTO Issues Groundbreaking Decision on GATT National Security Exception”, *WilmerHale*, recuperado de <https://www.wilmerhale.com/en/insights/client-alerts/20190409-wto-issues-groundbreaking-decision-on-gatt-national-security-exception>.

Baron, Kevin (2020), “Don’t Be Fooled. Trump’s Cuts to WHO Aren’t About the Coronavirus”, *Defense One*, recuperado de <https://www.defenseone.com/ideas/2020/04/trumps-cuts-who-arent-about-coronavirus/164631/print/>.

Chatzky, Andrew (2019), “Does the New U.S.-Japan Trade Deal Matter?”, *Council on Foreign Relations*, recuperado de <https://www.cfr.org/in-brief/does-new-us-japan-trade-deal-matter>.

Comisión Europea (2019), “Joint Statement by the European Union and Canada on an Interim Appeal Arbitration Arrangement”, Bruselas, 25 de julio de 2019, recuperado de <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2053>.

Connaughton, Aidan, Kent, Nicholas y Schumacher, Shannon (2020), “How people around the world see democracy in 8 charts”, Pew Research Center, recuperado de <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2020/02/27/how-people-around-the-world-see-democracy-in-8-charts/> (acceso 1706/2020).

DeFazio, Peter y Pallone Jr, Frank (2020), “Chairs Peter Defazio and Frank Pallone, Jr. Introduce Legislation to Withdraw The United States from The

World Trade Organization”, recuperado de <https://defazio.house.gov/media-center/press-releases/chairs-peter-defazio-and-frank-pallone-jr-introduce-legislation-to>

Evenett, Simon J. y Fritz, Johannes (2019), *Jaw not War: Prioritising WTO Reform Options. The 24th Global Trade Alert Report*, CEPR Press, 2019, p. 6, recuperado de <https://www.globaltradealert.org/reports/download/47>.

Francia (2019), “Alianza por el Multilateralismo”, recuperado de <https://www.diplomatie.gouv.fr/es/politica-exterior/francia-en-naciones-unidas/alianza-por-el-multilateralismo/article/alianza-por-el-multilateralismo>.

Foot, Rosemary, MacFarlane, Neil y Mastanduno, Michael (2003), *U.S. Hegemony and International Organizations. The United States and Multilateral Institutions*, Oxford, Oxford University Press.

G-20 (2020), Osaka Leaders’ Declaration, Osaka, Japón, 29 de junio de 2019, en particular el párrafo 8, recuperado de https://www.wto.org/english/news_e/news19_e/g20_osaka_leaders_declaration_e.pdf.

Galbraith, Jean (2018), “Contemporary Practice of the United States Relating to International Law: United States Withdraws from the UN Human Rights Council, Shortly After Receiving Criticism About Its Border Policy”, 112 *The American Journal of International Law* (4), pp. 745-751.

Gao, Henry S. (2019), “Disruptive Construction or Constructive Destruction? Reflections on the Appellate Body Crisis”, en Chang-fa Lo, Jinji Nakagawa y Tsai-yu Lin (eds.), *The Appellate Body of the WTO and Its Reform*, Springer, recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3422025.

Goldsmith, Jack y Mercer, Shannon Togawa (2018), “International Law and Institutions in the Trump Era”, 61 *German Yearbook of International Law*, recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3324582_code647786.pdf?abstractid=3324582&mirid=1.

Hawley, Josh (2020), “Withdrawing approval of the Agreement Establishing the World Trade”, recuperado de <https://www.hawley.senate.gov/sites/default/files/2020-05/Hawley-WTO-Resolution.pdf>. Organization”,

Inside U.S. Trade's, recuperado de <https://insidetrade.com/daily-news/debate-erupts-over-us-blocking-korean-appellate-body-reappointment>.

Khaler, Miles (2017), "President Trump and the Future of Global Governance", Council on Foreign Relations, recuperado de <https://www.cfr.org/blog/president-trump-and-future-global-governance>.

Koh, Harold Hongju (2019), *The Trump Administration and International Law*, New York: Oxford University Press.

Landler, Mark y Rappeport, Alan (2018), "Trump Hails Revised Nafta Trade Deal, and Sets Up a Showdown With China", *The New York Times*, recuperado de <https://www.nytimes.com/2018/10/01/us/politics/nafta-deal-trump-canada-mexico.html>.

Lester, Simon, Manak, Inu y Kim, Kyoungwha (2019), "Trump's First Trade Deal: The Slightly Revised Korea-U.S. Free Trade Agreement", *CATO Free Trade Bulletin* N° 73, recuperado de <https://www.cato.org/publications/free-trade-bulletin/trumps-first-trade-deal-slightly-revised-korea-us-free-trade>.

M. C. G. (2019), "Entran en vigor los aranceles de Trump a la Unión Europea por valor de 7.500 millones", *Expansión*, 18 de octubre de 2019, disponible en <https://www.expansion.com/economia/2019/10/18/5da94db4468aeb2c028b4690.html>.

Misión de los Estados Unidos ante la OMC (2019), "Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body", 25 de febrero de 2019, p. 12, recuperado de https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Feb25.DSB_.Stmt_.as-deliv.fin_.public.pdf.

Morales, Manuel (2020), "Estados Unidos critica poder del Órgano de Apelación de la OMC", *El Economista*, *El Economista*, recuperado de <https://www.eleconomista.com.mx/empresas/Estados-Unidos-critica-poder-del-Organ-de-Apelacion-de-la-OMC-20200414-0036.html>.

Mavroidis, Petros C. (2008), "No Outsourcing of Law? WTO Law as Practiced by WTO Courts", 102 *American Journal of International Law* (3).

Noack, Rick (2020), "After Trump suspends payments to WHO, other countries rally behind the agency", *The Washington Post*, recuperado de

https://www.washingtonpost.com/world/after-trump-suspends-payments-to-who-other-countries-rally-behind-the-agency/2020/04/15/1a2ec7c6-7f0e-11ea-84c2-0792d8591911_story.html.

OEA-SICE (2019), “Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP)” - Australia, Brunéi Darussalam, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam”, recuperado de http://www.sice.oas.org/TPD/TPP/TPP_s.ASP.

OMC (2020), “Desplome del comercio ante la pandemia de COVID-19, que está perturbando la economía mundial”, recuperado de https://www.wto.org/spanish/news_s/pres20_s/pr855_s.htm.

OMC (2019), “¿Qué países se consideran países en desarrollo en la OMC?”, recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/devel_s/d1who_s.htm.

OMC (2019a), Informe Anual 2019, Ginebra, 2019, p. 124 y ss., recuperado de https://www.wto.org/spanish/res_s/publications_s/anrep19_s.htm.

OMC (2005), “DS246: Comunidades Europeas — Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo”, recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds246_s.htm.

Pearson, Federic S. y Rochester, J. Martin (2000), *Relaciones Internacionales. Situación global en el siglo XXI*, 4ª ed., Bogotá: McGraw-Hill.

Petrova Georgieva, Virdzhiniya (2020), “La crisis de la Organización Mundial del Comercio: problemas e (im) posibles soluciones”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XX, pp. 25-60.

Rappeport, Alan (2019), “Trump Says U.S. Will Hit China With More Tariffs”, *The New York Times*, recuperado de <https://www.nytimes.com/2019/08/01/us/politics/china-trade-trump.html>.

Reinsch, William Alan y Caporal, Jack (2019), “The WTO’s First Ruling on National Security: What Does It Mean for the United States?”, Center for Strategic and International Studies, recuperado de <https://www.csis.org/analysis/wtos-first-ruling-national-security-what-does-it-mean-united-states>.

Ries, Charles P. (2019), “Trump’s Tariffs Against China Aren’t Working. And There’s No Quick Resolution in Sight”, *Los Angeles Times*, 20 de agosto de 2019.

Sanahuja, José Antonio (2020), “¿Bipolaridad en ascenso?”, 20 *Foreign Affairs Latinoamerica* (2).

Scarborough, Joe (1995), H.R. 2535 (IH) - United Nations Withdrawal Act of 1995, recuperado de <https://www.govinfo.gov/app/details/BILLS-104hr2535ih>.

Shan, Weijian (2020), “La guerra comercial imposible de ganar. En el enfrentamiento entre China y Estados Unidos, pierden sobre todo los estadounidenses”, 20 *Foreign Affairs Latinoamerica* (2).

Slobodian, Quinn (2018), *Globalists. The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.

Tamir, Yael (2020), “La construcción de un nacionalismo mejor: El lugar de las naciones en un mundo globalizado”, 20 *Foreign Affairs Latinoamerica* (2), pp. 93-97.

The American Presidency Project (1984), *Republican Party Platform of 1984*, recuperado de <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/republican-party-platform-1984>.

Thorbecke, Catherine (2020), “US unemployment rate skyrockets to 14.7%, the worst since the Great Depression”, *ABC News*, recuperado de <https://abcnews.go.com/Business/us-economy-lost-205-million-jobs-april-unemployment/story?id=70558779>.

Trump, Donald J. (2016), “Full transcript: Donald Trump’s jobs plan speech”, *Politico*, 28 de julio de 2016, recuperado de <https://www.politico.com/story/2016/06/full-transcript-trump-job-plan-speech-224891>.

Trump, Donald J. (2018), Twitter, 12 April 2018, 8:15 PM, recuperado de <https://twitter.com/realDonaldTrump/status/984631073865953280>.

Unión Europea (2018), Concept paper: WTO modernisation, recuperado de http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157331.pdf.

US Department of State (2018), “Remarks on the UN Human Rights Council”, recuperado de <https://www.state.gov/remarks-on-the-un-human-rights-council/> (acceso 7/11/2019).

US Department of State (2019), “Department Press Briefing – March 26, 2019”, recuperado de <https://www.state.gov/briefings/departments-press-briefing-march-26-2018>.

US Trade Representative (2019), “U.S. Wins \$7.5 Billion Award in Airbus Subsidies Case”, 2 de octubre de 2019, recuperado de <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2019/october/us-wins-75-billion-award-airbus>.

US Trade Representative (2020), “USTR and Treasury Statement on Call With China”, recuperado de <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2020/may/ustr-and-treasury-statement-call-china>.

US Trade Representative (2020a), “Report on The Appellate Body of The World Trade Organization”, recuperado de https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf

Vásquez Arango, Carolina (2011), “La jurisprudencia sobre las excepciones relativas a la seguridad en el acuerdo GATT”, 2 *Forum*, recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3924377.pdf>.

White House (2017), “Presidential Memorandum Regarding Withdrawal of the United States from the Trans-Pacific Partnership Negotiations and Agreement”, recuperado de <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-memorandum-regarding-withdrawal-united-states-trans-pacific-partnership-negotiations-agreement/>.

White House (2017), “The Inaugural Address”, Washington DC, recuperado de <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/the-inaugural-address/>.

White House (2018), “Remarks by President Trump to the 73rd Session of the United Nations General Assembly”, New York, NY, recuperado de <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-73rd-session-united-nations-general-assembly-new-york-ny/>.

White House (2019), *Memorandum on Reforming Developing-Country Status in the World Trade Organization*, recuperado de <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/memorandum-reforming-developing-country-status-world-trade-organization/>.

White House (2019a), *Memorandum on Reforming Developing-Country Status in the World Trade Organization*, 26 de julio de 2019, recuperado de <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/memorandum-reforming-developing-country-status-world-trade-organization/>.

**LA EXPRESIÓN DEL INTERÉS EN LOS *AMICUS CURIAE*
PRESENTADOS POR LA SOCIEDAD CIVIL
ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL**

**LA EXPRESIÓN DEL INTERÉS EN LOS *AMICUS CURIAE*
PRESENTADOS POR LA SOCIEDAD CIVIL
ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL**

THE EXPRESSION OF ‘INTEREST’ IN THE *AMICUS CURIAE* PRESENTED BY
THE CIVIL SOCIETY BEFORE THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

*Carmen Montero Ferrer**

RESUMEN

En el estadio actual del Derecho Internacional Público, el acceso del individuo y la sociedad civil organizada a los tribunales internacionales, y su participación en los procedimientos es una constante. En especial, a través de la institución del *amicus curiae*, tradicionalmente definida como el observador neutral que interviene voluntariamente en un litigio, ayudando al órgano jurisdiccional en la resolución del caso. Esta definición ha ido

* Carmen Montero Ferrer es investigadora posdoctoral de la Universidad de Santiago de Compostela (España). Becaria de la Xunta de Galicia (España) y miembro del Grupo de Estudios Internacionales de dicha universidad (GRESIN-GI-1138). Actualmente, está realizando una estancia de investigación en la ‘Chaire de recherche du Canada sur la justice internationale pénale et les droits fondamentaux’ de la Université Laval (Québec-Canadá) 2018-2020. Este trabajo forma parte del proyecto más amplio “Contribuciones de la sociedad civil a la rendición de cuentas por crímenes internacionales. Especial referencia a la Corte Penal Internacional” financiado por la Convocatoria de axudas de apoio á etapa de formación posdoutoral nas universidades do SUG, nos organismos públicos de investigación de Galicia. Modalidad A. Anteriormente, realizó una estancia de investigación en la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México (México).

evolucionando en el plano internacional, de modo que en algunas ocasiones se ha admitido la intervención de *amici* que manifiesten tener interés en el resultado de los procedimientos. No obstante, la expresión del interés no está explícitamente considerada como un criterio para determinar la admisión o el rechazo del *amicus curiae* en la normativa de los tribunales penales internacionales. En este sentido, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no es una excepción. Por esta razón, el presente trabajo lleva a cabo un análisis normativo y jurisprudencial de los efectos jurídicos derivados de la expresión del interés en los escritos de *amicus* presentados por la sociedad civil ante la Corte Penal Internacional.

Palabras clave: *amicus curiae*, sociedad civil, concepto de interés, Corte Penal Internacional.

ABSTRACT

In the current stage of Public International Law, access of the individual and organized civil society to international courts, just like participation in proceedings is a constant. In particular, through the institution of the *amicus curiae*, traditionally defined as the ‘neutral bystander’ who voluntarily intervenes in a dispute, assisting the court in the resolution of the case. This definition has evolved at the international level, so that in some cases the intervention of *amici* has been allowed to have an interest in the outcome of the procedures. However, the expression of interest is not expressly regarded as a criterion for determining the admission or rejection of *amicus curiae* in the rules of international criminal courts. In this sense, the Rome Statute of the International Criminal Court is no exception. For this reason, the present paper carries out a normative and jurisprudential analysis of the legal effects arising from the expression of interest in the pleadings submitted by civil society to the International Criminal Court.

Keywords: *amicus curiae*, civil society, interest, International Criminal Court.

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, es posible afirmar que la institución del *amicus curiae* es el principal mecanismo de participación de los actores de la sociedad civil en la Corte Penal Internacional (CPI o ‘Corte’). Además, las organizaciones no gubernamentales, grupos de juristas, instituciones académicas y expertos independientes, son el grupo más numeroso de cuantos solicitan participar como *amici* ante dicho órgano judicial¹.

Esta circunstancia está en consonancia con el compromiso adquirido por la sociedad civil en relación a la promoción del Estatuto de Roma (ER) y el establecimiento de la ‘Corte’ a final de la década de los noventa del pasado siglo (Glasius, 2006). Dicho compromiso se ha reforzado a lo largo de los casi veinte años que lleva en funcionamiento el citado tribunal; de modo que, como afirma Schiff (2008, 144), la sociedad civil, especialmente las organizaciones no gubernamentales, han pasado de ser cruciales en la creación de la Corte a vitales en el desarrollo de sus actividades.

La destacada participación de la sociedad civil en el ámbito de la justicia penal internacional, particularmente a través de la institución del *amicus curiae*, surge de la necesidad de dar voz a ciertos intereses y perspectivas que no suelen estar representados en los procedimientos penales internacionales (William et al, 2020).

En términos generales, podemos identificar dos tipos de intereses.

De un lado, la sociedad civil puede ejercer la representación directa de los intereses de las víctimas así identificadas y de los acusados, si, en virtud del tribunal o la etapa del procedimiento de que se trate, el *amicus curiae* es la única vía para que el órgano jurisdiccional conozca dichos intereses. Esta posibilidad, frecuentemente utilizada por organizaciones no gubernamentales en los inicios de la actividad judicial de la CPI, es residual e innecesaria en la actualidad, ya que la ‘Corte’, al igual que otros

¹ A los efectos de este trabajo, el vocablo *amici* designa a los terceros intervinientes en un procedimiento como *amicus curiae*. Es decir, se refiere exclusivamente a los sujetos que actúan como tal.

tribunales penales internacionales², ha creado unidades especializadas en la representación de víctimas y acusados, como son la Oficina del Defensor Público para las Víctimas ('OPCV') y la Oficina del Defensor Público para el Acusado ('OPCD'). Además, los acusados sí son parte en los procedimientos, por lo que serán escasas las ocasiones en las que se precise la intervención de la sociedad civil para actuar como *amicus curiae* en representación directa de los intereses de víctimas y acusados.

Si bien, los *amici* pueden representar y dar voz a los intereses de las víctimas de forma abstracta y general (Kendall y Nouwen, 2013, 235), posibilidad que ha de desarrollarse con cautela, dadas las dificultades que puede tener la sociedad civil para identificar correctamente los intereses reales de las víctimas.

De otro lado, los actores de la sociedad civil pueden representar el interés público, entendiendo como tal el interés en proteger los bienes que pertenecen a la comunidad internacional en su conjunto (Benzing, 2006, 371). Así, con su intervención, los *amici* persiguen lograr la correcta administración de justicia. Es decir, se trata de que su opinión sobre la aplicación o interpretación de una norma, institución jurídica o cuestión de derecho específica, favorezca la idea de *iustitia*.

A la vista de lo anterior, podemos afirmar que la tradicional definición heredada del derecho anglosajón, que categorizaba al *amicus curiae* como un tercer interviniente neutral, se está desdibujando en la actualidad. Es más, hay quién considera que sería del todo irreal e innecesario esperar que los *amici* no representen un interés, ya que la mayoría sólo intervendrán si sirve a sus intereses de uno u otro modo (Wiik, 2016).

Como cabría esperar, esta postura no ha estado exenta de críticas, que principalmente se dirigen a rechazar la evolución del concepto tradicional de *amicus curiae*, poniendo en cuestión que la intervención de los *amici* en defensa de un interés particular contribuya a la obtención de la verdad en los procedimientos (Mavroidis, 2002). Además, también se ha señalado que los terceros que intervienen como *amici* estarían adquiriendo un derecho de

² El Servicio de Apoyo al Acusado ('DSS') en las Salas Extraordinarias de la Corte de Camboya ('ECCC') responde a esta realidad.

participación que pone en riesgo los principios fundamentales clásicos del derecho procesal (Menétrey, 2010, 7).

En todo caso, es innegable la evolución de la institución del *amicus curiae* en el Derecho Internacional Penal, que, entre otras razones, obedece a la disparidad de criterios utilizados por los tribunales penales internacionales en el proceso de admisión de los escritos de *amicus*. En este sentido, nos planteamos si la expresión del interés es uno de estos criterios. La respuesta no está clara. Por una parte, los instrumentos jurídicos de tales órganos jurisdiccionales guardan silencio al respecto. Por otra, el análisis de la práctica judicial tampoco resulta esclarecedor, debido a las interpretaciones divergentes realizadas por los jueces sobre este particular.

Así, el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, concluyó en el caso *Milošević* que los *amicus curiae* no podían intervenir en representación de los intereses particulares del acusado al no ser partes en el proceso (Prosecutor v. Milošević, 2001). En su opinión, la colaboración prestada por los *amici* durante el proceso, que sirvió para garantizar el respeto al principio del juicio justo³, no altera esta conclusión. Por su parte, en el caso *Krajišvik*, la Sala de Apelaciones del citado tribunal consideró que los jueces podían requerir la intervención de *amici* para que argumentasen a favor de una de las partes, si su actuación servía a los intereses de la justicia (Prosecutor v. Krajišvik, 2007).

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en el caso *Munyazaki*, reconoció expresamente el carácter objetivo que debe reunir el interés de los terceros que intervienen en el procedimiento (Prosecutor v. Munyazaki, 2008). En relación al Tribunal Especial para Sierra Leona, cabe mencionar el caso *Brima et al.*, en el que el citado órgano jurisdiccional fue contundente al señalar que la intervención de los *amici* debía responder al interés general (Prosecutor v. Brima et al, 2005).

³ En este caso, la Sala de Primera Instancia asignó un *amicus curiae* al acusado con el propósito de que le asistiese en su defensa, ya que éste había solicitado defenderse a sí mismo. En opinión de la Sala, la asistencia del *amicus curiae* ayudaría a lograr el respeto al juicio justo y a garantizar los derechos del acusado.

En cuanto a la Corte Penal Internacional, todavía no hay suficientes trabajos académicos que estudien dicha institución, sobre todo en el ámbito de la literatura académica española y latinoamericana. A la vista de lo anterior, nos proponemos realizar un examen normativo y jurisprudencial de los efectos jurídicos derivados de la expresión de interés en los escritos de *amicus* presentados por la sociedad civil ante la Corte Penal Internacional.

Con este propósito, examinamos en un primer epígrafe los aspectos generales de la institución del *amicus curiae* en el ámbito de la justicia penal internacional. En el segundo epígrafe, estudiamos la interpretación del concepto de ‘interés’ en la normativa y jurisprudencia del citado tribunal. Para ello, nuestro método de análisis consiste en estudiar el marco jurídico aplicable a la institución del *amicus curiae* en el sistema de la ‘Corte’ y la interpretación del concepto de ‘interés’ en las decisiones adoptadas por los jueces del citado tribunal.

2. ASPECTOS GENERALES DE LA INSTITUCIÓN DEL AMICUS CURIAE EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL PENAL

Definición, origen y evolución del concepto de *amicus curiae*

Grosso modo, la institución del *amicus curiae* se podría definir como las presentaciones realizadas por un individual u organización que no es parte en un proceso, pero que ofrece voluntariamente su opinión al tribunal sobre una cuestión específica de carácter legal u otro aspecto relacionado, colaborando en la resolución del asunto (Gómez Orozco, 2016, 80).

En relación a su naturaleza jurídica, debemos advertir que se trata de un instituto procesal sujeto a la facultad discrecional de los tribunales internacionales, lo que supone que el órgano jurisdiccional invita o autoriza la intervención en el procedimiento de los *amici* sin concederles el estatus de partes procesales. Por ende, su interés difiere del que ostentan las partes en el litigio.

De esta manera, se hacen evidentes las disparidades existentes entre dicha institución y otras figuras jurídicas como la ‘coadyuvancia’, habitual ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (artículo 40 del Estatuto del TJUE), y cuyo fin es la intervención de un tercero para respaldar los escritos de una de las partes. Para poder actuar como tal, es necesario que el tercer interviniente demuestre tener interés en el resultado del procedimiento.

Por cuanto se refiere a las funciones de la institución, Bartholomeusz (2005) identifica cuatro principales, a saber: proporcionar conocimientos jurídicos especializados al tribunal, especialmente en materias que se encuentren fuera de la competencia de los jueces; procurar información fáctica al tribunal; facilitar el acceso a la justicia a personas o entidades que no son parte en los procedimientos pero cuyos intereses podrían verse afectados por la decisión, e incluso, en cierta medida, representar el interés público. Por su parte, Williams, distingue tres funciones fundamentales que pueden ejercer los *amicus curiae* en los tribunales penales internacionales, incluyendo la Corte Penal Internacional. Así, junto a la tradicional función de información y consejo al tribunal, se reconocen las de representación de intereses particulares y la de comunicación de los intereses públicos (Williams et al, 2020, 19).

El nacimiento de la institución se sitúa en el derecho romano, aunque a partir del siglo IX se incorporó a la práctica judicial de Inglaterra y poco después a la mayoría de países de tradición jurídica anglosajona o ‘common law’, convirtiéndose en un instrumento habitual en la resolución de disputas de interés público en las que se presentaban posiciones muy controvertidas (McLauchlan, 2005, 266).

Posteriormente, se produjo el ‘trasplante’ de la institución del *amicus curiae* a los sistemas jurídicos de tradición civilista (Kochevar, 2013). En especial, varios países latinoamericanos modificaron su legislación para acoger formalmente dicha institución en sus órganos judiciales. Este es el caso de la Corte Suprema de Justicia Argentina (CSJ, 2004), el Tribunal Constitucional del Perú (TC, 2004), y unos años más tarde, México (Código Federal de Procedimientos Civiles, 2011).

Paralelamente, su uso se ‘popularizó’ en los órganos internacionales de resolución de conflictos, siendo especialmente habitual en los mecanismos de protección regionales de los derechos humanos. En este sentido, resulta particularmente interesante la práctica de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH)⁴.

Como señala Van del Eynde (2013), el concepto ha evolucionado desde su inclusión en el sistema jurídico del common law. De este modo, el *amicus curiae* se está convirtiendo en un medio para representar intereses particulares afectados en litigios en curso. Así, algunas definiciones de la institución que se refieren a la neutralidad y objetividad de los actores intervinientes estarían superadas. Por ejemplo, en su célebre diccionario de términos jurídicos, publicado por primera vez en 1926, Abbott (citado en Krislov, 1963) definió al *amici* como un espectador, que sin tener interés en la causa, realiza una observación sobre una cuestión de hecho o de derecho para informar al tribunal.

Unos años después, Krislov (1963, 704) afirmaba que en los Estados Unidos, país que ha usado frecuentemente esta institución, los escritos de *amicus* habían pasado de ser una fuente neutral de información a convertirse en un instrumento estratégico en manos de litigantes y terceras partes. En esta misma línea, Sands y Mackenzie subrayan que se trata de personas que tienen un fuerte interés en la materia (Sands y Mackenzie: 2009, 1).

Como hemos apuntado anteriormente, las diferencias interpretativas derivadas de la ausencia de regulación específica impiden conocer de antemano los criterios utilizados por las Salas para determinar la admisión o

⁴ En la última década el número de escritos de *amicus* presentado por organizaciones no gubernamentales ha aumentado considerablemente. Entre 1998 y 2018, los casos en los que participaron estas organizaciones como *amici* ascendió a 68, respecto a las 12 participaciones registradas en el periodo comprendido entre 1989 y 1998. Aunque en términos absolutos, los procedimientos en los que se presentaron y aceptaron escritos de *amicus* representan alrededor del 0.37 por ciento del número total de pronunciamientos. Este dato aproximativo se obtiene como resultado de dividir el número total de pronunciamientos emitidos por la CEDH desde 1959 (se tienen en cuenta sólo en los se ha decidido sobre el fondo de la cuestión ‘decision on merits’) para los escritos de *amicus* solicitados y aceptados hasta 2018 (ECHR Overview, 2019).

rechazo de las solicitudes de *amicus curiae*, incluyendo el sentido [admisorio o denegatorio] dado a las expresiones de interés en el resultado del procedimiento. A continuación, se realiza una revisión de los instrumentos normativos y la jurisprudencia de la ‘Corte’, con el fin de identificar los criterios formales y sustantivos usados por las Salas para concluir la admisión de los *amicus curiae*.

Criterios formales y sustantivos de admisión de los amicus curiae en la Corte Penal Internacional

En el sistema de la CPI, el *amicus curiae* se articula a través de la Regla 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, que en su inciso primero señala que:

La Sala, si lo considera conveniente para una determinación adecuada de la causa, podrá en cualquier etapa del procedimiento invitar o autorizar a un Estado, a una organización o a una persona a que presente, por escrito u oralmente, observaciones acerca de cualquier cuestión que la Sala considere procedente.

Siguiendo este precepto cabe destacar que en relación a los criterios formales de admisión, tanto individuos como organizaciones podrán participar en los procedimientos como *amicus curiae*. Respecto a estas últimas, no se requiere que deban cumplir ningún requisito legal para intervenir como *amicus curiae*. Ni siquiera es necesario que las organizaciones estén inscritas o legalmente constituidas en un estado parte del ER, como sí ocurre en el sistema interamericano de derechos humanos respecto a la obligatoriedad de su constitución legal en un estado parte en la Comisión Americana de Derechos Humanos⁵. Por su parte, el artículo

⁵ El sistema interamericano de derechos humanos tiene una estructura binaria, que comprende la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH). Únicamente los estados parte de la ‘Comisión’ pueden llevar un caso ante la CorteIDH. En el artículo 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) se establecen las vías de participación de la sociedad civil ante la

36.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el que se establece la institución del *amicus curiae*, alude al concepto de ‘personas interesadas’, sin especificar que debe considerarse como tal⁶.

Además, cualquier estado, sin necesidad de ser parte en el Estatuto de Roma, podrá solicitar su participación en los procedimientos como *amicus curiae*. De esta manera, la CPI está en sintonía con la mayoría de tribunales penales internacionales, que a excepción de las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya⁷, permiten la participación a los estados. No obstante,

‘Comisión’. Dicho precepto permite que “cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, pueda presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”.

⁶ En la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) coexisten desde 1998, año en el que entró en vigor el ‘Protocolo número 11 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio, adoptado en Estrasburgo el 11 de mayo de 1999, entrada en vigor el 1 de noviembre de 1998, dos vías de participación de los actores de la sociedad civil en los procedimientos que tienen lugar ante la CEDH. La primera de ellas, establecida en el artículo 34 del citado ‘Convenio Europeo’ se refiere a la posibilidad de que individuos, organizaciones no gubernamentales, o grupo de individuales que se consideren víctimas de una violación por alguno de los estados parte, de los derechos reconocidos en dicho instrumento, presenten una demanda ante la CEDH. La segunda posibilidad, establecida en el artículo 36.2 del Convenio Europeo y, que ya existía con anterioridad a la adopción del Protocolo 11, permite que las ‘personas interesadas’ puedan presentar observaciones por escrito o participar en la vista, por invitación del presidente del tribunal, si son de ‘interés para la buena administración de justicia’. Es decir, la aceptación del escrito de *amicus* por parte del Presidente de la CEDH está condicionada a que éste ayude al tribunal en su tarea de resolver la disputa.

⁷ La regla 33 de las ‘Internal Rules’ (12 de junio de 2007, revisadas el 16 de enero de 2015) Rev. 9, únicamente menciona expresamente a los individuos y organizaciones sin hacer referencia a los estados. En relación a la posibilidad de que individuos y organizaciones puedan presentar solicitudes de *amicus curiae* en el resto de tribunales internacionales, véase: rule 74 Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for Yugoslavia, 14 de febrero de 1994, revisadas el 8 de julio de 2015, IT/32/Rev.50; rule 74 Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for Ruanda, 29 de junio de 1995, ITR/3; rule 74 Rules of Procedure and Evidence of the Residual Special Court for Sierra Leone, entrada en vigor el 1 de enero de 2014; rule 131 Rules of Procedure and Evidence of the Special Tribunal for Lebanon, 20 de marzo de 2009, revisadas el 8 de febrero de 2012, STL/BD/2009/01/Rev.4.

por el momento, ninguno ha participado en la Corte Especial para Sierra Leona ni ante el Tribunal Especial para el Líbano, posiblemente debido a su limitada competencia territorial.

Por otra parte, la regla 103 RPP deja abierta la posibilidad de participar “en cualquier etapa del procedimiento”. Si atendemos únicamente al tenor literal del citado precepto, aflora la duda de si cabría la participación en la fase previa al inicio del juicio oral. El problema surge al tratar de delimitar el alcance y significado del término ‘procedimiento’, al no haber disposiciones estatutarias que aclaren la cuestión. En consecuencia, debemos atender a la interpretación jurisprudencial del término.

Un análisis sobre este particular tuvo lugar a propósito del derecho de las víctimas a participar en el caso *Lubanga*. En aquella ocasión, la Sala de Primera Instancia I interpretó el término en sentido estricto para referirse a la fase de juicio oral (*Prosecution vs. Lubanga*, 2005). Sin embargo, actualmente, prevalece la interpretación extensiva del mismo, permitiéndose la participación de las víctimas desde la fase de examen preliminar (*Prosecutor vs. Situation in Palestina*, 2018). De manera similar, las Salas de la CPI han autorizado la participación de varios actores de la sociedad civil como *amicus curiae* en dicha fase.

En la situación de Bangladés/Myanmar (*Prosecution vs. Situation in Bangladés/Myanmar*, 2019), la Sala de Primera Instancia admitió algunos escritos de *amicus* presentados por organizaciones no gubernamentales, grupos de juristas e instituciones académicas a propósito de la cuestión sobre la competencia territorial, planteada por la Fiscalía en virtud del artículo 19.3 ER durante la fase de examen preliminar (*Prosecution vs. Situation in Bangladés/Myanmar*, 2018)⁸. En la situación en Afganistán,

⁸ En la situación en Bangladés/Myanmar se investiga la deportación intencionada desde agosto de 2017 de 670.000 Rohingya, que vivían legalmente en Myanmar, a Bangladesh. La cuestión de competencia planteada por el Fiscal al amparo del artículo 19.3 ER examina si la Corte tiene competencia territorial para investigar los crímenes alegados, ya que los actos coercitivos relevantes en las deportaciones ocurrieron en Myanmar, un estado que no es parte en el Estatuto de Roma. El Fiscal alegó que el acto jurídico que constituye el crimen de deportación se cometió en Bangladés, que sí es estado parte del ER. El 14 de noviembre de 2019, la Sala de

la Sala de Apelaciones ha autorizado a organizaciones locales de defensa de los derechos humanos y académicos la presentación de observaciones escritas y orales durante el examen en apelación del rechazo a la apertura de una investigación en el país (Prosecutor vs. Situation in Afghanistan, 2019), acordado por la Sala de Cuestiones Preliminares II el 12 de abril de 2019⁹.

Por otro lado, en cuanto al modo de iniciar el proceso de participación, la regla 103.1 RPP establece dos modalidades, por invitación o autorización de la Sala, que la praxis de la CPI ha canalizado a través de tres vías: la invitación concreta a un actor específico, generalmente expertos independientes en la materia; la apertura de un proceso abierto (las denominadas ‘open calls’) en el que suelen participar instituciones académicas y grupos de juristas, y las solicitudes voluntarias enviadas por iniciativa de aquellos que desean intervenir como *amicus curiae* en los procedimientos, habitualmente organizaciones no gubernamentales.

La deficiente regulación de la institución del *amicus curiae* abarca los criterios sustantivos aplicables al examen sobre la admisibilidad de su participación en los procedimientos. En consecuencia, dichos criterios habrán de dilucidarse por las Salas de la CPI, lo que conlleva el consabido riesgo de que ejerzan un poder discrecional al decidir sobre la admisión de los escritos de *amicus*. En efecto, la regla 103 RPP establece un criterio general, indefinido y abstracto de admisión, condicionándose la misma a que la participación ‘sea *deseable* para la determinación adecuada de la causa’ [énfasis añadido]. Así, esta frase, que se reproduce con práctica literalidad

Cuestiones Preliminares III autorizó a la Fiscalía a que abriese una investigación en esta situación.

⁹ El 12 de abril de 2019, la Sala de Cuestiones Preliminares II rechazó la solicitud presentada por la Fiscalía el 20 de noviembre de 2017 en la que ésta solicitaba autorización para abrir una investigación en Afganistán por la comisión de crímenes de lesa humanidad y de guerra en el país desde mayo de 2003. El argumento principal de la Sala de Cuestiones Preliminares II se basó en afirmar que la apertura de una investigación no redundaría en ‘interés de la justicia’, en el sentido que este concepto es comprendido en el artículo 53 ER. Tras examinar la apelación de la Fiscalía, el 5 de marzo de 2020 la Sala de Apelaciones desestimó la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II autorizando la apertura de una investigación en Afganistán.

en todos los tribunales penales internacionales¹⁰, da a los jueces un gran margen interpretativo y amplio poder de decisión.

En 2014, la Sala de Cuestiones Preliminares II identificó las tres consideraciones que las Salas acostumbran tener en cuenta para dar significado al término ‘deseable’ (Prosecutor v. Ntaganda, 2014). La primera examina si el escrito de *amicus* versa sobre un asunto objeto de debate en el procedimiento en cuestión (Prosecutor v. Situation in Sudan, 2009). La segunda analiza si las observaciones realizadas pueden ayudar en la adecuada determinación del caso (Prosecutor v. Gbagbo, 2014; Prosecutor v. Ruto Sang, 2011; Prosecutor v. Lubanga, 2008). La tercera impone a la Sala la obligación de decidir sobre la admisión a la luz del deber de juzgar sin dilaciones indebidas (Prosecutor vs. Bemba, 2009).

En nuestra opinión, es necesario que las Salas realicen un mayor esfuerzo de concreción sobre los criterios utilizados para admitir o denegar los escritos de *amicus*. Respecto al tema que nos ocupa, el ER y las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) guardan silencio sobre el régimen jurídico aplicable a la expresión del interés en el procedimiento por parte de los *amici*. De este modo, en lo que sigue trataremos de contribuir al análisis de esta cuestión.

¹⁰ La frase se recoge de manera idéntica en la regla 74 de los estatutos del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia, el Tribunal Internacional para Ruanda y la Corte Especial para Sierra Leona. En el caso de las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya, la frase utilizada en la regla 33 es idéntica a la usada en los tribunales anteriormente citados pero incluye la palabra ‘adjudicating’. Es decir, este tribunal introduce el requisito de que el *amicus* sea verdaderamente útil y sirva efectivamente a la resolución del caso. Por su parte, el Tribunal Especial para el Líbano, condiciona su admisión al hecho de que el *amicus* tenga la capacidad de asistir a la resolución del caso, no siendo suficiente con ‘ser deseable’ como es el caso de los tribunales citados al inicio de este párrafo.

3. EL CONCEPTO DE INTERÉS EN LOS *AMICUS CURIAE* PRESENTADOS POR LA SOCIEDAD CIVIL ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Tal y como sucede en el resto de tribunales internacionales, cuyos estatutos no aclaran el término ‘interés’ en relación a los *amicus curiae*, el ER tampoco recoge definición alguna que nos sirva para delimitar su significado. Dicha ausencia dificulta saber en qué sentido es usado en la práctica judicial de la CPI. Por esta razón, en el apartado siguiente nos centramos en la interpretación del concepto de ‘interés’ en la Corte Penal Internacional. Nuestro propósito es examinar en qué medida la ‘intervención interesada’ de la sociedad civil tiene cabida en la ‘Corte’, y en su caso, qué clase de intereses son contemplados por las Salas.

El interés de la sociedad civil: ¿Requisito necesario o impedimento para la admisión del amicus curiae?

En el sistema de la Corte Penal Internacional no se obliga a los *amici* a revelar su interés en el caso, como sí sucede en otros tribunales penales internacionales¹¹. En consecuencia, resulta difícil saber si la ‘Corte’ considera la expresión del interés como un requisito de admisión, o si por el contrario, siguiendo el concepto tradicional del *amicus curiae* deniega toda solicitud que incluya una declaración de interés en el procedimiento.

Por su parte, el análisis de la práctica judicial tampoco aclara esta cuestión. De un lado, el problema surge porque no todos los actores de la sociedad civil manifiestan tener un interés en sus escritos de *amicus*. Así, algunas organizaciones no gubernamentales como Human Rights Watch o la Women’s Initiatives for Gender Justice incluyen en sus escritos una declaración de interés, aunque la gran mayoría no lo hacen (Williams et

¹¹ Tribunal Especial para el Líbano. Practice Direction on Amicus Curiae submissions before the Special Tribunal for Lebanon, STL/PD/2012/05. 23 de febrero de 2012, artículo 3.d); Salas Extraordinarias de la Corte de Camboya. Information on Submission of Amicus Curiae Briefs to Supreme Court Chamber of the Extraordinary Chambers in the Court of Cambodia. 7 de marzo de 2011, artículo 2.a); Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia. Information Concerning the Submission of Amicus Curiae Briefs under Rule 74. IT/122. 27 de marzo de 1997, artículo 4.a).

al., 2020, 149; Prosecutor v. Lubanga, 2006). A lo que hay que añadir que en ningún caso la ‘Corte’ ha denegado la intervención de un solicitante por este motivo. De esta manera, es imposible determinar el impacto positivo o negativo que tienen las declaraciones de interés en las decisiones de las Salas.

De otro lado, en el caso *Al Bashir* y la situación en Afganistán, la propia ‘Corte’ invitó a potenciales *amici* a indicar en su solicitud de participación su interés en intervenir como *amicus curiae* (Prosecutor v. Al Bashir, 2018, 3; Prosecutor v. Situation in Afganistán, 2019).

En suma, no se puede afirmar con rotundidad que en la ‘Corte’ caben, bajo toda circunstancia, las intervenciones ‘interesadas’, pero sí observamos cierta tendencia hacia la permisividad de los *amicus curiae* presentados por actores de la sociedad civil que expresan un interés, en consonancia con el desarrollo de dicha institución en el Derecho Internacional.

En segundo lugar, conviene preguntarse qué clase de intereses son bienvenidos en el sistema de la ‘Corte’. Como es usual, nada se dice al respecto en los instrumentos jurídicos del citado órgano judicial. Respecto a esto, Williams et al. (2020) concluyen que los tribunales internacionales suelen interpretar el término ‘interés’ en un sentido más amplio que el meramente jurídico, tradicionalmente reservado a las partes procesales.

Esto nos obliga a distinguir entre los *amici* y las denominadas ‘partes en el proceso’ ante la Corte Penal Internacional, es decir: la Fiscalía y el acusado. Siguiendo esta lógica, la ‘Corte’ ha rechazado la participación de organizaciones no gubernamentales como *amicus curiae* en varias ocasiones por considerarla innecesaria, al haber realizado las partes y las víctimas las observaciones pertinentes durante el trascurso del procedimiento (Prosecutor v. Ruto et al., 2011, 8; Prosecutor v. Muthaura et al, 2011).

En ciertas ocasiones, los actores de la sociedad civil, especialmente las organizaciones no gubernamentales, dada la labor de acompañamiento y apoyo a las víctimas que llevan a cabo, participan como *amicus curiae* representando sus intereses ante la ‘Corte’. No obstante, como ya hemos avanzado con anterioridad, esta posibilidad se reserva a las escasas situaciones en las que las víctimas no pueden prestar sus opiniones y

observaciones por sí mismas, ni a través de sus representantes legales o la OPCV. En caso contrario, si los intereses de las víctimas están representados en el procedimiento de uno u otro modo, lo más probable es que la Sala rechace la solicitud como ya sucedió en el caso *Ntaganda* (Prosecutor vs. Ntaganda, 2014).

De esta manera, cabe concluir que el interés que siempre puede representar la sociedad civil es el público o colectivo. El propósito es dotar a los órganos judiciales internacionales de una nueva perspectiva sobre un tema en el que no tiene suficiente pericia. En este sentido, la Corte Penal Internacional no es una excepción. Por ello, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos (*Mosley v. The United Kingdom*, 2011), la ‘Corte’ condiciona la admisión de los escritos de *amicus* a la experiencia y conocimientos del *amici* sobre el asunto en cuestión.

4. CONCLUSIONES

Debido a la ausencia de disposiciones normativas que desarrollen la institución del *amicus curiae* en la ‘Corte’, y ante la falta de jurisprudencia que aclare el sentido dado a las expresiones de interés formuladas por los *amici*, únicamente podemos hacer conjeturas al respecto. De cualquier manera, aunque no es posible afirmar con rotundidad que sea un requisito de admisión de los escritos de *amicus*, tampoco parece ser una causa para rechazarlos. Al menos cuando se trata de la representación de intereses públicos y colectivos por parte de actores de la sociedad civil.

A la vista de lo anterior, cabe apuntar dos ideas. La primera de ellas es que la definición del *amicus curiae* utilizada en la Corte Penal Internacional es similar a la empleada en otros tribunales penales internacionales. Así, este tribunal deja a un lado la tradicional definición del *amicus curiae* como un observador neutral, sirviéndose del interés que tienen quienes conocen en profundidad una materia para decidir respecto de un asunto sobre el que carece de conocimientos especializados. En segundo lugar, y en relación con lo anterior, hay que subrayar que en este caso el concepto de interés se asocia a la pericia, a la experiencia. En este sentido, la sociedad civil ejerce, como viene siendo habitual en el Derecho Internacional Público en general, y en

el caso de la Corte Penal Internacional en particular, un rol de promoción y defensa del interés general y objetivo.

5. BIBLIOGRAFÍA

Benzing, M. (2006). Community interests in the procedure of international courts and tribunals. *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 5(3), 369-408.

Glasius, M. (2006). *The ICC: A Global Civil Society Achievement*. Routledge.

Gómez Orozco, J.A. (2016). *Diccionario jurídico aplicado*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Kendall, S., y Nouwen, S. (2013). Representational practices at the international criminal court: The gap between juridified and abstract victimhood. *Law and Contemporary Problems*, 76 (3&4), 235-262.

Kochevar, S. (2013). ‘Amici curiae in civil law jurisdictions’. *Yale Law Journal*, 122(6), 1653-1669.

Krislov, S. (1963). ‘The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy’, *The Yale Law Journal*, 72, 694–721.

McLauchlan, J. S. (2005). *Congressional participation as amicus curiae before the U.S. Supreme Court*. New York: LFB Scholarly Pub.

Menétrey, S. (2010). *L’amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural?*. Dollaz.

Pascual Vives, F.J. (2011). El desarrollo de la institución del *amicus curiae* en la jurisprudencia internacional. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 21, 1-37.

Sands, P. J y Mackenzie, R. (2009). International Courts and Tribunals, Amicus Curiae. In Wolfrum, R. (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press.

Schiff, B. (2008). *Building the International Criminal Court*. New York: CUP.

Van den Eynde, L. (2013). An Empirical look at the amicus curiae practice before the European Court of Human Rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 31, 271-313.

Wiik, A (2016). *Amicus Curiae before International Courts and Tribunals*. Hart Publishing.

Williams, S, Woodaver, H, Palmer, E. (2020). *The Amicus Curiae in International Criminal Justice*. Hart Publishing.

Instrumentos jurídicos internacionales

Consejo de Europa (CdE). Convención Europea de Derechos Humanos. Roma, 4 de noviembre de 1950.

Corte Penal Internacional (CPI). Estatuto de Roma. Roma, 17 de julio de 1998.

Organización de Estados Americanos (OEA). Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica. 7 al 22 de noviembre de 1969.

Jurisprudencia

CPI, Sala de Apelaciones. (2019). *Prosecutor vs. Situation in Afghanistan. Decision on the participation of amici curiae, the Office of Public Counsel for the Defence and the cross-border victims*. 24 de octubre (ICC-02/17 OA OA2 OA3 OA4).

CPI, Sala de Cuestiones Preliminares. (2018). *Prosecutor v. Situation in Bangladesh. Decision on the Request of Mr. Mohammed Hadi Zakerhossein for Leave to Submit Amicus Curiae Observations*. 7 de junio (ICC-RoC46 (3)-01/18-12).

CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II. (2014). *Prosecutor v. Bosco Ntaganda. Decision on the application by the Redress Trust to submit Amicus Curiae observations*. 18 de febrero (ICC-01/04-02-06-259).

CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. (2014). *Prosecutor v. Laurent Gbagbo. Decision on a Request for leave to submit Amicus Curiae observations*. 4 de junio (ICC-02/11-01/11-653).

CPI, Sala de Apelaciones. (2008). *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo. Decision on “Motion for Leave to File Proposed Amicus Curiae Submission of the International Criminal Bar Pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence”*. 22 de abril (ICC-01/04-01/06-1289).

CPI, Sala de Apelaciones. (2009). *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo. Decision on the application of 14 september 2009 for participation as an Amicus Curiae*. 9 de noviembre (ICC-01/05-01/08-602).

CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. (2009). *Prosecutor v. Situation in Darfur, Sudan. Decision on Application under Rule 103*. 4 de febrero (ICC-02/05-185).

CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. (2018). *Prosecutor v. Ruto. Decision on the ‘Request for leave to submit Amicus Curiae observations by the Inter Commission of Jurits (pursuant to rule 103 of the Rules)’*. 29 de mayo (ICC-RoC46(3)-01/18).

CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II. (2011). *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprao Kosgey and Joshua Arap Sang. Decision on the ‘Request for leave to submit Amicus Curiae observations pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence’*. 13 de junio (ICC-01/09-01/11-124).

CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II. (2011). *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigui Kenyatta and Mohammed Hussein Ali. Decision on the ‘Request by Ms. Moraa Gesicho to Appear as Amici Curiae’*. 12 abril (ICC-01/09-02/11).

CPI, Sala de Primera Instancia VI. (2014). *Prosecutor v. Bosco Ntaganda. Decision on the request by the Redress Trust and Avocats sans Frontières for leave to submit amicus curiae observations*. 24 de septiembre (ICC-01/04-02/06-377).

CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. (2006). *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylo. Request submitted pursuant to rule 103 (1) of the rules of procedure and evidence for leave to participate as Amicus Curiae in the article 61 confirmation proceedings (with confidential annex 2)*. 7 de septiembre (ICC-01/04-01/06-403).

CPI, Sala de Apelaciones. (2018). *Prosecutor v. Oman Hassan Ahmad Al Bashir. Order inviting expressions of interest as amici curiae in judicial proceedings (pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence)*. 29 de marzo (ICC-02/05-01/09-330).

CEDH (Corte Europea de Derechos Humanos). *Mosley v. The United Kingdom*. No. 48009/08. 10 de mayo de 2011.

CESL (Corte Especial para Sierra Leona). *Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Ibrahim Bazy Kamara y Santigie Borbor Kanu*, Caso n° SCSL-04-15-T, 20 de mayo de 2005.

TPIY (Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia). *The Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, “Order Inviting Designation of Amicus Curiae”, Case No. IT-99-37-PT, 31 de agosto de 2001.

TPIY. *The Prosecutor v. Momčilo Krajišvik*, “Decision on Momčilo Krajišvik’s Request to Self-Represent, on Counsel’s Motions in relation to appointment of *amicus curiae*, and the Prosecution Motion of 16 february 2007”, Case No. IT-00-39-A, 11 de mayo de 2007.

TPIR (Tribunal Penal Internacional para Ruanda). *The Prosecutor v. Yussuf*, “Decision on Request from the Republic of Rwanda for Permission to File an Amicus Curiae Brief”, Case No. ICTR-97-36-R11bis, 18 de julio de 2008.

Otros documentos

Código Federal de Procedimientos Civiles (2011). Enmendado el 30 de agosto de 2011. Diario Oficial de la Federación (DO). 24 de febrero de 1943 (Mex).

Corte Suprema de Justicia de Argentina (2004). Acordada No. 28/2004-CSJ, 20 de julio de 2004. [CXII-30. 4 55] B.O. 6 (Arg).

Corte Europea de Derechos Humanos. *Overview 1959-2019*. https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592019_ENG.pdf

Salas Extraordinarias de la Corte de Camboya. Information on Submission of Amicus Curiae Briefs to Supreme Court Chamber of the Extraordinary Chambers in the Court of Cambodia. 7 de marzo de 2011.

Tribunal Constitucional del Perú. (2004). Resolución Administrativa No. 095-2004-P/TC, Sept. 14, 2004, Art. 13-A (Perú).

Tribunal Especial para el Líbano. Practice Direction on Amicus Curiae submissions before the Special Tribunal for Lebanon, STL/PD/2012/05. 23 de febrero de 2012.

Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia. Information Concerning the Submission of Amicus Curiae Briefs under Rule 74. IT/122. 27 de marzo de 1997.

**BUROCRATIZAR PARA NO CORROMPER: EL IMPACTO
DE LOS ACTORES TRANSNACIONALES EN LAS MEDIDAS
ANTICORRUPCIÓN DE LA ESTRATEGIA NACIONAL PARA
COMBATIR LA CORRUPCIÓN Y BLANQUEO DE CAPITALS**

**BUROCRATIZE NOT TO CORRUPT: THE IMPACT OF TRANSNATIONAL
ACTORS ON THE ANTI-CORRUPTION MEASURES OF THE NATIONAL
STRATEGY TO COMBAT CORRUPTION AND MONEY LAUNDERING**

*Márcio Ricardo Staffen**

RESUMEN

La investigación presentada tiene como objetivo analizar el impacto de los actores transnacionales en las alteraciones de la burocracia estatal anticorrupción brasileña, a través de los lineamientos establecidos por la Estrategia Nacional de la Lucha Anticorrupción y Blanqueo de Capitales (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Ativos - ENCCLA). Con este fin, el texto comienza abordando el reclamo legal global para prevenir y combatir la corrupción que se extiende ampliamente, condicionando e influenciando, desde escenarios transnacionales, los

* Doctor en Derecho Público Comparado por la Università degli Studi di Perugia (Italia). Doctorado y Máster en Ciencias Jurídicas por la Universidad del Vale do Itajaí - UNIVALI. Pasantía Postdoctoral en Derecho Transnacional – Università degli Studi di Perugia (CAPES/PDE). Profesor en los cursos de Maestría y Doctorado en Ciencias Jurídicas - Universidad del Vale do Itajaí. Investigador visitante en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (Alemania). Doctor Honoris Causa de la Universidad Antonio Guillermo Urello (Perú). Profesor honorario de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Perú). Abogado (OAB/SC). Correo electrónico: marcio.staffen@gmail.com.

mecanismos estatales para la estandarización, regulación y acción burocrática. En este sentido, la evaluación de las acciones de la Estrategia Nacional para Combatir la Corrupción y Blanqueo de Capitales (ENCCLA), en el período 2010-2020, señala el impacto de los actores transnacionales en la burocratización de los instrumentos nacionales anticorrupción, destacando una mutación en la racionalidad de los comportamientos administrativos, legislativos y judiciales influyentes para prevenir y combatir la corrupción. Finalmente, se destaca el predominio de los expedientes burocráticos, de orientación transnacional, en relación con el discurso democrático y las percepciones sociales internas, que atribuyen a la burocracia el corazón de los actos de corrupción. Para el desarrollo de esta investigación, se utilizó el método inductivo, operado por las técnicas de conceptos operativos e investigación bibliográfica.

Palabras clave: Burocracia; Corrupción; Actores transnacionales; ENCCLA.

ABSTRACT

The research that is presented aims to analyze the impact of transnational actors in the alterations of the Brazilian anti-corruption state bureaucracy through the guidelines established by the National Strategy to Combat Corruption and Money Laundering (ENCCLA). To this end, the text begins by addressing the global legal claim to prevent and combat corruption that spreads widely, conditioning and influencing, from transnational scenarios, the state mechanisms for standardization, regulation and bureaucratic action. In this sense, the assessment of the actions of the National Strategy to Combat Corruption and Money Laundering (ENCCLA), in the period from 2010 to 2020, signals the impact of transnational actors in the bureaucratization of national anti-corruption instruments, highlighting a mutation in rationality administrative and influencing executive, legislative and judicial behaviors to prevent and combat corruption. Finally, the predominance of bureaucratic expedients, transnationally oriented, in relation to democratic discourse and domestic social perceptions, which attribute to the bureaucracy the heart of acts of corruption, stands out. For the development of this research, the

inductive method was used, operationalized by the techniques of operational concepts and bibliographic research.

Keywords: Bureaucracy; Corruption; Transnational Actors; ENCCLA.

- - -

1. INTRODUCCIÓN

Después de una serie de investigaciones civiles, penales y administrativas, denuncias y condenas por numerosos casos de corrupción, la sociedad brasileña eligió a la corrupción, como la principal fuente de miedo y preocupación social, superando los temores antiguos, como desempleo, violencia y acceso a los derechos sociales. A pesar de la dificultad semántica de circunscribir y clasificar los actos etiquetados como corrupción, para el setenta y tres por ciento de los brasileños entrevistados por CNI-Ibope, existe una asociación entre los actos de corrupción y la burocracia administrativa pública (Olivon, 2018). La Cámara de Comercio de los Estados Unidos y Brasil (AmCham) obtuvo un resultado similar cuando registró que el 75% de los entrevistados culpaba a la burocracia excesiva de la corrupción sistémica brasileña (Cultura, 2019).

A nivel transnacional, siguiendo los indicadores elegidos por Transparencia Internacional, Brasil, a pesar de los cambios políticos, las investigaciones criminales organizadas y el control por parte de la opinión pública, empeoró sus resultados en el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) (Transparencia, 2019). Desde el comienzo de la metodología actual, inaugurada en 2012, Brasil alcanzó su peor resultado en 2018, sumando solo 35 puntos, de un total de 100 puntos, situándose en la posición 105 en el ranking mundial, empatando con Egipto, Perú, Costa de Marfil, Zambia, Timor Oriental y Argelia. En 2019, Brasil, incluso con cambios políticos sustanciales, el enfriamiento de nuevos casos de corrupción bajo la llamada Operación Lava-Jato y la pequeña recuperación económica, retuvo solo 35 puntos en el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) (Transparencia, 2020).

Los escándalos en los últimos años, desde 2014, han llevado a la destitución del Presidente de la República, el arresto de otros dos ex presidentes de la República, la condena de los gobernadores de las provincias, el arresto de ministros, la remoción de diputados y senadores, el arresto del rector de la Universidad Federal, solicitud de investigación contra los Ministros del Supremo Tribunal Federal y el Ministerio Público Federal. Los empresarios previamente indexados en las listas de Forbes fueron arrestados, firmaron acuerdos de colaboración ganadores y provocaron el cierre de la Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA). Conglomerados industriales nacionales líderes a nivel mundial siguieron siendo responsables del comportamiento ilegal, desde el procesamiento de proteínas animales hasta la minería. Todos estos episodios, conectados o no, además de mejorar la percepción de corrupción en la vida social brasileña, produjeron el descrédito sistemático de las instituciones relevantes y el clamor por la purificación. Al mismo tiempo, a nivel mundial, la lucha contra la corrupción se ha convertido en un tema constante en escenarios transnacionales (Bratsis, 2017: 23).

En este sentido, esta investigación tiene como objetivo analizar en el intervalo de tiempo entre 2010 y 2020, las acciones producidas por la Estrategia Nacional para Combatir la Corrupción y Blanqueo de Capitales (ENCCLA), primero en el enfoque de las medidas de burocratización asociadas con la lucha contra la corrupción y, por otro lado, la relación de estas medidas con las influencias de los actores transnacionales y los mecanismos de gobernanza transnacionales.

La investigación en el proceso de presentación de informes se justifica por las circunstancias políticas, institucionales y legales experimentadas recientemente en Brasil, especialmente por la importancia de comprenderse los actos originarios de innovaciones en la regulación de determinadas conductas, hasta entonces exentas de intervención estatal y, de otro lado, por el innegable crecimiento en la lucha contra la corrupción como la pauta global de las reivindicaciones y cambios jurídicos.

Aumenta lo expuesto, la sobrevivencia del sentido común, según el cual, la causa principal de la corrupción en Brasil está enganchada con el exceso de burocracia estatal, que impone excesivas exigencias legales para,

posteriormente, ofrecer cambio de favores y facilidades proporcionalmente remuneradas y premiadas con comodidades.

En ese sentido, el objetivo trazado en Brasil para combatir la corrupción y el lavado de dinero, principalmente dentro de la Estrategia Nacional de Combate a la Corrupción y Blanqueo de Capitales (ENCCLA), desafía una circunstancia paradójica pues por un lado instrumentaliza mayor burocracia para reducir los casos de corrupción, cuando justamente para la mayoría de la población y de los políticos, la burocracia es la raíz de la cultura de la corrupción (OLIVON, 2018).

En lo que respecta a la metodología, se utilizó para el desarrollo de la presente investigación el método inductivo, operado por las técnicas de conceptos operacionales y de investigación bibliográfica, así como, análisis de informes oficiales y de indicadores transnacionales.

2. NOTAS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE BUROCRACIA Y CORRUPCIÓN EN BRASIL

La presencia pionera de la corona portuguesa sirvió como condición para imponer su forma idéntica de Estado. Una forma particular de Estado, típicamente portuguesa. En palabras de Raymundo Faoro, el poder del Estado portugués se institucionaliza a través de un tipo central de dominio: el patrimonialismo, un producto directo de la tradición de la metrópoli, esto es, porque siempre fue así. El patrimonialismo estatal, al apoyar la especulación económica, impulsada por las ganancias, en primer lugar, independientemente de si proviene de formas tradicionales, aventureras o de lotería, genera condiciones para el descubrimiento brasileño y su expropiación. En estos términos, prevalece la primacía de lo irracional, incluso si está instrumentalizado por técnicas racionales (Faoro, 2001: 819-820).

No se puede perder de vista la comprensión de las tierras y la riqueza brasileñas como una actividad comercial, tal vez una empresa capitalista. No es un capitalismo moderno, racional e industrializado, sino particularmente un capitalismo político. Es decir, como Rubens Goyatá Campante, “interviene, planifica y dirige la economía tanto como sea posible, en

vista de los intereses particulares del grupo que la controla, el estamento” (Campante, 2003: 153). Por lo tanto, se promueve en un espacio de fluidez y volatilidad de las reglas del juego. Entre el descubrimiento y el fin del gobierno de Vargas, el desarrollo histórico nacional vive de la persistencia prolongada de la estructura patrimonial, heroicamente resistente a la experiencia capitalista plena, con ella, las matrices de la modernidad. En este escenario, hay un predominio, en la cúspide de la pirámide de poder, del cuerpo administrativo, el estamento, que se burocratiza gradualmente, sobre la base de la aristocracia, primero a través del alojamiento, luego a través de la estructura. Toda esta construcción, diseñada improvisando la práctica, por la conveniencia de disfrutar de las riquezas, las concesiones y las posiciones, alimenta constantemente la confusión entre los espacios públicos y las áreas privadas. Por lo tanto, en estos términos, debe verse una amplia distancia de las bases clásicas del Estado moderno, es decir, la distinción pública y privada.

Sin embargo, la adopción brasileña de preceptos burocráticos. Es decir, el sistema burocrático implementado en Brasil lidera y mantiene el aspecto formalista del Estado, notablemente pulsante. El paradigma burocrático nacional es una adaptación para mantener los fundamentos, especialmente con respecto al predominio exclusivo de la técnica, solo la técnica. La teoría construida para el funcionamiento del gobierno y la administración pública (*Berufsbeamtentum*), con carácter neutral, se convirtió en la colonia y, más tarde, en el Imperio y la República como una faceta del estado político (*Beamtenstand*) (Faoro, 2001: 825).

Este cruce que encarna el estado burocrático, por el trabajo de Raymundo Faoro, (2001: 826) comanda a los civiles y los militares, dirige la economía, las finanzas y la política en base a los mismos supuestos, creyendo que todas las actividades provienen del Estado, por lo tanto, en sujeción a él. No es casualidad que el estado estatal favorezca la desigualdad y el particularismo, cuya forma de vida se guía por la exclusividad. Además, la burocracia se presta principalmente a la creación de posiciones, que permiten un poderoso instrumento de diferenciación social, pero que no circula de abajo hacia arriba. Como consecuencia, el sistema legal y jurisprudencial “generalmente expresa y transmite poder y privilegios

privados, en detrimento de la universalidad y la igualdad legal-formal” (Campante, 2003: 153).

Con esto, el “jefe gobierna el patrimonio y la máquina que regula las relaciones sociales, vinculadas a él” (Faoro, 2001: 827). El imperio impuesto, cuyo predominio y liderazgo proviene de la apreciación de los intereses del Estado, capaz de dirigir y condicionar a la sociedad, productor legítimo de normas y, en el futuro de las Constituciones, crea textos semánticos diferentes de la realidad nacional. Lamentablemente, esta connotación política no se pierde. A los ojos del Estado, en términos generales, los problemas prácticos se resolverán fácilmente con reglas generales y abstractas, aprobadas y publicadas al instante (Staffen, 2015: 67). Una política que prevalece y una política estatal burocrática, superior y autónoma. No es casualidad que esté presente, y que actualmente, “o solo el titular impone su decisión política fundamental a la comunidad, es decir, es una fecha de años que son los receptores del poder” (Faoro, 2001: 829). En términos existenciales, no hay desigualdad acumulada incorporada en los diferenciales, no en la exclusividad social y el consumo. Reconociendo, por lo tanto, o el monopolio del poder político y blindado de dos individuos. Por tanto:

El establecimiento burocrático desarrolla comportamientos típicos antes del cambio interno y no se ajusta al orden internacional. Girando es su propia órbita, sin atraer, para lograr fusionar, el elemento inferior, que viene de todas las clases. En lugar de integrar, comando; Yo no conduzco, pero gobierno. Incorpora las generaciones necesarias a su servicio, orientando pedagógica y autoritariamente las reservas para sus cuadros, cooptándolos, como su marca tradicional. Un brasileño que se destacó por su colaboración con el aparato estatal, no tiene una empresa privada, no tiene éxito, en los negocios, no contribuye a la cultura, sino una nueva ética confuciana del servidor, una carrera administrativa y un plan de estudios aprobado de arriba a abajo. (Faoro, 2001: 831-832)

El Estado, a su turno, mantiene al pueblo en una constante dependencia y aletargamiento controlado. Como consecuencia, apropiándose del discurso de Joaquim Nabuco, el paradigma brasileño de

Estado es una construcción en el vacío, cuyas bases son tesis, no hechos; el material, ideas, y no individuos; la situación, el mundo y no el país; Los habitantes, las futuras generaciones y no las presentes (Faoro, 2001). Cabe resaltar que la construcción del Estado brasileño, no encaja perfectamente con la modernidad, que se mueve en caracteres confusos y mixtos, pero que se mantiene fiel a las estaciones, persiste en alimentar una compleja máquina unificadora y centralizadora a nivel nacional. Así, eliminando cada vez más el elemento humano. Utilizando el modelo de soberanía absoluta. Manipulando el texto constitucional y la actividad jurisdiccional a través de reformas constantes. Subvierte la burocracia por la técnica.

La combinación de todos los elementos en un Estado de modernidad tardía, con exclusiones sociales complejas y crónicas, hace que la percepción de corrupción esté incrustada en la existencia de la burocracia. En este sentido, la noción de burocracia que surge de Max Weber se convierte en un instrumento para apoyar modelos de corrupción sistémica. No es casualidad, la máxima de que la burocracia y la corrupción, en Brasil, constituyen un mercado de favores y, por lo tanto, la reducción de la burocracia ofrece un escenario de posibilidades reducidas de corrupción (La burocracia, 2020).

3. MODELO BRASILEÑO ANTICORRUPCIÓN Y ASPECTOS NORMATIVOS TRANSNACIONALES

La autonomía legislativa nacional en asuntos políticos, sociales, económicos y también legales está cada vez más limitada por las interdependencias políticas, económicas y de gobernanza entre los Estados y la regulación a nivel mundial. Esto se ha vuelto particularmente relevante desde los episodios políticos, económicos y sociales de los últimos treinta años. La disminución de la autonomía nacional, vista a veces como el “fin del Estado”, dio lugar a presiones políticas, institucionales y legales sobre la producción normativa dentro de cada Estado, con flujos exógenos y endógenos trabajando simultáneamente (Staffen, 2019: 169-193).

Al mismo tiempo, el fenómeno de la globalización legal, la implementación progresiva de prácticas de gobernanza y el uso de diversos indicadores, clasificaciones, índices y observatorios ha producido una

combinación de autonomía política limitada a nivel nacional y una toma de decisiones cada vez más ejecutiva sobre regímenes especializados a nivel transnacional, poniendo en riesgo los fundamentos clásicos de la deliberación política, la democracia y las fuentes del derecho, mientras que la esfera nacional sigue siendo muy porosa para las demandas y exigencias transnacionales/globales.

El caso brasileño de prevenir y combatir la corrupción, asociado con la promoción de prácticas de transparencia, ha sido durante mucho tiempo un reflejo de las presiones transnacionales que se superponen con las resistencias y divergencias articuladas internamente (Staffen; Oliviero, 2015: 71). Los conflictos resultantes de esta tensión política, institucional, legal y social pueden verse en la polarización de la política nacional en su conjunto y, en consecuencia, en la actividad legislativa. Como los cambios políticos significativos a nivel nacional no parecen viables ya que la acción legislativa, según la percepción popular, la acción política se asocia cada vez más con los actores transnacionales y su autoridad emana de los indicadores producidos por ellos.

Si, en Brasil, la lucha contra la corrupción se restringió a los tipos criminales consagrados en el Código Penal y a actos de irregularidad administrativa, en la última década, tuvo un verdadero punto de inflexión para correlacionar las prácticas corruptas con la lucha contra el terrorismo, con financiamiento electoral, con lavado de activos financieros, con tráfico de drogas, con inteligencia financiera y seguimiento de prácticas bancarias, y con inversiones y defensa de integridad en conductas de competencia económica.

En este sentido, en el momento en que la ascendencia sustancial de los indicadores y otros medios de gobernanza llenaron espacios y reubicaron modelos tradicionales a nivel internacional, esencialmente debido a su naturaleza especializada y comparativa; en el escenario nacional, especialmente en la producción legislativa, ganó relevancia a través de un accesorio conveniente a los contratos internacionales y por incredulidad popular con la política y especialmente con los políticos.

Desde la fragilidad de los actores nacionales tradicionales, los espacios de debilidad comienzan a ser ocupados, especialmente después de la

Segunda Guerra Mundial, por intereses transnacionales constituidos a través de nuevas instituciones, difíciles de caracterizar a la luz del glosario político-legal moderno. La tradicional homogeneidad en el pensamiento político-legal, basado en el Estado, se había perdido. Los actos de globalización del sistema legal proporcionan instrumentos para el establecimiento de canales para abrir e introducir los preceptos normativos establecidos por múltiples agentes de naturaleza pública y/o privada que, además de su contribución a la producción de la norma, frente al poder que concentran, ejercen poderes de control y corrección, junto con el reemplazo de las funciones burocráticas estatales. Exactamente debido al tamaño de este poder, las proposiciones de modelos legales son esenciales para su presentación.

Este diagnóstico representa el agotamiento del Estado y las instituciones internacionales de naturaleza monista-dualista (Von Bogdandy, 2014: 1005), como Philip Jessup había predicho, pero con engranajes mucho más consistentes que los pronosticados a mediados de 1950 (Jessup, 1956: 136). Los aspectos del Derecho (nacional, internacional y global) se articulan ya sea en múltiples niveles, gobiernos, administraciones locales, instituciones intergubernamentales, tribunales ultra estatales y nacionales, redes, organismos híbridos (público-privados), organizaciones no gubernamentales e individuos.

Además, hay un aumento progresivo de organizaciones privadas en el tratamiento de problemas globales, con gestión regulatoria y reguladora, en las más diversas áreas de impacto y competencia material. Como consecuencia, hay un cambio efectivo en las funciones de la legislatura nacional. Tanto los ejes de presión como las fuentes normativas han pasado por la globalización legal y del transnacionalismo por una amplia extensión, hasta cierto punto, inevitable y sin restricciones. Hay un sangrado en el paradigma tradicional del orden legal. Los agentes transnacionales lanzan instrumentos legales convincentes que afectan directamente a la máquina del estado y a las personas, en los que se instrumentaliza el debido proceso legislativo, instalando un panorama complejo y ambiguo. Ambiguo debido a la producción normativa sobre bases contractuales, mezclando lo público y lo privado en la circulación de modelos legales.

Como resultado, la práctica de producción y el uso de indicadores en la gobernanza global se expanden constantemente y se vuelven más sofisticados. Por un lado, los actores transnacionales, como las agencias de calificación de riesgo; agencias públicas de desarrollo internacional, como el Banco Mundial y las Naciones Unidas; agencias gubernamentales de ayuda, como *Millennium Challenge Corporation*, compañías globales e inversores; Los organismos interesados en evaluar o hacer cumplir las normas legales existentes, como los organismos de supervisión de los tratados de derechos humanos, las ONG y diversas comunidades científicas o especializadas, principalmente en el campo de la ciencia política, utilizan y promueven sistemáticamente métricas especializadas de comparación y desempeño (Davis; Kingsbury; Merry, 2012: 03).

Por otro lado, la publicación y circulación global de indicadores, clasificaciones, índices y similares también se infiltra en temas y demandas nacionales/locales. Ya sea por el afán de promover comparaciones, imposiciones resultantes de contratos de inversión y/o el deseo de una mayor legitimidad de las decisiones producidas, el uso de indicadores transnacionales/globales avanza en el territorio hasta ahora controlado por la política soberana y la burocracia de los Estados.

En este sentido, el uso de indicadores de gobernanza, a pesar de su génesis transnacional con mayor frecuencia y densidad, condiciona los expedientes nacionales desde el exterior; a distancia, pero con ingenio. El control de la corrupción y el “Estado de Derecho”, producido por el Banco Mundial; los indicadores de los Objetivos de Desarrollo del Milenio bajo los auspicios de las Naciones Unidas; el Índice de percepción de corrupción desarrollado por Transparencia Internacional; el índice de Desarrollo Humano (IDH) producido por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); los indicadores de Trata de Personas publicados por el Departamento de Estado de los Estados Unidos; el ranking PISA de logros académicos realizado por la Organización para la Cooperación para el Desarrollo Económico (OCDE) y varios indicadores producidos por consultores especializados en asesorar a los inversores sobre riesgos políticos, pueden enumerarse como ejemplos de esta nueva tendencia (Davis; Kingsbury; Merry, 2012: 03-04).

La creciente producción y uso de indicadores en la gobernanza global tiene el potencial de cambiar las formas, el ejercicio y quizás incluso la distribución del poder en ciertas esferas de la gobernanza global. En general, el uso de indicadores de gobernanza indica el grado de especialización alcanzado a nivel mundial (Darnaculleta i Gardella, 2005: 63). Al mismo tiempo, avanza en su capacidad de penetrar en el ejercicio de políticas públicas, inversiones, procesos legislativos, acciones judiciales y organización social, así como en los asuntos internos de cada Estado.

Por lo tanto, la circulación y el uso de indicadores no están perfectamente delimitados entre lo nacional, lo internacional y lo global. Ya sea para la evaluación de los impactos transnacionales, como para las influencias nacionales, los mecanismos carecen de iluminación diferente del centrado en el Estado o el monismo/dualismo. Los mecanismos guiados por el derecho internacional, en igual medida, siguen siendo topográficamente confusos, dada la multiplicación de las normas internacionales informales, ya que muchas normas internacionales recientemente editadas no están configuradas como tratados formales (Pauwelyn, 2012: 13). Los indicadores de gobernanza global son globales en relación con el ente responsable de su producción y por la comparación que producen, pero se mueven a través de espacios nacionales para condicionar las demandas locales sin dejar de ser globales.

Como diagnostica Saskia Sassen (2015: 488-493), el momento actual de autoridad y ley está marcado por la yuxtaposición de territorios y poderes que se mueven rápidamente gracias al dominio y la producción de información. Para evitar las llamadas “fracturas en la regulación”, las políticas regulatorias nacionales buscan evitar la etiqueta de incumplimiento normativo, el vacío legislativo y/o la no conformidad de las normas con la provisión de mecanismos alineados con las demandas de los actores nacionales y globales, de modo que lo local, mientras se orienta hacia lo global, es un punto elemental para dar funcionamiento a eso (el global).

Ante este escenario de yuxtaposición y penetración en los asuntos nacionales, especialmente en la actividad legal, la invocación de los indicadores de gobernanza global debe ir acompañada de preguntas más allá del juicio de conveniencia y oportunidad. Siguiendo la propuesta de Davis

Kevin, Benedict Kingsbury (2012: 04), el uso de indicadores en los procesos nacionales implica saber: ¿qué procesos sociales implican la creación y el uso de indicadores? ¿Cómo influyen las condiciones de producción en los tipos de conocimiento? ¿Cambian la naturaleza de la definición estándar y la toma de decisiones? ¿Cómo afecta esto la distribución del poder entre quienes gobiernan y quienes son gobernados? ¿Cuál es la naturaleza de las respuestas a los ejercicios de poder a través de indicadores, incluidas las formas de contestación e intentos de regular la producción o el uso de indicadores?

Considerando las particularidades de cada régimen democrático nacional y sus procedimientos para la actividad legislativa y, en otro punto, las especificidades de los indicadores de gobernanza global, a saber: simplificación de datos sin procesar y el complejo social; comparación con otras normas y entidades; marco temporal sobre datos y hechos y; para la autoridad científico-técnica de los responsables de su producción, es necesario filtrar la adopción y medir el grado de uso de los indicadores.

La mera validación y/o referencia a indicadores en el contexto de la actividad legislativa permite la encapsulación de cuestiones políticas, institucionales y legales delicadas. Aunque, tradicionalmente, cada indicador recibe una nomenclatura en línea con su síntesis de datos o intención de clasificación, esto por sí solo no justifica su uso. En este sentido, debe considerarse que la corrupción y la transparencia están incorporadas en la lógica de la medición estadística.

Como consecuencia, el modelo diseñado en Brasil para combatir la corrupción, sustancialmente, dada la crisis de legitimidad política y la desconfianza popular generalizada, es la causa de actores transnacionales y tendencias normativas que escapan de las fuentes normativas proporcionadas constitucionalmente. Ya sea por atributos de autoridad o por uso ideológico, las interferencias transnacionales son recurrentes en las propuestas legislativas, actos ejecutivos y/o decisiones

Sin embargo, en términos de gestión ejecutiva/burocrática, el modelo brasileño de lucha contra la corrupción, especialmente dentro del alcance de la Estrategia Nacional para Combatir la Corrupción y Blanqueo de Capitales (ENCCLA), adquiere tonos distintos y paradójicos. Aparece con distinción

ya que opta por directivas además de la actividad legislativa. Muestra signos de paradoja, porque en un contexto que exige la minimización de la burocracia, ENCCLA, induce la burocratización de múltiples recursos. Así, ambas situaciones encuentran convergencia en el uso de aspectos normativos transnacionales para justificar las medidas adoptadas.

4. ENCCLA: MÁS BUROCRACIA, MENOS CORRUPCIÓN

Creada en 2003, la Estrategia Nacional para Combatir la Corrupción y Blanqueo de Capitales (ENCCLA), se presenta como una red de articulación para la discusión, propuesta y formulación de políticas públicas con un enfoque en los respectivos tipos criminales mencionados anteriormente. En su composición, ENCCLA está compuesta por órganos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, a nivel federal, estatal y, excepcionalmente, municipal. El Ministerio Público también tiene una posición prominente.

Según lo extraído del sitio web de ENCCLA, su trabajo se centra en la preparación anual de Acciones. Una vez que se eligen las acciones, se forman grupos de trabajo temáticos con la participación de entidades invitadas que preparan estudios y diagnósticos jurídico-normativos y composición de la base de datos, preparan propuestas legislativas, investigan el estado del arte de los sistemas de registro, preguntan sobre las necesidades y promueven soluciones en tecnología de la información, buscar eficiencia en la generación de estadísticas y organizar eventos centrados en la evolución de los temas a través de debates (Quem somos – ENCCLA, 2020).

Sin embargo, se llama la atención sobre el hecho de que ENCCLA registra expresamente su competencia/función para, en el escenario mundial, cumplir con las recomendaciones internacionales. Por lo tanto, para los propósitos de este estudio, la posición de ENCCLA se presenta como nuclear y protagonista, especialmente porque constituye canales para el diálogo y la penetración de indicadores y aspectos normativos transnacionales en el modelo anticorrupción brasileño.

A su vez, la introducción de la responsabilidad de cumplir con las recomendaciones internacionales de ENCCLA se construye y consolida a lo largo de su existencia. En su primera década (2003-2013), ENCCLA dedicó principalmente sus energías y debates a prevenir la corrupción

y el blanqueo de capitales como resultado del narcotráfico y el crimen organizado, el financiamiento del terrorismo y, con el anuncio de la Copa de las Confederaciones - FIFA (2013), la Copa Mundial de la FIFA (2014) y los Juegos Olímpicos y Paralímpicos (2016) de medios para controlar las mega inversiones. Sin embargo, tales nichos de acción fueron secundarios a las preocupaciones sobre el crimen tradicional de corrupción en todo el país.

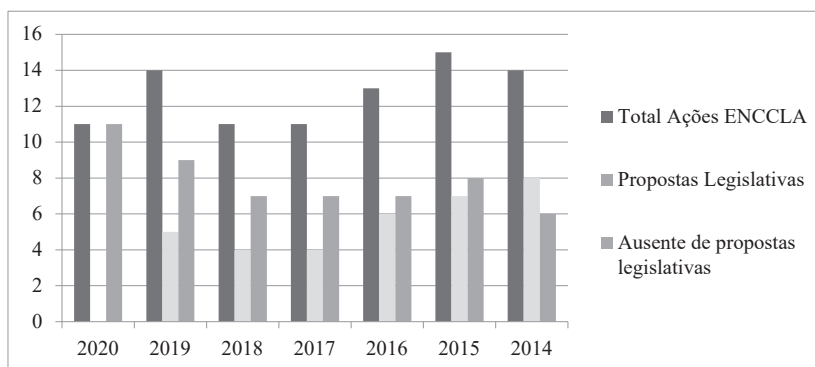
Fue entre 2013 y 2014, con todos los eventos de la crisis política nacional y con las manifestaciones populares no satisfechas con la corrupción sistémica atribuida a la clase política, que ENCCLA adquirió un nuevo perfil, desafiando nuevos horizontes. Si antes, los ojos estaban puestos en la conducta criminal y anti-legal, el enfoque se centró en la acción ejecutiva en las transacciones financieras, la evolución de los estándares de transparencia, integridad y responsabilidad y, para la estandarización de los procedimientos burocráticos a nivel transnacional, según el análisis del Informe “Compilación de las acciones de ENCCLA 2010 a 2020” (2020).

De manera complementaria, ENCCLA, en los últimos seis años, ha avanzado en su desempeño transnacional, ya sea mediante la adopción de directrices, indicadores e informes de actores transnacionales (Transparencia Internacional, GAFI, OCDE, Comité de Basilea, Alianza de Integridad), ya sea a través de la canalización de recomendaciones del Consejo de Seguridad de la ONU o del MERCOSUR, ya sea a través del ejercicio concreto de representación nacional en el G20. En comparación, en el mismo período, solo se mencionó a un parlamentario legítimamente elegido como autor de la Acción propuesta. Como ejemplo, de las 11 Acciones propuestas para el año 2020, 4 de ellas se refieren a posiciones del GAFI (Ações 2020, 2020), lo que indica el ascenso de la autoridad transnacional frente a instituciones nacionales

Dentro del período de tiempo respectivo, ENCCLA relegó en el fondo los diálogos con el Legislativo para proponer innovaciones legales para sostener progresivamente su desempeño en medidas ejecutivas, que escapen al proceso legislativo ordinario. Por lo tanto, bajo la creencia de que la inercia legislativa reside en el sentido común, ENCCLA se está reposicionando para interferir directamente en los organismos burocráticos y de supervisión, sin apuntar a las innovaciones legislativas.

Entre 2010 y 2020, de las 154 acciones elegidas, ejecutadas o en desarrollo, 85 de las acciones no dieron lugar a propuestas legislativas. Solo 69 acciones mencionaron explícitamente la necesidad de innovación o mutación legislativo (Informe, 2020). Sin embargo, de las 11 acciones planificadas para el año fiscal 2020, ninguna de ellas menciona la necesidad de una propuesta legislativa. Como se muestra en el gráfico a continuación, hay una reducción significativa en las propuestas legislativas resultantes de las acciones de ENCCLA, en el período comprendido entre 2014 y 2020, a pesar del mantenimiento del número promedio de Acciones.

Figura 1
Acciones ENCCLA (2014-2020).



Fuente: ENCCLA (2020)

En el mismo sentido, además del cambio formal de estrategias, ENCCLA, en los últimos cinco años, ha tratado de cambiar sustancialmente su agenda de propuestas y temas de intervención. Si, en su origen, los temas se asociaron centralmente con el crimen organizado, el período de cinco años anterior muestra especial atención a la estandarización procesal de los procedimientos de transparencia, integridad, rendición de cuentas con vistas al sistema financiero y la circulación de activos.

En ese período, ENCCLA, se comporta repetidamente como un lugar para la instrumentalización e internalización de las Recomendaciones

del GAFI, refiriéndose repetidamente al compromiso de Brasil con las 40 Recomendaciones del GAFI, incluyendo, con mayor incidencia en comparación con los proyectos de ley en curso en la Cámara de Diputados en el mismo período cronológico (Staffen, 2019: 177).

Con este fin, el Plan para la Prevención del Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo (PLD/FT) se ha convertido en un punto de partida para múltiples y variadas estrategias de estandarización, control y reporte de prácticas que involucran actividades financieras. En común, todas las estrategias afirman el aumento de los procedimientos burocráticos, reflejados transnacionalmente, bajo el argumento de reducir las posibilidades de corrupción.

No es casualidad que el sistema bancario nacional tenga un lugar destacado en la expansión de los procedimientos burocráticos estandarizados, incluidos los espacios y los actores transnacionales. Además de las referencias claras a las Recomendaciones del GAFI, destacan las referencias a Transparencia Internacional, el Comité de Basilea, el FBI, la OCDE, el Consejo de Seguridad de la ONU, la Alianza de Integridad y el MERCOSUR, lo que confirma la hipótesis de que buscando argumentos de autoridad externos a las instituciones nacionales (Staffen, 2018: 111).

Además, de las 89 Acciones propuestas por ENCCLA entre 2014 y 2020, en solo 13 Acciones no hay referencia a entidades financieras, económicas y/o fiscales¹ en el personal, destacando que de este número, dos ocurrencias se clasifican como “temas transversales”, y estos números han disminuido desde 2014 y, con la plena participación de las instituciones financieras, de naturaleza económica y/o fiscal en todas las Acciones que figuran en 2018 y 2019.

El papel de ENCCLA en términos de burocratización y estandarización de procedimientos a la luz de las prácticas transnacionales, con miras al

¹ Fueron considerados para tal levantamiento los siguientes entes: Receita Federal do Brasil, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Comissão de Valores Mobiliários, Banco Central do Brasil, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Banco de Desenvolvimento Econômico e Social, Unidade de Inteligência Financeira, Conselho de Controle de Atividades Financeiras e Federação Brasileira dos Bancos.

sistema financiero nacional, además de los datos ya destacados, es evidente, por ejemplo, en la Acción n. 07/2018, aprobado en noviembre de 2017, cuyo contenido dice lo siguiente: “Implementar medidas para restringir y controlar el uso de efectivo”. Circular BCB no. 3.839/2017, Resolución BCB no. 4.648 / 2018 e Instrucción Normativa RFB no. 1.761/2017. En el mismo sentido, Acción n. 09/2018. Ambos, en su afán de luchar contra la corrupción, aumentaron el número de prácticas burocráticas en el sistema financiero nacional.

En campos similares, ENCCLA desde 2016, intenta invocar por sí mismo al regular las criptomonedas, monedas virtuales y similares, desafiando así los campos de acción del Legislativo y del Ejecutivo, también del Banco Central, buscando converger con modelos extranjeros y bajo las recomendaciones del GAFI.

En pocas palabras, ENCCLA durante la última década se ha reconfigurado para asimilar nuevas funciones que pueden tipificarse según lo previsto, con el propósito de combatir la corrupción, para aumentar los procedimientos burocráticos nacionales, desde criterios transnacionales, eligiendo como el receptor final sistema financiero nacional. Por lo tanto, además de la paradoja entre el sentido común, que ve la burocracia como la causa de la corrupción, y la técnica, que defiende la burocracia como una condición para combatir la corrupción, hay otras dos situaciones controvertidas en el comportamiento institucional de ENCCLA, a saber: primero, la referencia constante a la lucha contra el terrorismo en un estado sin tales grupos; segundo, el establecimiento de estándares burocráticos para transacciones financieras/bancarias en un sector mayoritariamente nacional.²

Debido a este *modus operandi*, el desempeño de ENCCLA, en este sentido, materializa las críticas a Peter Bratsis, por quien la lucha contra la corrupción, puede entenderse como una táctica del capital transnacional para frenar la burocracia doméstica a los anhelos transnacionales, en momentos en que la estandarización global de los procedimientos garantiza espacios para operaciones globales, con una mayor previsibilidad de riesgos

² Recordemos que dos de los mayores bancos de Brasil, en activos, apenas uno es de capital extranjero.

y beneficios (Bratsis: 2017: 24)

Por lo tanto, el desempeño de ENCCLA, a pesar de su mimetismo institucional y su peculiar naturaleza jurídica, desafía condiciones más precisas de transparencia en relación con su significado y función, su ser y su deber, y no puede sintetizarse en transparencia como ausencia de corrupción. Es evidente que las acciones resultantes de ENCCLA tienen sus méritos, especialmente en momentos de debilidad institucional, sin embargo, merecen moderación ante el orden jurídico-político nacional. La presencia y la fuerza de los aspectos normativos transnacionales no deben poner a los modelos constitucionales locales en vassallaje o permitir nuevos canales de colonización. El uso de indicadores, recomendaciones y acciones, tales como la idea del derecho público necesita especificar, en las sociedades democráticas, las condiciones y el ejercicio de dicho poder (Von Bogdandy; Goldmann, 2012: 53).

5. CONSIDERACIONES FINALES

A partir de los argumentos presentados y los datos empíricos proyectados, se confirma la tesis de que la lucha transnacional contra la corrupción se ha convertido en la nueva normalidad en los espacios legales, políticos e institucionales nacionales. El espacio normativo de cada estado-nación no puede permanecer hermético por la influencia de argumentos y actores transnacionales/globales. En otras palabras, las líneas de demarcación entre lo local, lo nacional, lo internacional, lo supranacional, lo transnacional y lo global se volvieron vulnerables, porosas y permeables frente a la dinámica provocada por las múltiples caras de la globalización y la internacionalización de fenómenos previamente cerrados y visto como problemas domésticos.

Sin embargo, la validación de recomendaciones, indicadores y similares solo por deferencia a las autoridades transnacionales o como un instrumento ideológico, tiende a vaciar y comprometer el proceso legislativo y, sobre todo, el resultado normativo producido. Los indicadores pueden ayudar con el Estado de derecho democrático, pero no deben adoptarse como un argumento o ideología listos para usar que justifiquen todo. Hay

que tener en cuenta el proceso democrático desde bajo.

Según Alberto Vannucci (2017: 251), una movilización popular desde abajo puede considerarse como la estrategia anticorrupción potencialmente más efectiva para abordar el equilibrio de la corrupción sistémica, aumentando la responsabilidad de los políticos ante las expectativas sociales, con respecto a una fuerte integridad en la esfera pública.

La crisis en el desempeño institucional de ENCCLA, ya que, debido a la imitación que eligió para sí mismo, prefiere ser guiado como una rama para la internalización de las agendas extranjeras, sin un filtrado adecuado con los dictados del Estado Democrático del Derecho brasileño. Las paradojas antes mencionadas, infla la lucha contra la corrupción contra las aspiraciones nacionales, incluso reemplazando prioridades, como en los casos de financiamiento del terrorismo y la normalización de las monedas virtuales.

En el caso de las normas de procedimiento sobre transacciones financieras y sobre el sistema financiero nacional, las acciones de ENCCLA no solo crean un nuevo conjunto de burocracias, sino que también avanzan a través de los sectores institucionales del Legislativo, Ejecutivo y del Banco Central de Brasil. Al hacerlo, ENCCLA da una nueva forma a la lucha contra la corrupción, utilizando este discurso para forzar la apertura del sector bancario brasileño a los actores transnacionales. Con esto, ENCCLA hace que la lucha contra la corrupción sea un medio para aumentar la receptividad de los actores transnacionales, a pesar de la falta de opacidad en este comportamiento. También debe existir medios cualificados de transparencia.

Finalmente, el uso de procedimientos de burocratización para combatir la corrupción no es una condición de éxito total, por el contrario, puede generar nuevos ciclos de corrupción y oscuridad en la gestión de los asuntos públicos, especialmente en un Estado donde la idea de la burocracia no se ha mantenido necesariamente a adherirse a los postulados de Weber. Por otro lado, la corrupción no puede abordarse de forma periférica a los pilares del estado de derecho o mediante la manipulación selectiva de discursos y prácticas, incluso si elige argumentos de la autoridad transnacional.

6. REFERENCIAS

AÇÕES 2020 (2020). Disponible en: <http://enccla.camara.leg.br/acoes>. Consultado en 10 fev. 2020.

BRATSIIS, Peter (2017). A corrupção política na era do capitalismo transnacional. *Revista Crítica Marxista*, Campinas, n. 44.

CAMPANTE, Rubens Goyatá (2003). O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira. *Revista Dados*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 01.

CULTURA da burocracia (2019). Disponible en: <http://www.fiesp.com.br/sietex/noticias/excesso-de-burocracia-e-o-que-mais-contribui-para-a-corrupcao-diz-pesquisa/>. Consultado en: 10 dez. 2019.

DARNACULLETA I GARDELLA, Maria Mercè (2005). *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*. Madrid: Marcial Pons.

DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle (2012). *Introduction: global governance by indicator*. DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. *Governance by indicators*. Global power through qualification and rankings. Oxford: Oxford University Press.

EXCESSO de burocracia facilita a corrupção, diz Carmen Lucia (2020). *Correio Braziliense*. Disponible en: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2018/05/22/interna_politica,682445/excesso-de-burocracia-facilita-a-corrupcao-diz-carmen-lucia.shtml. Consultado en 22 fev. 2020.

FAORO, Raymundo (2001). *Os donos do poder*. Formação do patronato político brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Globo.

JESSUP, Philip (1956). *Transnational law*. New Haven: Yale University Press.

OLIVON, Beatriz (2018). Para brasileiros, burocracia aumenta preços e corrupção. *Revista Exame*. Disponible en <https://exame.abril.com.br/economia/para-brasileiros-burocracia-aumenta-precos-e-corrupcao/>.

Consultado en 10 jan. 2018.

PAUWELYN, Joost (2012). *Informal international lawmaking: framing the concep and research questions*. PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses; WOUTERS, Jan. *Informal international lawmaking*. Oxford: Oxford University Press.

QUEM SOMOS. ENCCLA - Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (2020). Disponible en: <http://enccla.camara.leg.br/quem-somos>. Consultado en 25 fev. 2020.

RELATÓRIO COMPILAÇÃO DAS AÇÕES DA ENCCLA 2010 A 2020 (2020). Disponible en: <http://enccla.camara.leg.br/acoes/historico-acoes-enccla> Consultado en 01 fev. 2020.

SASSEN, Saskia (2015). *Territorio, autoridad y derechos*. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz.

STAFFEN, Márcio Ricardo (2015). *Estado, constituição e juizados especiais federais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

STAFFEN, Márcio Ricardo (2019). Legislar por indicadores: a iniciativa legislativa brasileira anticorrupção conforme a influência de atores transnacionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 169-193, jan./mar. 219.

STAFFEN, Márcio Ricardo (2018). Superlegality, global law and the transnational corruption combat. *Revista Brasileira de Direito*, v. 14, n. 1, p. 111-130, abr. 2018.

STAFFEN, Márcio Ricardo; OLIVIERO, Maurizio (2015). Transparência enquanto pretensão jurídica global. *A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 15, n. 61, jul-out. 2015, p. 71-91.

TRANSPARÊNCIA Internacional (2019). Índice de Percepção da Corrupção. Brasil. 2018. Disponible en: <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/>. Consultado en 21 dez. 2019.

TRANSPARÊNCIA Internacional (2020). Índice de Percepção da Corrupção. Brasil. 2019. Disponible en: <https://ipc2019.transparenciainternacional.org.br/>

br/. Consultado en 23 fev. 2020.

VANNUCCI, Alberto (2017). Challenges in the study of corruption: approaches and policy implications. *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 1, p. 251-281, mar. 2017.

VON BOGDANDY, Armin (2014). Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford: v 12, n 4, out. 2014.

VON BOGDANDY, Armin; GOLDMANN, Mathias (2012). *Taming and framing indicators: a legal reconstruction of the OECD's Programme for International Student Assessment (PISA)*.

DAVIS, Kevin E; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. *Governance by indicators*. Global power through qualification and rankings. Oxford: Oxford University Press.

LA RECEPCIÓN Y JERARQUÍA DE LOS TRATADOS EN EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS AMERICANOS

THE RECEPTION AND HIERARCHY OF TREATIES IN THE INTERNAL LAW
OF AMERICAN STATES

*Jorge Luis Silva González, Yesenia Tamayo Zamora
y Amarys Morejón Madiedo**

RESUMEN

En el presente estudio se argumentan los retos de la región americana en materia de recepción y jerarquía normativa de los tratados en el Derecho Interno de los Estados. Para ello, con el empleo del método análisis jurídico-doctrinal, se sistematizan los referentes teóricos jurídicos sobre los tratados y su relación con el Derecho Interno. Asimismo, se analiza el estado actual de la recepción y jerarquía normativa de los tratados en las constituciones de 21 Estados americanos.

*

Jorge Luis Silva González

Licenciado en Derecho y Máster en Desarrollo Social. Profesor principal de Derecho Internacional Público de la Universidad de Pinar del Río, Cuba. Presidente del Capítulo Científico de Derecho Internacional de la Unión Nacional de Juristas filial-Pinar del Río. ORCID: 0000-0002-0214-9744. E-mail: silva@upr.edu.cu

Yesenia Tamayo Zamora

Estudiante de 4to año de Licenciatura en Derecho de la Universidad de Pinar del Río. Secretaria Ejecutiva en el Tribunal Provincial Popular de Pinar del Río. E-mail: yesenia.tamayo@estudiantes.upr.edu.cu

Amarys Morejón Madiedo

Estudiante de 4to año de Licenciatura en Derecho de la Universidad de Pinar del Río. Asistente Judicial del Tribunal Municipal Popular de Pinar del Río. E-mail: amarys.morejon@estudiantes.upr.edu.cu

Palabras clave: Derecho Internacional Público, Derecho Interno, Estado, tratados, recepción, jerarquía, América, Constitución, retos.

ABSTRACT

In this study the challenges of the American region in terms of reception and regulatory hierarchy of international treaties in the Internal Law of States are argued. To do this, using the legal-doctrinal analysis method, the theoretical references on treaties and their relationship with Internal Law are systematized. Likewise, the current status of the reception and regulatory hierarchy of treaties in the constitutions of 21 American States is analyzed.

Keywords: Public International Law, Internal Law, State, treaties, reception, hierarchy, America, Constitution, challenges.

- - -

1. INTRODUCCIÓN

“Los tratados internacionales no pueden desplegar su propia eficacia en el Derecho interno sin que este lo consienta aunque sea implícitamente”.

Antonio LA PÉRGOLA (1977)

El Derecho Internacional Público es una rama del Derecho de origen consuetudinario, puesto que en sus inicios era la costumbre internacional la fuente primordial de la cual emanaban la mayoría de las normas universales que conformaban su contenido. Sin embargo, este es un derecho provisto de un carácter dinámico y mutable, como resultado de la evolución social, política y económica que experimenta permanentemente la comunidad internacional (HERNÁNDEZ, 2004).

Ha sido precisamente el carácter dinámico y progresista el que ha permitido que los tratados representen hoy la fuente directa principal de dicha rama, ante la carencia de un órgano legislativo y un poder centralizado.

Dentro de sus objetivos esenciales está el de constituir un mecanismo para regular las relaciones multifacéticas entre los Estados, y entre estos y las Organizaciones Internacionales, para garantizar la paz y la supervivencia de la sociedad internacional.

De hecho, tal ha sido su importancia -que desde el punto de vista teórico- disímiles autores a escala global y del ámbito nacional cubano han dirigido sus investigaciones hacia su conceptualización, tratamiento jurídico y trascendencia sociojurídica nacional e internacional. Entre ellos se encuentran: Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS, Luis I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, y M. Paz Andrés SÁENZ DE SANTA MARÍA (1990), José A. PASTOR RIDRUEJO (1992), Natalio CHEDIAK, (1936; 1937), Miguel Antonio D'ESTÉFANO PISANI (1965; 1977), Manuel DIEZ DE VELASCO (1991), Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, (1994), Cesáριο GUTIÉRREZ ESPADA (1995), G. TUNKIN (1998), Manuel BECERRA RAMÍREZ (2000; 2006), Celeste Elena PINO CANALES (2006), Olga MIRANDA BRAVO (2006), Humberto HENDERSON (2010), y Crisólogo BUSTOS VALDERRAMA (2010).

Existe consenso desde el punto de vista doctrinal en que un tratado es “un acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho internacional, destinados a crear, modificar o extinguir obligaciones internacionales” (BARBOSA, 1996, p.107). La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece en su artículo 2.1.a) que un tratado es “un acuerdo internacional concluido por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, sea consignado en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y sea cual fuere su denominación particular” (NACIONES UNIDAS, 2020).

Considerando actualmente a los tratados la fuente principal del Derecho Internacional, debe analizarse la relación que estos tienen con el Derecho Interno de los Estados, entendiéndose a este último, como el conjunto de normas que regulan y organizan las relaciones jurídicas internas que se desarrollan dentro de las fronteras del Estado. Esta cuestión, representa uno de los temas más controvertidos en el ámbito de la dogmática internacional.

La significación del tema ha sido destacada por PASTOR RIDRUEJO (1992), cuando señala que la importancia de las relaciones entre el Derecho

Internacional y el Derecho Interno, radica en el hecho de que la eficacia real del primero depende en muy amplia medida de la fidelidad con que los derechos internos se conformen a las normas internacionales y les den efecto. Considera esencial que el derecho nacional facilite el cumplimiento del Derecho Internacional y más aún que, en caso de conflicto, el derecho del Estado no sea obstáculo para la observancia de las normas internacionales.

El resultado práctico de esta relación resulta evidente en los casos en los cuales el Estado ratifica un tratado, que requiere de una norma interna para su realización, o en aquellas situaciones en las que, como resultado del acuerdo, se hace necesaria la modificación de normas internas vigentes, por resultar contrarias al mismo. La magnitud de dicha relación también ha sido centro de análisis para autores como Oscar RABASA (1993), Antonio LA PÉRGOLA, (1997), Claudio LUZZATI (1999), Olga SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA DE VILLEGAS (1999), Elma del Carmen TREJO GARCÍA, Alma ARÁMBULA REYES y Margarita ÁLVAREZ ROMERO (2006), Boris MIRKINE-GUETZEVITCH (2008), Roberto MOLINA PASQUEL (2010), Alberto Luis ZUPPI (2010), y Orisell RICHARDS MARTÍNEZ (2011), Federico THOMAS (2012).

Los Estados americanos no escapan de la necesidad de tener bien delimitada la relación existente entre los tratados y su Derecho Interno, a pesar de que constituyen una comunidad bastante homogénea como parte integrante de la sociedad universal, por el carácter de sus instituciones jurídico-políticas. En ese sentido, se hace ineludible analizar la incorporación de los tratados en el Derecho Interno de los Estados americanos y, la jerarquía de los tratados en ese propio Derecho Interno, a fin de evitar conflictos que puedan surgir como consecuencia de colisionar el contenido de los tratados con las normas de Derecho Interno de los Estados.

Es preciso señalar que, actualmente, no existe unanimidad en los Estados americanos sobre el establecimiento de un sistema para la recepción de los tratados, ni acuerdo respecto al rango que emplean para determinar la jerarquía de los mismos. Razón por la cual el presente estudio tiene como *objetivo* argumentar los retos de la región americana en materia de recepción y jerarquía normativa de los tratados en el Derecho Interno de los Estados.

Para ello, se empleó como método el análisis jurídico-doctrinal fundamentado por PÉREZ HERNÁNDEZ (2011). El mismo posibilitó la

realización del marco teórico-conceptual del estudio y sobre todo, la argumentación de los retos a partir de la valoración del estado actual de los tratados en materia de recepción y jerarquía normativa en el Derecho Interno, por medio de la Constitución de los siguientes Estados: República de Cuba, Estados Unidos de América, Estado Plurinacional de Bolivia, Estados Unidos Mexicanos, República de Ecuador, República Bolivariana de Venezuela, República del Perú, Chile, República Federativa de Brasil, Honduras, Colombia, República de Nicaragua, República de Panamá, República de Costa Rica, República de Haití, República de Paraguay, Argentina, República de El Salvador, República de Guatemala, República Oriental de Uruguay y República Dominicana.

Se considera que el presente artículo es pertinente y novedoso, teniendo en cuenta que podría aportar un análisis vital en los estudios de Derecho Internacional Público sobre las relaciones internacionales, dada la necesidad de continuar el estudio de la correlación entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional, partiendo de que los tratados o convenios internacionales constituyen la primera y más importante de las fuentes del Derecho Internacional. Serviría de referente teórico importante desde el derecho comparado y, de manera específica en el continente americano. Y posibilitaría comprender el valor que reciben los tratados en el ordenamiento jurídico interno de la región.

2. REFERENTES TEÓRICOS JURÍDICOS SOBRE LOS TRATADOS: SU RELACIÓN CON EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS

Los tratados constituyen una de las instituciones más antiguas en la historia de la humanidad, pues su presencia es anterior, inclusive, a la existencia del Derecho Internacional Público, como uno de los factores característicos de la etapa esclavista en la historia de esta rama del Derecho (D'ESTÉFANO, 1977). Dichos tratados pueden crear normas de carácter general, cuando las partes expresan su voluntad en pie de igualdad, sin que medie la amenaza o el uso de la fuerza, y de conformidad con los principios del Derecho Internacional universalmente reconocidos, pues constituyen

acuerdos de voluntades a cuyo tenor la norma *pacta sunt servanda* atribuye un efecto vinculante para las partes.

Diversos autores han ofrecido definiciones sobre lo que debería entenderse por tratado. Para Antonio Linares, “es un instrumento donde se consignan disposiciones libremente pactadas entre dos o más sujetos de Derecho Internacional con el fin de crear, modificar o extinguir obligaciones y derechos” (LINARES, 1992, p. 61).

En tanto, para MIRANDA (2006):

Tratado es un término genérico que abarca todos los instrumentos vinculantes con arreglo al Derecho Internacional, cualquiera que sea su designación formal, concertados entre dos o más personas jurídicas internacionales. Por ello tenemos tratados concertados entre Estados, o entre Organizaciones internacionales con capacidad para celebrar tratados y Estados, u Organizaciones Internacionales con capacidad para celebrar tratados entre sí (p. 80).

De esta última definición de la investigadora cubana Olga MIRANDA BRAVO se pueden destacar los siguientes elementos como esenciales:

...*Es un instrumento*: Se ha sostenido que todo tratado internacional debe constar en un documento escrito, debido a que la posición mayoritariamente acogida en la esfera internacional ha sido aceptar que un consenso puramente verbal no tendría el carácter vinculante u obligatorio para los miembros de la comunidad internacional participantes del mismo; sin embargo, se considera que en caso de existir tratados puramente verbales deben ser respetados y aceptados por las partes del mismo, de conformidad con la regla *pacta sunt servanda*, consagrada en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, que se traduce en el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales asumidas por un sujeto de derecho internacional.

Dicha Convención de Viena plantea en su artículo 3 que, aunque ese instrumento legal no se aplique a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito, estos no carecen, por esa razón, de valor jurídico. Señala GUTIÉRREZ (1995) que en todo caso se rigen por las normas del derecho internacional consuetudinario.

...Entre dos o más sujetos de Derecho Internacional: Se considera que en todo tratado (respetando las diversas opiniones) deben formar parte al menos dos sujetos de Derecho Internacional Público, ya sean Estados u Organizaciones Internacionales, puesto que se habla de un acuerdo de voluntades pactado entre ellos, lo que implica la existencia mínima de dos sujetos, ya que de lo contrario no pudiera suscitarse el desacuerdo o diferencia a regular mediante este instrumento.

...con el fin de crear, modificar o extinguir obligaciones y derechos: Todo tratado se realiza con la finalidad de regular determinada situación, ya sea mediante la creación de disposiciones (si no existen), la modificación de las mismas (en el caso de que existan y ameriten algún cambio) o extinguirlas cuando se consideren innecesarias o haya imposibilidad de cumplimiento por parte de los estados miembros. Es un principio aceptado que de todo tratado emergen derechos y obligaciones (normas jurídicas internacionales), que son de obligatorio cumplimiento para los signatarios de dicho instrumento internacional.

Otra definición interesante es la expuesta por Charles Rousseau, quien señala que un tratado “es un acuerdo entre sujetos del Derecho de Gentes destinado a producir determinados efectos jurídicos” (ROUSSEAU, 1982, p. 23). Mientras que GUTIÉRREZ (1995) lo define como “la manifestación concordante de voluntades, imputable a dos o más sujetos de Derecho Internacional, destinada a producir efectos jurídicos entre las partes, y regida por el ordenamiento jurídico internacional” (p. 259).

A los efectos del presente artículo se coincide con la definición establecida en la Convención de Viena de 1969, artículo 2.1.a) que plantea:

Se entiende por ‘tratado’ un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un documento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular (NACIONES UNIDAS, 2020). Por medio del tratado las partes se proponen crear derechos y obligaciones exigibles de conformidad con el derecho internacional. No existe ninguna norma internacional de cuándo debe utilizarse el término “tratado” de forma específica, pero generalmente se utiliza para instrumentos de cierta importancia y solemnidad. Sin embargo,

la denominación de tratados comprende a este y a otras nomenclaturas como convención, convenio, acuerdo, protocolo, pacto, estatuto, acta (MIRANDA, 2006).

Según PINO (2006), debido a la ausencia de regulación en el siglo XIX, se utilizaba el término “convención” para los acuerdos bilaterales pero ahora se utilizan generalmente para los multilaterales. Las convenciones están abiertas a la participación de la comunidad internacional en su conjunto o a la de un gran número de Estados. Los instrumentos negociados con los auspicios de una organización internacional se titulan normalmente convenciones así como los aprobados por un órgano de una organización internacional.

“Convenio” se utiliza para los de rango inmediato y más bien se emplea para los tratados bilaterales y determina relaciones en una temática específica, como por ejemplo, Convenio Cultural, Convenio de Asistencia Técnica, Convenio Comercial. Acuerdo se emplea en temáticas muy variadas y para darle un rango inferior al de Convenio o Convención y a veces derivado de estos. “Estatutos” se aplica a documentos más bien de carácter constitutivos. “Pacto”, se emplea con frecuencia en relaciones políticas y militares, como Pacto de No Agresión, por ejemplo.

“Protocolo” se ha dado en llamar a acuerdos internacionales bien modificativos o complementarios de otros tratados principales o derivados de ellos y, por su parte, acta, es un término que se ha empleado con frecuencia para recoger acuerdos finales de una Conferencia y se trata de un documento formal mediante la cual las partes negociadoras dan fin a una conferencia. No hay obligación de firmarla y no crea obligaciones jurídicas ni obliga a los Estados signatarios a firmar o ratificar un tratado adjunto a ella. Solo sirve para dejar constancia de lo que allí se trató, pero sin carácter vinculante.

Un tratado es bilateral, cuando es entre dos partes y multilateral cuando es entre más de dos partes. Los Estados manifiestan su voluntad en cumplir un tratado, según el artículo 11 y siguientes de la Convención de Viena de 1969, mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan el tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión o cualquiera otra forma que se hubiere convenido (NACIONES UNIDAS, 2020).

Los tratados son objeto de una doble regulación jurídica, puesto que debe existir, por un lado, una normativa a nivel internacional, y por el otro, las normas internas de los sujetos del Derecho Internacional partes de los mismos, debido a que cada uno de estos sujetos, conforme a su ordenamiento jurídico interno, diseña un procedimiento propio para la celebración, negociación, aprobación, ratificación de estos instrumentos de gran trascendencia internacional.

Esta colisión que puede surgir entre Derecho Interno e Internacional, produce al decir de Díez de Velasco, una dicotomía, por lo que resulta necesario saber si entre el uno y el otro existen o no relación y si se da o no una subordinación entre ellos y asimismo si la norma internacional se incorpora o no automáticamente al Derecho Interno de los Estados (DÍEZ DE VELASCO, 2003, p.211).

Para una mejor comprensión de la relación entre Derecho Interno y Derecho Internacional, existen distintas posiciones doctrinales que tratan de dar respuesta a esta cuestión. Según PINO (2006) “estas corrientes doctrinales se expresan en tres posiciones: el monismo, el dualismo y la doctrina seguida por los países del antiguo campo socialista” (p. 48).

Una de las principales problemáticas que se afrontan *prima facie* cuando se pretenden hacer algunas reflexiones en torno a las relaciones entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional es lo que se refiere a la delimitación conceptual y, consecuentemente, el alcance de la recepción del Derecho Internacional en el ordenamiento jurídico interno (RICHARDS, 2011).

La aproximación a la delimitación conceptual de la recepción de los tratados, como parte de los vínculos establecidos entre el orden nacional e internacional, se encuentra directamente relacionado a las posiciones doctrinales que interpretan las relaciones entre ambos sistemas. Constituye un procedimiento a través del cual se incorpora la preceptiva internacional al ordenamiento jurídico interno, desde las exigencias nacionales y, en pos de garantizar su debida aplicación a partir de la correspondencia que debe caracterizar las relaciones entre ambos ordenamientos jurídicos (RICHARDS, 2011).

La relación entre Derecho Interno y Derecho Internacional se manifiesta de manera particular en el tema de cómo los Estados recepcionan en su Derecho Interno, los tratados de los cuales son parte, pues para el cabal cumplimiento del Derecho Internacional no basta que los Estados se comprometan formalmente a cumplir determinada norma internacional, resulta necesario, que a la vez establezcan las medidas legislativas internas con vistas a realizar de forma práctica el postulado internacional (PINO, 2006).

La aplicación de los tratados no se realiza de manera homóloga en todos los Estados. Es posible distinguir varios sistemas para la recepción de estos, a saber: sistema de la recepción automática, sistema de recepción formal o especial y carencia de regulación expresa (PINO, 2006).

Para dicha autora, el sistema de la recepción automática implica la aplicación del tratado, una vez que el Estado haya manifestado su consentimiento y el tratado entrara en vigor, sin que resulte necesario ningún acto posterior de conversión en norma interna. Es un sistema en el cual, la aplicación del tratado, por parte de las autoridades del Estado, resulta obligatoria de manera automática, una vez que el Estado en cuestión haya manifestado su consentimiento y el tratado entrare en vigor, sin que sea necesario ningún acto de incorporación al Derecho Interno. Es necesario aclarar que no se debe entender como actos de incorporación, los mecanismos administrativos establecidos, para el conocimiento de la norma, o la intervención previa del legislativo para su aprobación interna.

En el sistema de recepción formal o especial, la normativa interna del Estado exige que la incorporación se produzca a través de una ley interna de transformación, mediante la aprobación por el legislativo de una norma que ordene su cumplimiento en el Derecho Interno o mediante la publicación del tratado como acto equivalente a su promulgación. En este caso la entrada en vigor interna e internacional del tratado se produce en momentos diferentes.

En el caso de la carencia de regulación expresa, la Constitución del Estado resulta omisa al no existir en el texto constitucional regulación tácita sobre la incorporación de los tratados en el Derecho Interno, por lo que para determinar la incorporación de los mismos al Derecho Interno de dicho Estado se atenderá a la práctica administrativa o jurisdiccional para determinar el mecanismo de incorporación.

Independientemente del sistema de incorporación del derecho convencional al Derecho Interno, resulta necesario destacar la existencia de un tipo de normas denominadas autoaplicativas o *self-executing*, que “son aquellas que permiten por sí solas aplicarse, sin que sea necesario el trámite posterior de incorporación” (PINO, 2006, p. 56).

Para la mencionada autora, la doctrina reconoce que una norma es autoaplicativa cuando cumple los siguientes requisitos: a) Deber ser una norma de la cual sea posible derivar en forma directa un derecho o una pretensión a favor de una persona que tenga interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso; b) La regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes. Según THOMAS (2012):

El primer antecedente de la doctrina judicial de las normas *self-executing* o autoejecutables lo encontramos en la célebre sentencia del juez Marshall, interpretando la Constitución de 1828 de Estados Unidos, cuando dijo que “los jueces deben considerar a un tratado como equivalente a un acto legislativo, siempre que opere por sí mismo sin ayuda de una disposición legislativa (p. 187).

Paralelamente a los sistemas para la aplicación de los tratados a través de su correspondiente incorporación al Derecho Interno de los Estados, resulta necesario determinar el rango que ocupan en el Derecho Interno de cada Estado. Aquí también resultan claramente identificables varias posiciones. Según PINO (2006) pueden ser de rango supraconstitucional, rango supralegal, rango legal y ausencia de regulación.

El rango supraconstitucional ofrece a los tratados una jerarquía superior a la constitución, de ahí que sea el menos utilizado en la doctrina y en la práctica de los Estados. Las razones que motivan esta posición estriban en el valor que tienen las constituciones para los Estados, al ser la norma fundamental que rige la organización, estructura y funcionamiento del Estado, por encima de la cual no se alza ninguna otra disposición de carácter interno o internacional.

Por medio del rango supralegal, las constituciones le reconocen a los tratados un valor inferior a la constitución, pero superior al resto de las leyes nacionales, por lo que priman sobre estas. Este sistema si bien garantiza, en cada país, el rango supremo de la constitución no brinda seguridad jurídica, pues en muchos casos la constitución no regula que sucede con la ley interna posterior y opuesta al tratado.

“La posición del rango legal es la seguida por la mayoría de los países, sobre todo, en América Latina” (PINO, 2006, p. 57). En este sistema a los tratados se les otorga rango de ley, por lo tanto, no pueden contravenir lo estipulado en la constitución. Paralelamente esta equiparación nos plantea el problema que puede surgir por la aprobación posterior, que por sus disposiciones sea contraria al tratado o lo derogue. La solución a esta problemática estará también en estrecha relación con el sistema consagrado en cada país. Sin embargo en caso de que la norma tenga las características antes expuestas, cabría la posibilidad de exigir responsabilidad internacional al Estado infractor.

En el sistema de ausencia de regulación el valor concedido por el Estado, al tratado, no aparece expresamente establecido, o no resulta claro. Por lo tanto carecen de una regulación específica en torno al valor que se le otorga internamente a los tratados.

Las constituciones de los Estados americanos, reflejan la inexistencia de consenso en cuanto a la posición seguida para la recepción y jerarquía de los tratados en su Derecho Interno, lo cual representa un reto en el escenario internacional.

3. LOS TRATADOS EN LAS CONSTITUCIONES DE LA REGIÓN AMERICANA. RETOS PARA SU RECEPCIÓN Y JERARQUÍA EN EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS

Los tratados, además de un régimen internacional común a las partes signatarias entre sí, también necesitan de normas internas establecidas por cada Estado en su propio ordenamiento jurídico. Es a los Estados y a las

Organizaciones Internacionales a quienes corresponde precisar cuáles son los órganos competentes para celebrar, negociar, aprobar y ratificar los tratados, diseñar el procedimiento de conclusión e interpretación de estos conforme al Derecho Interno del Estado y, determinar el orden o jerarquía de aplicación en caso de colisión normativa (HERNÁNDEZ, 2004).

A continuación, se analiza cómo se abordan tanto la jerarquía de los tratados como los sistemas para la incorporación de los mismos al Derecho Interno de los Estados, en 21 textos constitucionales del continente americano. Los mismos fueron seleccionados representativamente de manera que hubiese una muestra de América del Norte, América del Sur, Centroamérica y el Caribe. Para ello se toma como criterio de clasificación en ambos casos, los ofrecidos por PINO (2006), expresados con antelación.

En cuanto a la jerarquía de los tratados en el ordenamiento interno de los Estados analizados, se constata la ausencia de regulación en las constituciones de: la República de Panamá, la República de Haití, los Estados Unidos Mexicanos, Chile, la República Oriental de Uruguay y la República Federativa de Brasil, pues no dedican un espacio en su articulado a hacer referencia a tan importante tema, poniendo en manos de la práctica administrativa o jurisdiccional la regulación al respecto.

Existe otro conjunto de países en los que sí se ha dispuesto en su texto constitucional la supremacía de una u otras normas, predominando entre ellos los que otorgan a los tratados un rango legal, lo cual los equipara al resto de las disposiciones internas del Estado y, por ende, los mismos no pueden contravenir lo estipulado en la constitución. Este es el caso de República de Cuba, el Estado Plurinacional de Bolivia, República del Perú, Honduras, la República de Nicaragua y Guatemala.

La Carta Magna de la República de Cuba, como la más joven de la región, pues fue promulgada el 10 de abril de 2019, aborda el tema de forma clara al establecer por medio del artículo 8 que: *“Lo prescrito en los tratados internacionales, en vigor para la República de Cuba, forman parte o se integran, según corresponda, al ordenamiento jurídico nacional. La Constitución de la República de Cuba prima sobre estos tratados internacionales”*. Asimismo sucede con el artículo 257 de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia en el apartado I, en el cual se dispone:

“Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley”.

La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, no solo se pronuncia, en materia de jerarquía de tratados en el citado artículo 257, sino que también establece una regulación expresa al respecto en los artículos 13 apartado IV; 410 apartado II, y en la Disposición Transitoria Novena. El citado texto constitucional regula en el apartado IV del artículo 13 que: *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.* En tanto, en el apartado II del artículo 410 regula lo siguiente: *“La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:*

1. *Constitución Política del Estado.*
2. *Los tratados internacionales.*
3. *Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena.*
4. *Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes”.*

Mientras, en la Disposición Transitoria Novena queda establecido que: *“Los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que no la contradigan se mantendrán en el ordenamiento jurídico interno, con rango de ley.* En el plazo de cuatro años desde la elección del nuevo Órgano Ejecutivo, éste denunciará y, en su caso, renegociará los tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución”.

Similar es el tratamiento que se brinda a los tratados, en materia de jerarquía, en la Constitución de la República del Perú, la cual en el artículo 55 dispone: *“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”*.

En el caso de Honduras, está establecido en el artículo 16 de la Constitución que: *“Todos los tratados internacionales deben ser aprobados por el Congreso Nacional antes de su ratificación por el Poder Ejecutivo. Los tratados internacionales celebrados por Honduras con otros Estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno”*. Por su parte, el texto constitucional de la República de Nicaragua plantea en su artículo 182 que: *“La Constitución Política es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones”*. En tanto, la Constitución de Guatemala establece en el artículo 204, relativo a las condiciones esenciales de la administración de justicia, lo siguiente: *“Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado”*.

Otro de los rangos otorgados a los tratados, en las constituciones americanas es el que les reconoce a los mismos un valor inferior a la constitución, pero superior al resto de las leyes nacionales, siendo este el rango supralegal, dentro del que se ubican la República de Ecuador, Colombia, la República de Costa Rica, la República de Paraguay, la República de El Salvador, la República Dominicana, la República Bolivariana de Venezuela y Argentina.

El texto constitucional de la República de Ecuador en su artículo 84 plantea: *“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”*; mientras que en el artículo 417 establece: *“Los tratados internacionales*

ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución". En ambos artículos se evidencia que los tratados tendrán un valor inferior a la Constitución, sin embargo, es en el artículo 425 donde se regula que estos tendrán una jerarquía superior al resto de las leyes nacionales, dado que el mismo plantea: *"El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos"*.

Al respecto, la Constitución colombiana en el artículo 4 dispone: *"La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales"*; aludiendo en su artículo 93 que: *"Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"*, sin embargo, tal regulación resulta insuficiente, dado que se encuentra limitada exclusivamente a los tratados referidos a los derechos humanos.

Por su parte, el texto constitucional de la República de Costa Rica, en el artículo 7 dispone: *"Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes"*. En tanto, el artículo 137 de la Constitución de la República de Paraguay plantea: *"La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado"*.

En tanto, la Constitución de la República de El Salvador, en el artículo 144 contempla: *“Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”*. Mientras el texto constitucional de la República Dominicana, por su parte, en el apartado 3 del artículo 74 refiere: *“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado”*, regulación esta que, tal como sucede en la Constitución colombiana, se limita solamente a aquellos tratados que aluden a los derechos humanos.

A este grupo se les suma la República Bolivariana de Venezuela, dado que en su Carta Magna tampoco se hace alusión a los tratados en general, sino que, se limita a establecer la jerarquía que se le otorga solamente a los tratados relativos a los derechos humanos planteando en el artículo 23 que: *“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República”*.

Por su parte, la Constitución de Argentina en el artículo 31 plantea: *“Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859”*; aludiendo en su artículo 75 que *“Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”*, resaltando en el propio artículo que: *“La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos,*

Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

En tal sentido, siendo el menos utilizado, se encuentra el rango supraconstitucional, que otorga a los tratados un valor superior al de la constitución y a los cuales se afilia el texto de los Estados Unidos de América, el cual en su artículo VI dispone: *“Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que deben sancionarse conforme a la misma; y todos los tratados suscritos o que deban suscribirse bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país; y los jueces en cada Estado se sujetarán a la misma, aún cuando exista algo en contrario en la Constitución o leyes de los Estados”.*

En cuanto a la recepción de los tratados en el Derecho Interno de los Estados se aprecia una tendencia a la no regulación constitucional debido a que países como Chile, la República de Nicaragua, la República de Panamá, la República de Paraguay, la República de Guatemala y la República Oriental de Uruguay, no abordan el tema.

Existe otro grupo de Estados como la República de Costa Rica, la República de El Salvador y la República Dominicana, que advierten como sistema de recepción, la regulación automática.

Similar es el tratamiento que se hace en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que contempla en el artículo 23: *“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los*

tribunales y demás órganos del Poder Público”, aunque la misma resulta restringida debido a que limita su regulación a aquellos tratados que hacen alusión a los derechos humanos; aspecto que también se aprecia en el texto constitucional de la República Dominicana, el cual, como se ha expresado anteriormente, en el apartado 3 de su artículo 74 dispone: “*Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado*”. En el caso de Estados Unidos de América pudiera inferirse por el ya citado artículo VI, que posee también el sistema de recepción automática, aunque no queda claro en el texto constitucional, no se establece taxativamente.

En materia de recepción de tratados, el texto constitucional de la República de Costa Rica, en su artículo 7 contempla: “*Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes*”. En tanto, la Constitución de El Salvador, en su artículo 144 plantea: “*Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución*”.

También existen Estados que dentro de su regulación interna cuentan con normas para la incorporación de los tratados, o, al menos contemplan en su articulado constitucional que existen mecanismos por los cuales la entrada en vigor de los mismos se produce en momentos diferentes. En tal sentido, existe una regulación formal o especial de estos, siendo el caso de países como la República de Cuba, el Estado Plurinacional de Bolivia, República del Perú, Honduras, la República de Haití, los Estados Unidos Mexicanos, Colombia, Argentina, la República Federativa de Brasil y la República de Ecuador.

La Constitución de la República de Cuba otorga a varios órganos de poder estatal la responsabilidad de aprobar, ratificar y sancionar los tratados, ya sean en determinada materia o sobre acuerdos generales. El artículo 108, inciso ñ) plantea que, corresponde a la Asamblea Nacional del Poder

Popular declarar el Estado de Guerra o la Guerra en caso de agresión militar y aprobar los tratados de paz; mientras que por el artículo 137 d) establece que el Consejo de Ministros aprueba y somete a la ratificación del Consejo de Estado los tratados internacionales. Finalmente, mediante el artículo 122, inciso ñ) refiere que corresponde al Consejo de Estado ratificar y denunciar tratados internacionales.

La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, en el apartado I de su artículo 158, específicamente en el numeral 14 alude: *“Son atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, además de las que determina esta Constitución y la ley, ratificar los tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo, en las formas establecidas por esta Constitución”*, disponiendo en el apartado II de su artículo 257 que: *“Requerirán de aprobación mediante referendo popular vinculante previo a la ratificación los tratados internacionales que impliquen:*

1. *Cuestiones limítrofes.*
2. *Integración monetaria.*
3. *Integración económica estructural.*
4. *Cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración”.*

En tanto, la Constitución de la República del Perú, en el segundo párrafo del artículo 57 plantea: *“Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República”*, mientras la Constitución hondureña, en su citado artículo 16 dispone que: *“Todos los tratados internacionales deben ser aprobados por el Congreso Nacional antes de su ratificación por el Poder Ejecutivo”*. Por su parte, la Constitución haitiana ofrece similar tratamiento en el apartado 2 del artículo 276, el cual plantea que: *“Una vez que los tratados o acuerdos internacionales son aprobados y ratificados de la manera estipulada por la Constitución, pasan a formar parte de la legislación del país y derogan cualquier ley en conflicto con ello”*.

El texto constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, en el apartado I del artículo 76, estipula que: *“es facultad exclusiva del Senado, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión”*; aludiendo en el apartado X del artículo 89 que: *“es facultad y obligación del presidente, dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado”*. En tanto, la Constitución colombiana, al final del artículo 170 enuncia: *“Un número de ciudadanos equivalente a la décima parte del censo electoral, podrá solicitar ante la organización electoral la convocación de un referendo para derogatoria de una ley. No procede el referendo respecto de las leyes aprobatorias de tratados internacionales”*, contemplando en su artículo 189 apartado 2 que: *“Corresponde al Presidente de la República, dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso”*; disponiendo además, en el artículo 224, referido a las relaciones internacionales lo siguiente: *“Los tratados para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso. Sin embargo, el Presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan. En este caso tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deber enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado”*.

Similar tratamiento ofrece la Constitución de Argentina, la cual, en el artículo 75 apartado 22 plantea: *“Corresponde al Congreso, aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede”*, contemplando en el apartado 24 del propio artículo que: *“Corresponde al Congreso, aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En*

el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo”.

El texto constitucional de la República Federativa de Brasil, se pronuncia respecto al tema en el artículo 49 apartado I, en el cual establece que: *“Es de competencia exclusiva del Congreso Nacional, resolver definitivamente sobre tratados, acuerdos o actos internacionales que acarreen encargos o compromisos gravosos para el patrimonio nacional; regulando en el apartado VIII de su artículo 84 que: “Compete privativamente al Presidente de la República, celebrar tratados, convenciones y actos internacionales, sujetos a refrendo del Congreso Nacional”.*

Por último, la Constitución de la República de Ecuador, en el artículo 120 apartado 8 dispone que: *“es atribución de la Asamblea Nacional, aprobar o improbar los tratados internacionales en los casos que corresponda”, regulando en el apartado 10 de su artículo 147 que corresponde al Presidente de la República, suscribir y ratificar los tratados internacionales.*

Tomando como referencia el análisis realizado en las 21 constituciones del continente americano, se puede afirmar que en la comunidad internacional existen retos respecto a la recepción y jerarquía de los tratados en el Derecho Interno de los Estados. De cumplirse dichos desafíos se garantizaría una mayor validez de los tratados como principal fuente del Derecho Internacional Público, y le darían a esta rama una mayor connotación. Dentro de esos retos podemos mencionar los siguientes:

- ✓ *Que los Estados establezcan en sus constituciones la forma de recepción que tendrán los tratados en su Derecho Interno.*

Ello posibilitaría la previsión del momento a partir del cual el tratado comenzará a ser eficaz en el Estado, de forma automática, o por medio un acto normativo interno, a fin de lograr la debida coherencia y con las disposiciones legislativas vigentes. Debe tenerse en cuenta que el nacimiento del control internacional a tratados, -como figura de verificación del cumplimiento de lo previsto convencionalmente por los mismos- es posterior a su recepción.

Seis de las constituciones americanas analizadas resultan omisas al no existir en el texto regulación expresa sobre la incorporación de los tratados en el Derecho Interno.

- ✓ *Que los Estados reconozcan en sus constituciones el rango que ocupan los tratados internacionales en el Derecho Interno.*

La determinación del rango constitucional de los tratados con relación a la propia Constitución y el resto de las normas del ordenamiento jurídico evitaría colisiones entre las disposiciones internas y las internacionales. Debe asumirse que para el cabal cumplimiento del Derecho Internacional no basta con que los Estados se comprometan formalmente a cumplir determinado acuerdo, sino que, resulta necesario que a la vez establezcan las medidas legislativas internas con vistas a realizar de forma práctica el postulado internacional, toda vez que, la validez real del acuerdo depende en amplia medida de la fidelidad con que el Derecho Interno lo contemple y le dé efecto.

- ✓ *Que los Estados, al prever la recepción y jerarquía de los tratados internacionales en su Constitución y por consiguiente, en el Derecho Interno, no la limiten a los derechos humanos.*

Como se ha evidenciado en el continente americano constituye una regularidad que los Estados se pronuncian en materia de recepción y jerarquía de los tratados, solamente en correspondencia con los derechos derivados de los derechos humanos, en el orden interno. En tal sentido, aun cuando para los Estados pudiera constituir una prioridad la regulación formal, material y jurisdiccional de los derechos como fundamentales, la celebración de tratados es amplia y no se reduce solo a acuerdos de derechos ciudadanos. Por ello, la Constitución de algunos Estados en la región, debe contemplar una regulación constitucional general que contemple la recepción y jerarquía de todo tipo de tratados en el Derecho Interno.

- ✓ *Que la Organización de Naciones Unidas (ONU) promueva un tratado sobre el Sistema de recepción de tratados y su jerarquía en el Derecho Interno de los Estados.*

Dada la carencia de un órgano legislativo y un poder centralizado en la comunidad internacional como una de las características fundamentales

del Derecho Internacional Público, la creación de un acuerdo internacional a escala global o por regiones sobre el sistema para la recepción y jerarquía de los tratados internacionales en el Derecho Interno de los Estados, sería un paso de avance en el escenario internacional, que posibilitará una mayor garantía de cumplimiento de los acuerdos, basado en el respeto a las particularidades y soberanía de cada Estado en lo referente a sistema económico, político, social.

4. CONCLUSIONES

El análisis valorativo desarrollado en 21 de los Estados de la región americana evidencia que, a pesar de que los tratados constituyen el principal mecanismo para el ejercicio de la relaciones multifacéticas internacionales y la protección de los derechos humanos, existen tres de ellos que no reconocen constitucionalmente la recepción y jerarquía de los tratados. Tal es el caso de la República Oriental de Uruguay, Chile y la República de Panamá.

En materia de recepción de tratados existe diversidad de formas para asumir los acuerdos internacionales en el ordenamiento jurídico interno. Se detecta como regularidad entonces, que seis de los Estados poseen como tendencia la carencia de regulación expresa, cinco países poseen el sistema de recepción automática y diez el de recepción formal o especial. En tanto, la jerarquía normativa de los tratados se comporta de la siguiente forma: seis países posee ausencia de regulación en las constituciones americanas, seis le otorgan rango legal, ocho los ubican con rango suprallegal y uno con rango supraconstitucional.

Ante esta situación, los Estados americanos tienen como retos fundamentales: el establecimiento constitucional del sistema de recepción que tendrán los tratados en el Derecho Interno, el reconocimiento constitucional del rango que ocupan los tratados en el ordenamiento jurídico nacional, la previsión de que la recepción y jerarquía de los tratados en su Constitución y por consiguiente, en el Derecho Interno, no se limite a los derechos humanos o fundamentales, y la promoción de un tratado sobre el sistema de recepción de tratados y su jerarquía en el Derecho Interno de los Estados por parte de las Naciones Unidas.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOSA, J. (1996). *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalia.
- BECERRA, M. et al. (2000). Tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la Constitución federal. *Cuestiones constitucionales, No 003*. Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en <http://www.redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/885/88500307.pdf>[citado 2020/01/20]
- BECERRA, M. et al. (2006). *La recepción del Derecho internacional en el Derecho interno*, 1ª Edición, México: Ed. UNAM.
- BUSTOS, C. (2010). Naturaleza jurídica de los tratados y su relación jerárquica con la ley. *Revista de Derecho*. Disponible en <http://www.cde.cl>
- NACIONES UNIDAS (2020). *Convención de Viena de 1969*. Disponible en <https://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-convention-es.pdf>
- CARRILLO, J. A. (1994). Introducción a su estructura, dinámica y funciones. En *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Ed. TECNOS, S.A.
- CHEDIAK, N. (1936). “*El Derecho Internacional y la Constitución Cubana*”, Molina y Cía., Muralla 55-57.
- CHEDIAK, N. (1937). “*Aplicación de las Convenciones Internacionales por el Derecho Nacional*”, Carasa y Cía., S. Tte. Rey 12 y 14, La Habana.
- D’ESTÉFANO, M. A. (1965). *Derecho Internacional Público*. La Habana: Ed. Universitaria.
- D’ESTÉFANO, M. A. (1977). *Derecho de Tratados, 2ª Edición*. La Habana: Ed. Pueblo y Educación.
- DIEZ DE VELASCO, M. (1991). *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, 9ª Madrid: Tecnos, S.A.

- GONZÁLEZ, J. D.; SÁNCHEZ, L. I., y SÁENZ, M. P. A. (1990). *Curso de Derecho Internacional Público*, Volumen I, Servicio de Publicaciones Universidad Complutense de Madrid.
- GUTIÉRREZ, C. (1995). *Derecho Internacional Público*. Madrid: Ed. Trotta.
- HENDERSON, H. (2010). *Los tratados internacionales de derecho humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/39/.../pr5.pdf>
- HERNÁNDEZ, L. L. (2004). Hernández, L. L. (2004). Los tratados internacionales como base de la diplomacia mundial. *Revista de Derecho Universidad del Norte Barranquilla* No.22, 65-95.
- LA PÉRGOLA, A. (1977). *Constitución del Estado y Normas Internacionales*, trad. CASCAJO, J. L. y RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., 1ª Edición, México: UNAM.
- LINARES, J. E. (1992). *Derecho internacional Público*. Tomo I, Panamá: Ed. Universitaria.
- LUZZATI, C. (1999). Más allá de Kelsen. Monismo y Pluralismo en el Derecho Internacional. *Revista DOXA* No. 22_06. Centro de Estudios Constitucionales, Alicante.
- MIRANDA, O. (2006). Derecho de Tratados. En B. Castillo (editora). *Colectivo de Autores. Temas de Derecho Internacional Público*. La Habana: Ed. Félix Varela.
- MIRKINE, B. (2008). *Derecho Constitucional Internacional*, traducción de Luis Legaz y Lacambra, Madrid: Ed. Reus, S.A.
- MOLINA, R. (2010). *Ensayo sobre el método para la interpretación y recepción de instituciones de derecho extranjero*. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm>
- MOLINA, R. (2010). “Reglas sobre recepción de instituciones jurídicas extranjeras”. Disponible en <http://familiasjuridicascomparadas.blogspot.com>

- PASTOR, J. A. (1992). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 4ª Edición. Madrid: Editorial TECNOS, S.A.
- PÉREZ, L. (2011). Algunas consideraciones a debate sobre la ciencia jurídica y sus métodos. *Revista Cubana de Derecho*, 4(38), 23-50. Recuperado de http://vlex.com/source/revista-cubana-derecho-2615/issue_nbr/%2338
- PINO, C. E. (2006). "La relación Derecho interno - Derecho internacional". En *Colectivo de Autores. Temas de Derecho Internacional Público*, La Habana: Ed. Félix Varela,
- RABASA, O. (1933). El Derecho interno y el Derecho internacional. *Del México actual*, No. 4, Imprenta de la Secretaría de Relaciones Exteriores, México.
- RICHARDS, O. (2011). *La recepción de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico cubano. Presupuestos teórico - jurídicos para su perfeccionamiento*. Tesis presentada en opción al título de Máster en Derecho Constitucional y Administrativo. Universidad de La Habana, Cuba.
- ROUSSEAU, Ch. (1982). *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Editorial Ariel.
- SÁNCHEZ, O. (1999). La Constitución y los Tratados Internacionales. Un acercamiento a la interpretación judicial de la jerarquía de las normas y la aplicación de los Tratados en la legislación nacional, Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa, *Cuadernos Jurídicos*, 8. Culiacán, Sin.
- THOMAS, F. (2012). La aplicación de las normas del Derecho Internacional del Trabajo en el derecho interno. *Revista Latinoamericana de Derecho Social Núm. 14*, enero-junio, pp. 183-203.
- TREJO, E. C., ARÁMBULA, A. y ÁLVAREZ, M. (2006). *Sistema de recepción de los Tratados Internacionales en el Derecho Mexicano. Servicios de Investigación y Análisis, Subdirección de Política Exterior*.

Disponible en [http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-
ISS-07-06.pdf](http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-
ISS-07-06.pdf)

TUNKIN, G. (1988). *Curso de Derecho internacional*, Tomo I, 1ª reimpresión.
La Habana: Ed. Pueblo y Educación.

ZUPPI, A. L. (2010). *Incorporación de tratados internacionales a la
Constitución Nacional, sus efectos y consecuencias*. Disponible en
<http://www.dpi.bioetica.org/docdpi/zuppi.htm>

LAS RAÍCES EPISTEMOLÓGICAS DEL REALISMO ESTRUCTURAL: MODELOS Y REPRESENTACIÓN EN LA TEORÍA DE RELACIONES INTERNACIONALES

THE EPISTEMOLOGICAL ROOTS OF STRUCTURAL REALISM: MODELS AND
REPRESENTATION IN INTERNATIONAL RELATIONS THEORY

*Juan Francisco Morales Giraldo**

RESUMEN

El texto explora algunas ideas básicas acerca de la epistemología detrás de la teoría del Realismo Estructural, o Neorrealismo, de Kenneth Waltz. En primer lugar, se aborda el problema de la interpretación descriptiva de las teorías, particularmente en la disciplina de Relaciones Internacionales, así como ciertas concepciones críticas que surgen desde esta lógica. En segundo lugar, se analiza la estructura formal de los programas teóricos en general, con énfasis en la estructura teórica del Realismo Estructural. La noción de la dualidad de los fenómenos políticos internacionales es descrita como un elemento central en el núcleo de leyes y principios empíricos de la teoría, definiendo su propósito y estableciendo sus alcances y limitaciones. Finalmente, la última sección explora el potencial predictivo de las teorías

* Maestro en Sociología en Estudios Políticos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Licenciado en Ciencia Política por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Es investigador del Instituto de Estudios Políticos Andinos (IEPA) y del Grupo de Trabajo “Integración y Unidad Latinoamericana” del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (Clacso). Ha desempeñado labores de docencia en la UNMSM y en la PUCP. Contacto: jfmoralesg.88@gmail.com

de relaciones internacionales, elaborando un planteamiento crítico sobre estos temas desde la propia teoría. Finalmente, las conclusiones ponen en consideración la contribución de la teoría general de Waltz sobre el modo de pensar las teorías y su importancia para la disciplina de las Relaciones Internacionales.

Palabras clave: Realismo Estructural. Teorías Empíricas. Modelos Teóricos. Concepción Semántica.

ABSTRACT

This text addresses some basic ideas about the epistemology behind Kenneth Waltz's Structural Realism or Neorealism. First, the article deals with the problem of the descriptive interpretation of theories, particularly in International Relations studies, and certain criticism conceptions that comes from this particular logic. The next section presents an analysis of the formal structure of theory programs in general, with an emphasis on theoretical structure of Structural Realism. The notion of duality of international political phenomenons is identified as a central element in the core of empirical laws and principles of this theory, defining its purpose and stablishing its scope and limitations. Finally, the last part focuses on the potential of International Relations theories for predictions, and elaborates a critical approach from the theory to these aspects. Finally, the conclusions put on consideration the contributions of Waltz's general theory on how we think about theories and its importance for International Relations discipline.

Keywords: Structural Realism. Empirical Theories. Theoretical Models. Semantic View.

- - -

1. INTRODUCCIÓN

El Realismo Estructural, o Neorrealismo¹, ha sido la teoría de relaciones internacionales más influyente desde su aparición a finales de la década de 1970. Su contribución a la disciplina puede evaluarse desde muchos aspectos, pero uno de los más importantes es quizás el menos discutido en la literatura especializada y en los programas de enseñanza: no sólo es una teoría sobre política internacional, también representa un compromiso filosófico que ha buscado acercar el estudio científico de las relaciones internacionales a los principios generales que rigen el quehacer de las ciencias empíricas. En ese sentido, los aportes del estructuralismo de Waltz van más allá de la comprensión de un dominio particular de hechos; ofrece una primera aproximación a la importancia del trabajo teórico en la ciencia política. La discusión sobre temas fundamentales acerca de qué son las teorías en un sentido epistemológico, cómo funcionan y cómo se construyen, contenidos en el primer capítulo del clásico *Theory of International Politics* (1979), conformaban una aproximación crítica al debate filosófico acerca de la naturaleza de las teorías científicas, su relación con la realidad empírica, y su rol en la ciencia social moderna.

El texto que sigue a continuación es una mirada a algunos elementos epistemológicos sobre los cuales se funda el Realismo Estructural. Los apartados se dividen en tres temáticas generales: la descripción, la explicación y la predicción de las teorías científicas, a lo largo de las cuales se establecerán paralelos con algunos temas centrales para las ciencias empíricas, y se plantearán discusiones en torno a

¹ Ambos términos, Realismo Estructural y Neorrealismo, son útiles en la medida en que resaltan algún aspecto sustancial de la teoría: el primero, señalara Robert Keohane, "... capta la atención prioritaria en la explicación a través de un examen de la estructura del sistema internacional" (1993, 68, nota 17); el segundo, capta mejor su estatus fundacional dentro de la corriente realista y su originalidad en la teoría política internacional. Para una revisión temática y bibliográfica de las principales vertientes neorrealistas hasta la fecha, a modo de recuento, véase Lobell (2010). Para una revisión de la tradición realista en general, junto con una selección bibliográfica temática, véase Viotti y Kauppi (2012, cap. 2).

los tipos de problemas que aborda la propia teoría. Estos paralelos y discusiones servirán tanto para ilustrar los temas a tratar, así como para introducir una selección bibliográfica especializada que orienten al lector hacia un tratamiento más detallado de estas cuestiones².

2. TEORÍAS: DESCRIPCIÓN, MODELOS Y REPRESENTACIÓN

Existen dos puntos de vista desde los cuales las teorías científicas podrían considerarse descriptivas en un sentido formal. En primer lugar, pueden ser descriptivas en el sentido de hacer explícitas las propiedades y relaciones que subyacen a cierta clase de hechos (en este caso, fenómenos y procesos internacionales) y que sirven a su comprensión. Este tipo de descripción es común a todas las ramas de la ciencia empírica. "... Una teoría científica –decía el físico Stephen Hawking– es tan sólo un modelo matemático que hacemos para describir nuestras observaciones [...] Sólo existe en nuestra mente" (Hawking, 1999, p. 106). Aquí hay dos importantes pistas acerca de lo que debe entenderse por una teoría científica: las teorías son modelos de la realidad, son construcciones intelectuales, no son descripciones exhaustivas ni una colección de datos observacionales. Las teorías no detallan el mundo *tal cual es*, sino que recurren a representaciones conceptuales simplificadas de fenómenos y procesos. En filosofía de la ciencia, son estudiadas como *modelos teoréticos*: "sistemas hipotético-deductivos concernientes a un *objeto modelo* que es, a su vez, una representación conceptual esquemática de un fenómeno real" (Bunge, 1972, pp. 15-16). En la disciplina de las Relaciones Internacionales, estos modelos teoréticos, comúnmente integrados bajo el marco de teorías generales y que abarcan teorías específicas, especializadas, o auxiliares³, se construyen siempre en referencia a la problemática de la internacionalidad⁴.

² Para facilitar la revisión de las referencias a *Theory of International Politics*, se incluirán también los números de página correspondientes a su edición en castellano, separadas de la numeración de la edición en inglés por una diagonal (/).

³ Sobre teorías generales y modelos teóricos, véase Bunge (1982, p. 181)

⁴ "El conjunto de los fenómenos sociales que expresan relaciones inmediatas de los Estados entre sí o influyen directa o indirectamente en estas relaciones o están por

Hasta la década de 1970, la filosofía de la ciencia estaba dominada por la llamada Concepción Heredada, un enfoque según el cual éstas constituyen sistemas de axiomas empíricamente interpretados⁵. Luego del periodo historicista dominante hasta la década de 1980, la llamada Concepción Semántica cobró fuerza como la corriente dominante en la filosofía de la ciencia. La nueva perspectiva semántica entiende las teorías como entidades modelo-teóricas: presentar una teoría es presentar una clase de *modelos* (Díez, 1997, pp. 42, 46), que en su acepción no formal, son de naturaleza representacional: son representaciones conceptuales —o simplemente conceptualizaciones— de ciertos aspectos del mundo empírico (Falguera, 1992, p. 100)⁶.

La relación entre teoría y modelo está dada, en parte, por una de las principales características de la ciencia empírica: su vocación analítica. “La investigación comienza descomponiendo sus objetos a fin de descubrir el ‘mecanismo’ interno responsable de los fenómenos observados” — dice el filósofo Mario Bunge—; y una vez investigada la naturaleza de las partes de ese *mecanismo* subyacente, el siguiente paso es el examen de la interdependencia de esas partes, y finalmente, la reconstrucción del todo en términos de sus partes interconectadas (Bunge, 1997a, p. 26). En un plano muy general, respecto a ciertos ámbitos o sistemas de la realidad, esto ocurre

ellas influidos, constituye el problema de la internacionalidad. Es internacional una relación cuando se refiere a las relaciones entre grupos sociales que están determinados por poderes estatales distintos...” (Huber, citado en Del Arenal, 2007, p. 405).

⁵ Sobre esto, véase Díez y Moulines (1997, cap. 8).

⁶ Desde la década de 1960, los proponentes de la concepción semántica de las teorías científicas han venido discutiendo acerca de la existencia de un significado común de la noción de *modelo* que subyace a todos sus demás usos en las ciencias formales y en las ciencias empíricas. Bajo esos diferentes usos del término *modelo*, dice el filósofo español José Luis Falguera, “... subyace una condición común; de manera que dichos usos resultan de condiciones específicas que adopta una noción común de ‘modelo’, conforme a diferentes maneras de darse la relación de ‘*ser modelo de*’. Según esto, algo es *modelo*, para cualquier de los usos señalados, en tanto que *es un sistema mediante el que se postula una representación conceptual de un asunto determinado —real o ficticio— conforme a determinada finalidad, constituyendo tal representación conceptual un sistema abstracto. Así pues, conforme a esto, el principal papel de los modelos es el de representar*” (Falguera, 1993, pp. 173-174; énfasis en el original). Véase también, Falguera (1994).

por medio de teorías. “... Los científicos tratan de urdir modelos teóricos que representen los principales rasgos de los sistemas de interés (Bunge, 1999, p. 236). De esa manera, *a)* las teorías describen elementos que están más allá de las apariencias; *b)* describen una clase de hechos y no hechos aislados; fijan su atención en hechos genéricos (abstracciones que en ciencias sociales llamamos “hechos sociales”), no en hechos singulares, con lo cual *c)* rechazan los aspectos puramente accidentales de la realidad, seleccionando sólo los que se consideran más relevantes para los propósitos de la investigación. El conocimiento científico, entonces, a través de la teorización, trasciende las contingencias de la percepción inmediata, “... racionaliza la experiencia en lugar de limitarse a describirla...”. El investigador conjetura acerca de lo que subyace tras los fenómenos observados, busca establecer pautas regulares que los expliquen, y busca establecer mediante esta comprensión cierto grado de predictibilidad. Emplean conceptos —por ejemplo, adaptación, integración, clase social o tendencia histórica— que carecen de un correlato empírico por no corresponden a fenómenos directamente observables, pero que sí se refieren a hechos, cualidades o relaciones generales existentes objetivamente (Bunge, 1997a, p. 24). Las teorías, en resumen, son deconstrucciones selectivas de la realidad. No describen exhaustivamente lo observado, sino lo que subyace a los hechos. La ciencia, al ser analítica y explicativa, es en cierto sentido esencialista: “... intenta llegar a la raíz de las cosas. Encuentra la esencia [de los fenómenos] en variables pertinentes y en las relaciones invariantes entre ellas” (Bunge, 1997a, p. 38).

3. EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN DESCRIPTIVA DE LAS TEORÍAS

El Realismo Estructural parte de una base filosófica cercana a una concepción semántica de las teorías científicas, cuyos planteamientos más básicos respecto al rol de los modelos han sido ya expuestos de manera sucinta en la sección anterior. “Una teoría es una imagen, construida mentalmente, de cierto ámbito o dominio de actividad limitado —en este caso, de un cierto ámbito de las relaciones sociales: la política internacional—. Una teoría es una representación de la organización de ese dominio y de las relaciones entre sus partes” (Waltz, 1979, p. 8/19; 1990, p. 26). Aunque Waltz no se

adhiera de manera explícita a ninguna escuela filosófica en particular, la idea de *teoría* que subyace a su obra es la de sistemas representacionales, y su construcción, una tarea fundamentalmente creativa (Waltz, 1979, p. 11/23). Las teorías, por lo tanto, no son una colección de enunciados descriptivos. Lo visto en la sección anterior amplía los alcances de esta concepción filosófica, estableciendo paralelos con las bases epistemológicas del estructuralismo internacional. Los elementos meta teóricos en el primer capítulo de *Theory of International Politics* condensan los aportes de diferentes ramas de la filosofía de la ciencia, apelando a la unidad de los rasgos característicos de la ciencia moderna⁷. La bibliografía citada a lo largo de este trabajo busca dar mayor alcance a conceptos fundamentales tales como “imagen” o “representación”, y al hecho más simple de que de las teorías son abstracciones representativas modeladas por medio de conceptos y enunciados lógicos (formales) que los articulan.

Hasta la década de 1960, los autores realistas no habían logrado prescindir del conductismo, del análisis de la política exterior, y el interés por la diplomacia, como enfoques para una aproximación a los asuntos internacionales. Otros, incluso, se mostraban escépticos acerca de la posibilidad de desarrollar una teoría de relaciones internacionales. Un prominente internacionalista británico de la época titulaba un artículo con una inquietante interrogante: *Why is there no International Theory?* (“¿Por qué no existe una teoría de relaciones internacionales?”, Wight, 1966). La epistemología con la que *Theory of International Politics* buscaba introducir nuevos modos de teorización en este campo entraron en marcado contraste con este escepticismo. La distancia frente a trabajos clásicos como el Raymond Aron, Hans Morgenthau, o el propio Martin Wight, se hizo notoria, particularmente en revisiones críticas como el más reciente *Realist Thought and Neorealist Theory* (1990). Por primera vez, entonces, eran abordados aspectos esenciales para una ciencia social de las relaciones internacionales:

⁷ Al sugerir, por ejemplo, que las teorías, en lugar de ser un conjunto de leyes, las explican, Waltz reconoce lo siguiente: “Este significado no está de acuerdo con el uso que se le da en gran parte de la teoría política internacional, preocupada más por la interpretación filosófica que por la explicación teórica. Corresponde a la definición que se le da al término en las ciencias naturales y en algunas ciencias sociales...” (1979, p. 6/16)

qué es una teoría, cómo funcionan, y cómo se construyen. El éxito del Realismo Estructural como un programa de investigación progresivo (véase Keohane, 1993, pp. 60-61, 65-97)⁸ supuso desde entonces un nuevo umbral de rigurosidad científica para las nuevas teorías internacionales, no tanto por su capacidad para abordar hechos particulares, o prever situaciones novedosas, sino por la solidez de los principios epistemológicos sobre los que se construyó. El reciente criterio introducido por Waltz para la evaluación teórica exigía a los investigadores examinar el significado de la noción de *teoría* antes de tratar sobre alguna teoría en concreto⁹.

Frente a esta postura filosófica, sin embargo, tanto críticos como proponentes del Realismo Estructural simplemente dan por sentado que ésta es una teoría sobre la estructura del sistema político internacional, sin prestar atención a la *estructura* de la propia teoría (cf. Wæver, 2009). Cuando esto es llevado al extremo surge lo que podría llamarse el *problema de la interpretación descriptiva de las teorías*: un sesgo que expresa la creencia de que los elementos de una teoría son verdaderos o falsos respecto a lo observado porque poseen un correlato empírico directo al que deben ajustarse con precisión y según los cuales deben ser interpretados. En ese sentido, según esta concepción, anclada en los rigores del empirismo lógico, o mejor, en un empirismo exacerbado¹⁰, los aspectos del mundo empírico

⁸ El carácter progresivo de la teoría neorrealista ha sido objeto de debate entre quienes valoran su pertinencia y utilidad. Para apreciaciones críticas en ese aspecto, véanse Vasquez (1997) y Ashley (1986). Las respuestas por parte de prominentes teóricos realistas a las críticas tanto de John Vásquez como de Richard Ashley incidieron en las inexactitudes de su entendimiento acerca del rol las teorías en general y el análisis realista en particular (Waltz, 1997, 1986; Walt, 1997; Gilpin, 1986). Para una defensa del paradigma realista como un programa progresivo, ver también Buzan (1996) y Jervis (2003). Sobre el concepto de *progresión teórica*, ver Lakatos (1989, pp. 65-72), junto con el resumen de Elman y Elman (2003), desde la concepción historicista, y el detallado recuento de Diez y Moulines (1997, pp. 484-488) desde la concepción estructuralista.

⁹ La concepción sintáctica y el historicismo, que sirvieron de soporte para el Realismo Estructural en la década de 1970, introdujeron en la teoría una marcada orientación en contra del positivismo, según el cual las teorías emergen de los hechos observados y éstos son, a su vez, los árbitros de su validez. Para una crítica al inductivismo y el empirismo en la obra de su autor, véase Waltz (2003) y Wæver (2009, pp. 203-204).

¹⁰ Sobre la influencia del positivismo y sus variantes en Relaciones Internacionales, ver Smith (1996).

y los términos que constituyen una teoría deberían mantener una relación de equivalencia e igualdad. Resultado: las teorías son interpretadas casi literalmente. Pero, ¿es así como procede la ciencia realmente? En una cita en la sección anterior, Stephen Hawking acepta que los modelos matemáticos de los que se sirve la física sólo existen “en la mente de los científicos”. Al tratar sobre nociones como *tiempo real* o *tiempo imaginario*, por ejemplo, el autor aclara que no tendría sentido preguntarse cuál es más real pues lo importante es que se trata de conceptos que pueden ser más o menos útiles para describir y analizar lo observado (Hawking, 1999, p. 107). Los modelos teóricos y los modelos conceptuales que los conforman, son justamente representaciones de lo observado. En cuanto a la teoría de las relaciones internacionales, algunos ejemplos a continuación ilustrarán esta visión particular de las teorías, y la manera como el Realismo Estructural ha lidiado con el problema del descriptivismo.

Piénsese en la crítica al llamado paradigma Estado-céntrico, que cobró fuerza con el auge del transnacionalismo en la década de 1970. En este paradigma se asumen dos cosas: que los Estados son los actores más importantes de la escena política internacional, y que éstos actúan coherentemente como unidades. El resultado es una suerte de imagen de las relaciones internacionales vistas principalmente como relaciones entre Estados. Pero, ¿qué ocurre con los demás actores y sus relaciones? Si los efectos de las relaciones transnacionales fueran insignificantes y transitorios, señalan los proponentes del transnacionalismo, relegarlos a un rol menor y en general ignorarlos, como parecían hacer los realistas hasta ese momento, sería aceptable como un mecanismo simplificador y parsimonioso (Nye y Keohane, 1971a, pp. 343-45). Pero los hechos demostraban lo contrario: ya en esos años, era evidente que las tendencias en la política mundial socavaban esa visión con la emergencia de nuevos actores no estatales. Se decía, entonces, que la política mundial había cambiado, pero que los paradigmas conceptuales predominantes, como el pensamiento realista, no habían podido seguir el paso a esos cambios: “El clásico paradigma Estado-céntrico asume que los Estados son los únicos actores significativos en la política mundial...” (Nye y Keohane, 1971b, p. 721), algo inaceptable. La crítica continuó hacia finales de la década. En un libro publicado originalmente en 1977, sus autores propugnaban un nuevo tipo ideal de condiciones,

opuestas a las teorías realistas contemporáneas, desde las cuales entender y explicar mejor la política internacional: la interdependencia compleja, un nuevo avance del descriptivismo teorista que aspiraba a reflejar mejor, de manera más precisa, la importancia de las relaciones transnacionales y trasgubernamentales (véase Keohane y Nye 1988, cap. 2). A pesar de esto, el nuevo Realismo Estructural heredó y mantuvo el paradigma Estado-céntrico, fortaleciéndolo con un marco teórico más consistente. Si este enfoque ya no reflejaba lo que ocurría en el mundo, ¿por qué insistir en él?

El debate en torno a la utilidad y la pertinencia del paradigma Estado-céntrico reflejaba en realidad una discusión de fondo acerca de qué tanto debía una teoría ajustarse a la realidad. Autores como Robert Keohane y Joseph Nye (*Poder e interdependencia*, 1988, capítulo 2) defendían la idea de que las teorías debían aspirar a describir exhaustivamente los hechos con el mismo nivel de complejidad que los caracterizaba en la realidad¹¹, una clara postura empirista que sería fuertemente criticada por Waltz en gran parte de su trabajo (véase p. ej. Waltz, 1997, p. 913 para una crítica explícita a ambos autores). Científicos y filósofos de la ciencia reconocen que los hechos no pueden comprenderse hasta no ser incluidos en un marco teórico. Según un reconocido manual de filosofía de la ciencia, “el conocimiento científico es

¹¹ El libro *Designing Social Inquiry* (King et al., 1994) es otro trabajo frecuentemente citado por Waltz como ejemplo del empirismo predominante en la teoría de relaciones internacionales. En el libro, la observación y la experiencia están por delante de lo teórico: las teorías deberían ser tan complejas como lo sugieran las evidencias disponibles sobre lo que ocurre en el mundo empírico (véase King et al., 1994, p. 20), una posición que descansa sobre una concepción fundamentalmente descriptiva de la ciencia en la que teoría y realidad son equivalentes. Pero las teorías hacen lo contrario: seleccionan del mundo exterior, complejo e incierto, sólo aquellos elementos que se consideran cruciales para explicar ciertos fenómenos. Mearsheimer y Walt (2013, p. 431) recurren a una metáfora para ilustrar este punto: un mapa, p. ej., es útil en la medida en que cumple su propósito contando sólo con lo necesario –las preguntas serían entonces ¿cuál es ese propósito? y ¿qué es lo necesario?, pero es esto en donde precisamente las teorías se distinguen–. King y sus asociados, en cambio, asumen una posición que interpreta las teorías en términos descriptivos exhaustivos: si éstas presentan un modelo simple del mundo, dicen, en verdad estarían asumiendo que la propia realidad también es simple. La parsimonia se justifica, entonces, y según los autores, sólo cuando exista certeza –extrañamente a priori– de que la realidad es igualmente parsimoniosa.

el resultado de determinada práctica o actividad que podemos denominar, en sentido amplio, *teorizar...*” (Díez y Moulines, 1997, p. 17). De manera que defender la idea de que teoría y realidad son lo mismo, como ocurriría desde un sesgo descriptivista, supone defender la convicción de que a) el conocimiento puede obtenerse con la acumulación de información, llámense datos u observaciones, b) que éstos son independientes de todo conocimiento previo, y c) que por extensión las teorías, se construyen a partir de supuestas certezas que provienen de la experiencia. La conclusión inevitable de esta lógica es que, sorprendentemente, los hechos pueden llegar a comprenderse antes incluso de que se produzcan los mecanismos necesarios para su comprensión (Waltz, 1979, pp. 7/17-18). “Aquellos que creen extrañamente que el conocimiento empieza con certezas –dice Waltz– piensan en las teorías como edificios de verdades, los cuales pueden construir inductivamente” (Waltz, 1979, p. 5/14). Pero la comprensión de los hechos implica algo más que la suma de sus partes; comprender una clase de fenómenos supone algo más que la verificación, la constatación o la descripción, –incluso rigurosa, de sus componentes y asociaciones. Ya lo decía un prominente epistemólogo: “... explicar es responder a la pregunta ‘¿por qué?’, es comprender y no sólo constatar” (Piaget, 1977, p. 11). Las teorías aspiran fundamentalmente a explicar algo, y para ello la sola descripción no es el mejor camino posible. “Una teoría, en lugar de ser un espejo a través del cual la realidad se refleja, es un instrumento a ser utilizado para explicar una porción de esa realidad, sobre cuyas verdaderas dimensiones nunca podremos estar seguros [...] Un instrumento de esa clase es de poca utilidad [explicativa] si hace poco más que imitar la complejidad del mundo” (Waltz, 1997, pp. 913-914). Posturas descriptivistas como la de Keohane y Nye, por ejemplo, de que a veces el paradigma de la interdependencia compleja se acerca más a la realidad que el realismo, y que contribuye así a supuestamente comprender mejor la política internacional, confunde los límites de lo que una teoría científica necesita describir y lo que no.

¿Es el paradigma Estado-céntrico una afirmación sobre *cómo es* el mundo realmente? Una interpretación descriptiva de las teorías en estricto conduce a entenderlas de modo cuasi literal. El paradigma Estado-céntrico, en cambio, es un supuesto pensado para captar mejor una de las características más importantes de la política internacional: que los Estados-nacionales son,

efectivamente, los actores más importantes del sistema internacional. Las nociones teóricas son construcciones intelectuales, no se descubren desde la sola acumulación de datos.¹² Se trata de conceptos y supuestos que sirven específicamente a los propósitos del modelo que presenta cierta teoría en cuestión, y que responden con simpleza y elegancia a una realidad compleja y confusa. En ese sentido, decir que los Estados más importantes mantienen un rol central, aclara Waltz, no implica restar importancia o negar la existencia de otros actores no estatales (1979, p. 95/142). La visión Estado-céntrica no hace más que sugerir algo acerca de cómo la teoría representa la realidad. Eventualmente, Robert Keohane reconocería que la crítica de Waltz a su posición sobre el estatus del paradigma Estado-céntrico era “esencialmente correcta” (1993, p. 63, nota 9).

Otros autores críticos han mostrado una tendencia similar a interpretar el Realismo Estructural de manera literal. Sobre la “dependencia

¹²

Que las nociones teóricas se construyan intelectualmente no significa que sean ideas arbitrarias, irreales, carentes de significado, o que hagan inconcebible toda coordinación con la experiencia. No se trata de renunciar a todo concepto que no correspondiera a aspectos ‘observables’, como señala el filósofo francés Gilles Gaston Granger. “Es bien evidente [...] que en la estructura de un conocimiento científico encontramos un gran número de conceptos que no tienen ningún examinando [sic] experimental directo, y que ni tan siquiera pueden tenerlo. Es que, en la medida en que la organización de una ciencia es la de un sistema simbólico [i.e., un modelo representativo], comporta necesariamente conceptos de tipo ‘semántico’, remitiendo más o menos directamente a aspectos de los fenómenos, y conceptos de tipo ‘sintáctico’, es decir, que juegan el papel de enlaces que combinan otros conceptos. Sólo un realismo [científico] furiosamente intemperante podría exigir que a estos conceptos sintácticos correspondiesen también aspectos del fenómeno o, peor aún, momentos absolutos de la realidad” (Granger, 1977, pp. 147, 154). La distinción que hace Waltz entre conceptos y supuestos como dos clases de nociones teóricas es coherente con esta oposición sintáctico-semántica de los conceptos teóricos que plantea Granger. “Una noción teórica puede ser un concepto, como la fuerza, o un supuesto, como el supuesto de que la masa se concentra en un punto”. Y añade: los supuestos no son afirmaciones de hechos, “... son los elementos no-factuales de una teoría” (Waltz, 1979, pp. 5-6, 10/15, 22). Supuestos como el paradigma estado-céntrico, entonces, funcionan, dentro de los márgenes de la teoría, como conceptos más amplios que enlazan o combinan conceptos más específicos para crear elementos teóricos útiles. Los conceptos de tipo semántico, que en este esquema son las unidades menores, se construyen a la vez por abstracción, esto es, apelando por simplificación a las características o propiedades del fenómeno que resulten más relevantes al modelo en cuestión.

intelectual” de los países del sur, o periféricos, Arlene Tickner señala que “las categorías y los conceptos diseñados en el primer mundo pueden tener una escasa aplicación cuando estos se insertan en contextos sociales y culturales distintos, hasta tal punto que pueden volverse disfuncionales y contraproducentes”. El predominio de la ciencia social occidental, y particularmente la ciencia social estadounidense, tendría el efecto de negar a los países de la periferia “la condición de sujetos activos en la construcción de su propio conocimiento” (Tickner, 2012, p. 163)¹³. No es de extrañar que la frase “sería absurdo construir una teoría de la política internacional basada en países como Malasia o Costa Rica” (Waltz, 1979, p. 72/109) sea una de las más criticadas en ese sentido. Pero, ¿hay en esto una voluntad de someter intelectualmente al llamado tercer mundo? Una lectura menos apasionada mostraría que lo que está detrás es un interés por comprender la política internacional como un sistema social. La frase de Waltz, de una crudeza ciertamente incómoda, sólo reconoce que en un mundo muy desigual unos influyen más que otros sobre el contexto que los agrupa y los acontecimientos, un rasgo que ha sido recogido también por otras perspectivas.

Los actores internacionales más importantes, los Estados-nacionales, configuran a partir de sus interacciones el marco general para la vida internacional, algo que es cierto hoy y lo era también en 1979. Todos forman parte del conjunto, pero pocos tienen la capacidad para influir efectivamente en sus procesos y las tendencias generales dentro de él. Cada contexto, cada subregión, cada espacio de relaciones, presenta luego sus propios patrones y contingencias, pero la desigualdad es una cualidad inherente a la vida en sociedad: en política internacional, esas desigualdades se reflejan también en los contextos locales y regionales, no sólo a nivel global. El idealismo reivindicativo de Tickner es acrítico frente a esas desigualdades, y, sobre todo, frente a las expresiones de sometimiento político, económico e intelectual que provienen de las propias periferias. Así sucedía, por ejemplo, con la proyección exterior de Brasil en la región y la anterior creación de un “nuevo centro y nuevas periferias” como propósito no declarado, una estrategia que lleva una fuerte carga de nacionalismo y proteccionismo

¹³ Sin embargo, existen razones para dudar de que las categorías y conceptos producidos localmente, y particularmente en Sudamérica, escapen a ese mismo reproche.

económico (sobre esto, véase Zibechi, 2013, caps. 6, 8 y 9). También es indiferente frente a lo que las diferencias de poder pueden llegar a incentivar entre los propios países periféricos. Recuérdese la intervención militar de Colombia en Ecuador en 2008, que ya presagiaba una actitud más asertiva y unilateral de ese país en cuanto a cuestiones de seguridad exterior. ¿Cómo ve el Realismo Estructural estas cuestiones? Reivindicaciones como esta suelen adquirir con facilidad un estatus convencional entre la academia local, quizás por razones emocionales o ideológicas. Si toda crítica es una contestación a los convencionalismos, el Realismo Estructural puede ayudar a asumir, de hecho, una actitud más crítica, algo imposible de reconocer si se le interpreta, equivocadamente, como una equivocada descripción del mundo.

4. EXPLICACIÓN Y MODELOS TEÓRICOS

La interpretación literal de las teorías suele distorsionar lo que éstas establecen realmente sobre un conjunto de fenómenos de interés. Es un problema común no sólo en la evaluación de las teorías sino en su construcción formal y, sobre todo, en la manera como son presentadas. Por lo visto anteriormente, cabría aceptar que, si las teorías son en algún modo descriptivas, lo son sólo en la medida en que tratan de explicitar, aunque sin apelar a una descripción exhaustiva, lo que subyace a los hechos, renunciando a sus aspectos puramente circunstanciales y apelando a características generales con las cuales elaborar abstracciones. La descripción no es el principal propósito de las teorías; su principal propósito es la explicación. El conocimiento teórico en las ciencias empíricas busca explicar los hechos insertándolos en sistemas de ideas, lógicamente articulados, con cierto grado de generalidad. La explicación es el principal vínculo entre teoría y realidad. Esto abre una serie de interrogantes acerca de la capacidad explicativa de teorías altamente abstractas como el Realismo Estructural.

En primer lugar, existe una estrecha relación entre el tipo de descripción limitada que proporcionan los modelos teóricos, y la explicación. En una cita a Waltz en la sección anterior, se decía que una teoría “es una imagen, construida mentalmente, de cierto ámbito o dominio de actividad”, y que, al enfatizar el rol de las *imágenes* y las *representaciones* en las

teorías científicas, las bases epistemológicas del Realismo Estructural concuerdan con ciertos desarrollos en la filosofía de la ciencia según los cuales las teorías están constituidas básicamente por modelos, y que éstos son representaciones conceptuales del mundo empírico. El texto entonces prosigue de la siguiente manera:

Los infinitos materiales de cualquier ámbito de la realidad pueden ser organizados de muchas maneras diferentes. Una teoría indica que ciertos factores son más importantes que otros y especifica las relaciones que existen entre ellos. En la realidad todo está relacionado con todo lo demás, y un ámbito no puede ser separado de los otros. Lo que una teoría hace es aislar un determinado sector de todos los demás con el objetivo de ocuparse de él intelectualmente. Hacerlo es precondition para desarrollar una teoría que pueda explicar lo que ocurre dentro de él (Waltz, 1979, p. 8/19).

De esa manera, los modelos, las imágenes o las representaciones que caracterizan a una teoría hacen intelectualmente aprehensible el mundo real. Lo que parece desprenderse de esto es que la modelación de una teoría es necesaria para explicar los hechos. Pero estas ideas, contenidas en la cita anterior, son muy básicas y requieren por lo tanto ser ampliadas. La pregunta es ¿de qué forma un modelo teórico, siendo una construcción abstracta, puede llegar a explicar algo? La respuesta la da, en parte, la estructura de las teorías empíricas.

Los enfoques de la concepción semántica en filosofía de la ciencia, que enfatizan el rol de los modelos en el análisis de la naturaleza y la estructura de las teorías empíricas, no son una familia homogénea de teorías epistemológicas, pero sí comparten algunos elementos comunes. En primer lugar, presentar una teoría es presentar el conjunto de sus modelos característicos, y la determinación de esos modelos se hace mediante conceptos y principios o leyes (Díez, 1997, p. 51). En las concepciones semánticas, estos *modelos teóricos*, que son la conceptualización que proporciona una teoría sobre una determinada parcela del mundo empírico (Falguera, 1993, p. 174), constituyen el *núcleo* o parte formal de las teorías científicas. En segundo lugar, una vez sabido *qué es y cómo funciona* en abstracto una clase de fenómenos correspondientes a determinado ámbito

de la realidad, lo siguiente en la identificación de una teoría consiste en la identificación de su parte aplicativa, llamada también *modelo de datos* o *conjunto de aplicaciones intencionales*. Este segundo elemento en la estructura de las teorías lo conforma el conjunto de fenómenos empíricos de los que se pretende dar cuenta aplicando los conceptos, principios y constricciones de la parte formal (Díez, 1997, p. 52; Guerrero, 2007, p. 28 y ss.)¹⁴. Ahora bien, en este enfoque *explicar* consiste en demostrar que entre un modelo teórico y un modelo de datos existe una cierta relación; que los fenómenos empíricos de la parte aplicativa pueden convertirse, con la ayuda de nociones teóricas, en modelos de la parte formal; o que tales fenómenos concretos satisfacen los conceptos y principios de la teoría y que se comportan de acuerdo con lo que en ella se establece (Cadevall, 1985, p. 15; Díez y Moulines, 1997, p. 332).

Desde este enfoque, la manera como teorías operan al explicar es *identificar* los objetos del mundo real y sus propiedades con los elementos del modelo teórico, sus conceptos y principios. Entonces, en vez de considerar directamente las relaciones empíricas que se dan entre los objetos reales estudiados, la atención del investigador se concentra, en cambio, en las relaciones que se dan entre los elementos teóricos que *representan* a esos objetos empíricos y sus propiedades, y con ello, indirectamente, se gana información acerca de los mismos objetos y sus propiedades

¹⁴ Conviene hacer una precisión acerca de la naturaleza de los datos empíricos que utilizan las teorías. “Una aplicación no está dada independientemente de una conceptualización, sino que su descripción se da mediante un aparato conceptual. El dominio de aplicaciones intencionales no es ‘ni realidad pura’ ni ‘pura experiencia’, sino que una aplicación intencional se determina conceptualmente mediante el aparato conceptual de la teoría [el núcleo o modelo teórico] y mediante conceptos ya disponibles, los cuales son externos a la teoría en cuestión” y que ya existen en el edificio teórico existen en la disciplina (Guerrero, 2007, p. 34, comillas en el original). En otras palabras, “los datos [la base empírica de una teoría] están cargados de teoría, pero no de la teoría para la que son datos” (Díez y Moulines, 1997, p. 350; véase también Díez, 1997, p. 77). Este punto recoge el hecho de que en la ciencia empírica no existe tal cosa como la observación pura de los fenómenos, algo que se tuvo ya en cuenta en la formulación temprana del Realismo Estructural. “Científicos y filósofos de la ciencia –diría Waltz en un trabajo posterior– se refieren a los hechos como cargados de teoría, y a la teoría y los hechos como interdependientes” (Waltz, 1997, p. 913).

representadas. Esta forma de utilizar los modelos teóricos para el estudio de la realidad es análoga a la manera como las ramas de la ciencia con un alto grado de matematización utilizan los modelos matemáticos para estudiar los hechos indirectamente a través de las relaciones y operaciones entre los números que representan a los objetos reales y sus propiedades (véase Díez y Moulines, 1997, pp. 121-122). Las teorías, entonces, se abstraen de la enorme complejidad de la realidad a través de *imágenes* (i.e. representaciones conceptuales) que la hacen intelectualmente más aprehensible.

Esta manera de entender la explicación desde una concepción semántica estructuralista de las teorías, que en cierta manera comparte el Realismo Estructural de Waltz, tiene dos importantes consecuencias para la evaluación teórica. Primero, descarta la vieja idea, muy arraigada en la práctica usual de la ciencia política, de que explicación y causalidad son lo mismo. Segundo, enfatiza la necesidad de evaluar las teorías en sus propios términos, considerando seriamente el conjunto de fenómenos para las que han sido formuladas realmente. Ambas cuestiones serán tratadas a continuación.

Explicación y causalidad no son sinónimos. En los programas de enseñanza suele decirse que el propósito de una investigación es descubrir relaciones del tipo $A \rightarrow B$, en la que el fenómeno o propiedad A es la causa del fenómeno o propiedad B. Pero en la realidad, y particularmente en la realidad social, sucede que los hechos tienen múltiples causas, por lo que la *verdadera* causa, o la causa total, de un hecho B sigue un esquema más cercano a este: $A_1 + A_2 + A_3 \dots A_n \rightarrow B$, donde lo que define el carácter causal de cada uno de esos factores es su carácter contrafáctico: *si no hubiera ocurrido A_n , no habría ocurrido B*. La pregunta es ¿cómo decidir qué causa es la más importante? Tratar de entender algo apelando a la vez a todas las causas posibles es una tarea tediosa e inútil porque no genera un conocimiento real sobre el porqué de las cosas. La causalidad por sí sola no resuelve el problema de *explicar* los hechos. La explicación se vale de esas causas, pero no de todas; pone de manifiesto una puesta en orden entre los factores determinantes de un modelo: “la explicación causal de un suceso no tiene por qué referirse a todas sus causas, sino por lo general a aquella o aquellas más destacadas en el particular contexto explicativo” (Díez y Moulines,

1997, p. 154). El resultado es la “diversidad de la tarea investigadora” en las ramas de la ciencia que se ocupan de sucesos causalmente complejos, algo que ha sido comparado con una suerte de división social del trabajo: la existencia de diversas teorías, cada una de las cuales trata sobre uno o más factores causales; cada una elaborando explicaciones apelando a causas distintas, que no tienen por qué ser incompatibles porque cada una es válida en su contexto, y en conjunto, pueden hasta resultar complementarias (ibíd., p. 157). Respecto a esto, entonces, la explicación consistiría, en parte, en establecer una jerarquía entre las diversas causas de un hecho. Esta es una situación común en la ciencia política, y en particular en la teoría política internacional, donde la competencia entre distintas propuestas teóricas suele ser intensa.

Ahora bien, ¿por qué sería relevante para el Realismo Estructural en Relaciones Internacionales dedicar tiempo a reflexionar sobre estas cuestiones? Porque una de las más básicas objeciones que se han planteado a la teoría, y en general a otras teorías sistémicas en la disciplina, es que las variables de tipo sistémico o estructural raramente determinan la naturaleza de la política internacional, y aún menos la política exterior de los Estados (véase Jervis, 1997, p. 103 y ss.). Este tipo de críticas siguen el viejo esquema $A \rightarrow B$, desde el cual se espera que las causas de un hecho no sólo sean necesarias sino también suficientes, y que sean en ese sentido determinantes. Llevadas al extremo, son una interpretación casi literal de las teorías como esquemas descriptivos exhaustivos que establecen relaciones directas entre dos o más fenómenos. Sin embargo, aunque toda causa es de alguna manera necesaria, ninguna es suficiente por sí sola. “A través de una teoría se pone de manifiesto el significado de lo observado...”, decía Waltz; las teorías ordenan los hechos particulares de un cierto ámbito de manera que puedan ser vistos como mutuamente dependientes; conectando hechos que de otra forma resultarían dispares e inconexos (1979, pp. 9-10/21; 1988, p. 615). Si se espera que una teoría sistémica explique los fenómenos estableciendo sólo relaciones causales directas, perdurará la sensación de que la teoría tiene poco que decir sobre algo en concreto.

5. LOS ALCANCES DE LA EXPLICACIÓN Y LA NATURALEZA DUAL DE LOS FENÓMENOS POLÍTICOS

Si el Realismo Estructural no sigue el esquema de causalidades directas, como tampoco lo hacen otras teorías científicas, ¿qué explica y cómo lo hace? Para responder a esta pregunta, recuérdese lo visto en la sección anterior. Lo dicho acerca de la concepción semántica de las teorías en la filosofía de la ciencia ha puesto énfasis en los aportes del estructuralismo epistemológico. En la concepción estructuralista, una teoría, también llamada *elemento teórico*, está constituida en un sentido mínimo por una parte formal, o *núcleo*, y una parte aplicativa, o *dominio de aplicaciones intencionales*. La parte formal contiene tanto los elementos que permiten caracterizar el ámbito de estudios, o las partes de la realidad que contienen las diversas aplicaciones de la teoría, como los principios y leyes que rigen en él. La parte aplicativa contiene el conjunto de fenómenos empíricos a los cuales se pretende aplicar los elementos de la parte formal. Una teoría se identifica entonces en su forma más simple por el par formado por un núcleo (K) y un dominio de aplicaciones (I): $T = \langle K, I \rangle$ (Díez y Moulines, 1997, p. 375). Este esquema básico sobre la estructura formal de las teorías es suficientemente útil para entender que el conjunto de fenómenos sobre los que una teoría trata están determinados por su propio aparato conceptual. De manera que al identificar lo que una teoría intenta explicar en primer lugar, es importante prestar atención a la manera como conceptualiza los fenómenos de su interés. En el caso del Realismo Estructural, los fenómenos políticos internacionales son conceptualizados como entidades esencialmente duales¹⁵.

¹⁵ Las teorías deben evaluarse en sus propios términos. Antes, deben identificarse los rasgos que definen su propósito y sus alcances y limitaciones. Pero la mayoría de las veces esto no ocurre. En los estudios políticos internacionales, por ejemplo, la clasificación de las teorías según grandes debates inter-teóricos —una forma común de enseñanza y aprendizaje que predomina en los manuales y programas de estudio— sólo contribuye a reforzar los estereotipos que las reducen a esquemas interpretativos muy simples, pero manejables desde un punto de vista puramente instrumental. El resultado: su naturaleza se reduce a una interpretación casi descriptiva de la realidad, sus propósitos se distorsionan, y se desconocen cuáles son sus alcances y limitaciones.

El Realismo Estructural es una aproximación a la dimensión sistémica de los fenómenos internacionales, a la manera como las características del sistema político internacional, a través del análisis de su estructura, inciden sobre ellos y cómo el propio desarrollo de esos fenómenos incide sobre la configuración del propio sistema político (en un proceso de recursividad sistémica). Para comprender esta relación es preciso aislarse de las circunstancias, las particularidades y los elementos puramente accidentales y encarar los fenómenos *en sí mismos*, es decir, como hechos genéricos. Esta manera de proceder no es extraña en las ciencias sociales. El estructuralismo social se originó con los trabajos de Claude Lervi-Strauss y la antropología estructural. Pero el mismo Waltz reconocía que su principal fuente de inspiración la obtuvo de la lingüística estructural de Saussure, cuyo enfoque buscó incorporar luego la antropología cultural (Gómez García, 1981, pp. 33-34)¹⁶. Así pues, el Realismo Estructural de Waltz, como otras formas de estructuralismo en las ciencias sociales, están presentes reminiscencias y herencias lingüísticas y antropológicas.

Jack Snyder (2004) proporciona un ejemplo de esto en *One World, Rival Theories*, un breve artículo ampliamente difundido. En esta visión de las cosas, la adhesión a una teoría en particular termina por asemejarse más a una cuestión de fe. Frente a este problema, la pregunta básica para guiar la evaluación de las teorías sigue siendo más bien simple e intuitiva: ¿qué es lo que dicen y qué es lo que no dicen las teorías sobre los acontecimientos?

¹⁶ Un correcto entendimiento del estructuralismo en Relaciones Internacionales, como en otras ciencias sociales básicas o derivadas, no estaría completo sin remitirse a las raíces heredadas de las perspectivas lingüísticas, particularmente la fonología de N. Trubetzkoy. A decir del propio Levi-Strauss, el método de la nueva fonología se basaba en cuatro pasos fundamentales: “pasa del estudio de los fenómenos lingüísticos ‘conscientes’ al de su estructura ‘inconsciente’; rehúsa tratar los ‘términos’ como entidades independientes; y toma como base de su análisis, por el contrario, las ‘relaciones’ entre los términos; introduce [finalmente] la noción de ‘sistema’” (Levi-Strauss, 1995, p. 76). La fonología de Trubetzkoy, antecedente de los modernos análisis estructurales de los fenómenos sociales, no se limitaba a declarar que los fonemas, como los agentes o los hechos sociales, son siempre parte de un sistema, sino que mostraba sistemas concretos poniendo en evidencia su estructura a partir de relaciones explícitas entre esos elementos. Con este nuevo método de análisis, las ciencias sociales lograban formular relaciones necesarias. El análisis estructural de Waltz, y la teoría derivada de sus abstracciones, es heredero de este enfoque.

En primer lugar, los hechos de política internacional son, en lo esencial, hechos sociales. En la sociología clásica, un hecho social por definición mantiene un carácter general dentro de la extensión de una sociedad y una existencia propia (objetiva), independiente de sus manifestaciones individuales (Durkheim, [1895] 1978, p. 42). La lingüística clásica, por otra parte, elabora una distinción similar al separar *lengua* y *habla*: la lengua es el producto social de la facultad del lenguaje, que es individual; es un conjunto de convenciones adoptadas por el cuerpo social para permitir el ejercicio de esa facultad en los individuos. De esa forma, “al separar la lengua del habla, se separa a la vez: 1º lo que es social de lo que es individual; 2º lo que es esencial de lo que es accesorio y más o menos accidental” (Saussure, 1945, pp. 39, 41).

En el Realismo Estructural de Waltz, los fenómenos políticos internacionales son concebidos, primero, como hechos sociales, que son por definición genéricos. Luego son definidos como hechos particulares, que responden a las circunstancias inmediatas y situaciones concretas. Esta oposición de concepciones es lo que en un trabajo anterior se ha llamado *la naturaleza dual de los fenómenos políticos internacionales* (véase Morales Giraldo, 2014), y se encuentra en el núcleo (K) de la teoría de Waltz. Su situación, entonces, la convierte en una noción central en la conceptualización del tipo de fenómenos (I) de los que la teoría trata de dar cuenta. La teoría no trata, por ejemplo, sobre cuestiones como la guerra entre dos o más países en determinado lugar y momento, sino de *la guerra* como fenómeno socio-político en el sistema internacional, de su explicación a través de causas permisivas –que la convierten en una posibilidad siempre latente– y no de sus causas más inmediatas (Waltz, 1959, p. 232). Esto implica una enorme diferencia en la manera de ver las cosas: como fenómeno particular, la guerra puede resultar ser infrecuente, improbable y excepcional; como fenómeno estructural, en cambio, resulta ser un patrón recurrente y hasta habitual. En el primer caso interesaría explicar la guerra, en el segundo, la paz. Esta distinción, que es la esencia de la naturaleza dual de los fenómenos políticos internacionales, se encuentra en el núcleo del estructuralismo de Waltz, definiendo su propósito y señalando sus alcances y limitaciones.

En *The Origins of War in Neorealist Theory* (Waltz, 1988), por ejemplo, la paz entre las grandes potencias durante los años de la Guerra Fría es explicada tanto desde un punto de vista sistémico —según como lidian con la inestabilidad y la competencia en un sistema bipolar o en uno multipolar— como desde el punto de vista de las particularidades de los propios Estados y sus relaciones —según como ciertas tecnologías y estrategias, como las armas y la disuasión nucleares, elevan los costos de la violencia—. En *The Myth of National Interdependence* (Waltz, [1970] 2008), la importancia política, y no sólo económica, de la interdependencia se hace evidente al indagar por las implicancias de las relaciones entre comercio internacional e inversión extranjera entre países con una enorme disparidad de poder. Al introducir el carácter asimétrico inherente al conjunto de Estados en la visión que se tiene de la interdependencia económica, el panorama resulta distinto: en lugar de una red de relaciones económicas interdependientes surge un escenario dispar en el que unos son más dependientes o independientes que otros. En *Conflict in World Politics* (Waltz, [1971] 2008c) la explicación del conflicto asume una perspectiva estructural que busca encontrar una razón a este tipo de situaciones más allá de las circunstancias que envuelven conflictos particulares. Finalmente, la teoría del balance de poder, dentro del programa de investigación neorrealista, es también una aproximación a la dimensión estructural de este tipo de sucesos, no a sus particularidades: “la teoría del balance de poder explica un resultado —la formación recurrente de balances de poder—, que puede no coincidir con las intenciones de cualquiera de las partes cuyas acciones se combinan para producir ese resultado” (Waltz, 1979, p. 119/175-176). Cada uno de estos tipos de fenómenos: la paz, la interdependencia, el conflicto y el balance de poder, son estudiados no como hechos particulares sino como procesos sistémicos.

Una última observación sobre la manera como los componentes formales de una teoría determinan el alcance de la explicación. Un mal entendimiento sobre qué es lo que las teorías explican realmente puede generar simplificaciones. El Neorrealismo en particular ha sido objeto de una clara malinterpretación: la idea, ampliamente difundida, de que se trata de una teoría orientada a temas militares y de seguridad. Uno de los textos introductorios más leídos en los cursos de relaciones internacionales en los países de habla hispana, por ejemplo, reproduce esta lectura errada:

entre las teorías realistas, señala el manual, la problemática de estudio se centra en la seguridad nacional (cf. Barbé 1995, 60-64)¹⁷. Es cierto que en el programa teórico neorrealista se asume que la supervivencia, y por lo tanto la seguridad, es uno de los intereses fundamentales de los Estados (Waltz, 1979, pp. 91-92). Sin embargo, esta no es una afirmación empírica sino un supuesto teórico, una abstracción. Si la teoría restringiera la comprensión de los fenómenos a aspectos de seguridad de tipo militar, su visión del mundo sería la de un reduccionismo poco convincente. Pero el carácter progresivo que la teoría ha demostrado desde su aparición indica lo contrario. Decir que el Neorrealismo es una teoría que tiene a los asuntos militares como problemática central equivale a negar las contribuciones que se han hecho desde este enfoque, por ejemplo, al estudio de la política tras la interdependencia económica (véase Waltz, [1970] 2008a; 1979, pp. 139-146/206-215; 2000, pp. 14-18; Baldwin, 1980, p. 486 y ss.), del problema de la distribución relativa de las ganancias bajo esquemas de cooperación en ausencia de un gobierno común (véase Grieco, 1988a; 1988b; y Grieco, Powell y Snidal 1993), o al estudio crítico y normativo de la política exterior norteamericana, con especial atención a los riesgos del unilateralismo (véase Waltz 2000, pp. 27-39; 2004).

¹⁷ Incluso dentro de la tradición de pensamiento realista, que incluye a autores anteriores a la Guerra Fría, es difícil sostener –si no imposible– que la seguridad nacional sea el centro de interés. En *La crisis de los veinte años (1919-1939)* ([1939] 2004), texto clásico de E. H. Carr, publicado originalmente en 1939, un concepto tan frecuentemente asociado al realismo como el de *poder* es definido no sólo en función del poder militar sino también en función del poder económico y en función al poder sobre la opinión y las ideas (véase, Carr [1939] 2004, cap. 8). Lo mismo ocurre con Hans Morgenthau, en cuyo clásico *La política entre las naciones* ([1948] 1986), los conceptos de *poder político* y *poder militar* no son de ninguna forma equivalentes: “El poder político debe distinguirse de la fuerza [...] Cuando la violencia se convierte en realidad, el poder político abdica a favor del poder militar...”, sin embargo, añade el autor, “especialmente en política internacional la fuerza armada como amenaza real o potencial es el componente material más importante que contribuye a conformar el poder político de una nación” (Morgenthau [1948] 1986, p. 43). Si la política internacional, como toda política, es una *lucha por el poder*, tal como la define el autor, entonces se trata en realidad de una lucha por el poder político. La esencia de la política internacional entre los autores realistas de todos los tiempos y tendencias ha sido siempre política y no militar.

6. ¿QUÉ PREDICEN LAS TEORÍAS CIENTÍFICAS?

El conocimiento científico tiene como otra de sus principales características la predicción (Bunge, 1997, p. 41). Pero, así como se espera que las teorías se refieran a hechos particulares, en la descripción o en la explicación, también se espera que elaboren predicciones precisas sobre acontecimientos específicos. Sin embargo, "... la predicción científica, en contraste con el tipo de predicción que proviene de las profecías [...] no es del tipo 'ocurrirá e' sino más bien de este otro: 'ocurrirá e (de la clase E) siempre que suceda c (de la clase C), pues todo hecho de clase C es acompañado o seguido por un hecho de clase E'" (Bunge, 1997, p. 42). Esto último sugiere dos cosas importantes acerca de la predicción en las ciencias empíricas: la generalidad de las prospecciones, y su relación estrecha con la explicación. El siguiente pasaje recoge algunas ideas importantes sobre este asunto:

"... incluso en las ciencias de la naturaleza, las predicciones que cabría esperar en justicia no conducen sino excepcionalmente a acontecimientos en sentido estricto. El físico, el químico, el biólogo, se contentan por lo general con prever *tipos de acontecimientos* y tal es, creemos, lo que se puede esperar razonablemente de la ciencia. Es cierto que en estos últimos casos la determinación de los tipos de acontecimientos es a menudo tan rigurosa, a escala de nuestras observaciones, nuestro poder de disociación de sus circunstancias tan amplio, que la predicción equivale prácticamente a la de los acontecimientos singulares. No ocurre lo mismo es las ciencias sociales..." (Granger, 1977, p. 149, énfasis en el original).

Las teorías científicas predicen tipos de acontecimientos, no acontecimientos particulares, porque las teorías mismas tratan con abstracciones con un grado mayor de generalidad respecto a acontecimientos particulares. Esto resulta mucho más claro al reconocer la relación que existe entre predicción y explicación. De nuevo, resulta útil referirse a ciencias en las que estas cuestiones están más y mejor desarrolladas.

En la antropología estructural, por ejemplo, "el análisis de un sistema o el de los elementos de un grupo de mitos, seguramente no conduce a

establecer una previsión que anuncie ‘lo que va a pasar’ en un momento ulterior. No obstante, en el caso en que este análisis pueda ser llevado a término, construye un sistema –una teoría– más o menos cerrado de posibilidades...”. Esto es análogo a lo que ocurrió en la construcción y posterior aprovechamiento de la tabla periódica de los elementos químicos de Mendeleieff: “Un conjunto de fenómenos –elementos químicos– conocidos y suficientemente analizados es estructurado según determinados conceptos; esta estructuración hace aparecer objetos abstractos –nuevos elementos químicos– que la experiencia no ha desvelado, pero para los que lo cerrado del sistema –en este caso, la teoría– exige que existan fenómenos en consonancia” (Granger, 1977, p. 150). Las teorías, entonces, por medio de la explicación, conforman esquemas cerrados de posibilidades, lo que permite la anticipación de cierto tipo de acontecimientos excluyendo la posibilidad de otros. La explicación de hechos particulares y la predicción comparten la misma estructura lógica¹⁸. Una vez que un fenómeno particular llega a comprenderse, una vez que se han dilucidado sus mecanismos subyacentes¹⁹, los eventos particulares que tienen lugar en ese campo de la realidad, se vuelven previsibles. Las teorías, por medio de la explicación, elaboran asociaciones entre los factores más relevantes de un ámbito del mundo empírico, establecen jerarquías entre esas variables o causas y brindan una imagen de cómo es que funciona la realidad. La predicción se obtiene como un producto del conocimiento obtenido sobre las regularidades que dan sentido a nuestra comprensión de las cosas. Este tipo de predicción, vale aclarar, no depende del tiempo: no se espera que los eventos previstos ocurran en cierto momento, sino bajo ciertas circunstancias.

¹⁸ Según la tesis de Hempel sobre la simetría entre explicación y predicción, “la explicación de fenómenos empíricos particulares y la predicción tienen la misma estructura lógica, la única diferencia entre ambas es pragmática y tiene que ver con la relación temporal entre la ocurrencia del hecho particular y la construcción del argumento [...] Las predicciones son pues *retrodicciones*, ‘predicciones’ de hechos conocidos; las predicciones, si llegan a confirmarse, son explicaciones ‘avanzadas’” (Diez y Moulines, 1997, p. 239).

¹⁹ Sobre la explicación por mecanismos, y sobre el concepto mismo de “mecanismos” como procesos concretos en sistemas reales, véase Bunge (1997b, pp. 5-10, 28-35, 37-45).

El Realismo Estructural explica, por ejemplo, por qué el balance de poder constituye un proceso sociopolítico recurrente en la historia, y es esta explicación la que permite construir un marco de condiciones generales que permiten, a la vez, inferir la formación de un nuevo balance de poder en el futuro. La teoría es incapaz de decir cuándo es que tendrá lugar o qué es lo que cada país en particular hará al respecto, sólo se limita a anticipar un tipo de situación o suceso, que en este caso es un patrón de interacción entre las potencias más importantes del sistema internacional, o de los subsistemas regionales, una tendencia a iniciar políticas de balance o contención bajo ciertas condiciones (Waltz, 2000, pp. 30, 38). No hace falta decir que las dinámicas políticas más recientes a nivel global y regional parecen confirmar las previsiones neorrealistas sobre estas regularidades. Cabría entender, finalmente, que la estructura lógica de las predicciones implica para el investigador un conjunto de posibilidades hipotéticas de las cuales pueden inferirse situaciones reales bajo ciertas condiciones.

7. PREDICCIONES Y CREENCIAS: EL REALISMO ESTRUCTURAL Y EL FINAL DE LA GUERRA FRÍA

El primer capítulo de *Theory of International Politics* no dice mucho acerca del carácter predictivo de las teorías. Sin embargo, irónicamente una de las mayores críticas a la teoría tiene que ver con la anticipación de un gran suceso que sus proponentes no pudieron prever: el final de la Guerra Fría. Tras el rápido declive y posterior desaparición de la Unión Soviética, en los estudios internacionales las críticas se orientaron principalmente a señalar la incapacidad de las teorías de relaciones internacionales, y en especial de las teorías realistas, para anticipar el final de la Guerra Fría. “Los cientistas políticos y sus teorías –se dice– fracasaron no sólo en anticipar cualquiera de los dramáticos eventos de los últimos años sino también en reconocer la posibilidad de que esos cambios tuvieran lugar” (Lebow y Risse-Kappen, 1995, p. 1). ¿Por qué las teorías de política internacional no pudieron prever un cambio tan drástico? La cita anterior contiene dos elementos cuyo análisis puede ayudar a responder en parte esa pregunta: a) la capacidad predictiva de las propias teorías, que ya ha sido descrita brevemente en la sección anterior, y b) la disposición por parte de quienes hacen uso de esas teorías

para reconocer la posibilidad de ciertos eventos. En este caso en particular lo que ocurrió fue que lo segundo terminó por condicionar la efectividad de lo primero.

Muchas veces ciertos hechos parecen ser imposibles o tan improbables que no son tomados en cuenta seriamente, incluso cuando las teorías dejan abiertas esas posibilidades, y éste es uno de los principales aspectos a tener en cuenta al evaluar la capacidad predictiva de una teoría: las ideas preconcebidas pueden obstaculizar la capacidad de predicción. En *The Stability of a Bipolar World* ([1964] 2008b), por ejemplo, el propio Waltz decía que no había ninguna duda acerca de la durabilidad del bipolarismo a largo plazo dada las condiciones existentes hasta ese momento. Quince años después, en 1979, la situación parecía seguir siendo la misma a los ojos del autor (véase Waltz, 1979, p. 176-183/259-268). Sin indicios de ningún tipo, los realistas no mostraron un interés real en plantearse la posibilidad del colapso de la Unión Soviética y el final de la Guerra Fría. Pero, ¿qué decía la teoría al respecto? En un mundo bipolar, el colapso de una de las dos potencias que sostienen ese orden supondría un cambio a nivel sistémico o estructural. El Realismo Estructural explica ese tipo de cambios a partir del cambio en uno de los principales elementos estructurales del sistema internacional: la distribución de capacidades, que es, además, su elemento más dinámico (véase Waltz, 1979, p. 97, 101/145, 150). La Guerra Fría, decía Waltz en una referencia explícita a este caso, "... está firmemente arraigada en la estructura de la política internacional de la posguerra, y durará tanto como perdure esa estructura" (Waltz, 1988, p. 628). La Guerra Fría culminaría, entonces, cuando la estructura bipolar que la sostenía comenzara a erosionarse, como ocurrió con el rápido declive y la posterior desaparición de la Unión Soviética, lo que generó una rápida reconfiguración en la distribución de capacidades a nivel global. De manera que el cambio sistémico era un tipo de situación ya prevista por la teoría, y aun presente en sus formulaciones más tempranas. Era una de sus aplicaciones posibles, pero hasta finales de la década de 1980 permaneció como un potencial no explorado. Las predicciones se limitaban a prever un tipo de situación hipotética, pero ningún teórico realista asumió seriamente la necesidad de desarrollar una teoría específica o hipótesis auxiliar como parte del programa investigación neorrealista que permitiera anticipar con

algo más de detalle los cambios a nivel estructural. Sin indicios razonables para dudar de lo contrario, la confianza en la estabilidad y la durabilidad del orden bipolar se reforzó, y esta creencia se mantuvo firme hasta el momento en que sucedió el cambio. Fueron las convicciones de los investigadores y teóricos las limitaron el potencial predictivo de la teoría.

8. REFLEXIONES FINALES

Theory of International Politics nos presenta una introducción a los rasgos generales de las teorías científicas y su papel fundamental en la ciencia moderna. En ese aspecto, cumple un propósito más bien didáctico: anima al lector a reflexionar sobre los aspectos epistemológicos de la teoría política. Los textos citados a lo largo de este trabajo contribuyen a ampliar estas ideas de manera somera. Quizás la lección más importante que puede extraerse de la obra de Watzel es que las teorías, aun antes de que la propia investigación cobre forma, cumplen la función de dibujar el horizonte del investigador, guiando la observación y señalando las problemáticas de interés. Tanto los científicos como los filósofos de la ciencia saben esto. El rol de las teorías no empieza ni termina en el análisis o en la comprensión de los hechos: comienza mucho antes, modelando las intuiciones, sirviendo de base para identificar esos mismos hechos (Chalmers, 2000, cap. 1), y redirigiendo el interés de toda una comunidad científica hacia nuevas problemáticas de las que antes no se tenía conciencia.

Finalmente, llevando estas reflexiones a terrenos más cercanos a nuestra realidad, los temas discutidos en este trabajo, a consideración de la obra de Kenneth Waltz, pueden abrir espacios de discusión sobre la situación actual y el futuro de las Relaciones Internacionales en Sudamérica. En la región, la labor de la política internacional ha estado orientada en los últimos años al análisis casi exclusivo de las coyunturas. Y ese interés por las coyunturas, en parte, explica la escasa producción teórica en la región, muy aparte de las viejas reivindicaciones frente al colonialismo intelectual y el dominio sobre las ideas. Pero para comprender los fenómenos que afectan nuestro entorno directamente, y adquirir así cierta certeza acerca de su desarrollo futuro, los análisis de coyuntura son insuficientes. Hace falta teoría. Al no integrar el conocimiento inmediato sobre acontecimientos en

marcha dentro de marcos teóricos más generales, los cientistas políticos han visto con cierto desconcierto, por ejemplo, cómo la integración en la región ha fracasado y los liderazgos emergentes se han replegado. Es en estos momentos que proliferan títulos como *el fracaso de la integración*, *integración: ¿mito o realidad?*, o *la falta de liderazgo en...*, todos respondiendo a una coyuntura específica. Teorías de diverso origen, en cambio, podrían haber previsto estos sucesos, no con exactitud, sino estableciendo un conjunto de posibilidades desde las cuales inferir escenarios sobre los plantear espacios de trabajo y debate. Los alcances filosóficos del Realismo Estructural invitan a asumir posturas críticas respecto a un conocimiento que damos por sentado.

REFERENCIAS

- Ashley, R. K. (1986). The Poverty of Neorealism. En R. O. Keohane (Ed.), *Neorealism and its Critics* (pp. 255-300). Nueva York: Columbia University Press.
- Baldwin, D. A. (1980). Interdependence and Power: A Conceptual Analysis. *International Organization*, 34(4), 471-506.
- Barbé, E. (1995). *Relaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos.
- Bunge, M. (1972). *Teoría y realidad*. Barcelona: Ariel.
- Bunge, M. (1982). *Epistemología*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales.
- Bunge, M. (1997a). *La ciencia. Su método y su filosofía* (2da edición). Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Bunge, M. (1997b). Mechanism and Explanation, *Philosophy of the Social Sciences*, 27 (4), 410-465.
- Bunge, M. (1999). *Las ciencias sociales en discusión. Una perspectiva filosófica*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Buzan, B. (1996). The Timeless Wisdom of Realism? En Steve Smith, Ken Booth y Marysia Zalewski (Eds.), *International theory: positivism and beyond* (pp. 47-65). Cambridge: Cambridge University Press.

Cadevall, M. (1985). El concepto de explicación en la concepción estructuralista. *Enrahonar: quaderns de filosofia*, (12), 11-18.

Carr, E. H. [1939] (2004). *La crisis de los veinte años (1919-1939). Una introducción al estudio de las Relaciones Internacionales*. Madrid: Catarata.

Chalmers, A. (1984). *¿Qué es esa cosa llamada ciencia? Una valoración de la naturaleza y el estatuto de la ciencia y sus métodos*. Madrid: Siglo XXI Editores.

Del Arenal, C. (2007). *Introducción a las relaciones internacionales*. Madrid: Tecnos.

Díez, J. A. (1997). La concepción semántica de las teorías científicas. *Éndoxa: Series Filosóficas*, (18), 41-91.

Díez, J. A., y C. U. Moulines (1997). *Fundamentos de filosofía de la ciencia*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A.

Durkheim, É. [1895] (1978). *Las reglas del método sociológico*. Madrid: Ediciones Morata.

Elman, C. y M. Elman (2003). Introduction: Appraising Progress in International Relations Theory. En C. Elman y M. Elman (Eds.), *Progress in International Relations Theory: Appraising the Field* (pp. 1-20). Cambridge: MIT Press.

Falguera, J. L. (1992). La noción de modelo en los análisis de la concepción estructuralista. *Ágora*, *II*(1), 97-104.

Falguera, J. L. (1993). El enredo de los modelos en los análisis de las ciencias factuales. *Ágora*, *12*(2), 171-178.

Falguera, J. L. (1994). Unidad de noción bajo los usos del término 'modelo' en las ciencias matemáticas y factuales. *Contextos*, *XII*(23-24), 221-244.

Gilpin, R. G. (1986). The Richness of the Tradition of Political Realism. En R. O. Keohane (Ed.), *Neorealism and its Critics* (pp. 301-321). Nueva York: Columbia University Press

Gómez García, P. (1981). *La antropología estructural de Claude Levi-Strauss. Ciencia, filosofía, ideología*. Madrid. Editorial Tecnos.

Granger, G. G. (1977). La explicación en las ciencias sociales. En J. Piaget (Ed.), *La explicación en las ciencias* (pp. 143-160). Barcelona: Ediciones Martínez Roca S.A.

Grieco, J. M. (1988a). Anarchy and the Limits of Cooperation: A Realist Critique of the Newest Liberal Institutionalism. *International Organization*, 2(3), 485-507.

Grieco, J. M. (1988b). Realist Theory and the Problem of International Cooperation: Analysis with an Amended Prisoner's Dilemma Model. *The Journal of Politics*, 50(3), 600-624.

Grieco, J. M., Powell, R. y Snidal D. (1993). The Relative-Gains Problem for International Cooperation. *The American Political Science Review*, 87(3), 727-43.

Guerrero, G. (2007). "Van Fraassen y la concepción estructuralista de las teorías". *Praxis Filosófica*, (25), 21-38.

Hawking, S. W. (1999). *La teoría del todo. El origen y el destino del universo*. Barcelona: Debolsillo.

Jervis, R. (1997). *System Effects. Complexity in Political and Social Life*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.

Jervis, R. (2003). Realism, Neoliberalism and Cooperation: Understanding the Debate. En C. Elman y M. Elman (Eds.), *Progress in International Relations Theory: Appraising the Field* (pp. 277-309). Cambridge: MIT Press.

Keohane, R. O., y Nye, J. S. [1977] (1988). *Poder e Interdependencia: La Política Mundial en Transición*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano.

Keohane, R. O. (1993). *Instituciones internacionales y poder estatal: Ensayos sobre teoría de las Relaciones Internacionales*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano.

King, G., Keohane, R. O. y Verba, S. (1994). *Designing Social Inquiry: Scientific Inference in Qualitative Research*. Princeton: Princeton University Press.

Lakatos, I. (1989). *La metodología de los programas de investigación científica*. Madrid: Alianza Editorial.

Lebow, R. N. y Risse-Kappen, T. (1995). Introduction: International Relations Theory and the End of the Cold War. En R. Ned Lebow y T. Risse-Kappen (Eds.), *International Relations Theory and the End of the Cold War* (pp. 1-21). New York: Columbia University Press.

Levi-Strauss, C. (1995). *Antropología estructural*. Barcelona: Paidós.

Lobell, S. E. (2010). Structural Realism/Offensive and Defensive Realism. En R. A. Denemark (Ed.), *The International Studies Encyclopedia* (pp. 6651-6669). Volumen X. Chichester: Wiley-Blackwell.

Mearsheimer, J. J., y S. Walt. (2013). Leaving theory behind: Why simplistic hypothesis testing is bad for International Relations. *European Journal of International Relations*, 19(3), 427-457.

Morales Giraldo, J. F. (2014). La competencia en seguridad y la comunidad sudamericana: teoría y crítica. *Revista Andina de Estudios Políticos*, IV (2), 73-98.

Morgenthau, H. [1948] (1986). *Política entre las Naciones. La lucha por el poder y la paz*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano.

Nye, J. S., y Keohane, R. O. (1971a). Transnational Relations and World Politics: An Introduction. *International Organization*, 25(3), 329-349.

Nye, J. S., y Keohane, R. O. (1971b). Transnational Relations and World Politics: A Conclusion. *International Organization*, 25(3), 721-748.

Piaget, J. (1977). Introducción: el problema de la explicación. En J. Piaget (Ed.), *La explicación en las ciencias* (pp. 11-21). Barcelona: Ediciones Martínez Roca S.A.

Saussure, F. de (1945). *Curso de lingüística general*. Traducción de Amado Alonso. Buenos Aires: Editorial Losada S.A.

Smith, S. (1996). Positivism and beyond. En Steve Smith, Ken Booth y Marysia Zalewski (Eds.), *International theory: positivism and beyond* (pp. 11-44). Cambridge: Cambridge University Press.

- Snyder, J. (2004). One World, Rival Theories. *Foreign Policy*, (145), 52-62.
- Tickner, A. B. (2012). Relaciones de conocimiento centro-periferia: hegemonía, contribuciones locales e hibridización. *Politai: Revista de Ciencia Política*, 3(4), 163-172.
- Vasquez, J. A. (1997). The Realist Paradigm and Degenerative versus Progressive Research Programs: An Appraisal of Neotraditional Research on Waltz's Balancing Proposition, *The American Political Science Review*, 91(4), 899-912.
- Viotti, P. R., y Kauppi, M. V. (2012). *International Relations Theory*. Boston: Longman.
- Wæver, O. (2009). Waltz's Theory of Theory, *International Relations*, 23(2), 201-222.
- Walt, S. (1997). The Progressive Power of Realism, *The American Political Science Review*, 91(4), 931-935.
- Waltz, K. N. (1959). *Man, the State and War*. New York: Columbia University Press.
- Waltz, K. N. [1964] (2008b). The Stability of a Bipolar World. En *Realism and International Politics* (pp. 99-122). New York: Routledge.
- Waltz, K. N. [1970] (2008a). The Myth of National Interdependence. En *Realism and International Politics* (pp. 152-165). New York: Routledge.
- Waltz, K. N. [1971] (2008c). "Conflict in World Politics". En *Realism and International Politics* (pp. 19-36). New York: Routledge.
- Waltz, K. N. (1979). *Theory of International Politics*. Reading, Mass.: Addison-Wesley Publishing Company. Tr. cs.: *Teoría de la política internacional*, Bueno Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1988.
- Waltz, K. N. (1986). "Reflections on Theory of International Politics; A Response to my Critics", En Robert O. Keohane (ed.), *Neorealism and its Critics* (pp. 322-345). Nueva York: Columbia University Press.
- Waltz, K. N. (1988). "The Origins of War in Neorealist Theory". *Journal of Interdisciplinary History*, vol. 18, nº 4, pp. 615-628.

Waltz, K. N. (1990). "Realist Thought and Neorealist Theory". *Journal of International Affairs*, vol. 44, n° 1, pp. 21-37.

Waltz, K. N. (1997). "Evaluating Theories". *American Political Science Review*, vol. 91, n° 4, pp. 913-917.

Waltz, K. N. (2000). "Structural Realism after the Cold War". *International Security*, vol. 25, n° 1, pp. 5-41.

Waltz, K. N. (2003). "Thoughts about Assaying Theories". En Colin Elman y Miriam Fendus Elman (eds.), *Progress in International Relations Theory: Appraising the Field* (pp. vii-xii). Cambridge: MIT Press.

Waltz, K. N. (2004). "Neorealism: Confusions and Criticism". *Journal of Politics and Society*, vol. 15, n° 1, pp. 2-6.

Wight, M. (1966). "Why is there no International Theory?" En H. Butterfield y M. Wight (eds.), *Diplomatic Investigations. Essays in the Theory of International Politics*. Cambridge: Harvard University Press.

Zibechi, R. (2009). "Is Brazil creating its own 'backyard' in Latin America?" *Upside Down World Latin America*, 16 de febrero, disponible en <http://upsidedownworld.org/>

Zibechi, R. (2013). *Brasil potencia: entre la integración regional y el nuevo imperialismo*. Lima: Programa Democracia y Transformación Global, Forum Solidaridad Perú.

POSIBILIDADES Y BENEFICIOS DE UNA EXTENSION DEL ESPACIO DE INTEGRACION FRONTERIZO CON CHILE MÁS ALLÁ DE TACNA Y ARICA

POSSIBILITIES AND BENEFITS OF AN EXTENSION OF THE BORDER
INTEGRATION AREA WITH CHILE BEYOND TACNA AND ARICA

*Mijail Quispe Sandoval**

RESUMEN

El Gabinete Binacional Perú-Chile celebrado en julio de 2019 abrió la posibilidad de ampliar el espacio fronterizo entre los dos países, más allá del área consolidada formada por Tacna y Arica. La hipótesis a ser probada es que una mayor participación de las regiones contiguas de Moquegua y Tarapacá en foros bilaterales y una “visión ampliada de la región fronteriza binacional –sur peruano-norte chileno” promoverá beneficios mutuos para ambos países en áreas específicas como el turismo, la prevención de delitos transnacionales, las relaciones culturales, los asuntos migratorios, entre otros aspectos.

Palabras clave: Perú; Chile; Iquique, Tacna, Arica, Moquegua, frontera; integración; región fronteriza; movilidad; turismo; prácticas sociales; delitos transnacionales; migración, cultura.

* Cónsul General del Perú en Iquique y Ministro Consejero en el Servicio Diplomático. Máster en Derecho Internacional Público por la Universidad de Nottingham (Reino Unido). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se ha desempeñado como Profesor de Derecho Internacional Privado en ésta institución y de Derecho Internacional Público en el Ciclo de Preparación organizado por la Fundación Academia Diplomática del Perú. Antes de asumir funciones en Iquique, trabajó en la Dirección General de América en la coordinación de los Gabinetes Binacionales con Ecuador, Colombia y Bolivia.

ABSTRACT

The Binational Peru-Chile Cabinet held in July 2019 laid the possibility of broadening the border space between the two countries, beyond the consolidated area shaped by Tacna and Arica. The hypothesis to be tested is that a greater involvement of the contiguous regions of Moquegua and Tarapaca in bilateral forums and an “expanded vision of the binational border region” –southern Peru-northern Chile, will promote mutual benefits for both countries, in specific areas like tourism, prevention of transnational crimes, cultural, academic and economic relations, among others.

Keywords: Peru; Chile; Iquique, Tacna, Arica, Moquegua, border; integration; border region; mobility; tourism; social practices; transnational crimes; migration, culture.

- - -

1. INTRODUCCION

El 10 de octubre de 2019 en la soleada bahía de Paracas, los Presidentes del Perú y Chile suscribieron como resultado del III Gabinete Binacional, una Declaración Presidencial que reflejaba a lo largo de sus 40 puntos la amplitud y riqueza de la agenda política, económico-comercial, cultural y de cooperación con nuestro vecino.

El documento como es usual en los gabinetes binacionales que el Perú ha establecido desde 2007¹, fue acompañado de un Plan de Acción conteniendo 160 iniciativas distribuidas a su vez en 5 ejes temáticos: 1) asuntos sociales y cultura; 2) seguridad y defensa; 3) comercio exterior, inversiones, turismo y cooperación en ciencia y tecnología; 4) medio ambiente, desarrollo sostenible, asuntos energéticos y mineros, y finalmente 5) desarrollo, integración fronteriza y asuntos de infraestructura.

¹ El Perú realiza anualmente Gabinetes Binacionales -mecanismo del más alto nivel para el diálogo y la coordinación de políticas gubernamentales- con Chile, Colombia, Bolivia y Ecuador.

Uno de los aspectos relevantes acordados, contenido en el acápite 19 de la Declaración Presidencial, enuncia la posibilidad de ampliar en el futuro, un espacio de integración fronterizo, -actualmente conformado exclusivamente por Tacna y Arica-, a las regiones contiguas de los dos países. El texto señala que los Presidentes:

“Resaltaron el interés de Moquegua y Tarapacá de sumar esfuerzos para establecer a futuro un espacio de integración más amplio entre la zona sur del Perú y la zona norte de Chile, así como su incorporación como observadores en las subcomisiones de turismo y desarrollo económico del Comité de Integración y Desarrollo Fronterizo” (Declaración Presidencial-III Gabinete Binacional, 2019)

La redacción de este párrafo, si bien medida en sus expectativas, representará en su concreción futura un redimensionamiento de las relaciones transfronterizas especialmente en el tratamiento de diversas temáticas que son abordadas en los foros de diálogo bilateral existentes entre el Perú y Chile.

El objetivo principal del presente artículo es el de analizar una posible incorporación de las regiones de Moquegua y Tarapacá –región del norte de Chile donde residen más de 20 mil compatriotas²-, en el tratamiento de aspectos específicos de la dinámica fronteriza. La hipótesis que se pretende demostrar es que un mayor involucramiento de dichas regiones en los foros bilaterales y en general, una “visión ampliada de la región fronteriza binacional” redundará en beneficio de ambos países y permitirá a su vez impulsar de manera más efectiva la integración entre el sur peruano y el norte chileno, en las áreas económico-comerciales, culturales, educativas, de seguridad, entre otras.

² El Registro de Connacionales del Consulado General del Perú en Iquique, actualizado a enero de 2020, arroja 19,830 connacionales inscritos, de lo que se desprende que la población peruana en Tarapacá –con su capital Iquique -excedería fácilmente las 21,000 personas.

REGIÓN FRONTERIZA BINACIONAL



REGIÓN FRONTERIZA BINACIONAL AMPLIADA



2. MARCO CONCEPTUAL

2.1 LAS FRONTERAS

El estudio de las relaciones transfronterizas en el ámbito de las relaciones internacionales ha atravesado un proceso evolutivo en las últimas décadas debido esencialmente al impulso dado por el fenómeno de la globalización y los procesos de integración a nivel regional y subregional. Desde una perspectiva académica, el estudio de las fronteras reviste en sí mismo una naturaleza compleja y multidisciplinaria.³ A partir de los años ochenta y con mayor énfasis en las dos últimas décadas, el estudio de las relaciones transfronterizas (*border studies*) ha experimentado un cambio notorio al pasar de una conceptualización de las fronteras como líneas divisorias que separan unidades territoriales (enfoque geopolítico clásico) hacia uno mucho más comprehensivo y acorde con los procesos de migraciones contemporáneos.

Desde esta perspectiva, las fronteras son visualizadas como espacios de interacción y encuentro, o como “fenómenos” o “productos sociales” (Derwich, 2018, 50). Estas se configuran, en buena cuenta como territorios de hibridación cultural (Dilla, 2018, 226). Pasamos entonces de una visión estática de la frontera, como línea divisoria hacia la configuración de un espacio que es la suma de procesos sociales, culturales o económicos en permanente recreación. En este contexto, “las fronteras actuales, además de límites geográficos, conforman espacios sociales, políticos, económicos y simbólicos, de diferenciación entre poblaciones nativas y extranjeras” (López Sala, 2010, 334).

No se trata, desde luego, del abandono de la conceptualización clásica de las fronteras. Esta visión permanecerá –o retornará cíclicamente– como lo reconfirma nuestra historia contemporánea. Así, eventos como la construcción de muros fronterizos en la administración Trump, o el propio Brexit⁴, son la palpable demostración que persistirán movimientos en sentido

³ Dentro de éstas se puede mencionar a la Geografía, la Sociología, la Antropología, la Ciencia Política, la Economía y el Derecho Internacional.

⁴ Es dable avizorar que la reciente pandemia del Covid19, cuyas catastróficas consecuencias aún son difíciles de medir en toda su magnitud, operará como una

inverso, esto es, que expresen fronterización, restricción y clausura (Tapia, Gonzáles, 2014).

2.2 REGIONES FRONTERIZA BINACIONALES

Resulta pertinente para el objeto del presente estudio, examinar que naturaleza poseen las regiones fronterizas comunes, también consideradas en la nomenclatura de la Comunidad Andina de Naciones, como Zonas de Integración Fronteriza (ZIF). En primer término, habría que señalar que éstas, en tanto derivaciones de las fronteras, configuran un espacio donde las fuerzas sociales productivas y reproductivas se recrean de manera natural. De este modo involucran:

“...espacios de desarrollo de un conjunto de actividades al interior de cada Estado y que tiene a la frontera como un centro vital de referencia... dentro de ellas se hallan fuerzas sociales y relaciones de producción y de poder que funcionan en dependencia o con una cierta autonomía respecto de otras realidades... es un espacio de vida que traspasa las líneas de separación y origina una integración entre los territorios colindantes.” (Morales, 2010, p 187, 189-190).

Nótese que el rasgo distintivo que determina la existencia de una región fronteriza binacional no lo da la simple contigüidad del espacio geográfico respecto de la línea demarcatoria sino la presencia de fuerzas sociales y relaciones como resultado de la existencia de aquella. Este “espacio de vida” que refiere el autor resulta plenamente válido, como veremos más adelante, respecto de nuestra frontera sur. Asimismo, nos permitirá comprobar que el mismo, no abarca de manera exclusiva a Tacna y Arica, sino que irradia con apreciable fuerza a las regiones contiguas de uno y otro lado, a través de sinergias que dan cuenta de una dinámica recreada permanentemente en el espacio territorial de ambos países.

Dos conceptos adicionales tomados también de los estudios de las relaciones transfronterizas, nos serán útiles para el presente ensayo. Nos referimos a las denominadas “prácticas o flujos productivos y reproductivos”

poderosa fuerza anti-migratoria y retardataria de los mecanismos de facilitación fronteriza en diversos países para los próximos años.

que desencadena la movilidad de personas, y que configuran, como señaláramos, elementos distintivos de la presencia de una región fronteriza binacional. En adelante, consideraremos como “prácticas socioespaciales productivas” a las conductas orientadas a la búsqueda de empleo en la zona de frontera del otro país, y de otro lado, como “prácticas sociales reproductivas” a aquellas que corresponden al ocio o recreación y a la búsqueda en el país vecino de determinados servicios como la salud, entre otros. (Tapia, Liberona, Contreras, 2017, 2)

Como veremos seguidamente, ambos tipos de prácticas sociales, las productivas y las reproductivas, están presentes de manera cotidiana en nuestra región fronteriza con Chile.

3. LA REGION FRONTERIZA PERUANO-CHILENA

Tradicionalmente, se ha asumido, desde un criterio exclusivamente geográfico, que el espacio fronterizo entre el Perú y Chile lo constituyen Tacna y Arica. Ciertamente, entre ambas jurisdicciones se ha gestado a lo largo de la historia y de manera aún más notoria en tiempos recientes, un espacio regional que involucra intercambios sociales, comerciales y demográficos. Examinemos algunos de ellos.

A través del paso Santa Rosa-Chacalluta circulan alrededor de 7 millones de personas anualmente y hasta 30 mil de manera diaria en las temporadas de verano. Resulta cotidiano apreciar los fines de semana largos bajo el pesado calor del mediodía, filas de autos repletos de turistas chilenos quienes viajan a Tacna por turismo (comercial, gastronómico y en no pocos casos por motivos de salud), o deciden emprender una ruta turística desde allí hacia las demás regiones del sur de nuestro país. Abona a favor de lo anterior, la natural empatía del poblador nortino hacia la música, el baile y la comida peruana, -para citar solo tres ejemplos concretos-hechos que nos hablan de una conexión palpable y de la vitalidad de una vecindad que ha persistido a través del tiempo, sobreponiéndose aún a los dramáticos episodios que se desencadenaron durante el azaroso siglo XIX.⁵

⁵ El rostro andino y aymara del norte chileno es un elemento adicional que coadyuvaría a que la natural “otredad” hacia el migrante y su cultura sea asumida con mayor

El siguiente cuadro refleja el intensivo movimiento de circulación a través de Santa Rosa-Chacalluta los tres últimos años (ver cuadro No 1).

Cuadro No. 1
MOvimiento migratorio de ciudadanos peruanos y extranjeros por la
frontera entre Perú y Chile

Año 2017	6.719.885
Año 2018	7.062.760
Año 2019	6.767.004

Fuente: Superintendencia Nacional de Migraciones

El paso Santa Rosa-Chacalluta, que opera desde el 2018 bajo un moderno sistema de control integrado⁶, es el segundo punto de entrada y salida del Perú, luego del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez y la frontera terrestre más concurrida. Para el caso de Chile se trata, igualmente, de su frontera terrestre de mayor tránsito, si la comparamos con los pasos habilitados en sus fronteras con Bolivia y Argentina.⁷

De manera cotidiana, los flujos de movilidad se manifiestan a través del espacio regional, bien sea por razones de índole laboral -un caso interesante lo ofrecen los jornaleros peruanos que son contratados estacionalmente para laborar en los valles de Azapa y Lluta, principalmente en el cultivo de hortalizas-, o también el caso de nuestros migrantes de Tacna o Puno que intentan obtener trabajos eventuales en Arica, Iquique o Antofagasta, para luego retornar a sus ciudades de origen. Adicionalmente, puede apreciarse una movilidad típicamente de consumo (las visitas a las tradicionales ferias y mercadillos de Tacna de parte de turistas chilenos, por ejemplo), el

empatía que en otras regiones del mismo país.

⁶ El control integrado -de interés común para ambos países- es una demostración del elevado nivel entendimiento entre el Perú y Chile. Su impulso definitivo se dio como resultado del I Gabinete Binacional, celebrado en Lima, el 7 de julio de 2017.

⁷ De allí que el cierre de fronteras establecido como consecuencia del Estado de Emergencia (DS No. 044-2020-PCM) haya tenido en este caso un impacto mucho mayor que en las demás fronteras, pues ha significado una irrupción dramática en el *modus vivendi* de miles de personas.

denominado “turismo o movilidad por salud” que se desplaza masivamente desde Iquique y Arica hacia Tacna los fines de semana y que configura además un fenómeno aún poco estudiado a pesar de los beneficios que importa para Tacna⁸, etc. Todas estas relaciones sociales en ambas direcciones coexisten en un entramado de “prácticas socioespaciales”, que determinan finalmente espacios comunes, interdependientes y transfronterizos (Tapia, Contreras, Liberona, 2017, 139).

Entonces, en la región fronteriza peruano-chilena podemos verificar –para aplicar dos conceptos introducidos en el acápite anterior- prácticas productivas (movilidad para obtener empleo o beneficio económico en general) y reproductivas (tendientes al aseguramiento inmediato de algún servicio como salud, seguridad o recreación). Las primeras se expresan en mayor medida, en la dirección Perú-Chile, mientras que la segunda en sentido contrario, Chile-Perú. Surge así un entramado vital y continuo que motiva la acertada reflexión del investigador Podestá Arzubiaga:

“Durante casi 130 años, las poblaciones de ambas regiones coexisten tranquilamente, testimoniando que sus estrategias de sobrevivencia y economías regionales se requieren mutuamente, que los ciclos productivos, sean de bonanza o crisis, afectan por igual a las dos regiones, éstas también aprovechan, en conjunto, las variaciones en los tipos de cambio que dinamizan uno u otro lado de la frontera...ariqueños y tacneños han sido, históricamente, cruzadores de fronteras, viajando permanentemente entre una y otra ciudad, por razones de comercio, recreación, salud, educación o de visitas familiares.” (Podestá, 2011, 128)

⁸ La movilidad por salud, uno de los principales motivos para cruzar desde el norte chileno hacia Tacna, es consecuencia de la asimetría –favorable a ésta última- en la oferta de servicios médicos respecto de Arica y Tarapacá. Las justificaciones de esta movilidad singular son variadas: un ahorro promedio de hasta 10 veces en precios de consulta, una mayor celeridad en la obtención de resultados de análisis clínicos e histológicos, y la percepción de un “trato más personal” en la relación médico-paciente. Un dato adicional resulta por demás elocuente, en la ciudad de Tacna existen al menos 72 centros de salud en comparación con los 21 existentes en Arica (Tapia, Liberona, Contreras, 2017).

Foros bilaterales de integración fronteriza.-

Desde una perspectiva institucional la relación bilateral en asuntos de frontera es abordada en el Comité de Integración y Desarrollo Fronterizo (CIDF), foro que opera desde el año 2011. Su antecedente inmediato es el Comité de Frontera Perú-Chile. En 2011, éste fue reformulado con el propósito que la visión administrativa en temas de frontera sea asistida por un enfoque de desarrollo socio-económico destinado a beneficiar las zonas fronterizas de los dos países. De este modo surgió la actual CIDF. Este foro contiene una compleja red de 3 Comisiones y 17 Subcomisiones las cuales abordan aspectos de interés común como la facilitación fronteriza, la infraestructura, el turismo, la educación y cultura, la trata de personas, el voluntariado juvenil, los temas de salud, medio ambiente, aspectos fito y zoonosanitarios, etc.⁹

La pregunta que podríamos hacernos entonces es, si este espacio fronterizo binacional consolidado, institucionalizado y fácilmente reconocible conformado por Tacna y Arica, podría ser susceptible de una ampliación hacia las regiones contiguas de Moquegua y Tarapacá. ¿Podría ello llevarnos a acciones conjuntas más eficientes en términos de desarrollo socio-económico e integración para las regiones de los dos países y en general, para un mejor tratamiento de la intensa temática de frontera?

Para responder a esta pregunta, nos abocaremos en primer término a delinear un breve perfil socio-económico de las regiones de Tacna y Moquegua y de otro lado, de Arica y Parinacota (XV Región) y Tarapacá (I Región). En los cuadros No. 2 y 3 se puede apreciar las características generales de las regiones mencionadas.

⁹ Es pertinente dejar anotado que la CIDF es también un espacio de concertación transfronteriza en el que la alta política da cabida a los diversos actores y operadores regionales y locales que guardan relación con la dinámica de frontera.

Cuadro No. 2

Perú

REGION TACNA

Superficie	16,076 km²	División política:	Tacna, Candarave, Jorge Basadre, Tarata
Población (Censo 2017)	341,838 habitantes	Clima:	Desértico cálido. Frío en zonas de cordillera
PBI Regional	US\$ 2.725 mil millones	Exportaciones (2018):	US\$ 194.7 millones
Principales actividades económicas	Minería (oro, molibdeno, cobre) agricultura, pesquería	Principales mercados de destino de las exportaciones regionales	Estados Unidos, Chile, Brasil, Ecuador

Fuentes: Ministerio de Comercio Exterior y Turismo-BCRP 2019

REGION MOQUEGUA

Superficie	15,734 km²	División política:	Provincias, Mariscal Nieto, General Sánchez Cerro, Ilo
Población (Censo 2017)	226,068 habitantes	Clima	Templado y seco, subtropical y desértico. Frío en zonas de cordillera
PBI Regional	US\$ 2.657 mil millones	Exportaciones (2018):	US\$ 2.038 mil millones
Principales actividades económicas	Minería (cobre, molibdeno, oro) pesquería, agricultura.	Principales mercados de destino de las exportaciones regionales	China, Italia, Brasil, Japón, Chile

Fuentes: Ministerio de Comercio Exterior y Turismo-BCRP 2019

Algunas observaciones complementan la información contenida en el Cuadro No. 2

1. Moquegua y Tacna se encuentran entre las cinco regiones del Perú con mayores índices de competitividad (INCORE)¹⁰. Este índice incluye indicadores en materia de entorno económico, infraestructura, salud, educación, área laboral e institucional.
2. Existe una continuidad geográfica notoria, que explica además el perfil principalmente minero-exportador de ambas regiones. Los pesos económicos que mantienen, bastante similares en PBI Regional, y en porcentajes de participación a nivel del país, no demuestran asimetrías notorias.
3. Se trata en suma de regiones que contemplan indicadores socio-económicos relativamente superiores a otras jurisdicciones del país y que podrían dada su vecindad complementarse y apoyarse mutuamente en el tratamiento de determinadas temáticas de frontera.

Evaluamos ahora el cuadro No. 3 que ejemplifica el perfil de las regiones Arica y Tarapacá.

Cuadro No. 3
Chile

REGION ARICA Y PARINACOTA

Superficie	16,873 km2	División política:	Provincias de Arica y de Parinacota
Población (Censo 2017)	224,548 habitantes	Clima	Desértico, escasez hídrica. Presencia de ríos en la zona del altiplano

¹⁰ Índice de Competitividad Regional. Reporte INCORE 2019. Instituto Peruano de Economía.

PBI Regional	US\$ 1.305 mil millones	Exportaciones (2018)	US\$ 161 millones
Principales actividades económicas	Transportes, construcción, servicios financieros	Principales mercados de destino de exportaciones	EEUU, Holanda, Brasil, China
Número estimado de connacionales: 12,000			

Fuente ODEPA Chile, 2019.

REGION TARAPACA

Superficie	42,225 km2	División política:	Provincias de Iquique y Tamarugal
Población (Censo 2017)	330.558 habitantes	Clima	Desértico, ausencia de precipitaciones
PBI Regional	US\$ 5.020 mil millones	Exportaciones (2018)	US \$ 3.892 millones
Principales actividades económicas	Minería, comercio, turismo, servicios financieros	Principales mercados de destino de exportaciones	China, EEUU, Holanda, Italia, Noruega
Número estimado de connacionales residentes: 21.000			

Fuente ODEPA Chile, 2019.

Algunas observaciones al respecto:

- a) Tarapacá y más precisamente, su capital Iquique, se encuentra a solo 310 kilómetros de Arica y a 366 kilómetros de Tacna. En cambio, la distancia que la separa de Santiago, es varias veces mayor; casi 1800 kilómetros, y más de 20 horas en auto. Su vinculación con la frontera peruano-chilena es tan natural por la vecindad geográfica, como evidente su condición periférica respecto de Santiago, problematizada por el centralismo que aqueja a nuestros países desde tiempos históricos.

- b) Demográficamente, Tarapacá tiene casi 50% más de población que Arica. Asimismo, en cuanto a superficie, Tarapacá triplica aproximadamente el tamaño de aquella.
- c) La minería existente en Tarapacá genera una diferencia comparativa notable en el PBI Regional de ésta, casi cinco veces superior al de Arica. Puede señalarse, asimismo, que gracias a ZOFRI (Zona Franca de Iquique creada en 1976 y cuya vigencia se extenderá hasta 2030) y también debido a la red de servicios comerciales complementarios (la venta de autos es la más emblemática), Tarapacá ha logrado diferenciarse en las tres últimas décadas de Arica al presentar un perfil minero, productor y más industrializado.¹¹
- d) La situación descrita explica que Tarapacá y en especial Iquique, cobije casi el doble de connacionales que Arica.¹², aunque ciertamente es necesario precisar que la composición poblacional de compatriotas en Arica incluye a quienes se desplazan desde Tacna, diariamente o por periodos muy cortos. En todo caso, la demanda de servicios que presenta Iquique respecto del carácter más “consumidor” de Arica abona a favor de la diferencia anotada. De hecho, Iquique, es la segunda ciudad de Chile luego de Santiago, con el mayor número de connacionales residentes¹³.

¹¹ El aporte de Zofri al norte a Arica y Tarapacá es significativo. Solo en el ejercicio 2019 ambas regiones percibieron \$ 5470 millones de pesos, equivalente aproximadamente a US\$ 6'800,000 (ZOFRI, Ejercicio 2019).

¹² Este dato se reconfirma en el hecho que el Consulado General en Iquique realiza más de 150 atenciones diarias y siendo una ciudad del interior, es superada en este rubro en Sudamérica solamente por dos capitales Santiago y Buenos Aires.

¹³ La tercera ciudad en número de compatriotas es Antofagasta, en la II Región, con una comunidad de aproximadamente 16,000 connacionales. Tanto Iquique como Antofagasta se encuentran bajo la jurisdicción del Consulado General del Perú en Iquique.

4. VENTAJAS DE UNA ZONA DE INTEGRACION FRONTERIZA AMPLIADA A LA LUZ DE TRES CASOS ESPECIFICOS

A fin de demostrar la hipótesis del presente estudio, examinaremos a continuación tres áreas de muy diversa naturaleza entre sí, en las cuales la ampliación de un espacio de integración fronterizo más allá del tradicional eje Tacna-Arica resultaría beneficiosa para ambos países.

CASO 1: Moquegua y la ampliación de la ruta turística procedente del norte de Chile

La industria turística en el Perú, como consecuencia de la pandemia enfrenta un panorama volátil y extremadamente complejo. Una vez que se reinicie paulatinamente la apertura de las fronteras y se retome la actividad turística será necesario aplicar medidas estratégicas de emergencia y recuperar los flujos turísticos pre-covid.

En este orden de ideas, es una verdad confirmada anualmente por las estadísticas, que Chile es el principal país emisor de turistas con destino al Perú, representando el 26% del total de arribos internacionales (Reporte Promperú 2019). Considerando la dinámica de nuestra frontera terrestre es previsible entonces que un porcentaje significativo de ciudadanos chilenos que visitan el sur peruano tenga como motivo principal el turismo. Un estudio realizado en 2017 por la Universidad Arturo Prat de Tarapacá develó que esa fue la motivación más importante para un 36.3% de chilenos.¹⁴ Un dato adicional de dicha encuesta mostró que un 74,4% lo hizo en un auto propio, con la flexibilidad que ello importa en términos de desplazamiento y tiempos de visita.

Ahora bien, considerando que existe ya una ruta turística consolidada hacia Tacna, la proximidad geográfica de Moquegua (cuya capital está ubicada a sólo dos horas de la Ciudad Heroica) y la variedad de atractivos que dicha región ofrece, justifica que se realicen los esfuerzos necesarios para promover naturalmente una extensión de la ruta del turista extranjero.

¹⁴ Encuesta UNAP-FONDECYT No. 1150123.

La oferta que ofrece la región Moquegua al respecto es muy diversificada. Baste mencionar por ejemplo: las playas en Ilo, los valles y campiñas de clima templado en el interior; la ruta gastronómica de raíces mestizas y fuerte componente andino; la importante producción pisquera y vitivinícola con más de veinte bodegas de uvas destinadas a nuestro destilado¹⁵, sitios prehispánicos de las culturas Tiawanaku y Wari, una arquitectura colonial y republicana conservada en la hermosa ciudad de Moquegua, entre otros aspectos.

Consecuentemente, una visión ampliada de la región fronteriza permitiría involucrar a la región Moquegua en todos aquellos aspectos de tratamiento bilateral que tengan relación con el turismo (seguridad del turista, promoción de actividades o experiencias para el visitante, beneficios tributarios, etc). La propuesta de establecer una Ruta Turística del Sur ha sido ya planteada por las autoridades regionales de Moquegua, así como también su interés en participar en los mecanismos de diálogo fronterizo en temas de turismo, los que hasta el momento, como ha sido mencionado, involucran exclusivamente a Tacna y Arica.¹⁶

No deja de resultar relevante el hecho que desde el lado chileno, similar interés respecto de Tarapacá haya sido manifestado por las autoridades de turismo (Sernatur) de dicha región¹⁷. La propuesta de establecer, entonces, un amplio circuito turístico entre el norte de Chile y el sur del Perú para el turista sudamericano o europeo generaría beneficios mutuos para las regiones de los dos países y merece ser estudiada con detenimiento.

¹⁵ Entre estas puede mencionarse: Biondi, Atencio, Parras y Reyes, Don Camilo y El Mocho.

¹⁶ Un antecedente es el Acta de la IV Reunión del Comité de Integración y Desarrollo Fronterizo Perú-Chile (2015) en el que se registra el interés de Moquegua de incorporarse formalmente a la Subcomisión de Turismo de dicho mecanismo bilateral. En el año 2017, el Gobierno Regional de Moquegua invitó a los Cónsules Generales del Perú en Arica e Iquique para coordinar esfuerzos en función de esta ampliación de la ruta turística.

¹⁷ La Región Tarapacá, ubicada a solo 4 horas de la frontera con Perú presenta atractivos importantes como ZOFRI (turismo de consumo y compras menores), costa y playas (las que usualmente reciben a turistas argentinos, bolivianos y paraguayos), turismo de aventura en la zona de cordillera, las salitreras de Humberstone y Santa Laura, entre otros.

CASO 2: El Delito de Trata de Personas: una visión más integral sobre este problema.-

De acuerdo con el Plan Nacional contra la Trata de Personas 2017-2021, el Perú es considerado como un país de destino, origen y tránsito de víctimas de trata. En este marco, se considera prioritaria la prevención, combate y protección de las personas que han sufrido los perniciosos efectos de este execrable delito. Las características, modalidades, rutas y magnitud del mismo son abordadas a partir de las denuncias presentadas al Ministerio Público y la Policía Nacional.¹⁸ En el ámbito del Derecho Internacional, el Perú –así como Chile- son Estados Parte de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, más conocida como la “Convención de Palermo”, así como de sus Protocolos Complementarios.

El Plan Nacional contra la Trata de Personas enfatiza que siendo éste un delito que traspasa las fronteras, la articulación de instrumentos jurídicos internacionales y las acciones conjuntas para perseguir las redes de criminalidad organizada resultan sumamente importantes. Bajo estas premisas el reforzamiento de la cooperación entre los Estados en las regiones de frontera forma parte ineludible de los planes de acción que coordina el Perú con sus vecinos.

Para el caso de nuestra frontera sur y como resultado del I Gabinete Binacional, los cancilleres del Perú y Chile suscribieron el “Acuerdo para fortalecer la Lucha contra la Trata de Personas, el Tráfico Ilícito de Migrantes y los delitos conexos”. El artículo V, parágrafo (a 2) del Acuerdo antes mencionado señala lo siguiente:

Artículo V.- Ámbito de Cooperación. La Comisión de Implementación y Monitoreo Binacional coordinará actividades, compromisos y resultados en los siguientes campos:

En materia de Trata de Personas

Prevención contra el Delito de Trata de Personas: (a2) Realizar acciones de prevención de la trata de personas **principalmente**

¹⁸ Decreto Supremo que aprueba el Plan Nacional contra la Trata de Personas 2017-2021. DS N° 017-2017-IN. Diario Oficial El Peruano.

en las zonas fronterizas de ambos Estados en cooperación con entidades estatales, organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales, gremios profesionales y empresariales y otros integrantes de la sociedad civil con el objeto de hacer más eficaz la prevención de este delito.

Como refiere el texto, las zonas fronterizas de ambos países resultan “áreas territoriales preferenciales” para ejecutar acciones de prevención y concientización sobre la gravedad de este delito. Una de estas acciones es, ciertamente, la de desplegar campañas con contenidos comunicacionales de sensibilización y cambio de patrones de tolerancia respecto de la trata y el tráfico de migrantes.

La pregunta que podemos plantearnos es, entonces, si no sería más conveniente abordar un problema altamente complejo como éste a partir de una visión “ampliada” de la región fronteriza, y no circunscrita exclusivamente al eje Tacna-Arica, como se maneja actualmente en la Subcomisión de Trata, sub-órgano del Comité de Integración y Desarrollo Fronterizo Perú-Chile.

Algunas consideraciones al respecto nos permiten plantear una respuesta.

Para el caso del Perú, el Plan Nacional contra la Trata de Personas 2017-2021 refiere que una de las rutas internacionales seguidas por las redes delictivas –la denominada Costa Sur-, involucra a Arequipa, Moquegua y Tacna.

Desde el lado chileno, resulta pertinente mencionar que en 2019 diversos operativos policiales de la BITRAP (Brigada local Investigadora contra la Trata de Personas-Región Tarapacá) detectaron redes de trata con fines de prostitución, que habían traspasado por vía terrestre las fronteras de Colombia, Perú y posteriormente arribado a Chile. Otros casos similares, publicitados por los medios de comunicación en el norte de este país, se añadieron en los primeros meses de 2020. En todos ellos se verificó que el espacio Tacna-Arica fue solo parte de rutas delictivas más extensas que finalmente terminaron trasladando a sus víctimas a ciudades de mayor peso económico e industrial como Iquique y Antofagasta, lugares donde finalmente estas organizaciones fueron detectadas y capturadas.

Una propuesta sería entonces aplicar esta “ampliación de la región fronteriza binacional” en el tratamiento de este delicado tema, incorporando en los foros bilaterales pertinentes a operadores de justicia como jueces y fiscales, autoridades policiales de las regiones contiguas a Tacna y Arica y al propio Consulado General en Iquique para así lograr políticas mucho más efectivas en la prevención, combate y sanción de este delito. En otros términos, una ampliación del espacio de integración fronterizo generaría para efectos prácticos un tratamiento más eficaz al problema de la trata de personas como delito de naturaleza transnacional.

CASO 3: Asuntos migratorios y presencia social y cultural peruana en el norte de Chile

Ha sido señalado en nuestro marco conceptual que los flujos de movilidad y las prácticas socio-espaciales productivas y reproductivas son elementos distintivos para la configuración de una región transfronteriza binacional. Ahora bien, gran parte del tránsito hacia Tacna, y en general al sur peruano, está constituido tanto por tarapaqueños que cruzan Santa Rosa¹⁹, como por peruanos residentes en Iquique que desean visitar a sus familias o realizar algunas compras en el sur de nuestro país. En dirección inversa, los compatriotas de Tacna, Moquegua, Puno y otros lugares, han preferido asentarse de manera preferente en Iquique por las ventajas económicas que aquella ofrece y que fueron detalladas anteriormente.

En materia migratoria, debe decirse que tras la ejecución del Proceso Extraordinario de Regularización Migratoria emprendido por Chile en 2018, la región de Tarapacá fue la segunda a nivel nacional con mayor número de migrantes inscritos, luego de Santiago²⁰. Este hecho se replicó respecto de los compatriotas que se encontraban en condición de irregularidad. Los elementos anotados nos dan una idea de la relevancia de mantener una visión integral del norte de Chile como polo de atracción de nuestros migrantes.

¹⁹ Más de 15 empresas de autobuses recorren diariamente la ruta Iquique-Arica. Gran parte de los pasajeros pasan luego al Perú y retornan al día siguiente o al término del fin de semana.

²⁰ Nota de Prensa del Ministerio del Interior y Seguridad Pública de Chile (24 de julio de 2018).

Resulta obvio en consecuencia que, con relación a nuestra comunidad de compatriotas, el norte de Chile (Arica y Tarapacá) deberían ser abordados como una unidad, y sus respectivas capitales (Arica e Iquique) como epicentros de movimientos migratorios, con similar nivel de importancia para efecto del tratamiento de esta temática en los foros bilaterales de frontera.

Concluimos con algunas observaciones respecto a los asuntos culturales. La presencia peruana, aunque ciertamente histórica en sus orígenes, le ha dado a Tarapacá y en especial a Iquique, una fisonomía particular. Esta influencia es perceptible a ojos del visitante común. La plaza principal de la ciudad se encuentra adornada por la hermosa “Torre del Reloj” construida con elementos góticos y mudéjares, inaugurada en 1878 sólo un año antes del inicio de la Guerra del Pacífico. Caminando por el centro histórico de Iquique, el visitante se encontrará con la espléndida construcción neoclásica de la “Casa Billinghamst”, sede del Consulado General del Perú que data de 1886 y fuera propiedad del ex-Presidente, de origen tarapaqueño. En su Sala Cultural, situada en el primer piso, un abarrotado público de peruanos y chilenos disfruta por igual de conciertos, recitales literarios, presentaciones de danza o exposiciones gastronómicas.²¹

Otros elementos más se añaden a esta “hibridación cultural” de la que nos hablaba Dilla anteriormente y que se manifiestan en Iquique de manera cotidiana. Los festivales de música peruana que congregan a miles de iquiqueños, el emprendedurismo de compatriotas con historias personales de éxito, la positiva percepción que se tiene de la comunidad peruana en su conjunto como una colectividad laboriosa y comprometida, todos estos elementos son testimonios elocuentes de una presencia social y cultural peruana importante en Iquique. De allí que las actividades de promoción e intercambio cultural que se gestionen en el futuro en los foros bilaterales de frontera, deberían considerar también a Iquique y su numerosa comunidad de compatriotas, reiterándose lo dicho en el sentido de mantener una visión unitaria del norte chileno.

²¹ La Sala Cultural Billinghamst, abierta al público en 2017, ha pasado a incorporarse al circuito cultural de Iquique con un calendario de actividades mensual que incluye música, danza, historia, gastronomía, entre otras actividades.

Finalmente, y en el mismo orden de ideas, los intercambios académicos entre universidades e instituciones técnicas de Tacna y Arica -que ya se vienen ejecutando-, podrían redimensionarse con mejores resultados objetivos, si convocáramos a más regiones del sur del Perú y el norte de Chile. La proximidad geográfica —que reduciría costos- podría ser aprovechada entonces para promover encuentros científicos de frontera (como los ECI que se desarrollan exitosamente de manera semestral), coordinados con Concytec, y el apoyo de los Consulados en Arica e Iquique, las Oficinas Descentralizadas de Cancillería en Tacna y Arequipa, y otras instituciones.

5. CONCLUSIONES

1. El Gabinete Binacional Perú-Chile celebrado en julio de 2019 abrió la posibilidad de extender formalmente el espacio fronterizo entre ambos países, más allá del área ya consolidada conformada Tacna y Arica. Resulta pertinente evaluar si tal ampliación resulta conveniente no solo para los intereses de desarrollo socio-económico de las regiones contiguas de Moquegua y Tarapacá sino también, en función de un tratamiento más integral del sur peruano en su vinculación con el norte chileno.
2. El estudio de las relaciones transfronterizas (*border studies*) aporta elementos conceptuales y metodológicos útiles para una mejor comprensión de nuestra frontera con Chile, como espacio privilegiado en el cual se desarrolla un entramado de prácticas cotidianas socio-espaciales productivas y reproductivas, derivadas de la intensidad del movimiento migratorio que se recrea allí de manera permanente.
3. Nuestra frontera sur ha modelado formas de circulación que no se restringen al espacio Tacna-Arica sino que irradian plenamente a las regiones contiguas de uno y otro lado, involucrándolas de manera natural en los fenómenos socio-culturales que allí se producen. De allí que desde la perspectiva de nuestra política exterior en materia de desarrollo fronterizo, sea necesario tomar en cuenta esta realidad a fin que los foros

y espacios de discusión diplomático-políticos, económicos, comerciales, culturales y académicos asuman esta visión ampliada de la región fronteriza binacional.

4. Las regiones de Tacna y Moquegua comparten de acuerdo al perfil socio-económico elaborado en este ensayo, características que pueden coadyuvar a una complementariedad en el abordaje de determinadas temáticas de frontera. Uno de los aspectos por los que esta última región ha manifestado su interés es el del turismo, es decir, en que se promueva una extensión de la ruta turística que cotidianamente se desplaza desde el norte de Chile hasta Tacna. Una visión ampliada de la región fronteriza permitiría posibilitaría involucrar a Moquegua activamente en todos aquellos aspectos de tratamiento bilateral que tengan relación con el turismo (seguridad del turista, promoción de actividades, beneficios tributarios, etc.).
5. Otras áreas en materia de seguridad, como el de la prevención y combate del delito de trata de personas requiere igualmente una visión integral de la zona de frontera, hecho que se traduciría en políticas más eficaces para el tratamiento de este delicado problema.
6. Es relevante apreciar que, por el lado chileno, el peso económico de la región de Tarapacá y su perfil minero y de mayor industrialización respecto de Arica y Parinacota la ha convertido en un foco de atracción para la migración peruana que se asienta en el norte de Chile. Por tanto, desde la perspectiva de nuestra numerosa comunidad en Iquique, se requiere involucrar al Consulado General del Perú en esa ciudad, en los asuntos migratorios que se discutan en los foros bilaterales correspondientes.
7. Finalmente, las vinculaciones históricas, culturales y sociales abonan para una visión unitaria del norte del país vecino – que incluye ciertamente a Arica e Iquique por igual-, y que permitirán avanzar en la promoción de políticas binacionales más eficaces en términos de integración y desarrollo.



Casa Billinghamurst (1886) Sede del Consulado General del Perú en Iquique



Conferencia en el marco de las actividades del Bicentenario, Casa Billinghamurst.

BIBLIOGRAFIA

Álvarez, Camila. Diciembre 2019, Comité de Integración y Desarrollo Fronterizo Perú-Chile: aproximaciones al mundo social y empresarial en torno a la frontera. Revista Sí Somos Americanos. Instituto de Estudios Internacionales, Universidad Arturo Prat. Iquique, Volumen 19 No 2.

Banco Central de Reserva del Perú (BCRP). Moquegua. Diciembre de 2018. Síntesis de Actividad Económica.

Banco Central de Reserva del Perú (BCRP). Tacna. Diciembre de 2018. Síntesis de Actividad Económica.

Boletín Oficial. Normas Legales El Peruano. Ediciones varias.

Derwich, Karol. 2018. Fronteras como categoría social. La perspectiva teórica de las fronteras en el siglo XXI. Anuario Latinoamericano de Ciencias Públicas y Relaciones Internacionales. Krakovia Vol. 6.

Dilla, Haroldo. 2018. Arica entre tres fronteras. Estudios atacameños. Instituto de Arqueología y Antropología de la Universidad Católica del Norte, San Pedro de Atacama. No. 57.

Instituto Peruano de Economía (IPE). 2019. Índice de Competitividad Regional. Reporte INCORE.

Jonhson, C., R. Jones, A. Paasi, L. Amoore, otros. 2011. Interventions on rethinking 'the border' in border studies. *Political Geography* 30: 61-69.

MINCETUR. Reporte de Comercio Moquegua. 2019. Documentos Estadísticas y Publicaciones.

MINCETUR Reporte de Comercio Tacna. 2019. Documentos Estadísticas y Publicaciones

Morales, A. 2010. Desentrañando fronteras y sus movimientos transnacionales entre pequeños Estados. Una aproximación desde la frontera Nicaragua-Costa Rica. In Anguiano, M. E. y López, A. M. (Eds.), *Migraciones y frontera. Nuevos contornos para la movilidad internacional* (pp. 185-224). Barcelona. Icaria.

Podestá, Juan. 2011. Regiones fronterizas y flujos culturales. La peruanidad en la región chilena. Revista Universum. Talca. No. 26. Vol 1.

Tapia, Marcela-Liberona, Nanette-Contreras, Yasna. Mayo, 2017. El surgimiento de un territorio circulatorio en la frontera chileno-peruana: estudio de las practicas socio-espaciales fronterizas. Revista de Geografía Norte Grande. Santiago de Chile.

Tapia, Marcela. Liberona-Nanette-Contreras, Yasna. Setiembre, 2017. Movilidades y practicas socioespaciales fronterizas entre Arica y Tacna. Del sentido de frontera a la transfrontericidad entre ciudades. Dialogo Andino No. 54. Arica.

Tapia, Marcela-González, Adriana (compiladores).2014. Regiones Fronterizas: Migración y los desafíos para los Estados nacionales latinoamericanos. Ril Editores. Santiago de Chile.

PRONUNCIAMIENTOS

**PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A LA CARTA CONJUNTA DE
LOS EMBAJADORES DE CANADÁ, AUSTRALIA, FRANCIA
Y COLOMBIA, AL PRESIDENTE DEL CONGRESO DE LA
REPÚBLICA**

PRONUNCIAMIENTO SPDI N° 005-2020

El Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, al haberse hecho pública la carta del 4 de junio dirigida al Presidente del Congreso de la República, por los Embajadores de Canadá, Australia, Francia y Colombia, en la que manifiestan su preocupación por los capitales que se originan en sus respectivos países, respecto a la aprobación de la Ley N° 31018 “que dispone la suspensión del cobro de peajes a nivel nacional durante el estado de emergencia por la COVID-19”; tiene a bien manifestar lo siguiente:

Que dicha inédita nota diplomática no ha seguido el procedimiento establecido para canalizar los asuntos oficiales de una misión diplomática, conforme a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de la que son Estados Parte Canadá, Australia, Francia, Colombia y el Perú. En sus casi 200 años de nación soberana, el Perú siempre ha sido respetuoso de los tratados internacionales.

Al respecto, el artículo 41(2) de la Convención, dispone lo siguiente: “Todos los asuntos oficiales de que la misión esté encargada por el Estado acreditante han de ser tratados con el Ministerio de Relaciones Exteriores de ese Estado (Estado receptor) o por conducto de él, o con el Ministerio que se haya convenido”. [El paréntesis es nuestro].

Por tanto, la preocupación de los embajadores, expuesta en la citada carta, debió canalizarse a través del Ministerio de Relaciones Exteriores. En

el Perú rige el estado de derecho, por lo que existen canales establecidos, tanto para los inversionistas extranjeros así como para las misiones diplomáticas, para expresar sus observaciones.

Por otra parte, instamos al Congreso de la República, a evaluar la Ley N° 31018 “que dispone la suspensión del cobro de peajes a nivel nacional durante el estado de emergencia por la COVID-19”, a fin de medir su impacto y consecuencias en la economía nacional y la inversión extranjera.

Lima, 6 de junio de 2020

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA CONVENIENCIA QUE EL PERÚ OFREZCA A LA COMUNIDAD INTERNACIONAL SER SEDE DE UNO DE LOS CENTROS DE PRODUCCIÓN DE LA VACUNA CONTRA EL Covid-19

PRONUNCIAMIENTO SPDI N° 004-2020

La actual pandemia de Covid-19 representa una grave amenaza al derecho humano a la salud, y siendo ésta un bien público global, su protección requiere de la acción solidaria de toda la humanidad.

Actualmente existen varios emprendimientos de investigación científica orientados a producir una vacuna contra el Covid-19, algunos de los cuales prometen ser exitosos. Descubierta la vacuna, el reto de toda la comunidad global será producirla muy masivamente y distribuirla, para que todas las personas sin discriminación alguna tengan acceso a ella. Esto implicará implementar centros de producción en diversos países.

El Perú tiene limitadas capacidades de investigación científica, lo cual hace improbable el descubrimiento de la vacuna contra el Covid-19 con recursos nacionales. Pero resulta de estratégica importancia que nuestro país contribuya a garantizar la aceleradísima y masiva producción de tal vacuna una vez sea descubierta, para compartirla con el resto de la comunidad internacional, y en particular dentro de Latinoamérica y en nuestro propio país.

Como Estado Miembro de las Naciones Unidas, el Perú tiene la obligación de contribuir al logro de los propósitos de esta máxima organización internacional, y de modo especial, en esta crítica circunstancia, el de “[r]ealizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en

el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos [...]", previsto en el artículo 1.3° de la Carta de las Naciones Unidas.

En base a las consideraciones precedentes, la Sociedad Peruana de Derecho Internacional considera pertinente solicitar a las autoridades de nuestro Gobierno que formalmente ofrezcan al resto de la comunidad internacional plenas facilidades para que en el Perú se instale uno de los centros de producción de la vacuna contra el Covid-19, una vez sea esta descubierta por cualquiera de los emprendimientos de investigación científica en curso, garantizando nuestro país plenas facilidades para el efecto. Como parte de este ofrecimiento de cooperación global, el Perú debiera donar los terrenos para la edificación de tal centro de producción, otorgarle un régimen legal especial, y efectuar un aporte económico. Adicionalmente, nuestro Estado debiera expresar su compromiso de facilitar todas las acciones necesarias para lograr la inmediata y equitativa distribución internacional de las dosis de vacuna que tal centro de producción elabore.

Este ofrecimiento, además de representar una expresión tangible de la vocación de cooperación global del Perú, aceleraría la disponibilidad de la referida vacuna dentro de nuestro propio país.

Lima, 22 de mayo de 2020

**PRONUNCIAMIENTO SOBRE CONVOCATORIA DE LA UNIÓN
EUROPEA A UNA REUNIÓN DE DONANTES INTERNACIONALES
PARA APOYAR A LOS PAÍSES DE ACOGIDA DE EMIGRANTES Y
REFUGIADOS DE VENEZUELA**

PRONUNCIAMIENTO SPDI N° 003-2020

Habiendo tomado conocimiento de la convocatoria realizada por la Unión Europea y el Gobierno de España a una reunión de donantes internacionales para apoyar a los países de acogida de emigrantes y refugiados venezolanos, a realizarse el próximo 26 de mayo, la Sociedad Peruana de Derecho Internacional expresa:

1. Su reconocimiento, felicitación y pleno apoyo a tan acertada iniciativa, que servirá tanto para comprometer apoyos financieros que posibiliten a los países de acogida, dentro de los que se encuentra significativamente el Perú, mejorar la calidad de las atenciones que brinda a los emigrantes y refugiados de Venezuela radicados en sus jurisdicciones; así como para sensibilizar más a la comunidad internacional ante el drama humanitario que afecta a alrededor de 5 millones y medio de ciudadanos de esta nación hermana. Resulta evidente que la magnitud de la diáspora venezolana desborda las responsabilidades y capacidades de los países de acogida, haciendo indispensable forjar una respuesta multilateral. En el caso específico del Perú, la iniciativa de la Unión Europea y del Gobierno de España permitirá contar con mayores y mejores recursos para enfrentar eficazmente los desafíos que plantea su solidaria acogida de casi un millón de emigrantes y refugiados de Venezuela.

2. Su invocación para que la reunión de donantes convocada por la Unión Europea y el Gobierno de España sea el punto de partida para

promover una estrategia internacional concertada de atención humanitaria y de desarrollo en favor de los emigrantes y refugiados de Venezuela, así como de las comunidades anfitrionas en los países de acogida, a efectos de crear condiciones de inserción compatibles con la dignidad humana, la sostenibilidad, y la valorización del potencial productivo de esas personas.

3. Su propuesta sobre la necesidad urgente de convocar a una conferencia internacional para formular tal estrategia y sus respectivos programas de acción para promover la inserción social y productiva de emigrantes y refugiados venezolanos radicados en los países vecinos. Tal estrategia debiera poner en valor las enseñanzas adquiridas en el contexto regional, particularmente las del proceso generado por la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), realizada en mayo de 1989.

4. Su recomendación que, basada en las mejores prácticas internacionales, tal estrategia debiera contemplar acciones coordinadas entre las dimensiones humanitarias y de desarrollo, en favor de la diáspora venezolana en los países de acogida vecinos. Esto implica, entre otros aspectos: (a) crear condiciones para la total formalización de la situación migratoria de todos los emigrantes y refugiados venezolanos; (b) brindarles asistencia legal tanto para regularizar su situación migratoria como para garantizar la plena vigencia de sus derechos en los países de acogida, previniendo en particular situaciones de explotación laboral y de tráfico de personas; (c) promover la generación de capacidades para su empleabilidad y de apoyo para la ejecución de emprendimientos empresariales; (d) establecer fórmulas de compensación en favor de las comunidades e instituciones de acogida que les brindan servicios básicos; y, (e) la realización de campañas de sensibilización de las poblaciones locales y de los decisores en los países de acogida, para contrarrestar manifestaciones xenófobas.

5. Su convicción que la magnitud del drama humanitario generado por la diáspora venezolana requiere adoptar fórmulas innovadoras para darle atención. Una estrategia de la naturaleza que proponemos requerirá cuantiosas inversiones, que debieran ser principalmente financiadas por organismos financieros multilaterales, imputando los fondos asignados como crédito a ser reembolsado por el Estado de Venezuela. Desde el punto

de vista del Derecho Internacional, esta propuesta es novedosa y plenamente legítima, considerando que el éxodo de alrededor de 5 millones y medio de ciudadanos venezolanos ha sido generado por las singulares condiciones de ejercicio del poder político en ese país.

6. Su inquebrantable convicción que Venezuela tiene que recuperar plenas condiciones de gobernabilidad democrática y de estabilidad política, siendo esta una tarea que en lo fundamental recae en la ciudadanía de este país hermano; sin perjuicio de lo cual la comunidad internacional tiene el deber de responder frente al drama humanitario de la diáspora venezolana, apoyando a los países de acogida vecinos para que puedan brindarles condiciones de inserción compatibles con la dignidad humana, la sostenibilidad, y la valorización del potencial productivo de esas personas.

Lima, 18 de mayo de 2020

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Maúrtua de Romaña, Oscar (Coordinador); Antialón Conde, Alexander (Editor); Hernández Campos, Augusto; Malapi Hernández, Daniela; Rosales Zamora, Pablo; Torrecuadrada García-Lozano, Soledad; Vera Esquivel, Germán. *Derecho Internacional Público*. Universidad Ricardo Palma, Editorial Universitaria. Lima, 2020.

Desde que José María de Pando publicó en 1827 su obra *Elementos del Derecho Internacional*, la edición de obras sobre la materia ha ido con el tiempo volviéndose más escasa. Por ello, en estos nuestros tiempos en que la globalización demanda nuevos horizontes a los estudios internacionales, la aparición de esta obra intitulada *Derecho Internacional Público*, bajo la coordinación del embajador Oscar Maúrtua, presidente de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, es una buena nueva y una investigación que estimula a la comunidad jurídica nacional.

Esta valiosa obra de creación colectiva se ubica en la corriente francesa del desarrollo del derecho internacional codificado y consuetudinario, ofreciendo al lector una aproximación general sobre las nociones y las instituciones más relevantes del derecho internacional contemporáneo.

Los autores han seleccionado cinco temáticas que se vinculan entre sí ofreciendo una aproximación profunda sobre la parte general del derecho internacional: el derecho internacional y la sociedad contemporánea (Germán Vera Esquivel); los sujetos del derecho internacional y la personalidad jurídica internacional (Augusto Hernández Campos); las fuentes del derecho internacional (Alexander Antialón Conde y Pablo Rosales Zamora); la responsabilidad internacional (Alexander Antialón y Daniela Malapi Hernández); y el mantenimiento de la paz: principio de prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza armada y el arreglo pacífico de controversias (Soledad Torrecuadrada García-Lozano).

En las últimas décadas el debate académico y la jurisprudencia internacional ha puesto en la primera línea del trabajo doctrinario algunos temas emergentes, en la teoría general del derecho internacional. El libro, se refiere a varios de ellos, pero hay dos que conviene resaltar por reflejar las más recientes tendencias en el desarrollo progresivo de esta rama de las ciencias jurídicas.

En primer lugar, la problemática de los actos unilaterales de los Estados o actos propios. El tema ha sido examinado largamente por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, desde su 50 período de sesiones. Bajo el liderazgo académico de Luis Rodríguez Cedeño, relator especial sobre el tema e impulsor infatigable de su consideración y estudio en el máximo órgano jurídico de las Naciones Unidas.

La jurisprudencia internacional tanto de la Corte Internacional de Justicia como de los tribunales arbitrales especiales, como el tribunal del mar han contribuido al desarrollo de la institución jurídica de los actos unilaterales como generadores de obligaciones internacionales tanto frente a terceros determinados como en la relación jurídica *Erga omnes*. La aplicación de los actos unilaterales como fuente de aceptación y reconocimiento de fronteras internacionales, marítimas o terrestres ha sido de uso corriente en las últimas cuatro décadas, a pesar de ello la jurisprudencia no se presenta necesariamente uniforme.

Los actos unilaterales de los Estados consisten en declaraciones formales, formuladas públicamente, en las que los Estados manifiestan su voluntad de obligarse en virtud del derecho internacional.

Con la finalidad de contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional de los actos propios, la Comisión de Derecho Internacional aprobó en su 58 período de sesiones (2005) los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas.

El principio 1 establece que declaraciones formuladas públicamente por las que se manifieste la voluntad de los Estados de obligarse, podrán surtir el efecto de crear obligaciones jurídicas. Cuando se dan las condiciones para que eso ocurra, el carácter obligatorio de tales declaraciones -señala la Comisión en los principios- se funda en la buena fe; en tal caso, los Estados interesados podrán tenerlas en cuenta y basarse en ellas; esos Estados tienen derecho a exigir que se respeten esas obligaciones. Las declaraciones unilaterales pueden ser orales y escritas y estar dirigidas a crear obligaciones en relación con otros Estados o el conjunto de la comunidad internacional.

El principio 2 establece una definición del acto jurídico unilateral del Estado, que costó mucho trabajo aprobar en el seno de la Comisión: se entiende por acto jurídico (declaración) unilateral la manifestación autónoma inequívoca de voluntad formulada públicamente por uno o varios Estados, en relación con otro u otros Estados, con la comunidad internacional en general o una organización internacional, con la intención de adquirir obligaciones.

Las condiciones fundamentales que se exigen para la validez de un acto jurídico son la imputabilidad del acto a un sujeto de derecho y el respeto de las reglas relativas a la formación de la voluntad. El principio 4 precisa que los jefes de Estado, los de gobierno y los ministros de relaciones exteriores, por ostentar la representación del Estado, pueden comprometer directamente a los Estados en el reconocimiento de obligaciones exigibles, a través de la ejecución de actos o declaraciones unilaterales.

Antialón y Rosales en la sección de fuentes del derecho internacional del libro, analizan de manera sistemática la dimensión jurídica de los actos unilaterales y lo hacen -mérito de los investigadores- teniendo en cuenta los últimos avances efectuados sobre la materia, a partir de la ya citada actividad de la Comisión de Derecho Internacional. Pasan revista, con rigor, a temas capitales como la propia noción o definición de los actos propios, la capacidad de los Estados para contraer obligaciones jurídicas mediante declaraciones unilaterales, la autonomía del acto y la obligación, su interpretación, la nulidad del acto unilateral, su revocatoria y una clasificación que ayuda a mejorar la comprensión de la naturaleza jurídica del acto o declaración unilateral.

Con la globalización de las relaciones jurídicas internacionales las obligaciones emanadas de declaraciones unilaterales se multiplican y también las controversias sobre su naturaleza jurídica o política, las obligaciones que pueden generar y su alcance. Los ministerios de relaciones exteriores, por esta práctica, consolidan cada vez más sus unidades o asesorías jurídicas para “cribar” las declaraciones de jefes de Estado y ministros de relaciones exteriores, sujetos directos de creación de actos unilaterales susceptibles de ser exigibles.

Los autores sensibles a estas realidades no solo aportan a la difusión y comprensión de los más modernos desarrollos en materia de declaraciones unilaterales u actos propios, sino que, al mismo tiempo, ponen a disposición de los decision makers en las cancillerías y la administración estatal un material de alto valor jurídico.

Otro horizonte esencial que se desarrolla en el libro, con la mirada de los desarrollos contemporáneos de las instituciones emergentes del derecho internacional, es el relativo a la personalidad jurídica internacional de los nuevos sujetos internacionales. Especialmente aquellos que han emergido en el complejo relacional internacional a lo largo de los siglos XX y XXI.

El Dr. Augusto Hernández Campos analiza con un excelente manejo de fuentes normativas y jurisprudenciales la personalidad jurídica internacional -además de los actores tradicionales- de un número diversificado de actores no estatales, como las organizaciones no gubernamentales, las empresas privadas y públicas, las agencias independientes, los pueblos, las minorías, los pueblos indígenas y los territorios. A los cuales habría que sumar los gobiernos subnacionales que cada día son titulares de un número cada vez más amplio de acuerdos internacionales.

Hernández Campos distingue, en ese contexto, lo sujetos del derecho internacional con personalidad plena y restringida. En el primer caso sitúa a los Estados. Recordando el caso Reparación de la CIJ, precisa los “sujetos de derecho en cualquier sistema jurídico no son necesariamente idénticos en su naturaleza o en la extensión de sus derechos”. A partir de esta constatación de la Corte, adjudica a los Estados la condición plena de su personalidad jurídica por detentar y ejercer “todos los derechos jurídicos internacionales y estar sujetos a todas las obligaciones jurídicas internacionales”. Los demás sujetos tienen una personalidad jurídica parcial que se deriva de su constitución jurídica, el ámbito de acción, la normatividad convencional que regula sus conductas internacionales y los espacios de acción que les reconoce parcialmente el derecho internacional.

Los ensayos del resto de autores transitan también por esa doble vía metodológica de sintetizar conceptos, normas e instituciones del derecho internacional clásico y presentar con rigurosidad y carácter sistemático las

nuevas tendencias e instituciones que están incitando cambios de los más variados e importantes en la agenda de nuestra disciplina.

En el prólogo del libro, el embajador Oscar Maúrtua, presidente de la Sociedad de Derecho Internacional del Perú, cuyo mérito precisamente es haber reunido diversos ensayos en una perspectiva metodológica común, proyecta esta comprensión del valor difusor de las tendencias más actualizadas del derecho internacional que caracteriza a toda la obra: “En consecuencia, tengo la certeza que esta obra moderna y por ende actualizada que se presenta será de gran utilidad para toda la comunidad jurídica nacional e internacional, porque es reflejo de la vivencia de los autores producto de sus intensas investigaciones y del contraste enriquecedor del ejercicio de la cátedra que ejercen con solvencia académica”.

Lisboa, junio 18 2020

Manuel Rodríguez Cuadros

Antialón Conde, Alexander. *La Defensa Colectiva de la Democracia en las Américas en el marco del Principio de No Intervención. Los Límites de la Acción Colectiva*. Editorial Académica Española, 2020.

Este estudio se articula en dos capítulos. El primero de ellos, que abarca aproximadamente dos terceras partes se centra en el principio de no intervención. Partiendo de un oportuno cuadro comparativo de los artículos 2 de la Carta de las Naciones Unidas y 3 de la Carta de la OEA, que enuncian los principios fundamentales de ambas Organizaciones, el autor acomete el concepto de la no intervención, discurre sobre sus antecedentes normativos y doctrinas, en un orden que personalmente invertiría, presenta las clases de intervención, en particular la vinculada a la protección de los derechos humanos, señala los numerosos supuestos de violación del principio siguiendo el magisterio del Comité Jurídico Interamericano y examina, por último, los casos en que la Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado al respecto.

El segundo capítulo se centra en la consideración de los artículos 17 a 20 de la Carta Democrática Interamericana, que forman el núcleo de su Capítulo IV sobre fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática en los Estados miembros de la OEA. Lo hace tras una oportuna mención de los artículos 3 y 4, definitorios de la democracia representativa, objeto de la protección que persigue la Carta. El análisis textual de estas disposiciones revela su respeto del principio de no intervención.

El estudio acaba enunciando un decálogo de conclusiones, que se conforman con el curso del método seguido por el autor, referencias bibliográficas y, en anexo, la reproducción de la Carta Democrática.

El estudio es decantación de trabajos anteriores de este joven iusinternacionalista, de apreciable dinamismo y curiosidad intelectual, que no ha escatimado la animación de esfuerzos colectivos, como se refleja en el manual sobre “Derecho Internacional Público”, publicado en el 2019 por la Universidad Ricardo Palma (Perú) que cuenta, entre otras firmas, con el de la profesora Soledad Torrecuadrada, una de mis discípulas más apreciadas.

Alexander Antialón es doctorando en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos - UNMSM, Magíster

en Ciencia Política y Gobierno con mención en Relaciones Internacionales por la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP, y, abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega - UIGV (Tesis). El autor ha sido becario de Naciones Unidas – Ginebra y de la Academia de La Haya de Derecho Internacional.

Cabe suponer que, en una línea de lógica superación, el autor afronte en el futuro el análisis de la práctica de la Carta Democrática, más allá de su texto, zarandeado por contradictorios intereses políticos.

Antonio Remiro Brotóns

Profesor Emérito de Derecho Internacional Público
por la Universidad Autónoma de Madrid

Tanaka, Yoshifumi. *The International Law of the Sea*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, 3ra. Ed., pp. 557.

Pese a no haber discurrido muchos años desde su primera edición, el libro “*The International Law of the Sea*” puede considerarse como un clásico en la materia de Derecho del Mar. Esta obra tratadística refleja el saber enciclopédico de Tanaka sobre una rama del Derecho Internacional Público que se encuentra en evolución constante y que precisa de mucho rigor para su comprensión.

Manteniendo las líneas principales de las anteriores ediciones (2012 y 2015), la tercera edición reformula secciones preexistentes con jurisprudencia reciente, *inter alia*, de la Corte Internacional de Justicia, de la Corte Permanente de Arbitraje y del Tribunal Internacional de Derecho del Mar; asimismo, introduce nuevas secciones con información actualizada (hasta julio de 2018).

Debiéndose advertir de antemano sobre la abundancia de aspectos que se podrían examinar y encomiar de la nueva edición, en esta oportunidad, quisiera detenerme a mencionar puntualmente solo tres de estas nuevas incorporaciones, invitando a los lectores a adquirir el libro y disfrutar de una obra caracterizada por su claridad y profundidad.

Un primer punto que llama poderosamente la atención se encuentra en el subtítulo “*Two Paradigms in the Law of the Sea*” (sección 1.3), donde el autor pretende reordenar el abordaje del Derecho del Mar bajo dos grandes paradigmas jurídicos, coexistentes y no excluyentes entre sí, que son, por un lado, el de las áreas marinas relativas a un Estado (“*The Law of Divided Oceans*”), gobernado por los principios de soberanía y de libertad, y, por otro lado, el referido al océano común, que descansa sobre los intereses de la comunidad internacional y que se desarrolla a través de la cooperación internacional (“*The Law of Our Common Ocean*”).

De acuerdo con Tanaka, ambos paradigmas se encuentran en una mutua tensión, la cual explica el devenir del Derecho del Mar y que, en mi impresión, resultan ser claves para entender, desde una perspectiva general, la lógica subyacente de sus instituciones. En ese sentido, considero un aporte significativo del libro haber postulado tal división.

En segundo lugar, otra inclusión destacable es la sección 2.9 sobre el tráfico ilícito de migrantes por mar. El autor ofrece comentarios esclarecedores sobre la interpretación del artículo 8 (Medidas contra el tráfico ilícito de migrantes por mar) del “Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” (2000); asimismo, se dedica a analizar la problemática de las operaciones “*push back*” contra los migrantes marítimos, resaltando la plena aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho de los Refugiados (principio de *non refoulement*) en alta mar.

La presencia de esta sección era más que necesaria en el libro, dadas las actuales y constantes situaciones desfavorables a los migrantes y que contribuye a sostener la perspectiva sistémica de la cual goza la obra “*The International Law of the Sea*”.

Otra de las secciones que ha sido corregida y aumentada es la titulada “*Development of Case Law Relating to Maritime Delimitation*”, que versa sobre la evolución de la delimitación marítima en la jurisprudencia internacional. En este esquema, la primera fase (1969 – 1992) corresponde, centralmente, al *result-orientated equity approach*, según el cual el resultado equitativo predomina frente a los métodos basados en la equidad. Luego la jurisprudencia evoluciona a una segunda fase (1993 – 2007), que se caracteriza por una *corrective-equity approach*, el cual consiste en sostener una línea equidistante que luego se ajusta a la luz de las circunstancias especiales. Por último, una tercera fase (2009 a la actualidad) que se basa en un método que comprende tres pasos (*the three stages approach*): el primer paso que es un trazo de una línea provisional, generalmente la equidistante; el segundo paso que corresponde a la identificación de circunstancias especiales y el ajuste de la línea provisional; y el tercer paso que atañe a verificar si no se ha configurado un resultado inequitativo (test de desproporcionalidad).

La propuesta de Tanaka sobre la construcción de fases en la evolución de la jurisprudencia relativa a la delimitación marítima me parece un aporte pedagógico importante y que podría ser utilizado en las aulas universitarias peruanas, dado el interés que reviste la delimitación marítima para nuestra región.

Concluyo esta breve reseña recomendando enormemente la lectura de la obra de Tanaka, invocando a la par la necesidad de que en nuestro medio no solo se conozca del contenido de este libro, sino también de que se comience a incentivar y realizar una mayor producción académica sobre Derecho del Mar, un área del Derecho Internacional que reviste la más alta importancia para la política exterior peruana.

Prof. Pablo César Rosales Zamora¹

¹ Doctorando en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor de Derecho Internacional Público en la Escuela de Ciencia Política de la UNMSM y de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Asesor en la Oficina de Derecho Internacional Público del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú.

**APUNTES INSTITUCIONALES
Y
CALENDARIO DE SUCESOS INTERNACIONALES**

APUNTES INSTITUCIONALES (Período mayo-agosto 2020)

La sección de Apuntes Institucionales, puede ser consultada en nuestro Blog Institucional: <https://sociedadperuanadederechointernacional.blogspot.com/>

* * *

CALENDARIO DE SUCESOS INTERNACIONALES (Período mayo-agosto 2020)

La sección de Calendario de Sucesos Internacionales, puede ser consultada en nuestro Blog Institucional: <https://sociedadperuanadederechointernacional.blogspot.com/>

Pierina Puente Berrospi

* * *

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 / 424-8104 / 424-3411

JULIO 2020 LIMA - PERÚ