

*REVISTA PERUANA
DE
DERECHO INTERNACIONAL*

ÓRGANO DE DIFUSIÓN DE LA SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO INTERNACIONAL



TOMO LXVI JULIO - DICIEMBRE 2016 N° 155

LIMA - PERÚ

*REVISTA PERUANA
DE
DERECHO INTERNACIONAL*

ÓRGANO DE DIFUSIÓN DE LA SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO INTERNACIONAL



TOMO LXVI JULIO - DICIEMBRE 2016 N° 155
LIMA - PERÚ

REVISTA PERUANA DE DERECHO INTERNACIONAL
TOMO LXVI JULIO-DICIEMBRE 2016 N° 155

Hecho el Depósito Legal N° 99-1510

La responsabilidad de las ideas y opiniones
sustentadas en los artículos y notas corresponde
exclusivamente a sus autores.

Sociedad Peruana de Derecho Internacional
Jr. A. Miró Quesada N° 247, Oficina N° 508, Edificio “Rimac International”,
Lima 1 - Perú
Teléfono: 204-3532
Dirección Web: www.spdi.org.pe
E-mail: spdi@spdi.org.pe

Impresión:
 EDICIONES MISKEY
edicionesmisky@hotmail.com

Impreso en el Perú
Printed in Peru
Tiraje: 500 ejemplares

*Totus orbis qui aliquo modo
est una res publica*

El mundo todo que al fin y al cabo
es una república

Francisco de Vitoria

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO INTERNACIONAL

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente (e)	Tesorero
Ignacio Basombrío Zender	Claudio E. Sosa Voysest
Vice Presidente	Vocales
	Roberto Mac Lean Ugarteche
Secretario	Armando Nieto Vélez
Harry Belevan-McBride	

MIEMBRO EMÉRITO

Javier Pérez de Cuéllar

COMISIÓN DE LA REVISTA

Ignacio Basombrío Zender	Harry Belevan-McBride
Armando Nieto Vélez	Miguel A. Rodríguez Mackay

MIEMBROS TITULARES

Alzamora Traverso, Carlos	Luna Mendoza, Ricardo
Couturier Mariátegui, Hernán	Mac Lean Ugarteche, Roberto
Chávez Soto, Jorge	Maúrtua de Romaña, Óscar
De la Puente Radbill, José	Nieto Vélez, Armando
De la Puente Raygada, Oscar	Palma Valderrama, Hugo
De Soto Polar, Alvaro	Revoredo de Mur, Delia
De Trazegnies Granda, Fernando	Rodríguez Cuadros, Manuel
Deustua Caravedo, Alejandro	Sosa Voysest, Claudio E.
Ferrero Costa, Eduardo	Tudela van Breugel-Douglas, Francisco
Ferrero Costa, Raúl	Valdez Carrillo, Jorge
García Belaunde, José Antonio	Villarán Koechlin, Roberto
García-Sayán, Diego	Wagner Tizón, Allan
Guillén Salas, Fernando	

MIEMBROS ASOCIADOS

Agüero Colunga, Marisol (*)	Lévano Torres, Oscar
Alcalde Cardoza, Javier	Lozada Tamayo, Samuel
Alvarez Brun, Félix	Mariátegui Malarin, Juan (*)
Alvarez Vita, Juan	Meier Espinosa, José A. (*)
Astete Rodríguez, Elizabeth (*)	Novak Talavera, Fabián
Basombrio Zender, Ignacio (*)	Pérez Sánchez-Cerro, José Luis
Belaunde Moreyra, Martín	Pinto-Bazurco Barandiarán, Jose F. (*)
Belevan-McBride, Harry	Pinto-Bazurco Rittler, Ernesto
Broussel Barrios, Jorge	Rodríguez Mackay, Miguel Ángel
Chuquihuara Chil, Luis (*)	Roncagliolo Higueras, Nicolás
Dañino Zapata, Roberto	Ruda Santolaria, Juan José (*)
De Althaus Guarderas, Miguel	Saavedra Calderón, José Antonio (*)
Echeverría Herrera de De Pury, María E. (*)	Salmón Gárate, Elizabeth
García Belaunde, Domingo	Sandoval Aguirre, Oswaldo (*)
García Calderón Moreyra, Gonzalo	Schiappa-Pietra Cubas, Oscar
García-Corrochano Moyano, Luis (*)	Tudela y Barreda, Felipe
Gutiérrez Reinel, Gonzalo (*)	Velásquez Rivas-Plata, Elvira
Hernández Campos, Augusto	Vera Esquivel, Germán
Kisic Wagner, Drago	Vigil Toledo, Ricardo (*)
Lázaro Geldres, Jorge	Yrigoyen Yrigoyen, Martín

(*) PARA CEREMONIA DE INCORPORACION FORMAL

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

Buergenthal, Thomas (Estados Unidos)	Llanos Mansilla, Hugo (Chile)
Cho, Key Sung (Corea)	Wolff, Francis (Francia)
Furnish, Dale Beck (Estados Unidos)	

COORDINADOR GENERAL

Alexander Antialón Conde

SUMARIO

Pág.

ARTÍCULOS

- Relations between China and Latin America: from market opportunities to international political economy
Javier Alcalde Cardoza 13
- La dicotomía entre el principio de soberanía nacional y el principio de jurisdicción universal
José Luis Pérez Sánchez-Cerro 21
- La política sobre las drogas: una mirada actual sobre sus aspectos mundiales, regionales y locales
Germán Vera Esquivel 45
- La controversia en el mar de China meridional
Augusto Hernández Campos 65
- La institución de la intervención en la Corte Internacional de Justicia: oportunidades, limitaciones y desafíos en la escena internacional
Paul Duclos Parodi 91

- Ramón Ribeyro y la Corte Suprema
Francisco Miranda Molina 133
- Importancia de la formación ética de la abogacía
Elsa Roca-Moreyra Salonen 141

* * *

ARTÍCULOS

RELATIONS BETWEEN CHINA AND LATIN AMERICA: FROM MARKET OPPORTUNITIES TO INTERNATIONAL POLITICAL ECONOMY

Javier Alcalde Cardoza*

We perceive that a period of instability, structural change, and superpower competition is developing in the world economy and particularly in the Asia-Pacific region, following the end of the boom of Chinese growth, investment and trade (2003-2012). This boom significantly benefitted China and a number of emerging economies which sold commodities to, and hosted investment from, the PRC.

The comparative stability of the former period produced in Latin America the image of economic relations with China as a relatively uncontentious issue area characterized by clear market opportunities that could be tapped largely by means of conventional diplomacy and trade expertise. There were, of course, some concerns that a new center-periphery subsystem was being established and that a small number of small or middle-size countries of the region were becoming too close to China, but these issues seldom transformed into international or domestic tensions or crises.

* Ph.D en Asuntos Internacionales por la Universidad de Virginia, Estados Unidos de América. Miembro Asociado de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional.

In the present stage, we foresee that the trade and investment relations of Latin American countries with China will become increasingly complex and politicized to the point that they will tend to be linked with issues of higher politics, with important repercussion at hemispheric level, such, for instance, as military cooperation and the countries' international position on human rights.

At the roots of the approaching period of instability we perceive that conditions in the Chinese economy have undergone major changes and, at the same time, the rules of the economic game, both at the global and regional levels, have become open for renegotiation between the two major international players, Washington and Beijing, prompting a new climate of geoeconomic and geopolitical competition.

China is in the process of transforming its economy from an extraordinary reliance on exports and investment to conferring a major role to internal consumption. Similarly, the leading role of resource-intensive industries is being replaced by an emphasis on services. From 2007 to 2011, trade diminished from 68% to 50% of China's GDP. Still, China currently accounts for 40% of world GDP growth, with the US contributing only 10% (and India 20%) (according to Sanwal from the IDSA, 2016).

New trade and investment opportunities related with China, while important, will not be as evident as in the past; they will increasingly have to be appraised and exploited not only on the basis of insights on the workings of a colossal state capitalist machinery but also in accordance with some established economic orientations and plans of the players.

At the same time, both China and the US –directly or indirectly– will persistently try to induce regional players into policies and actions that will benefit their national interests and positions vis a vis those of its rival. For instance, a particular bone of contention might become the degree of involvement that Latin American governments allow Chinese state-owned enterprises in their economies. Another major issue might be the influence of NGOs on public opinion targeting the labor and environmental practices of Chinese corporations.

Specifically, we contend that the forthcoming period in the economic relations of China with Latin America will prompt statesmen, diplomats, strategists, planners, trade and IR specialists, and political scientists to take a deep interest in a practical field that had previously been left largely to economists or been generally addressed from a predominantly utilitarian or entrepreneurial viewpoint.

We believe the most suitable approach for addressing China-Latin American economic relations in the new setting is that of International Political Economy (IPE), a branch of International Relations which examines the interactions between economic and political power, and between public and private players, for the attainment of national and corporate interests.

Among the many definitions of national power one of the most important corresponds to the capacity of certain players to set group agendas and to structure the rules in various areas of international economic relations. In this perspective, we can see China's new role in Asia and the Asia-Pacific region where its rising trade and investment position is empowering her to propose new paradigms, rules and practices which are vigorously contested by the hegemonic power.

Perhaps the most suggestive example of China's emerging normative power in the world is the One-Road-One-Belt initiative (OROB) or Silk Road Economic Belt, connecting Asia, Europe and Africa, a new paradigm for regional and inter-regional integration and an attractive alternative to treaty-based regimes; 34 countries have already signed cooperation agreements with China within this initiative.

In the trade and investment arena, the U.S. is attempting to formulate or strengthen a series of international rules that limit the development and actions of state-owned enterprises, raise labor standards, allow the free flow of information, protect the environment and defend intellectual property rights. Of special concern to Western powers is the imbalance created by the practice of Chinese state enterprises to buy competitors in high-tech sectors. The Trans-Pacific Partnership (TPP) and the

Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) are meant to achieve the aforementioned aims.

China, for its part, argues that these agreements have been negotiated to make emerging countries accept a highly liberalized trade regime or face exclusion from the regime. Beijing is propelling its own proposal, the Free Trade Area of Asia Pacific (FTAAP), that eventually might lead to the formation of trade blocs.

In the second part of this presentation we will briefly review the evolution of Chinese relations with Latin America in the perspective of China's rise and its changing relations with the US.

As we know, following Deng's economic reforms, Chinese exports, started to grow spectacularly in the 1980s, largely oriented toward the US and other industrial nations. But Western economic sanctions derived from the events in Tianamen (1989) as well as the disappearance of the Soviet Union (1991) put an end to the approximation of China to Washington and the West. The perception radically changed in Beijing to one of a threat to its regime and was aggravated by tensions with Taiwan and the NATO bombing of the Chinese Embassy in Belgrade (1999).

Accordingly, the Chinese ascent strategy was reoriented in the 1990s, attempting to diminish the importance of Western powers and toward South-South cooperation, beginning to actively pursue economic and political objectives in Asia, Africa and Latin America.

The financial crisis of 2008 further increased China's interest in developing countries, by causing a reduction of Chinese exports to industrial nations, at the same time making China the country with the largest investment resources in the world. Chinese outward foreign investment had started to grow a few years before, in 2001, with Beijing's accession to the World Trade Organization.

In 2009, Beijing published a diplomatic strategy that considered developing countries on the forefront of Chinese external relations and expressed Beijing's support to their aspirations in the international arena.

One year later, in 2010, it became clear that China was improving substantially its trade relations with the South: trade flows jumped 51% with Latin America, 37% with ASEAN (its main partners), and 33% with Africa.

China's trade with Africa and Latin America flourished: with the former it moved from 10 billion dollars in 2000 to 166 billion in 2011, overtaking the US as Africa's first trade partner. In the case of Latin America, the advance was even more significant: from 15 billion dollars in 2001 to 260 billion in 2014, China having surpassed the US as a destination of Latin American exports.

However, the most outstanding aspect of China's rise has been its ability to reconnect with Asia. Until the end of the 1970s, China was virtually excluded from Asia. Today, China is the engine of Asian development, enjoys a favorable image in the region, and is a key actor in Asia's busy multilateral agenda.

China has become the center of a multinational production area in East and Southeast Asia. It has displaced the US as the main economic partner of South Korea, Japan, Taiwan and the ASEAN countries. It has created two major development banks in the region.

Washington did not watch passively China's progress in the Asia. At the beginning of the Obama presidency (2009), Secretary of State Hillary Clinton asserted that the US was "back in Asia", following the low profile in the region of the Bush administration, and subsequently coined the term "Pivot to Asia" signaling a reorientation of US foreign policy to the region.

Seeking to appease Chinese annoyance with its new policy, Washington, renamed it "Rebalancing Asia" in 2012. Nevertheless, a number of Chinese specialists still consider it a containment initiative against Beijing, which reflects US fears in connection with its traditional interests and status in Asia.

China published for the first time in 2008 a set of guidelines for its policies toward Latin America. Yet it was only after the launching of the

US *Pivot* to Asia and the assumption of Xi Jinping (2013) that Beijing began a new stage in its relations with Latin America, moving beyond economic and trade cooperation.

In 2013 and 2014, Xi Jinping visited Latin America and proposed the idea of “creating a China-Latin America community with a common destiny”. The China-Celac forum was established.

Chinese academics (like Yu 2015) consider that the new Chinese emphasis on Latin America is a reaction to the containment initiative of the US in Asia, and that Beijing’s desires are not only to intensify economic and trade cooperation but to generate a sphere of influence in a region that many deem to be the US “backyard”.

Beijing has free trade agreements with Chile, Peru and Costa Rica and has established Strategic Partnerships with Argentina, Brazil, Chile, Ecuador, Mexico, Peru and Venezuela. Chinese trade with Latin America currently represents around \$ 300 bn, 20 times the amount of 2001.

On the other hand, Chinese FDI in the world is quite recent and for this reason it is notably behind that of the main industrial countries. In Latin America it is clearly below trade levels, representing one fifth of the value of trade exchanges and around 5% of the stock of FDI in the region. There is some concentration on mining and energy and the main destinations are Brazil, Peru and Argentina.

By contrast, Chinese state banks have become since 2013 the main credit suppliers of Latin American governments. To 2014 they lent US \$ 22 bn, mainly for infrastructure projects, surpassing the amounts loaned by the World Bank and the IDB to the region. Brazil, Venezuela and Ecuador have been the main recipients; the last two countries having found in Chinese banks a crucial alternative to international capital markets.

China has increased its arm sales to the region having military cooperation agreements with Venezuela, Bolivia and Argentina, and generating interest in Brazil and Peru to negotiate similar agreements.

Remarkably, the new presidents of Argentina, Macri, and Brazil, Temer, both of neoliberal orientation, have confirmed the continuation of the special relationship of their countries with China. While Macri has not ratified arms deals between the two countries, he recently signed a \$ 25 bn package of Chinese credit for a number of projects.

Our concluding thought is that from beginnings of the 20th century, with the displacement of Britain, the US has been extraordinarily successful in preventing any extraregional power from establishing a major presence in Latin America (the USSR in Cuba being a minor but significant exception). However, in the next few decades we will witness a crucial test for the US position in the region with the unfolding of a major Chinese challenge.

* * *

LA DICOTOMÍA ENTRE EL PRINCIPIO DE SOBERANÍA NACIONAL Y EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL

*José Luis Pérez Sánchez-Cerro**

El Derecho Internacional Público tiene una base sociológica. Esta rama del derecho va a regir a la sociedad internacional. Si cualquier rama jurídica es histórica y social, el derecho internacional es el más histórico de los derechos ya que su dependencia de las circunstancias sociales es extrema. Debemos decir entonces que el Derecho Internacional está en proceso constante de gestación como consecuencia de los cambios en la sociedad internacional. Por ello la definición del Derecho Internacional Público no puede hacerse sobre la base de características abstractas, sino partiendo de una comunidad concreta y esta no es otra que la comunidad de los Estados, que en el curso de la historia ha ido adquiriendo unidad sociológica y normativa.

Al referirnos a la Jurisdicción Universal reconocemos en dicho concepto la competencia internacional de todos los Estados para someter a su decisión asuntos en materia criminal pertenecientes al interés general de la comunidad internacional. Esta idea de jurisdicción global reclama

* Embajador del Perú en Argentina. Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas. Miembro Asociado de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional.

el trato de temas concernientes a la soberanía de los Estados y su jurisdicción penal como atributo de esta de forma tal que analizando la soberanía y la jurisdicción penal estatal en general, pertenecientes a todos los Estados del orbe, podemos entender que un Estado, en nombre de todos, pueda someter a su jurisdicción casos que normalmente son privativos de cada Estado, según sea el grado de vinculación o punto de contacto con relación al delito en cuestión.

Existe en el Derecho Internacional una situación que, en muchos casos, es de conflicto, especialmente intensa en materia penal. Hay una dicotomía entre el principio de jurisdicción universal y el de soberanía nacional. Por un lado, se reconoce la necesidad de crear un auténtico sistema internacional de normas imperativas y coercitivas “per se” que persiga crímenes, delitos o atentados más graves contra la humanidad sustentado en la existencia de un principio de jurisdicción universal. Por otro lado, sigue manteniéndose de modo inevitable la soberanía estatal como eje preponderante de las relaciones internacionales. Dicho esto, se puede afirmar categóricamente que hay una dicotomía entre el principio de jurisdicción universal y el de soberanía nacional. Sin embargo, este conflicto, que se da principalmente en las grandes potencias del orbe, busca superarse con el propio desarrollo jurídico del derecho internacional en dos puntos referenciales: a) la persona es individualmente considerada como sujeto de derecho internacional, idea perfectamente aceptada hoy en día, además del Estado y las organizaciones internacionales y, por tanto, es responsable ante el derecho internacional por las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y, b) de acuerdo con la doctrina mayoritaria no sólo en las esferas académicas o científicas sino también en la propia ONU, el respeto a la dignidad humana se eleva como criterio interpretativo indispensable a la hora de cumplir las normas jurídicas internacionales en su conjunto. En consecuencia, los Estados no podrán impugnar la competencia de una organización en materia de derechos humanos con la mera invocación del principio de no intervención en asuntos internos de los Estados miembros. Ello delimita nítidamente la responsabilidad internacional de los Estados, por un lado, y la responsabilidad penal individual a nivel internacional que, aunque puede

ser concurrente con la primera, puede ser también individual por la comisión de injustos directamente imputables a personas.

La dicotomía entre el Principio de Soberanía Nacional y el Principio de Jurisdicción Universal se hace más compleja aun considerando que hoy en día hay un enfrentamiento frecuente entre, de un lado el principio de legalidad, que nace como garantía procesal penal en el contexto filosófico de los pensadores de la *Ilustración* y que constituye un principio del individualismo liberal basado en la “*Legalidad de los delitos y de las penas*” y en el del “*Juez natural*” y; de otro lado, el principio de jurisdicción universal que nació en un contexto posterior a la Ilustración y que no obedece al individualismo sino a la idea de solidaridad del mundo contemporáneo.

En el derecho penal internacional hay 27 categorías de crímenes las cuales se desprenden en 276 convenciones, entre los años 1815 y 1999, en las que se pueden mencionar, *inter alia*, los crímenes de agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, contra las Naciones Unidas, apartheid, esclavitud y sus prácticas relacionadas, piratería, secuestro de aeronave, terrorismo nuclear, financiamiento del terrorismo internacional, tráfico ilegal de drogas etc. Entre las disposiciones penales de esas convenciones se hace referencia a la jurisdicción y muy pocas de ellas expresan implícita o explícitamente la jurisdicción universal. En el derecho penal internacional se han consagrado los crímenes internacionales *jus cogens*, los cuales son la piratería, la esclavitud, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad, el genocidio, el apartheid y la tortura.

La jurisdicción universal surge como consecuencia de un cambio de conciencia en la comunidad internacional acerca de la necesidad de que los Estados desarrollen una política de cooperación conjunta para la legislación, prevención y juzgamiento de los más graves crímenes contra el derecho internacional. En ese contexto, la grave violación de los derechos humanos y en especial los delitos de lesa humanidad y crímenes internacionales han llevado a plantear el surgimiento de una jurisdicción

universal que, en materia de derecho penal internacional, establece que la responsabilidad es individual y exclusiva de personas naturales, aunque el Estado puede tener responsabilidades de carácter reparatorio.

La habitual y arraigada impunidad que protegió a tantos criminales en numerosos lugares del mundo se basó casi siempre en el uso y abuso de conceptos tales como la “territorialidad de la justicia” y la consiguiente prevalencia de la “jurisdicción territorial” como prácticamente única. El principio soberanista que invoca la “soberanía nacional” como incompatible con cualquier extraterritorialidad judicial, al amparo del principio de “no injerencia en asuntos internos”, así como la recurrencia a los poderes judiciales sometidos a gobiernos dictatoriales o *quasi* dictatoriales, sin mencionar a los fanatismos religiosos, capaces de imponerse a pueblos enteros por la corrupción o el terror. La superación de esas deficientes jurisdicciones locales por una jurisdicción universal constituye un duro golpe contra la impunidad, aunque nunca pueda llegar a suprimirla de manera total.

El principio de la jurisdicción universal plantea la posibilidad de que cualquier Estado pueda conocer de determinados delitos, sin importar el lugar de comisión de éstos y la nacionalidad de la víctima y del autor. De allí que entre en contradicción con la soberanía estatal y la definición clásica de jurisdicción, partiendo de que la territorialidad es una de las expresiones más contundentes de la soberanía de los Estados. Esta soberanía se da en términos de autoridad territorial, la cual se concebía, desde la postura clásica y con un criterio de carácter pleno y exclusivo, como un monopolio estatal para la construcción normativa, juzgamiento y aplicación del ordenamiento jurídico.

De otro lado, siendo que la Corte Penal Internacional es una institución internacional autónoma establecida bajo los auspicios de las Naciones Unidas, los Estados miembros deben asumir la responsabilidad de colaborar para el futuro éxito de la Corte, para ello, la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de la Corte podría usar su posición central y sus políticas para explorar los caminos por seguir. En primer

lugar podría proponer a los Estados cierta armonización de las definiciones y los procedimientos de trabajo a fin de mejorar su eficacia y lograr un mayor equilibrio entre sus enjuiciamientos y procesos. Por ejemplo, podría pensarse que para el enjuiciamiento de crímenes internacionales podrían hacerse algunas derogaciones a las leyes o al código de procedimientos penales nacionales para reducir las diferencias entre los sistemas jurídicos. Los órganos de la Corte deberían apuntar a ayudar a los Estados y no a combatirlos y debe preverse una aplicación del Estatuto y una política de comunicación fluida tanto de los Estados miembros como de las instituciones de la Corte. En segundo lugar, la Asamblea de Estados Partes, sin interferir en los asuntos internos de los Estados, también podría formular y proponer algunas directrices sobre los pasos prácticos para mejorar la aplicación del principio de jurisdicción universal. Esto debería hacerse en consulta con los Estados miembros pero también con la comunidad internacional en su conjunto. En tercer lugar, la Asamblea de Estados Partes y la Corte Penal Internacional a través de su jurisprudencia, podrían tener un papel federativo entre Estados, no para imponer soluciones, sino para convencerlos de que la jurisdicción universal es un mecanismo necesario. Además, de este modo se podría lograr la participación de los Estados que no son miembros de la Corte Penal Internacional y la continuación de un diálogo universal.

Una segunda idea sería dar mayores responsabilidades a las organizaciones internacionales regionales en lo relativo al inicio y al seguimiento de enjuiciamientos de crímenes internacionales. La situación actual suele ser la siguiente: se cometen crímenes internacionales, los Estados no pueden o no tienen la disposición política (no quieren) para enjuiciar a los criminales internacionales que han cometido crímenes fuera de su jurisdicción, la Corte Penal Internacional no tiene suficientes argumentos para iniciar los procedimientos y el crimen queda sin castigo. Esa situación es el resultado de la inexistencia de un organismo adecuado dotado de dos atributos: un conocimiento del contexto específico y un grado de independencia suficiente para hablar en nombre de varios Estados que comparten la carga de responsabilidad entre ellos. Las organizaciones políticas regionales podrían ser una solución pues reúnen ambas

condiciones. Estas no cumplirían ese papel por sí solas, sino que asumirían la responsabilidad de transmitir la iniciativa a un solo Estado miembro que organizaría la investigación y el juicio en nombre de la comunidad de Estados, o remitiría el asunto al Consejo de Seguridad. Obviamente, esta solución requeriría una reflexión más profunda, pero tendría la ventaja de utilizar las instituciones existentes para dar efecto concreto al principio de universalidad y, en última instancia, hacer aplicar el principio de complementariedad de manera más eficaz.

La universalización de los derechos humanos es concebida como un proceso propio de la interacción de la comunidad internacional, que procura la construcción de un cuerpo normativo jurídico, dinámico, homogéneo y aplicable que los proteja mejor y sancione a sus violadores. En este sentido, la Corte Penal Internacional es probablemente el esfuerzo más ambicioso en la institucionalización de este proceso a través de un organismo internacional autónomo, el cual posee un importante margen de legitimación mundial y una capacidad judicial determinada. El papel de los organismos internacionales ha sido fundamental en el proceso de universalización de los derechos humanos, donde se destaca la labor de las Naciones Unidas y de la Corte Penal Internacional. Esta situación no niega la corriente dominante en el derecho contemporáneo basada en el respeto de la jurisdicción territorial y la soberanía estatal; tampoco niega la naturaleza anárquica de la comunidad internacional por el contrario, la confirma y procura a través de estos organismos desarrollar un proceso de construcción normativa que disipe los niveles de anarquía internacional.

LA SOBERANÍA

La soberanía, desde una lectura constructivista, es considerada, de manera independiente del reconocimiento de un Estado por otros Estados, como un juego binario de soberanía externa y soberanía interna. En esta medida, la soberanía no presupone una sociedad de Estados ya que en algunos casos puede existir una soberanía externa sin que esta sea reconocida por otros Estados. La soberanía es inherente al Estado, en consecuencia la estatalidad empírica puede existir sin un Estado jurídico.

El reconocimiento confiere a los Estados determinadas competencias en una sociedad de Estados pero la ausencia de autoridad externa *per se* no la presupone.

El cambio de paradigma tiene que ver, por tanto, con un cambio en la imagen del mundo y en las creencias compartidas por un conjunto notable de teólogos, juristas, filósofos y científicos, literatos y artistas, que empiezan a ver al hombre como el centro de la creación y del mundo.

Otro punto, el de la universalidad de los derechos humanos, pese a la opinión de Rorty, es un ingrediente básico e inherente de la formación histórica del concepto actual de derechos humanos. Como afirma el profesor Antonio Enrique Pérez Luño: “El gran invento jurídico-político de la modernidad reside, precisamente, en haber ampliado la titularidad de las posiciones jurídicas activas, o sea, de los derechos a todos los hombres, y, en consecuencia, de haber formulado el concepto de los derechos humanos”. Sin lugar a dudas, los derechos humanos precisan de mayor clarificación y dilucidación conceptual.

No obstante, la aplicación del principio en general siguió siendo difícil, ya que el principio de jurisdicción universal no incumbe únicamente al derecho internacional, sino también al derecho nacional. Los Estados están habilitados a conferir jurisdicción universal a sus propios tribunales sobre ciertos crímenes, como resultado de una decisión nacional y no sólo de una norma o principio de derecho internacional. Por consiguiente, el principio de jurisdicción universal no se aplica de manera uniforme en todos los Estados. Si bien existe un fundamento sólido, el ámbito preciso de la jurisdicción universal varía de un país a otro y la noción no se presta a una presentación homogénea. Por esta razón, la jurisdicción universal no es un concepto único sino que podría describirse a partir de múltiples aspectos de derecho internacional y nacional que pueden crear una obligación o una capacidad de enjuiciar. Por consiguiente, es difícil dar un panorama claro de la situación general.

Como todo derecho, el internacional es producto de una comunidad de culturas e intereses que ningún político puede crear de manera artificial.

Soberanía, entonces, es la capacidad de positivar los preceptos supremos obligatorios para la comunidad. Su esencia es, en suma, la positivización (en el interior del Estado) de principios o preceptos jurídicos supremos determinantes de la comunidad. De ello se deduce que la voluntad del Estado, como ente libre y soberano, auspicia y formula la normativa internacional bajo la conjunción de distintas culturas e intereses existentes, siendo la soberanía la vía por la que los principios que rigen la comunidad quedan recogidos y positivados como principios máximos.

El principio fundamental que gira en torno a la soberanía del Estado presenta un marcado carácter funcional: la soberanía es entendida como el conjunto de competencias que son atribuidas a un Estado por el Derecho Internacional, ejercitables en un plano de independencia e igualdad. Su manifestación más relevante en el ámbito de las relaciones internacionales es su capacidad para obligarse con otros y su responsabilidad internacional en caso de incumplimiento. En este orden de ideas, se deduce, como es lógico, que la existencia de múltiples entes soberanos genera en el marco internacional la necesidad de crear y desarrollar normas que regulen una distribución de competencias con el propósito de evitar situaciones conflictivas, siendo precisamente en este ámbito donde el Derecho Internacional juega un papel fundamental. Un asunto de relevancia a estos efectos fue aquel que tuvo lugar en 1923 ante la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), posteriormente sucedida por la Corte Internacional de Justicia (CIJ), conocido como el asunto SS Wimbledon (Inglaterra et al. v. Alemania, 1923), a través del cual se puso de relieve la necesidad de restringir los derechos soberanos de los Estados junto con la idea imperiosa de proceder a la adopción de nuevos compromisos internacionales, entendiendo que los mismos no constituyan una restricción de la propia soberanía, sino que eran apreciados como un atributo de la misma. No existía, pues, conflicto alguno entre la soberanía de un Estado y la normativa internacional, puesto que la soberanía es la que atribuye la capacidad a un país para quedar obligado por la regulación internacional.

Queda claro que no se produce colisión alguna entre el Estado y el Derecho Internacional. De hecho, su interrelación es inevitable ya que

en el momento en el que un Estado se relaciona con otro (lo que hoy en día es absolutamente incuestionable) se hace necesaria la presencia de determinados principios, como el de reciprocidad, para regir y regular este tipo de situaciones.

En cualquier caso, resulta inevitable afirmar a estas alturas que la soberanía de los Estados ya no es absoluta. Esta imparable evolución, cuyos orígenes tienen lugar fundamentalmente en el siglo XIX, ha ido sufriendo distintos impulsos, especialmente tras el final de la Segunda Guerra Mundial con la creación de la ONU. En la actualidad, como ya se ha visto, este concepto sigue experimentando cambios como consecuencia de los efectos derivados, entre otros, de la globalización.

El principio de jurisdicción universal (también conocido como principio de universalidad o de justicia universal) presenta una gran peculiaridad en la medida en que atribuye o concede competencia a un Estado para conocer y juzgar un delito sin necesidad de que exista vínculo o unión con los hechos enjuiciados desde el punto de vista del lugar de su comisión, así como respecto de la nacionalidad de los autores y/o de las víctimas e, incluso, respecto de los intereses o bienes jurídicos lesionados.

Como regla general, en la mayor parte de los casos, los comportamientos judiciales suelen basarse en la actuación de un juez natural predeterminado y legitimado por la aplicación del célebre principio de territorialidad. Sin embargo, a través del principio de universalidad o jurisdicción universal, se traspasa el ámbito de la soberanía nacional superando la idea de que la actuación judicial ya no corresponde exclusivamente al juez natural. Así pues, este principio, como acaba de explicarse, supone no sólo el desplazamiento del referido juez natural, sino también la posibilidad de que se aplique una ley ajena al lugar en el que se ha producido el hecho delictivo, o una ley diferente al de la nacionalidad del presunto acusado o de la víctima.

Como toda doctrina nueva, existe una resistencia para aceptar completamente el nuevo concepto de soberanía por parte de los Estados, alejado del concepto tradicional, en el que se marca que el

derecho internacional se encarga, única y exclusivamente de las relaciones internacionales, sin que exista una preocupación de la protección de los legítimos titulares de la soberanía que es el pueblo y por lo tanto el ser humano como individuo. Incluso la nueva tendencia del derecho internacional contemporáneo considera al individuo como sujeto del derecho internacional rompiendo con la tradición que sólo los Estados y las organizaciones internacionales son sujetos del derecho internacional.

Como consecuencia de esta postura, se ha vuelto la atención de la comunidad internacional hacia los derechos fundamentales del ser humano, lo que significaría que estos derechos han tomado gran interés por parte de la humanidad en general, dejando a un lado el concepto tradicional de soberanía. El dogma jurídico en el que se había convertido el concepto tradicionalista de soberanía, había creado una brecha entre el derecho interno y el derecho internacional la misma que ha ido en disminución con la aceptación de la comunidad internacional de la normativa de los derechos humanos. En el derecho internacional respetar la soberanía es no intervenir en asuntos de índole interna de los Estados; sin embargo, se empezó a crear la doctrina que reaccionaba en contra del concepto absoluto de soberanía, creyéndose que el derecho internacional se debía de ocupar solamente de la relación entre los Estados y dejar el tema de los derechos humanos al derecho interno de cada uno de los Estados.

Cuando existe una violación masiva de los derechos humanos dentro de un Estado, ya sea por negligencia o porque se trata de un Estado fallido, ésta ha dejado de ser una situación ajena para el resto de los Estados y para la comunidad internacional en general, porque la solidaridad internacional ha hecho que cada uno de los Estados se comprometa con el resto de los mismos, obligando a quitar obstáculos como la soberanía en su sentido absoluto, permitiendo que se conviertan en asuntos de derecho internacional asuntos que en antaño pertenecían exclusivamente al derecho interno.

En el derecho internacional se percibe una clara tendencia que trata de cambiar el concepto tradicional de soberanía, que resulta perjudicial a las relaciones internacionales, especialmente cuando se trata de la

protección de los derechos humanos, no obstante que cada uno de los Estados es soberano y el Estado es el único que puede decidir qué hacer dentro de su jurisdicción. Pero esto no puede ni debe ser excusa para evitar incurrir en prácticas ya aceptadas por todos como son la celebración de tratados y la aceptación de la normativa internacional que atenten contra el principio *jus cogens*. En la actualidad los Estados deben de reconocer que determinadas normas son de carácter público internacional por lo tanto no admiten práctica contraria, como lo menciona la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en su artículo 53.

La tendencia de los Estados cada vez va siendo en dirección del reconocimiento, y por ende la incorporación, de la normativa de los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho interno pero no ha sido una tarea fácil ya que se enfrentan al fantasma del concepto denominado “Soberanía”. El concepto de soberanía existe tanto en el derecho interno como en el derecho internacional, sin embargo, tienen significados distintos ya que en el derecho interno se maneja como el poder popular que gobierna a un Estado. Por ello este concepto es utilizado arbitrariamente y como excusa por algunos países para objetar la aceptación de normas internacionales en materia de derechos humanos. Sostienen estos Estados que ningún otro Estado debe entrometerse en la normativa que surja del poder popular y que invalidan el cumplimiento de toda norma que no esté supeditada a la aceptación del poder popular. La soberanía, en tanto concepto jurídico, depende del devenir del derecho internacional.

Por su parte, es a través de la soberanía nacional que se le da todo el poder a la nación, es decir a los ciudadanos. Sin embargo, como éste no es posible ejercerlo directamente (salvo que volviéramos a la asamblea griega), este poder es cedido constitucionalmente por el pueblo al Estado. En la teoría clásica, la soberanía nacional se traduce en un régimen representativo porque la nación no puede gobernarse a sí misma directamente (ni siquiera en los sistemas de democracia directa, dada la imposibilidad de reunir de hecho a la “nación entera”). La simple mayoría del pueblo (concepto también difuso, pero más equivalente al conjunto

de los habitantes de una nación) no es necesariamente la voluntad de la nación, si ésta es superior a los ciudadanos individuales.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano determinó que “toda soberanía reside esencialmente en la nación” (art. 399), lo que hace que la soberanía sea concebida como indivisible e inalienable y no puede ser confundida con los individuos que la conforman. En ese sentido, el individuo es parte de la nación la cual es un todo que no lo representa directamente a él solo; en consecuencia no es automática la aplicación del sufragio universal, éste no es igual para todos ni tiene el poder de decisión como se pretende con el concepto de soberanía popular.

En consecuencia, el camino evolutivo que siga el concepto de soberanía de ahora en adelante no está nada claro. Lo único que es dable afirmar con rotundidad al respecto es que, mientras el sistema internacional siga siendo predominantemente interestatal, la soberanía seguirá viva. Otra cosa es la intensidad con la que mantenga su existencia. Vista desde las relaciones internacionales puede fortalecerse, si así lo hace el Estado, o puede continuar degradándose, si éste sigue perdiendo poder. Desde el punto de vista del derecho internacional contemporáneo, en cambio, sólo le queda debilitarse, ya que su acrecentamiento implicaría necesariamente dejar a un lado las modificaciones progresistas, restrictivas de la soberanía, que constituyen su base contextual en la actualidad lo que nos situaría ante un nuevo momento histórico que requeriría de la elaboración de nuevos análisis.

Volviendo al ámbito político, hay algunos tratadistas que consideran que la soberanía nacional debería valorarse sólo de manera primaria, ya que al Estado le ha sido transferida la responsabilidad de proteger los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Ello, obviamente, llevado al extremo, pone incluso en jaque la propia existencia del concepto de “jurisdicción universal”. En sentido contrario, se podría argumentar que el concepto debería al menos seguir vigente, de la manera restrictiva ya expuesta, para evitar espacios de impunidad ante los crímenes más graves (puesto que la sociedad internacional así los ha considerado),

siempre y cuando el Estado en que se ha cometido el crimen (principio de territorialidad) no se haga cargo de investigar y enjuiciar el caso, a nivel de legislación interna, o que la investigación y procesamiento haya sido débil y deficiente.

El Estado ha de proteger los derechos fundamentales de sus ciudadanos. En razón de ello ostenta el ejercicio de la soberanía. Muchos juristas opinan que esta es la razón por la que la soberanía nacional debe primar en el ámbito internacional es decir que cuando la aplicación de la ley falla o es deficiente o no existe, el hombre cuenta (en nuestros tiempos) con el derecho internacional de los derechos humanos.

En 1762, Jean Jacques Rousseau retomó la idea de soberanía pero con un cambio sustancial. El soberano es ahora la colectividad o pueblo y ésta da origen al poder enajenando sus derechos a favor de la autoridad. Cada ciudadano es soberano y súbdito al mismo tiempo, ya que contribuye tanto a crear la autoridad y a formar parte de ella, en cuanto que mediante su propia voluntad dio origen a ésta y, por otro lado, es súbdito de esa misma autoridad en cuanto que se obliga a obedecerla.

Así, según Rousseau, todos serían libres e iguales, puesto que nadie obedecería o sería mandado por un individuo sino que la voluntad general tiene el poder soberano. Este es aquel que señala lo correcto y verdadero y las minorías deberían acatarlo en conformidad a lo que dice la voluntad colectiva. Esta concepción, que en parte da origen a la revolución francesa, influye en la aparición de la democracia moderna y permitió múltiples abusos, ya que en nombre de la voluntad “general” o pueblo, se asesinó y destruyó indiscriminadamente. Generó actitudes irresponsables y el atropello a los derechos de las minorías.

Frente a estas ideas, el abate Sieyès postuló que la soberanía radica en la nación y no en el pueblo, queriendo con ello expresar que la autoridad no obrará solamente tomando en cuenta el sentimiento mayoritario coyuntural de un pueblo, que podía ser objeto de influencias o pasiones desarticuladoras, sino que además tuviera en cuenta el legado histórico y cultural de esa nación y los valores y principios bajo los cuales se había

fundado. Además, el concepto de nación contemplaría a todos los habitantes de un territorio, sin exclusiones ni discriminaciones. Sieyès indica que los parlamentarios son representantes y no mandatarios, puesto que éstos gozan de autonomía propia una vez que han sido electos y ejercerán sus cargos mediando una cuota de responsabilidad y objetividad al momento de legislar; en cambio los mandatarios deben realizar lo que su mandante le indica, en este caso el pueblo.

Así, de Rousseau nace el concepto de soberanía popular, mientras que del abate Sieyès nace el de soberanía nacional. Ambos conceptos se dan indistintamente en las constituciones modernas, aunque después de la Segunda Guerra Mundial ha retomado con fuerza el concepto de soberanía popular que se mira como más cercano al pueblo, el cual se supone que actualmente tiene un grado de cultura cívica y moderación mucho más alto que en el tiempo de la Toma de la Bastilla en 1789.

LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

La creación de los diversos organismos internacionales crea una plataforma jurídica para expedir una serie de documentos, tratados y pactos sobre derechos humanos, de los cuales resaltan los pactos internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos, y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de diciembre de 1966, así como también la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969. Estos instrumentos jurídicos internacionales han sido ratificados por países, especialmente de América Latina como parte del término de las dictaduras que gobernaron algunos de estos países incluso por décadas y que por ende han recuperado su democracia constitucional. El problema empieza a surgir al momento de que el Estado decide cuál es la primacía jurídica con la que se deben aplicar los criterios internacionales en el derecho constitucional de cada uno de ellos, es aquí donde empieza el debate entre la teoría monista y dualista del derecho internacional.

En el derecho constitucional contemporáneo se debe replantear la importancia y la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos con respecto al derecho interno, es decir la supremacía del principio de jurisdicción universal sobre el principio de soberanía nacional.

El principio de no intervención en asuntos internos reconocido desde 1648 en la Paz de Westfalia a través de los tratados de Osnabrück y Münster y en la creación de la Liga de las Naciones y, por otro lado, el hecho de que el derecho internacional se ocupó primordialmente de regular las relaciones internacionales entre los Estados, hizo que el derecho internacional se mantuviera al margen de la protección de los derechos humanos, pero las atrocidades que se perpetraron durante la Segunda Guerra Mundial pusieron en la mira el tema de los derechos humanos y hoy en día es una problemática que ha traspasado las fronteras, convirtiéndose en una prioridad en el ámbito internacional como se puede observar en el compromiso adquirido por los Estados al firmar la Carta de las Naciones Unidas en 1945 dando como resultado el fortalecimiento del concepto tradicional de soberanía.

Este principio de no intervención, suele invocarse cuando hay injerencia o intervención en asuntos que, cree un gobierno, son de política interna de los Estados (que estima o usa como excusa o como defensa), cuando es casi indefendible la situación de política interna como violar todos los días los derechos humanos con innumerables acciones, como por ejemplo, la existencia de presos políticos o encarcelar a disidentes o a personas que piensan diferente o a “enemigos del país” o del régimen o, en general cuando la relación entre el Estado y una importante parte de su población encuentra dificultades que impiden el entendimiento entre ellos.

El principio de no intervención se ha convertido en doctrina entre los Estados, especialmente en materia de política exterior y obliga a éstos a abstenerse de intervenir o injerir en los asuntos de otro Estado, sea directa o indirectamente para afectar su voluntad y subordinación. Es un principio consagrado del Derecho Internacional Público y está dado básicamente por la independencia de los Estados, la soberanía nacional y

por la autodeterminación de los pueblos que es un derecho que emana del pueblo mismo y es el poder del Estado sobre sus súbditos. Es la no injerencia en los asuntos internos de otro país. La intervención no sólo puede ser de un Estado sino también de una organización no estatal o no gubernamental.

Cada vez tiene menos fuerza y valor invocar el concepto de no intervención a la manera clásica y tradicional, como si el mundo no hubiese cambiado después de la Segunda Guerra Mundial y las relaciones de poder entre los países, especialmente a fines del siglo XX y en lo que va del XXI, a raíz de los atentados contra las torres gemelas en Nueva York y el violento y cruel tratamiento del extremismo islamista contra “los infieles”, que ha radicalizado su accionar y forzado a una parte de la población islámica a realizar prácticas irrationales, violentas y crueles, propias de la Edad Media o de épocas aún más antiguas y atrasadas.

Hay quienes piensan que la jurisdicción universal es una cuestión de soberanía nacional y por lo tanto anclada al orden político, aunque necesite del orden jurídico para poder navegar. Por ello, la opción que parece más indicada adoptar en el ámbito jurídico, siguiendo una aproximación positivista y teniendo en cuenta las ya señaladas ambigüedades y dificultades que el concepto genera, es la de propugnar una concepción restrictiva del alcance de la jurisdicción universal. Esta concepción restrictiva conllevaría que el Estado pueda alegar el ejercicio de la jurisdicción universal sólo cuando la relación con los hechos sea estrecha, sustancial, y directa. De este modo se respetarían además otros principios de derecho internacional público básicos como el de no-injerencia, reciprocidad, y proporcionalidad. El respeto de los mismos es clave para la preservación de un sistema pacífico de relaciones internacionales. El antiguo Secretario de Estado de los Estados Unidos de América y académico, Henry Kissinger, ilustra el punto al enfatizar la importancia de evitar que el uso indiscriminado de la institución de la jurisdicción universal se interponga en procesos nacionales de reconciliación.

A mayor abundamiento, puesto que estamos hablando de derecho penal y de unos poderes conferidos a los jueces de manera tan amplia,

parece claro que el recurso a la jurisdicción universal debería ser considerado legislativamente como un último recurso y su uso debería ser restringido, sostienen los más pesimistas. Una solución consecuente y creativa implicaría, por ejemplo, que se antepusiera el uso de la Corte Penal Internacional (que sólo afectaría a los firmantes del Estatuto de Roma) y que así se creara una práctica internacional que de hecho derogase el uso de la jurisdicción universal a favor de la acción de la Corte Penal Internacional. Ello, que es apoyado por parte de la doctrina internacionalista, permitiría además una mayor coherencia en la relación entre el orden jurídico y el político, puesto que, como decíamos, el asunto de fondo es la soberanía de los Estados, cedida de manera débil o inexistente en el caso de la jurisdicción universal, y de manera explícita en el caso de la Corte Penal Internacional a través de la firma del Estatuto.

Los más radicales opositores al principio de jurisdicción universal sostienen que en su mayor parte son ideas falsas o manipuladas, que hay un manejo de la información. Sin embargo, siguiendo criterios de razonabilidad, parece necesario que se aplique el principio de jurisdicción universal de manera amplia. Es decir, que el Estado pueda alegar el ejercicio de la jurisdicción universal no sólo cuando la relación con los hechos sea estrecha, sustancial, y directa, sin que se irrespete así principios de derecho internacional público básicos como el de no-injerencia, reciprocidad, y proporcionalidad, fundamentales para el mantenimiento de la paz y estabilidad internacionales, y no obviar la persecución de estos crímenes aborrecibles.

Así pues, las leyes positivas deben estar sujetas a la ley natural. Ésta impone al Estado la función de proteger los derechos y libertades fundamentales de sus ciudadanos, de sus buenos ciudadanos, no de sus criminales. Siguiendo a Adam Smith, la Justicia debe ser la principal preocupación del Estado. Limitar severamente y darle un papel secundario a la institución de la jurisdicción universal es hacerle un flaco favor a la defensa de los derechos humanos. Pero ¿cuáles son los verdaderos derechos humanos? Como hemos explicado, son aquellos verdaderamente fundamentales para el individuo, aquellos que el Estado tiene la obligación

de defender ante todo. Son, como dice la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789): “la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión” y habría que añadirle el más fundamental de todos, el derecho a la vida.

El problema de los derechos ya no queda exclusivamente a cargo del derecho interno porque el fenómeno de su internacionalización implica que también el mismo problema es asumido por el derecho internacional en concurrencia con el derecho interno de los Estados. Esta última etapa es la que permite que el derecho internacional de los derechos humanos haya venido en auxilio y colaboración del derecho interno, a darle una nueva cobertura para la tutela de los derechos y una nueva instancia ante la cual hacerlos valer cuando un Estado los desconoce o los vulnera.

Con los derechos civiles y políticos enunciados en los tratados de derechos humanos acontece lo mismo que con las normas constitucionales que los reconocen: esas normas son operativas, es decir son auto aplicativas (*self executing*) y no precisan de ninguna otra norma complementaria para funcionar, bastando con que ellas declaren aquellos derechos para que, sin más, estos puedan ser invocados, ejercidos, amparados. En cambio con los derechos sociales surge una diferencia porque la efectividad de esos derechos está condicionada por muchos factores ajenos a las normas, y aunque éstas se autodefinan o se consideren operativas muchas veces se frustran por imposibilidades derivadas del medio socioeconómico, cultural, etc., normalmente requieren de financiamiento.

La dicotomía entre el Principio de Soberanía Nacional y el Principio de Jurisdicción Universal se da principalmente entre el consentimiento del Estado a debatir temas de su jurisdicción penal, que corresponderían al tradicional concepto territorialista de la ley penal, con el concepto universalista del principio de Jurisdicción Universal que se da con relación a la Corte Penal Internacional. Sin embargo, en virtud del principio de jurisdicción universal todo Estado tiene derecho a enjuiciar a las personas acusadas de haber cometido crímenes de guerra, sin necesidad de obtener el consentimiento de otro Estado. Con este principio se reafirma la idea fundamental de que los criminales de guerra no disfrutan de inmunidad

procesal; los culpables de crímenes de guerra son responsables de sus actos y deben ser juzgados. En consecuencia, si la Corte Penal Internacional ha de intervenir solamente cuando no lo hayan hecho los Estados y si se le impone otro obstáculo (el del consentimiento) antes de que pueda ejercer su jurisdicción, su objeto y fines estarán condenados al fracaso y sería un despropósito. Si, al instaurar un tribunal penal internacional el propósito es, de hecho, promover el enjuiciamiento efectivo y la represión de crímenes de preocupación internacional, la Corte Penal Internacional debe tener una jurisdicción inherente con respecto a los crímenes más graves, a saber, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

La vía histórica que desemboca en la construcción de un derecho internacional en general y de un derecho penal internacional en particular y su vigencia práctica, aparece desde el punto de vista político y también, especialmente en lo que aquí nos interesa, jurídico. Si como ya hemos visto la Comunidad internacional es un sujeto plural de bienes e intereses fundamentales en desarrollo, comunes al Ser humano en su conjunto y susceptible de protección, y si esta es la tendencia que tuvo en cuenta el Estatuto de Roma de 1998 que instituye la Corte Penal Internacional con carácter permanente ¿Cuál es entonces el campo donde debe desarrollarse el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los tribunales propios de cada Estado?

Se ha establecido que la soberanía es plena y exclusiva. Plena, porque las competencias del Estado permanecen indeterminadas *ratione materiae* y cada cual es libre de fijar su alcance; exclusiva, porque el Estado monopoliza, en principio, todos los poderes, en especial el empleo de la fuerza. En este sentido, la soberanía territorial es el derecho de ejercer en el territorio, con exclusión de cualquier otro, las funciones de un Estado. Los caracteres de exclusividad y plenitud de la soberanía de los Estados justifican la preeminencia del principio de la territorialidad en materia de jurisdicción penal del Estado.

De otro lado, la jurisdicción es una manifestación de la soberanía del Estado. Es entendida como la facultad o potestad de juzgar, es decir,

de ejercer sobre determinadas personas y en relación a determinados hechos uno de los poderes del Estado, sometiéndolas, en el caso del Derecho Penal, al *ius puniendi* que la ley le atribuye. Siendo la jurisdicción un atributo de la soberanía, sus límites iniciales son coincidentes con los que le corresponden a aquella.

Sin perjuicio de lo expuesto, todas o casi todas las legislaciones extienden su acción a delitos cometidos fuera de su territorio, y esto conforme a sistemas que cambian de Estado a Estado. La territorialidad del Derecho Penal, si bien es un principio fundamental, no es un principio absoluto de Derecho Internacional. En la materia rige lo que podemos denominar el principio del *Lotus*, donde la Corte Permanente de Justicia Internacional conjuntamente con señalar que en todos los sistemas legales el principio del carácter territorial del derecho penal es fundamental, afirmó la libertad de los Estados en ejercer su jurisdicción respecto de actos ocurridos más allá de su territorio, cuando el Derecho Internacional no establece una regla prohibitiva.

En doctrina tampoco existe objeción alguna al ejercicio de la jurisdicción extraterritorial en base a la naturaleza del delito, cuando esta proviene de una fuente reconocida del Derecho Internacional, especialmente si ha sido convencionalmente aceptada por un Estado parte de un tratado.

El ejercicio de la función jurisdiccional, entendida como aquella función estatal que consiste en la tutela y realización del derecho objetivo, es una potestad soberana de los Estados. En consecuencia, los Estados enuncian en sus legislaciones internas los criterios para determinar la eficacia de sus leyes penales tanto en el tiempo como en el espacio. Cuando un nacional de un Estado comete un hecho ilícito en el territorio de dicho Estado, la determinación de la jurisdicción competente se realiza de conformidad con criterios exclusivamente internos. Sin embargo, cuando algunos de los elementos del ilícito presenta una dimensión internacional, bien sea por que el autor y/o la víctima sean nacionales de otros Estados, bien porque el delito se hubiera cometido fuera del territorio del Estado que afirma su jurisdicción, o bien porque

se trate de un delito tipificado en el derecho internacional, el Estado que pretende ejercer su jurisdicción deberá verificar su legitimación con arreglo a los límites fijados por el derecho internacional puesto que ésta puede afectar los intereses legítimos de otros sujetos de derecho internacional.

Siendo verdad que el principio de la territorialidad del derecho penal sirve de fundamento en todas las legislaciones, no es menos cierto que todas o casi todas estas legislaciones extienden su acción a delitos cometidos fuera de su territorio, y esto conforme a sistemas que cambian de Estado a Estado. La territorialidad del Derecho Penal no es, pues, un principio absoluto de Derecho internacional y de ningún modo coincide con la soberanía territorial, es decir, el principio de soberanía nacional no coincide necesariamente, con el principio de justicia universal.

Ciertamente, la territorialidad no es un principio absoluto y no se configura rígidamente. No obstante, el derecho internacional consuetudinario ha venido a consagrar el principio de territorialidad como la conexión más natural de jurisdicción penal, ello puede deberse al desconocimiento de los jueces y operadores jurídicos de los tratados internacionales en la materia.

No siendo la territorialidad un principio absoluto que se configure rígidamente, sin embargo, este principio reconoce al Estado, en cuyo territorio hubiese tenido lugar la comisión del ilícito (*forum comissi delicti*), un derecho preferente respecto a las jurisdicciones de otros Estados afectados por el delito. No sólo está vinculado a la noción de estatalidad, sino que también se apoya en razones de carácter práctico, tales como la inmediación y la correcta disposición y valoración de las pruebas. La Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas ha confirmado la importancia fundamental del principio de territorialidad en el derecho internacional contemporáneo al afirmar que: “existe una tradición sólidamente establecida de que la territorialidad de la ley penal constituye el principio fundamental del Derecho penal contemporáneo”. Por ello el derecho penal primario es tradicionalmente territorialista por excelencia y muchos creen, ciñéndose a la doctrina y a

la práctica que, como tal, debe ser el primero en ser aplicado ante la comisión de un crimen de derecho internacional.

CONCLUSIONES

El principio de universalidad o jurisdicción universal se basa en la suposición de que algunos crímenes son condenados de manera tan universal que sus autores son enemigos de toda la humanidad y, por lo tanto, cualquier nación que arreste a los autores puede castigarlos de conformidad con su legislación aplicable a esos crímenes. Con arreglo a este principio, todo Estado tiene derecho a apresar y a juzgar a una persona por determinados crímenes definidos internacionalmente.

En el Derecho Internacional existe un desequilibrio y a veces hasta conflicto, especialmente, en materia penal, en lo concerniente al principio de soberanía nacional y al principio de jurisdicción universal. Se reconoce por un lado la necesidad de crear normas imperativas y coercitivas “per se” que persigan y condenen los delitos más graves contra la humanidad (en función del principio de jurisdicción universal), pero por otro lado, se sigue manteniendo inevitablemente la soberanía del Estado como el eje preponderante de las relaciones internacionales (se cree que hay una prevalencia del principio de soberanía).

Sin embargo hoy en día está perfectamente asentada la idea fundamental de que, además del Estado y de la Organización Internacional, la persona individualmente considerada, es decir, el ciudadano, es también sujeto vinculado por el Derecho Internacional y responsable ante él y, en consecuencia, también por las obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos.

De acuerdo con la doctrina mayoritaria no sólo en las esferas académicas o científicas sino también en la propia ONU, el respeto a la dignidad humana se eleva como criterio interpretativo indispensable a la hora de cumplir las normas jurídicas internacionales en su conjunto y, por tanto, los Estados no podrán impugnar la competencia de la

organización en materia de derechos humanos con la mera invocación del principio de no intervención en asuntos internos de los Estados miembros, delimitándose nítidamente la responsabilidad internacional de los Estados, por un lado, y la responsabilidad penal individual a nivel internacional que, aunque puede ser concurrente con la primera, es deducible por la comisión de injustos directamente imputables a personas.

La dicotomía entre el principio de soberanía y el principio de jurisdicción universal ha sido superada por el desarrollo de instrumentos jurisdiccionales de orden penal ad hoc con competencia para juzgar crímenes de lesa humanidad y graves violaciones a los derechos humanos generalmente tras haber sufrido conflictos armados.

La forma más habitual de asunción del principio de justicia universal por parte de los Estados es la suscripción de los tratados en los que se establece el compromiso de persecución de determinados delitos. A partir de ahí, la mayor o menor eficacia del principio para los firmantes de los tratados depende del grado de incorporación a los ordenamientos internos que se produzca en cada uno de ellos.

BIBLIOGRAFÍA

ARRIOLA, Jonathan. “El Constructivismo: su revolución “onto-epistemológica”” [...] *Revista Opinião Filosófica*, Porto Alegre, v. 04; nº. 01, 2013 379.

Barkin *Realism, Constructivism, and International Relations Theory* (2009).

REUS-SMIT, Christian. En su Leyendo la historia con una mirada constructivista (2002) pág. 65, hace una enumeración exhaustiva de los trabajos de corte constructivista que aparecieron a partir de 1989.

PIGRAU SOLE, A. “Elementos de Derecho Internacional Penal”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz, Madrid*, Tecnos, 1997, pp.147 ss.

MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado II Parte especial*, Madrid, 1987, pp.631 ss.

DIEZ SÁNCHEZ, *El Derecho Penal Internacional (ámbito espacial de la ley penal)*, Madrid, 1990, p.174 ss.

- BROTONS, A. "El Tribunal Penal Internacional y la aplicación efectiva de la justicia universal en relación a los crímenes de lesa humanidad", en *El principio de justicia universal Colex*, Madrid, 2001, p. 224.
- QUESADA ALCALÁ, C. *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Tirant Monografías, Cruz Roja, Valencia.
- ALIA PLANA, Miguel, *Derecho Penal Internacional*, primera parte, Legal Info, Panamá, 2001, 212 pp.
- AMBOS, Kai, *El Nuevo Derecho Penal Internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2002. 428 pp.
- BLANCO CORDERO, I., *Derecho Penal Internacional, Jurisdicción Universal*, IRPL, Vol. 79 (primer y segundo trimestre), 2008.
- CALDERÓN SUMARRIVA, Ana, *El ABC del Derecho Penal EGACAL* (Escuela de Graduandos Aguila y Calderón), Editorial San Marcos, Lima, 2005.
- CALDERÓN, Félix C. *Antilevitán (Causas de la degeneración del Estado)*, Mosca Azul Editores, Lima, 1999.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio, *Los Tribunales Internacionales contemporáneos y la Humanización del Derecho Internacional*, Editorial Ad.Hoc, Buenos Aires, 2013.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (coordinador), *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, 504 pp.
- SUNGA, Lyal S., *Individual responsibility in international law for serious rights violations*, Martinus Nijhoff, Netherlands, 1992, 227 pp.
- SORENSEN, Max (editor), *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1985, 819 pp.
- VELA ORBEGOSO, Bernardo, *Contribución al debate sobre la Formación del Estado Colombiano en el Siglo XIX*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Lecciones de Derecho Penal*, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1990, 308 pp.
- ZUPPI, Alberto Luis., *Jurisdicción Universal para crímenes contra el Derecho Internacional: El camino hacia la Corte Penal Internacional*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2002, 189 pp.

LA POLÍTICA SOBRE LAS DROGAS: UNA MIRADA ACTUAL SOBRE SUS ASPECTOS MUNDIALES, REGIONALES Y LOCALES

Germán Vera Esquivel*

1. INTRODUCCIÓN

Escribir sobre el problema de las drogas es una tarea compleja. Sobre todo porque existen diversas visiones acerca del tema y porque “el tráfico ilícito de drogas (que comúnmente se denomina narcotráfico) está generalmente vinculado a otras actividades delictivas, tales como el terrorismo, el tráfico de armas, la trata de personas, la corrupción y el blanqueo de dinero, todo lo cual hace de ella una amenaza especialmente grave y compleja” (Ruda & Novak, 2009, pág. 41).

Por ello, con este artículo lo que busco es explicar de manera sencilla las políticas sobre las drogas en la actualidad, y presentar mi perspectiva personal desde un enfoque internacional, regional y local, por implicar este problema tanto acciones transfronterizas como responsabilidades globales.

Este artículo nace de mi experiencia como Director de Compromiso Global en la Comisión Nacional de Desarrollo y Vida sin Drogas (DEVIDA)

* Diplomático y Doctor en Derecho. Ha sido Director de Compromiso Global en la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas - DEVIDA, durante los años 2015 y 2016. Miembro Asociado de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional.

durante los años 2015 y 2016. En ese sentido, mi artículo se nutre de mis lecturas y experiencias personales durante mi paso por esta Institución.

Esta experiencia me ha permitido contribuir a defender la posición histórica de nuestro país, que incluye una visión integral, equilibrada y sostenible sobre la problemática de las drogas así como políticas públicas que enfaticen el desarrollo alternativo, la reducción de la oferta y la demanda, la lucha contra el lavado de activos y el fomento de la cooperación judicial internacional.

Sobre el problema de las drogas se puede escribir desde diversas ópticas, al ser un “fenómeno complejo, dinámico y multicausal” (OEA, Estrategia Hemisférica sobre Drogas, 2016). Por ejemplo, algunos escriben como políticos y otros como académicos y/o consultores. En ese sentido, debo aclarar que este ensayo lo escribe un Diplomático con más de veinticinco años de experiencia en los temas internacionales.

En ese sentido, es menester señalar que el problema de las drogas es muy importante para el Perú y para el mundo y por ello creo que debe abordarse con suma precisión y precaución sin desconocer el hecho de que “la guerra contra las drogas”¹, potenciada en las últimas cuatro décadas, es un fenómeno que partió de sentidos fijos y delimitados, pero que ha evolucionado hacia cuestionamientos y críticas. A nivel mundial, los discursos se transforman desde los conceptos totalizadores hacia las subjetividades y las singularidades, lo que obliga a repensar las aproximaciones que han primado hacia las sustancias (Jácome Rosenfeld, 2013, pág. 82).

La primera parte de este artículo se ocupará de la Política Mundial sobre las Drogas, de lo que se ha denominado el Problema Mundial de las

¹ El término “guerra contra las drogas” fue acuñado por el presidente estadounidense Richard Nixon en 1971, pero, para algunos analistas, la lucha ya había empezado en 1914, por lo que, en 1961, se adoptó la Convención Única sobre Estupefacientes, un acuerdo mundial para luchar contra las drogas en el marco de la ONU.

Drogas (PMD) en los foros internacionales. Así, fundamentalmente haremos referencia a la Asamblea General Especial sobre el Problema Mundial de las Drogas (UNGASS 2016) que se llevó a cabo en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York en abril pasado, reconociendo que este fue un año muy importante en el tema drogas.

La segunda parte de este artículo abordará los desarrollos que sobre el tema de las Drogas se llevan a cabo en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), especialmente en el foro de Drogas de esa organización denominada la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD).

Sobre el particular, destacaremos especialmente los desarrollos de la Quincuagésima Octava Reunión de la CICAD (CICAD 58) que se llevó a cabo en Trujillo, Perú, en noviembre del año 2015 y los trabajos de la primera reunión del “*Grupo de Expertos de Desarrollo Alternativo*” que se llevó a cabo en Lima en mayo del presente año 2016.

La tercera parte de este artículo se referirá a los avances que ha habido en el tema del Desarrollo Alternativo en nuestro país en la última década. El Desarrollo Alternativo (DA) que considero que es un elemento esencial para la reducción de la oferta, luego de permanecer casi treinta años en el país, ha demostrado ser un modelo positivo cuando se aplica de manera integral. (GIZ, 2013, pág. 10).

Para finalizar, ofreceré algunas conclusiones preliminares y cuáles podrían ser los temas a tener en consideración para el futuro en este fascinante asunto.

2. LA POLÍTICA MUNDIAL SOBRE LAS DROGAS. LA UNGASS 2016

Este año 2016 fue muy importante a nivel mundial en el tema de las drogas puesto que en abril pasado se llevó a cabo la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el Problema Mundial de las Drogas, conocida por sus siglas en inglés como UNGASS 2016.

Este tipo de reuniones se llevan a cabo aproximadamente cada diez años para que los países del mundo puedan debatir en el foro de las Naciones Unidas la problemática de sus países sobre el tema de las drogas y asimismo la problemática mundial sobre este asunto.

Esta reunión fue convocada por las Naciones Unidas a solicitud de tres países: México, Colombia y Guatemala. Estos tres Estados solicitaron en el año 2012 que se adelante la reunión de la UNGASS, programada originalmente para el año 2019. Por ello, la reunión se llevó a cabo del 19 al 21 de abril del presente año 2016.

La mencionada Cumbre congregó a Presidentes, Ministros de Estado y Representantes del tema drogas de todos los países del mundo, quienes se reunieron en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York. Al respecto, diversos analistas han señalado que en el tema de drogas este tipo de reuniones permite que: “los líderes en América Latina cuestionen cada vez más las premisas que subyacen en las políticas actuales y formulen llamados para debatir enfoques alternativos” (Youngers, 2013, pág. 13).

Al respecto, para un gran número de analistas internacionales, los resultados de la referida reunión fueron decepcionantes pues no se modificó la estructura tradicional de la política mundial sobre las drogas que está basada en el respeto de las tres Convenciones de las Naciones Unidas sobre este tema,² cuyo objetivo es “tipificar medidas de control aplicables a nivel internacional con el fin de garantizar la disponibilidad de sustancias psicoactivas para fines médicos y científicos, y prevenir su desvío hacia canales ilegales, incluyendo también disposiciones generales sobre tráfico y consumo de sustancias psicoactivas” (Transnational Institute, 2015).

En ese sentido, de lo estipulado por estos Convenios internacionales se puede colegir que las drogas no implican peligrosidad *per se*, sino su

² Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 y su Protocolo de 1972; Convención sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971; Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.

abuso (reconociendo su componente adictivo) y el tráfico ilícito. Más bien, el enfoque de Naciones Unidas recogido en estos tratados es hacia el abastecimiento regulado para la atención de problemas de salud pública.

En la UNGASS 2016, los referidos países de la región latinoamericana (Méjico, Colombia y Guatemala) buscaron a través de los discursos de sus Presidentes³ un cambio en la política mundial sobre las drogas. Sin embargo, en la reunión de Nueva York prevaleció la tradicional visión conservadora de esta problemática, fundamentalmente basada en el control de las drogas y la represión de su comercialización.

El discurso del Presidente mexicano en este foro mundial destacó el hecho de que en los casi cuarenta años de “guerra contra las drogas” no se ha logrado inhibir la producción, el tráfico, ni el consumo de drogas en el mundo, más bien “el narcotráfico sigue siendo una de las actividades más lucrativas del crimen organizado y un factor decisivo para su expansión transnacional” (Centro de Información de Naciones Unidas, 2016).

Por su parte, el presidente colombiano, se preguntó si el mundo ha ganado esta guerra o por lo menos si la vamos ganando. Y su respuesta fue: “infortunadamente no”. Ante este escenario, advirtió que estamos obligados a replantear el tratamiento, basado en evidencias y alejado de prejuicios e ideologías (Radio ONU, 2016).

El Jefe de Estado de Guatemala, reconoció en su discurso que la sesión especial fue una oportunidad histórica “no sólo para reflexionar de manera crítica sobre la eficacia y los desafíos de la política mundial de drogas, sino para reorientar, mejorar y profundizar la cooperación internacional frente a este problema” (Misión Permanente de Guatemala ante las Naciones Unidas, 2016).

No obstante lo acontecido, la UNGASS terminó siendo también una oportunidad y vitrina para que cada país pueda mostrar sus avances en el tema de las drogas; pues este tipo de reuniones globales permite que

³ Enrique Peña Nieto, Juan Manuel Santos y Jimmy Morales.

los países puedan presentar sus avances en el tema drogas⁴, en cada uno de sus países; incluida la sociedad civil. (Masías, 2016).

Hay que recordar que el Problema Mundial de las Drogas varía de acuerdo a cada país y a cada región geográfica, pues existen “*países productores*”; “*países consumidores*”; y, “*países de tránsito*” de drogas como se explica de manera general. Incluso la forma como se implementan estas Convenciones internacionales en sus territorios se realiza sobre la base de su propio contexto, cultura, creencias y procesos de desarrollo.

En el plano internacional es menester reconocer que la arquitectura del sistema de las Naciones Unidas para tratar y resolver el Problema Mundial de las Drogas se basa en tres organismos. El primero es la Comisión de Estupefacientes (CND en inglés, *Commission on Narcotic Drugs*) cuya sede se encuentra en Viena, Austria.

La CND se reúne todos los años, durante una semana en el mes de marzo. El objetivo de la CND es definir los temas relacionados con el sistema mundial de control de drogas. De la CND depende la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) que son los otros dos organismos que buscan solucionar el Problema de las Drogas a nivel mundial. Por supuesto, sin soslayar a la Organización Mundial de la Salud (OMS), a quien las ya mencionadas Convenciones asignan también responsabilidades.

El Perú a través de DEVIDA y la Diplomacia peruana participa permanente y consistentemente en los trabajos de estos organismos.

Como hemos señalado, la política tradicional sobre el Problema Mundial de las Drogas se encuentra basada en el respeto a las tres Convenciones de las Naciones Unidas sobre el tema drogas. Al respecto,

⁴ Así el Perú, a través de DEVIDA y la Cancillería, ofreció en esta Cumbre de las Drogas en Nueva York productos provenientes del desarrollo alternativo como café y cacao. Asimismo, en los foros de la sociedad civil en la Cumbre de Nueva York, instituciones como CEDRO presentaron su visión sobre el tema de las drogas en nuestro país.

según el *Transnational Institute* estas Convenciones fueron evolucionando desde el periodo denominado como la década de los Tratados sobre control de drogas de la ONU, que se inició cuando se asumió la revolución contracultural de los sesenta, pasando por la búsqueda de la conciliación de las tendencias normativas divergentes de los setenta y finalmente acompañando la intensificación de la guerra contra las drogas de los ochenta (Transnational Institute, 2015).

La interpretación predominante de estos Convenios internacionales consolidó, pues, un paradigma en el abordaje del fenómeno de las drogas centrado principalmente en la adopción de acciones enfocadas a disminuir la oferta, usualmente empleando la represión y criminalización, la misma que actualmente se propone re-pensar, sobre la base de consensos normativos globales más claros, una cooperación internacional integral, acciones conjuntas financieras e interacción entre entidades para el diseño e implementación de estrategias sobre las drogas.

Debemos hacer notar algunos resultados de la última reunión de la UNGASS. Si bien el paradigma de lucha contra las drogas en donde predominan las políticas de seguridad se mantiene, existen ya iniciativas multilaterales expresadas en este escenario para el cambio o la moderación de este. Pero, además, es pertinente reconocer que el documento final aprobado en la UNGASS 2016 contiene elementos fundamentales de la posición peruana sobre el tema de las drogas como son: el enfoque integral, equilibrado y sostenible de las políticas sobre las drogas; el respeto a las tres Convenciones de las Naciones Unidas sobre drogas; la validez del planteamiento de buscar una sociedad libre del abuso de drogas y finalmente el reconocimiento del desarrollo alternativo como un valioso instrumento para la reducción de la oferta.

3. LA POLÍTICA REGIONAL SOBRE LAS DROGAS. LA CICAD 58 DE LA OEA

Debemos destacar, que no obstante, los avances normativos internacionales que obligan a todos los Estados a implementarlos dentro

de sus fronteras, debemos reconocer que “el tema de las reformas sobre políticas de drogas se encuentra ahora en la primera línea de la agenda regional y, como resultado de una iniciativa lanzada en América Latina, también lo está en la agenda de la Organización de las Naciones Unidas” (Youngers, 2013, pág. 13).

En ese sentido, la OEA ha logrado los siguientes consensos: el problema de drogas se debe abordar con un enfoque de salud pública; se deben implementar reformas judiciales orientadas a proveer alternativas al encarcelamiento; el delito organizado transnacional es un actor principal en el problema de drogas; es indispensable fortalecer las instituciones judiciales y de orden público (OEA, Informe de drogas de la OEA: 16 meses de debates y consensos, 2014, págs. 8-16).

En el marco de la Organización de Estados Americanos tenemos un instrumento y mecanismos internacionales sobre el tema de drogas o vinculados a este, que son reconocidos por distintos tratadistas, como la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 y la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD).

Adicionalmente, la CICAD adoptó en mayo del 2010 la “Estrategia Hemisférica sobre Drogas”, que abarca las siguientes áreas: Fortalecimiento institucional, Reducción de la Demanda, Reducción de la Oferta, Medidas de Control y Cooperación Internacional.

Un año más tarde, con el fin de implementar estas estrategias, adoptó el “Plan de Acción Hemisférica sobre Drogas, 2011-2015”, que pretende servir de parámetro para el desarrollo de proyectos y programas nacionales y como herramienta para la integración de la agenda hemisférica, cuyos ejes transversales son el financiamiento y la capacitación.

El monitoreo del avance en la implementación la CICAD lo realiza mediante el Mecanismo de Evaluación Multilateral (MEM), que en rondas de evaluación de implementación de recomendaciones comunes, se alimenta de la información proporcionada por el Observatorio Interamericano sobre Drogas (OID), que propone los puntos críticos que deben abordarse, así como de las visitas a los Estados miembros. Asimismo, actualmente viene

preparando el borrador del Plan de Acción 2016-2020 de la Estrategia Hemisférica sobre Drogas de la CICAD (CICAD C. I., 2016, pág. 2).

El Perú fue anfitrión del Quincuagésimo Octavo Período Ordinario de Sesiones de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD 58). La CICAD, como ha quedado claro, es el foro de Drogas de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Fue fundada en 1986 y este año 2016 cumple 30 años de su fundación. La CICAD está integrada por los 34 Estados miembros de la OEA.

Como hemos mencionado, al Perú le correspondió la organización de la CICAD 58⁵ y esta se llevó a cabo en Trujillo en noviembre del año pasado. La ocasión fue propicia para que los países del hemisferio puedan presentar nuevamente sus posiciones sobre el tema de las drogas en la región.

La CICAD 58 se llevó a cabo en una atmósfera de tranquilidad y dentro de los tradicionales cánones diplomáticos. Durante aquella ocasión la Presidencia de la CICAD la asumió el Perú. Para estos efectos, el Canciller de Guatemala vino desde su país para entregar la Presidencia en la sesión de inauguración.

Los debates y ponencias del evento pueden revisarse en la página electrónica de la CICAD. Pero es importante destacar que esta reunión fue previa a la Cumbre de las Drogas de Nueva York que se celebró en abril pasado. En ese sentido, países como Uruguay, Nicaragua, México y Colombia aprovecharon la ocasión para presentar argumentos en favor de los denominados “nuevos enfoques” en el abordaje de la problemática mundial de las drogas.

Igualmente, durante la reunión estos países buscaron con entusiasmo la adopción de un documento de consenso entre los Estados miembros de la OEA sobre el Problema Mundial de las Drogas. Este documento finalmente no tuvo el consenso esperado, pues quedó comprobado que

⁵ Durante mi estadía en DEVIDA, tuve la oportunidad de ser designado el Coordinador Nacional de la CICAD 58.

hay diversas visiones sobre la problemática de las drogas en la región latinoamericana. De todos modos, es válido destacar que nuestro país tiene, –para algunos autores– una visión conservadora sobre el tema de las drogas, justificada fundamentalmente porque somos un país productor.

No obstante, en este mismo espacio internacional, se dio la oportunidad de exponer el enfoque de países de otras latitudes, como el de la Federación de Rusia, que destacó que los esfuerzos en este tema deben “basarse en el principio de la responsabilidad común y compartida de todos los Estados por la solución del problema mundial de drogas, en un enfoque integral y equilibrado hacia las estrategias y medidas orientadas a la reducción del consumo y oferta de drogas. Inclusive la inadmisibilidad de la legalización del uso de drogas para fines no médicos” (CICAD, Discurso del Jefe de delegación de la Federación de Rusia, 2015).

Para el Perú fue un momento importante ya que en esta reunión se aprobó la creación del “*Grupo de Expertos en Desarrollo Alternativo*” y se presentaron los logros del modelo peruano de desarrollo alternativo integral y sostenible que está: “*orientado a mejorar las condiciones económicas, políticas, sociales y ambientales en zonas de tráfico ilícito de drogas, con el fin de desvincular a la población del cultivo de coca y propiciar el desarrollo de una economía productiva lícita. Por ello, desde un enfoque de desarrollo humano, se busca incidir en las potencialidades de las familias rurales y mejorar sus condiciones de vida*” (CICAD, Modelo Peruano de Desarrollo Alternativo, 2015).

Sobre el tema del desarrollo alternativo, –que abordaremos con mayor amplitud en el siguiente acápite–, en la CICAD 58 se reconoció que: “*el concepto de desarrollo alternativo debería integrar no solamente a los actores vinculados con drogas en cada etapa (producción, consumo, tráfico) sino también a todos los tipos de producción (incluido el tráfico y uso de precursores químicos), y no limitado únicamente a contextos rurales, sino también a escenarios urbanos*”. (DEVIDA, Desarrollo Alternativo Integral y Sostenible vinculado a las necesidades e intereses de todos los Estados Miembros de la OEA, 2016, pág. 1).

Finalmente, durante la reunión del “*Grupo de Expertos en Desarrollo Alternativo*” también se realizó una visita de campo a la ciudad de Tingo María para conocer sembríos de café y cacao provenientes del desarrollo alternativo, espacios que fueron recuperados de cultivos ilícitos en el pasado. A la referida visita asistieron funcionarios de la OEA y los representantes de los países participantes en la mencionada reunión del “*Grupo de Expertos en Desarrollo Alternativo*”.

4. LA POLÍTICA LOCAL. EL DESARROLLO ALTERNATIVO EN EL PERÚ Y NUESTRA POLÍTICA SOBRE LAS DROGAS

Las Convenciones de las Naciones Unidas reconocen como su principio fundamental el denominado “principio de responsabilidades comunes y compartidas”. Este principio fue reconocido específicamente en la Convención de 1988. Refiriéndose a este principio, señala el documento “Posición del Perú frente a la Asamblea Extraordinaria de las Naciones Unidas sobre el Problema Mundial de las Drogas (UNGASS)” lo siguiente: “*En tanto el problema mundial de las drogas, en todos sus aspectos, afecta a casi todos los países, el Perú es consciente de que esta problemática debe enfrentarse eficaz y eficientemente con una voluntad política firme, sin diferenciación en las responsabilidades y con coordinación entre todos los agentes pertinentes a todos los niveles, y una cooperación internacional orientada por principios objetivos comunes como base de un enfoque integral y equilibrado*” (Perú, 2015).

Como ha sido una política esencial de reducción de la oferta, nuestro país viene aplicando, durante las últimas décadas, el modelo del Desarrollo Alternativo, el que implica básicamente la sustitución de cultivos ilícitos de hoja de coca por cultivos lícitos como el café y el cacao. Este concepto, en el caso del Perú, también abarca el apoyo a los agricultores con semillas, titulación, caminos comunales, capacitación, vale decir inversión.

El Perú tradicionalmente ha sido respetuoso de las tres Convenciones de las Naciones Unidas sobre drogas. Al respecto, señala el documento Posición del Perú frente a la Asamblea Extraordinaria de las Naciones

Unidas sobre el Problema Mundial de las Drogas (UNGASS) que: “*El Perú considera que en su conjunto (las Convenciones de las Naciones Unidas sobre drogas) son un amplio marco de consensos que constituyen la piedra angular del sistema internacional de fiscalización de estupefacientes, y que nos permiten abordar sus distintos componentes con un enfoque pragmático, a fin de enfrentar de manera eficaz las complejidades que rodea la problemática*”.

De todos modos, debo reconocer que nuestro país al ser parte integrante de estas Convenciones internacionales tiene que seguir sus mandatos ya que el Perú tiene una obligación de acuerdo al Derecho Internacional. En ese sentido, compartimos la idea de que un eventual incumplimiento de las obligaciones contenidas en estas Convenciones generaría responsabilidad jurídica internacional del Estado, sin olvidar el hecho de que “pone en riesgo su seguridad interna y la posibilidad de seguir disfrutando de una serie de beneficios económicos y comerciales existentes, vitales para su crecimiento y desarrollo futuro” (Ruda & Novak, 2009, pág. 42).

No obstante esta innegable postura jurídica, considero que el DA es un modelo adecuado para el Perú, que es un país productor, puesto que dentro de nuestras fronteras se cultiva hoja de coca y se produce cocaína que es exportada al exterior. El DA es una fórmula adecuada, una esencial política de reducción de la oferta, mientras los países del mundo, especialmente las grandes potencias, evolucionan en su visión y buscan caminos más permisivos sobre este tema.

En efecto, “el problema del Perú no es el consumo de drogas, pues estamos por debajo de la media en América Latina en medición de prevalencia. Nuestro verdadero problema es el control de la oferta, el tráfico ilícito, las nuevas rutas de narcotráfico, el transporte, el tráfico de insumos químicos y la producción potencial de cocaína” (Otárola, 2016).

Esto quiere decir también que “si optamos por el camino de la represión, hoy el mundo de las drogas termina siendo más poderoso que los Estados donde se genera la oferta. Si vamos por el camino de la inteligencia, nos daremos cuenta de que el centro del problema está en la creciente demanda que nos arrastra a una mayor producción” (Reátegui, 2015, pág. 41).

De acuerdo a la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2012-2016, la política de drogas peruana tiene tres ejes: (1) la prevención; (2) la interdicción y sanción; y, (3) el desarrollo alternativo. El primero, tiene que ver con el apoyo, ayuda y consejería a los jóvenes. Allí se considera que el consumo de drogas es una enfermedad y que es necesario el tratamiento del drogodependiente como un enfermo. Se enfatiza en lo familiar y lo educativo.

El último informe de la OEA sobre drogas en la región señala que los elevados niveles de consumo, especialmente en la población adolescente, “estarían asociados a una alta percepción de facilidad de acceso a las drogas, como también a una importante oferta de las mismas, lo cual plantea otro desafío para las políticas de control de la oferta de drogas” (OEA-CICAD, 2015, pág. 20).

El segundo eje (interdicción y sanción) tiene que ver con la erradicación de los cultivos ilícitos de hoja de coca. Así, el tema de las drogas en el Perú no tiene que ver solo con la prevención como es el caso de Chile. Sino que también existe un problema de seguridad, al ser nuestro país productor de hoja de coca. Por ello, la variable de seguridad resulta ser muy importante.⁶ En el Perú, la interdicción depende del Proyecto Especial de Control y Reducción de Cultivos Ilegales en el Alto Huallaga, también llamado Proyecto CORAH, que está bajo el mando del Ministerio del Interior.

El tercer eje ha probado ser en las últimas décadas un mecanismo efectivo de la reducción de la oferta de drogas en nuestro país. Sin embargo, como han señalado varios expertos debe ser aplicado de manera integral. Por ello, también requiere el apoyo estatal en áreas complementarias.

Un ejemplo del modelo de desarrollo alternativo aplicado en las zonas cocaleras es el de la zona de San Martín que tiene gran reconocimiento a nivel internacional (Modelo San Martín). Inspirado en

⁶ Por ejemplo, un debate que existe desde hace algunos años es definir si el Estado peruano debe hacer interdicción en el Valle de los Ríos Apurímac, Ene y Mantaro (VRAEM), pero para ello se necesita decisión política y financiamiento.

ese modelo se halla el del “Valle del Monzón”⁷ que como ya hemos mencionado fue presentado en la primera reunión del “*Grupo de Expertos de Desarrollo Alternativo*” de la CICAD realizado el 18 y 19 de mayo de este año 2016, en Lima, Perú.

Debemos remarcar que la reducción de cultivos ilegales de coca y la consecuente sustitución de cultivos necesitan siempre del apoyo estatal y de la cooperación internacional para favorecer la creación de postas médicas, construcción de caminos comunales, entrega de títulos de propiedad en las zonas de intervención, entre otras acciones. Como hemos mencionado el modelo San Martín es un exitoso ejemplo de la aplicación del DA, reconocido a nivel internacional como una práctica exitosa porque hubo un gran apoyo de la cooperación internacional.

Hasta el año 2012 el Programa de Desarrollo Alternativo Integral y Sostenible (PIRDAIS) desarrollado por DEVIDA había registrado un efecto contención sobre la superficie de hoja de coca, demostrando la efectividad de los criterios de focalización, como los grados de dependencia de la población a los cultivos de coca y de accesibilidad para el desarrollo ilícito, junto a los ámbitos de consolidación del programa y contención de nuevos cultivos, y afectados por la dinámica de la economía ilegal impulsada por el tráfico ilícito de drogas (DEVIDA, Programa Desarrollo Alternativo Integral y Sostenible 2014-2016, 2013, pág. 18).

Este programa, señala que DEVIDA “se basa en un enfoque impulsor de carácter multisectorial y de ejecución territorial, por las transferencias de funciones a Gobiernos Regionales y Locales, que abarca cuatro dimensiones: económica, social, ambiental y política, priorizando en la propuesta el desarrollo de las potencialidades de las personas, aumentando sus posibilidades y mejorando sus condiciones de vida” (DEVIDA, Programa Desarrollo Alternativo Integral y Sostenible 2014-2016, 2013, pág. 28).

⁷ Véase el libro de DEVIDA “Recuperando el Monzón”. Lima: Observatorio Peruano de Drogas, 2015.

Estas dimensiones responden a las limitaciones identificadas previamente en zonas cocaleras: limitado desarrollo de la cadena productiva agrícola (económico); inadecuado manejo de los recursos naturales (ambiental); limitado capital social (social); y, en el aspecto político, débil gobernanza (DEVIDA, Programa Desarrollo Alternativo Integral y Sostenible 2014-2016, 2013, pág. 29).

Debemos tener en cuenta que, desde el punto de vista económico, el fenómeno de las drogas en el mundo se alimenta de una demanda creciente por cocaína del exterior, una oferta que se concentra en países como Perú, Colombia y Bolivia y, paradójicamente, el narcotráfico se ha convertido en la actividad más importante del país, estando su rentabilidad ligada a su carácter ilegal (Salazar, 2011).

Dentro de estos países el patrón común que subyace al problema es la ausencia del Estado, que el Desarrollo Alternativo puede ayudar a revertir. En el caso del Perú, reconoció Macroconsult en los años noventa que el cultivo de la hoja de coca se convirtió en la “causa de la aparición de una compleja problemática que abarca tanto lo social, lo económico como lo ecológico” (Macroconsult, 1990, pág. 3).

Finalmente, el centro del debate debería ser la implementación de acciones que reviertan las estadísticas desfavorables a las políticas antidrogas, que colocan al Perú principalmente como el supuesto primer exportador de cocaína desde hace tres años y el de más bajos índices de incautación por la policía de droga ilícita. Aunque sobre estos dos temas es necesario precisar que como lo ha indicado la UNODC, no existe un mecanismo de medición adecuado o similar para determinar lo afirmado, ya que también en Colombia y Bolivia se exporta cocaína y hay incautación. Y al no haber un mismo mecanismo de medición no se puede demostrar categóricamente la validez de estas afirmaciones.⁸

⁸ Federico Tong de la UNODC ha señalado que: “el 7% de toda la droga que exporta el Perú sale al extranjero por los aeropuertos, el grueso (60%) sale por los puertos, mientras que 25% lo hace en avionetas y 8% por tierra”. Diario *El Comercio*, “Droga: este año se decomisaron más de 900 Kg”. Lunes 12 de octubre de 2015.

5. CONCLUSIONES

El problema de las drogas necesita de una respuesta global y consensuada. Las políticas antidrogas nacionales mantienen en la actualidad las divergencias del pasado. Las mismas que han facilitado el accionar del crimen organizado y mantenido un modelo represor sobre quienes son el eslabón más débil de la cadena de producción.

La sesión extraordinaria de la UNGASS de este año representa el primer impulso hacia una reevaluación de los compromisos globales en la materia, así como la mejor iniciativa interestatal por modificar el paradigma de entendimiento del fenómeno de las drogas, que se ha sostenido durante décadas en el modelo de la “guerra contra las drogas”, que motivó a muchos Estados a criminalizar su consumo.

Las medidas que se pueden adoptar a futuro ante el fenómeno de las drogas, se pueden sustentar en lo que ya resulta incuestionable por la mayoría de Estados miembros de esos acuerdos: La reducción de la oferta bajo el modelo tradicional y la disminución de la demanda con la prevención, el tratamiento y la rehabilitación.

Entendido desde la perspectiva económica, el Perú juega un papel neurálgico en el ciclo productivo mundial de las drogas, junto con Bolivia y Colombia, donde un modelo represivo sobre la producción ha demostrado tener falencias en la disminución tanto del consumo de drogas, como del narcotráfico. Esto abre la necesidad de buscar consensos regionales que concilien las políticas punitivas y con la no-criminalización, para luego diseminárlas a nivel mundial, sobre la base de la cooperación internacional y las responsabilidades comunes y compartidas. Igualmente, será necesario hacer más transparente el comercio de insumos o precursores químicos en las zonas de interdicción. (Holge, 2016).

Lo mencionado es sumamente importante en el Perú, en un escenario donde el cultivo de la hoja de coca se asocia a otros problemas como la minería ilegal, la tala ilegal, la trata de personas, la deforestación de bosques y el lavado de activos; problemas que estamos seguros el nuevo

Gobierno que se inicia afrontará con responsabilidad. Igualmente, habrá que tener presente que el nuevo Acuerdo de Paz en Colombia podría tener consecuencias en la redistribución espacial en el cultivo y producción de drogas cocaínicas; donde podría producirse un “efecto globo” hacia nuestro país; ya que la producción y tráfico de estupefacientes no respetan fronteras.

Por último, debemos reiterar que la posición peruana sobre este tema debe seguir manteniendo una visión integral, equilibrada y sostenible sobre el tema de las drogas; el respeto a las tres Convenciones de las Naciones Unidas; y el reconocimiento del desarrollo alternativo como un mecanismo efectivo de reducción de la oferta.

BIBLIOGRAFÍA

CENTRO DE INFORMACIÓN DE NACIONES UNIDAS. (19 de abril de 2016). *Discurso del Presidente Enrique Peña Nieto en la UNGASS 2016*. Obtenido de CINU: <http://www.cinu.mx/comunicados/2016/04/el-problema-mundial-de-las-dro/>

CICAD. (11-13 de noviembre de 2015). *Discurso del Jefe de delegación de la Federación de Rusia*. Obtenido de Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas: <http://www.cicad.oas.org/apps/Document.aspx?Id=3677>

CICAD. (11-13 de noviembre de 2015). *Modelo Peruano de Desarrollo Alternativo*. Obtenido de Comisión Interamericana para el control del abuso de drogas: www.cicad.oas.org/apps/Document.aspx?Id=3647

CICAD, C. I. (2016). *Borrador del informe anual 2015 de la CICAD a la Asamblea General de la OEA en su cuadragésimo sexto período ordinario de sesiones*. Washington: OEA-CICAD.

DEVIDA. (2013). *Programa Desarrollo Alternativo Integral y Sostenible 2014-2016*. Lima: DEVIDA.

DEVIDA. (2016). Desarrollo Alternativo Integral y Sostenible vinculado a las necesidades e intereses de todos los Estados Miembros de la OEA. Lima.

García Sayan, Diego. (1993). *Coca, Cocaína y Narcotráfico*. Lima: CAJ.

GIZ. (2013). *Reformulando el enfoque de desarrollo alternativo. Principios y estándares de desarrollo rural en zonas de cultivo de drogas*. Bonn: GIZ.

- HOLGE, K. (2016). Política Antidroga con Evidencia. *Diario La República*, 23 de septiembre de 2016.
- JÁCOME ROSENFELD, A. (junio de 2013). Drogas en el Ecuador: ¿Política prohibitiva o democracia deliberativa? *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*(13), 81-94.
- MACROCONSULT. (1990). *Impacto económico del narcotráfico en el Perú*. Lima: Macroconsult.
- MASÍAS, C. (2016). *Impacto del Narcotráfico en Perú-Rol de las ONGs*. Lima: CEDRO.
- MISIÓN PERMANENTE DE GUATEMALA ANTE LAS NACIONES UNIDAS. (19 de abril de 2016). *Discurso de presidente de Guatemala, Jimmy Morales Cabrera en la UNGASS 2016*. Obtenido de Guatemala en las Naciones Unidas: <http://www.guatemalaun.org/bin/documents/ungass-discurso-FINAL.pdf>
- NOVAK, F. (2010). *La legalización de las drogas: ¿Una alternativa viable para el Perú?* Lima: IDEI-PUCP.
- OEA. (2014). *Informe de drogas de la OEA: 16 meses de debates y consensos*. Guatemala: OEA.
- OEA. (02 de septiembre de 2016). *Estrategia Hemisférica sobre Drogas*. Obtenido de Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD): http://www.cicad.oas.org/Main/Template.asp?File=/main/aboutcicad/basicdocuments/strategy_2010_spain.asp
- OEA-CICAD. (2015). *Informe sobre el uso de drogas en las Américas 2015*. Washington, D.C.: Observatorio Internacional de Drogas.
- OTÁROLA, A. (25 de septiembre de 2016). Droga al cuello. *Caretas*, 6-8.
- PERÚ, M. d. (2015). *Posición del Perú frente a la Asamblea Extraordinaria de las Naciones Unidas sobre el Problema Mundial de las Drogas (UNGASS) a realizarse en Nueva York, en abril de 2016*.
- RADIO ONU. (21 de 4 de 2016). *Discurso de Juan Manuel Santos en la UNGASS 2016*. Obtenido de Noticias y medios de comunicación Radio ONU: <http://www.unmultimedia.org/radio/spanish/2016/04/disco-ntegro-de-juan-manuel-santos-en-la-ungass/#.V8ng3vnhDIU>
- REÁTEGUI, J. (2015). *Antidrogas. Nueva visión para enfrentar con éxito el tráfico ilegal*. Lima: Fondo editorial Universidad San Ignacio de Loyola.

- RUDA, J. J., & Novak, F. (21 de julio de 2009). *El tráfico ilícito de drogas en el Perú: Una aproximación internacional*. Lima: IDEI-PUCP. Obtenido de Repositorio de la Universidad Católica del Perú: http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/39934/1_aproximacion.pdf?sequence=1
- SALAZAR, R. (30 de 11 de 2011). *Aspectos económicos del narcotráfico en el Perú*. Obtenido de El óptimo de Pareto. Un Blog de Macroconsult: <http://blog.macroconsult.com.pe/contenido/narcotrafico/aspectos-economicos-del-narcotrafico-en-el-peru>
- SAMPER, Ernesto. (2013). *Drogas. Hacia la legalización*. Bogotá: Planeta.
- TRANSNATIONAL INSTITUTE, T. (7 de octubre de 2015). *Control de drogas de la ONU. Las décadas de los tratados*. Obtenido de Transnational Institute: <https://www.tni.org/es/publicacion/las-convenciones-de-drogas-de-la-onu#9>
- YOUNGERS, C. (junio de 2013). El debate sobre políticas de drogas en América Latina. *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*(13), 13-25.

* * *

LA CONTROVERSIA EN EL MAR DE CHINA MERIDIONAL

*Augusto Hernández Campos**

Al embajador Luis Marchand Stens, *in memoriam*.

INTRODUCCIÓN

Las controversias en el Mar de China Meridional involucran reclamos territoriales (sobre las Islas Spratly y las Islas Paracel principalmente) y marítimos (de Zona Económica Exclusiva y Plataforma Continental) de diversos Estados, incluyendo Taiwán, China, Vietnam, Malasia, Indonesia, Brunei y Filipinas. Este mar es muy importante debido al alto tráfico marítimo comercial internacional que atraviesan sus aguas. Los Estados no reclamantes con gran interés internacional exigen la libertad de navegación, como EE.UU. y la India. Agrava la disputa, el hecho que existan en sus aguas grandes depósitos de petróleo y de gas natural.

La finalidad del presente ensayo será presentar el conflicto actual en relación con los reclamos sobre delimitación marítima y soberanía de los archipiélagos del Mar de China Meridional.

* Director del Departamento Académico de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Miembro Asociado de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional.

Este trabajo surgió como parte del dictado del curso de Derecho Internacional Público en la UNMSM.

Para cumplir con tal fin se revisará: la importancia del Mar de China Meridional en las relaciones internacionales actuales, los reclamos territoriales de las partes sobre las islas del área, las posiciones de las partes sobre la delimitación marítima, la evolución de la controversia y la búsqueda de solución pacífica (los medios de solución pacífica, el caso de arbitraje Filipinas-China y los temas que afectan a terceros Estados).

1. EL OBJETO DEL CONFLICTO Y LA IMPORTANCIA DEL MAR DE CHINA MERIDIONAL

El Mar de China Meridional tiene un área de unos 3.5 millones de km² (un millón más que el Mar Mediterráneo), se extiende desde las costas del sur de China hasta Indonesia. Sus aguas bordean unos siete Estados (si excluimos a Tailandia y Camboya), todos relevantes económicamente, incluyendo a miembros de las tres generaciones de *tigres asiáticos*. Este Mar constituye una de las dos salidas de China hacia el resto del mundo (el otro es el Mar de China Oriental).

El Mar de China Meridional es por supuesto una mayor ruta y para muchos Estados incluso una ruta vital de navegación y comercio que es una primera cuestión importante. Su importancia geopolítica y geoeconómica es considerable. Todos los Estados de la región dependen de líneas estables y seguras de comunicación. Estratégicamente, la vía marítima entre las Islas Spratly y las Islas Paracel es una ruta principal para los petroleros y buques desde Europa y Oriente Medio hacia China y Japón. Los sucesos y desarrollos en esa área afectan significativamente a los Estados adyacentes, y a otros distantes como los europeos por ejemplo.

Unos 60.000 buques mercantes atraviesan estas aguas anualmente. Cualquier impedimento o limitación del tráfico marítimo en esta área afectaría inmediatamente a Japón o Corea del Sur. El 50% del tonelaje total de la flota mercante mundial pasa por estrechos de esta zona (como los estrechos de Malaca, de la Sonda, y de Lombok¹) y un 30% del tráfico marítimo mundial atraviesa este Mar, en palabras de Robert D. Kaplan es “el corazón de la periferia navegable de Eurasia”². Kaplan indica que las

vías de comunicación marítima que atraviesan estas aguas transportan el 50% de las embarcaciones de petróleo del mundo. Los tanqueros petroleros transportan tres veces más barriles que los que atraviesan el Canal de Suez y cinco veces más que el Canal de Panamá. El comercio y tráfico representan el 80% de las importaciones de petróleo crudo de China y alrededor del 60% del abastecimiento energético de Japón y Taiwán. El 25% del petróleo crudo mundial pasa a través de este mar.

La segunda cuestión importante es el de las reservas de hidrocarburos y los recursos pesqueros descubiertos. En términos de recursos naturales, el Mar de China Meridional tiene reservas probadas de petróleo crudo que sobrepasan los 11 mil millones de barriles y las reservas de gas natural los 5 billones de metros cúbicos³, ambos constituyen importantes recursos del desarrollo industrial. Esta impresionante recompensa de hidrocarburos resulta muy atractiva para los actores. A ello se suman las 16 millones de toneladas de pesca anual que se realiza en sus aguas, lo que representa el 15% de la producción pesquera mundial.

Estas enormes riquezas naturales acrecientan la tensión por la cuestión de la soberanía territorial de los diversos archipiélagos locales: las Islas Spratly, las Islas Paracel, las Islas Pratas y el Arrecife de Scarborough. A esto se suma los reclamos de los Estados ribereños de sus respectivas zonas económicas exclusivas. Indudablemente, reclamos territoriales y marítimos reconocidos incrementarían su poder en la estratégica región.

viene de la pág. 66

¹ El Estrecho de Lombok constituye una ruta alternativa para los navíos oceánicos cuyo gran tonelaje les impide pasar por los estrechos de Malaca y de la Sonda debido a que estos últimos tienen poca profundidad, razón por la cual estos no son estrechos fáciles para parte de la navegación internacional.

² Robert D. Kaplan, "Why the South China Sea is so crucial", *Business Insider Australia*, 20 de febrero del 2015, Recuperado de: <http://www.businessinsider.com.au/why-the-south-china-sea-is-so-crucial-2015-2>.

³ US Energy Information Administration, USGS (US Geological Survey) World Estimate of Undiscovered Resources 2012, USGS Assessment of Undiscovered Resources of Southeast Asia 2010.

Por tanto, es difícil que uno se sorprenda que el Mar de China Meridional se haya convertido en un teatro crucial geoestratégico, involucrando a potencias grandes (EE.UU. y China), medianas (notablemente India) y pequeñas.

2. LAS PARTES DEL CONFLICTO: LOS RECLAMOS TERRITORIALES

Las controversias internacionales en el Mar de China Meridional se centran básicamente en reclamos de los 7 Estados ribereños sobre la delimitación marítima de sus respectivas Zonas Económicas Exclusivas y sobre la soberanía de las islas locales. Como ya se indicó antes, la existencia de grandes reservas petrolíferas y gasíferas incrementan la tensión regional, aparte del hecho de ser una vía de transito marítima fundamental. El Mar de China Meridional comprende más de 250 islotes (pequeñas islas), atolones, cayos, bancos, arrecifes, y bancos de arena. La mayoría de dichas formaciones naturales no tiene población permanente, muchas se inundan en marea alta y varias están sumergidas permanentemente.

2.1. Los reclamos territoriales: las islas objeto de litigio

Existen diversos reclamos territoriales de los Estados ribereños respecto de los 4 grupos de islas. En conjunto tienen unos 14 km² de superficie.

Las **Islas Pratas** (llamadas Islas Tungsha en chino) son 3 islotes (que conforman un atolón) y están ubicadas al suroeste de Taiwán y al noroeste de Luzon, tienen una superficie de casi 2 km². El islote principal es la Isla Pratas y es la única del grupo que está por encima del nivel del mar. No tienen población permanente, aunque hay personal militar, investigadores y pescadores. Desde 1946, están ocupadas por la República de China-Taiwán. Son reclamadas por China y Taiwán como parte de su territorio.

El **arrecife de Scarborough** localizado al oeste de Filipinas. No tiene población permanente. El arrecife tiene unas pocas rocas por encima del nivel del mar (que forman un atolón). El Tratado de Paris de 1898 por

el que España cede Filipinas a EE.UU., no incluye este arrecife. Pero, por el Tratado de Washington de 1900, España cede esta formación. Fue objeto de reclamo de China en 1935. Está ocupado por China desde abril del 2012, motivando la protesta enérgica de Filipinas. Actualmente, es reclamado por China, Taiwán y Filipinas.

Las **Islas Paracel** (llamadas por China como las Islas Xisha) es un conjunto de 130 islas y arrecifes (con una superficie de casi 8 km²), están ubicadas al este de Vietnam, las que se dividen en dos mitades, la mitad oriental (el Grupo Amphitrite, siendo la isla principal Woody Island) y la occidental (el Grupo Crescent, la isla principal es Pattle Island). Tiene una población de unas 1400 personas, concentradas principalmente en Woody Island.

Aunque China reclamaba las Paracel, fueron ocupadas (junto con las Spratly) por Francia desde 1938, y después por Japón en 1939 (también junto con las Spratly). Se acordó en 1945, al final de la Segunda Guerra Mundial, su devolución a China. En 1946, China nacionalista ocupó la mitad oriental (desocupándola en 1950 al final de la guerra civil china). Mientras, Francia ocupó la mitad occidental en 1947. Esta fue sucedida por Vietnam del Sur en 1955 tras el retiro francés, después del fin de la Guerra de Indochina (también en 1955 China Popular ocupó la mitad oriental). China completó su ocupación de las Paracel cuando la mitad occidental fue invadida militarmente por fuerzas chinas tras la Batalla de las Islas Paracel de enero de 1974 al expulsar a la guarnición survietnamita (al final de la Guerra de Vietnam). Son reclamadas por China, Taiwán y Vietnam.

Las **Islas Spratly** (denominadas como Islas Nansha por China) constituyen el grupo más importante del Mar de China Meridional. Es un grupo de 14 islas, islotes y cayos; y más de cien arrecifes (casi la mitad están sumergidos). La isla natural más grande es Itu Aba. Unas 45 de estas formaciones poseen población, y tienen instalaciones militares. Están ubicadas al norte de Borneo y al oeste de Palawan (Filipinas). Tienen una superficie de 5 km². No tiene población civil permanente, sino fuerzas militares estacionadas de los Estados reclamantes en unas 45 formaciones. Tiene reservas potenciales de gas y petróleo.

Aunque China reclamaba el grupo de islas, en 1933 Francia reclamó las Spratly⁴ y ocupó varias de ellas. Despues, Japón se anexó las islas en 1939 (junto con las Paracel). Poco tiempo tras la rendición del Imperio del Sol Naciente, China ocupó las islas en 1946 y al año siguiente el Kuomintang decretó su plan de la “línea de los 11 trazos”. Aunque las fuerzas de la China nacionalista se retiraron en 1950 (al final de la guerra civil china), estas volvieron en 1956 para ocupar Itu Aba, la isla más grande. En 1958, frente al reclamo de China Popular sobre estas islas, Vietnam del Norte optó por reconocer la soberanía china sobre las Spratly y las Paracel, con el fin de mantener el apoyo chino durante la Guerra de Vietnam. Despues de la guerra, Vietnam relanzó su reclamo sobre las islas.

En 1968, se descubrió petróleo en las Spratly, lo que acrecienta el interés de los Estados de la región. Esto es confirmado por el informe de la Comisión Económica para Asia.

En 1971, Filipinas presentó su reclamo de anexión sobre este grupo de islas y ocupó algunas. En 1975, en la fase final de la Guerra de Vietnam, tras el Incidente del Cayo Suroeste, que estaba bajo administración filipina, dicho cayo fue ocupado sucesivamente por los survietnamitas y despues por los norvietnamitas. En 1978, Filipinas se anexó oficialmente las Spratly (llamándolas Kalayaan). En 1979, Malasia también presentó sus reclamos sobre parte de las islas Spratly y ocupó el Arrecife Swallow en 1983. En 1984, Brunei reclamó una ZEE, que incluía el Arrecife Louisa.

En marzo de 1988, la República Popular de China comenzó a consolidar su presencia en las Spratly, sobre todo despues de la Batalla Naval del Arrecife Johnson del Sur cuando derrota a los vietnamitas y capture dicho arrecife (a fines de 1988, China ya había tomado 6 arrecifes y atolones).

Diversas islas, arrecifes y atolones del grupo están ocupadas efectivamente por varios Estados que tienen fuerzas militares: China (9 arrecifes, de los cuales 7 se han convertido hoy en islas artificiales), Taiwán

⁴ En 1900, la Indochina Francesa consideraba que Vietnam había ejercido soberanía en las Spratly en el siglo XVIII.

(1 isla y 1 arrecife), Vietnam (6 islas, 16 arrecifes y 6 bancos). Aparte están: Malasia (1 isla y 6 arrecifes), y Filipinas (7 islas y 3 arrecifes). Por añadidura, Brunei reclama una Zona Económica Exclusiva (ZEE) en la parte sur de las Spratly, lo que incluye el Arrecife Louisa, aunque no reclama formalmente este arrecife.

Las islas Spratly son reclamadas en su totalidad como su territorio por China, Taiwán y Vietnam. Mientras, que Malasia y Filipinas reclaman una parte del archipiélago.

2.2. Reclamos de delimitación marítima: posiciones de las partes

Los reclamos de delimitación marítima (sobre ZEE) de los diversos Estados costeros son fuente de controversia, pues se superponen unos sobre otros. Todos los Estados del Mar de China Meridional son partes de la Convención de Derecho del Mar (CDM) de 1982 (excepto Camboya que aún no la ha ratificado), vigente desde 1994. Si se aplicara la Convención, las ZEE de los diversos Estados estarían delimitadas.

China

Su reclamo de la “línea de los 11 trazos” fue establecido en 1947, después de la Segunda Guerra Mundial, por decreto del gobierno nacionalista de China. Dicha política fue mantenida por el gobierno comunista. Aunque nace como “línea de los 11 trazos”, en 1953 se convierte en “línea de los 9 trazos”⁵. Tiene forma de “U” y abarca el 90% de las aguas del Mar de China Meridional, incluyendo todos los grupos de islas y formaciones. Se le agregó un décimo trazo en el 2013 al este de Taiwán, que no está en el Mar de China Meridional.

⁵ Cuando Chou En-lai suprime dos de los trazos en el Golfo de Tonkin. Esto es debido a que Vietnam del Norte y China Popular llegan a un acuerdo en 1953 sobre delimitación marítima en el Golfo citado.

Fue inicialmente una forma de reclamar los archipiélagos de la región, argumentándose que se basaba en “derechos históricos” que fundamentan su soberanía desde las exploraciones del s. II d.C., pero fechas más cercanas le sitúan en el siglo XIII.

En el 2009, China presentó en una nota verbal a la ONU su mapa oficial de la “línea de los 9 trazos”, iniciando a una política más expansiva y agresiva en la región y como respuesta a los reclamos de plataforma continental extendida de otros Estados ribereños.

Sin embargo, en su sentencia arbitral de julio del 2016, la CPA (Corte Permanente de Arbitraje) afirmó que China no tiene pruebas de esos derechos históricos sobre el Mar de China Meridional, ni base jurídica para reclamar las aguas e islas dentro de la “línea de los 9 trazos”. La “línea de los 9 trazos” sobrepasa ampliamente las 200 millas náuticas de ZEE que le reconoce jurídicamente a China la Convención de Derecho del Mar. Empero, el reclamo chino de la “línea de los 9 trazos” no tiene coordenadas claramente definidas, ni ha explicado el fundamento legal de dicho reclamo.

Aunque ha aceptado negociar con la ASEAN, prefiere negociaciones bilaterales.

Para todos los efectos prácticos, la posición de China y Taiwán son idénticas. La demanda de China/Taiwán se superpone a los reclamos marítimos y las ZEE de Vietnam, Indonesia, Malasia, Brunei, y Filipinas.

Taiwán

La Republica de China-Taiwán como formuladora original de la política de la “línea de los 11 trazos” reclama también el 90% del Mar de China Meridional. Para todos los efectos prácticos, la posición de Taiwán es idéntica a la de China.

Sin embargo, como ya se indicó antes, el laudo de la CPA invalidó la política de la “línea de los 9 trazos” desde la óptica del Derecho Internacional.

Vietnam

También, se basa en títulos históricos pues afirma que sus derechos se originan en el siglo XVII. También, el reclamo vietnamita se basa en el principio de la plataforma continental. Su reclamo, como el de China, aduce se basa en una forma clásica de adquisición de soberanía territorial mediante ocupación efectiva. Su demanda cubre un área extensa del Mar de China Meridional.

Su demanda marítima se superpone a los reclamos de China/Taiwán, Filipinas, Malasia, y Brunei.

Filipinas

Desde 1971, reclama la anexión del grupo de las Islas Spratly que denomina Kalayaan. Es considerado como territorio filipino por decreto de 1978 debido a que se halla dentro de su ZEE.

Filipinas en su reclamo sobre las Spratly expone coordenadas claramente definidas y se basa en el principio de proximidad geográfica y en el de la exploración de 1956, considerándolas como *res nullius*.

Su reclamo marítimo se superpone a los reclamos de China/Taiwán, Vietnam, Malasia y Brunei.

Malasia

Presenta su reclamo en 1979 y exige una parte de las Spratly que dice está dentro de su ZEE y basándose en el principio de la plataforma continental tal como lo define la CDM. Tiene coordenadas claramente definidas.

Su reclamo marítimo se superpone a los reclamos de China/Taiwán, Vietnam, Filipinas, y Brunei.

Brunei

Reclama en 1984 un espacio marítimo que alcanza parte del área de las Spratly. Considera que la CDM de 1982, (vigente desde 1994), le otorga hasta 200 millas náuticas de plataforma continental.

En el 2009, Brunei y Malasia firmaron un acuerdo por el cual establecieron la delimitación final del mar territorial, plataforma continental, y zona económica exclusiva.

Su reclamo marítimo se superpone a los reclamos de China/Taiwán, Vietnam, Malasia y Filipinas.

Indonesia

Aunque no tiene reclamo marítimo en las Spratly, el reclamo chino se superpone a la ZEE y la plataforma continental de Indonesia, incluyendo el campo gasífero de Natuna. Esto ha motivado una protesta enérgica de Yakarta.

Filipinas, Malasia y Brunei plantean proximidad y la ZEE, y rechazan el argumento histórico que plantean China, Taiwán y Vietnam.

Terceros actores: EE.UU.

EE.UU. tiene interés en la región, sobre todo en relación con la libertad de navegación. Tiene activos sus tratados de asistencia militar con Japón de 1952, con Corea del Sur por mandato de la ONU⁶ y el Tratado de Defensa Mutua de 1953, con Taiwán en virtud de la *Ley de Relaciones con Taiwán* de 1979, y el Tratado de Defensa Mutua de 1951 con Filipinas.

EE.UU. acaba de levantar el embargo de armas contra Vietnam (mayo 2016), y realiza actividades de cooperación militar con Indonesia (por el Acuerdo de Cooperación Militar del 2015). Debido a la cada vez mayor

⁶ Por la Resolución 84 del Consejo de Seguridad de la ONU que crea el Comando de las Naciones Unidas en Corea, y según la cual las fuerzas militares de las Naciones Unidas quedan bajo el mando norteamericano.

importancia del área y a las crecientes actividades militares chinas, desde el 2010, EEUU comienza a involucrarse más en la geopolítica de la región.

3. EVOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA REGIONAL

Antes de la Segunda Guerra Mundial, China y varios países, como Francia y Japón, reclamaban las islas del Mar de China Meridional.

Después de 1945, se reconoció tácitamente las islas a China Nacionalista. Empero, el Tratado de Paz de San Francisco de 1951 no especifica a qué Estado debía devolverse las islas antes ocupadas por los japoneses. El litigio por las Paracel y las Spratly se limitó inicialmente a China, Taiwán y Francia (y su sucesora Vietnam), que ocuparon algunas islas de las Paracel y las Spratly.

En 1968, la Comisión Económica para Asia y el Lejano Oriente de la ONU publica un informe en donde cita la posibilidad de grandes yacimientos de petróleo y gas en el suelo marino de las Spratly.

En la década de 1970, Filipinas y Malasia ocuparon otras islas y formularon reclamos respectivos. También en este periodo se efectuaron descubrimientos de reservas petrolíferas y gasíferas, lo que aceleró los reclamos de estos Estados, sumándose Brunei. En 1974, China expulsa militarmente a los vietnamitas de las Paracel. Después, Vietnam ocupa varias formaciones de las Islas Spratly, más notablemente la Isla Spratly.

En 1982, se establece un nuevo orden marítimo internacional con la firma de la Convención de Derecho del Mar, esto y el descubrimiento de reservas energéticas otorga al Mar de China Meridional una importancia fundamental.

En la década de 1980, se repiten los enfrentamientos entre China y Vietnam, específicamente en el arrecife de Johnson del Sur.

Desde 1988, China ha ocupado 6 formaciones. Entonces, China arrebató a Filipinas el Arrecife Subi (una Elevación de Marea Baja-EMB

que está fuera de la ZEE de Filipinas, pero dentro de su plataforma continental extendida-PCE).

En 1995, China ocupó el Arrecife Mischief, arrebatándosela a Filipinas (Mischief es una EMB dentro de la ZEE filipina).

La CDM preveía que los Estados costeros presentaran reclamos a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental de las NNUU hacia el 2009, para que su plataforma continental se extendiera más allá de las 200 millas. Vietnam y Malasia presentan sus reclamos de plataforma continental extendida el 6 de mayo del 2009.

Después, el 7 mayo del 2009, cuando China presenta su mapa de la “línea de los 9 trazos” a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental de la ONU, las tensiones se incrementan. Beijing pide a la ONU no considerar reclamos de otros Estados.

En el periodo 2014-2015, durante el programa de recuperación de tierras de China en las Spratly, se considera que unos 10 millones de metros cúbicos de arena han sido transportados a 5 arrecifes. Esto ha tenido un impacto devastador en el frágil ecosistema⁷ y se considera que China ha violado la Declaración de Conducta del 2002. Esto motivó la crítica de la cumbre de gobernantes del ASEAN de abril del 2015, en donde los gobernantes del sudeste asiático criticaron a China considerando que su recuperación de tierras amenaza la paz y seguridad del Mar de China Meridional.

En octubre del 2015, un destructor de EE.UU. navega dentro de las 12 millas de una isla artificial china, el Arrecife Subi, lo que generó críticas de China, es la primera operación “Libertad de Navegación”. En enero del 2016, se realiza la segunda operación por otro buque que pasó cerca de la Isla Triton. La tercera operación se realizó en mayo del 2016, cuando

⁷ Michael Paul, “A Great Wall of Sand in the South China Sea: Political, Legal and Military Aspects of the Island Dispute”, *SWP Research Paper*, julio del 2016, p. 13.

otro buque norteamericano navega dentro de las 12 millas náuticas del Arrecife Fiery Cross.

Hacia el 2016, las Spratly constituye el grupo de islas más disputado. Pues, de 6 Estados que las reclaman total o parcialmente, 5 ocupan efectivamente algunas islas, sumándose a ellos Brunei que tácitamente reclama otra formación del grupo, el Arrecife Louise. A su vez, las Paracel siguen bajo ocupación china, así como las Pratas que están ocupadas por Taiwán. Pero los reclamos se mantienen vigentes.

Para hacer frente a la militarización de las relaciones entre los actores, el ASEAN y China comenzaron a examinar mecanismos de solución pacífica de controversias.

4. BÚSQUEDA DE SOLUCIÓN PACÍFICA

Debido a los diversos reclamos, que incluso han llegado a los choques armados como sucedió en 1974 y 1988, es necesario aplicar el principio de solución pacífica de controversias internacionales, según el art. 2, par. 3, de la Carta de la ONU.

El fin de la Guerra Fría fue propicio para que los Estados miembros del ASEAN y China hayan optado por medidas de cooperación. Se necesita congelar el *status quo* y establecer la *absentia belli* como primer paso antes de proseguir con la búsqueda de solución pacífica.

En julio de 1992, la ASEAN firma la **Declaración de Manila sobre el Mar de China Meridional** para favorecer la solución pacífica de los litigios regionales.

En 1994, la CDM (Convención de Derecho del Mar de 1982) entra en vigor. Actualmente son partes todos los Estados bañados por el Mar de China Meridional, excepto Camboya que aún no la ha ratificado. La CDM representa la base jurídica para la solución de controversias sobre delimitación marítima entre los Estados litorales.

En 1995, después del Incidente del Arrecife Mischief (entre Filipinas y China), el ASEAN y China llegaron a un acuerdo por el cual se informarían de maniobras militares dentro de las áreas en litigio y no habrían más construcciones. Sin embargo, China y Malasia después quebrantaría el acuerdo. Las negociaciones continuarían sobre un código de conducta.

En el 2002, se firmó la **Declaración de Conducta de las Partes en el Mar de China Meridional** (DOC, Declaration on the Conduct, por sus siglas en inglés) por los 10 Estados miembros del ASEAN y China, la cual insta a “resolver las controversias territoriales y jurisdiccionales por medios pacíficos”. Aunque disminuye las tensiones, no es un tratado obligatorio de conducta.

En el 2009, China, Malasia, Vietnam y Filipinas, presentaron sus reclamos marítimos ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental de la Convención de Derecho del Mar.

Desde el 2011, hubo negociaciones para acordar un Código de Conducta jurídicamente obligatorio para los Estados partes, pero hasta el momento no se ha logrado uno y se ha incrementado hasta la actualidad las tensiones.

En julio del 2012, China pidió continuar negociando un Código de Conducta en el Mar de China Meridional. Sin embargo, China es ampliamente criticada por tomar por la fuerza el Arrecife de Scarborough, incluyendo una resolución del congreso de EE.UU. de agosto en donde considera que la acción china es violatoria del principio de solución pacífica de controversias.

En el 2014, China inició su programa de dragado y de recuperación de tierra en 3 lugares de las Spratly. Lo importante de este programa es que Beijing está construyendo islas artificiales sobre arrecifes que por lo general están bajo el nivel del mar.

En respuesta, EE.UU. inició las “Operaciones Libertad de Navegación”, pues no reconoce, conforme a la CDM, mar territorial a formaciones que desaparecen en marea alta o islas artificiales.

En el 2015, el presidente chino Xi Jinping en visita a EE.UU. indicó que China no buscaba militarizar la región.

En el 2016, como término de un proceso iniciado por Filipinas contra China, la CPA emitió su laudo en relación con su controversia en el Mar de China Meridional. La cumbre EE.UU.-ASEAN de febrero del 2016, la resolución del Parlamento Europeo de diciembre del 2015, y el Grupo de los 7 expresaron su apoyo en favor del cumplimiento de la CPA.

4.1. Medios de solución pacífica

La norma básica para la solución pacífica de controversias, aparte del principio de solución pacífica y sus medios enunciados en la Carta de la ONU (Capítulo VI), es en este caso la CDM, la Convención de Derecho del Mar de 1982.

Si por interpretación del tratado y negociación bilateral no se alcanzara una solución, entonces cualquier controversia sobre la aplicación de la CDM puede resolverse de 4 formas diferentes:

Primero, puede someterse la controversia al Tribunal Internacional de Derecho del Mar, creado por la CDM, que es un tribunal especializado en solucionar controversias sobre la interpretación y aplicación de la CDM.

Segundo, la controversia puede remitirse a la CIJ (Corte Internacional de Justicia), la cual ve casos contenciosos entre Estados.

Tercero, el litigio puede ser solucionado por un tribunal arbitral constituido según la Convención, Anexo VII Arbitraje (arts. 1-13), conforme a la Parte XV Solución de Controversias (arts. 279-299). Conforme a la Convención, art. 287, par. 5, si las partes de una controversia no han aceptado el mismo medio de solución pacífica, entonces la controversia sólo puede ser remitida al procedimiento de arbitraje previsto en el Anexo VII.

Cuarto, puede ser solucionado por un tribunal especial, conforme con la Convención, Anexo VIII (arts. 1-5) Arbitraje Especial.

4.2. El caso de arbitraje Filipinas vs. China

Una contribución a la solución pacífica de la controversia en el Mar de China Meridional lo constituye la jurisprudencia arbitral de la CPA (Corte Permanente de Arbitraje) del 12 julio del 2016, en el *caso de arbitraje Filipinas vs. China*. Este laudo representa luces en la aplicación de los principios de la Convención de Derecho del Mar a cuestiones angulares de la controversia en el Mar de China Meridional como el mar territorial, la ZEE (zona económica exclusiva), la plataforma continental, la delimitación marítima, el status de las islas artificiales, la protección del medio ambiente marino, la solución pacífica de controversias en temas marítimos, *inter alia*.

El caso presentado por Filipinas en enero del 2013, fue motivado por la actuación de China con la captura del Arrecife de Scarborough en abril del 2012. Pero, que tiene sus raíces desde el 2009 cuando China presenta oficialmente a la ONU su “línea de los 9 trazos”, el cual Filipinas considera que perjudica sus derechos en su ZEE.

Este proceso contó en octubre del 2015, con una decisión preliminar del Tribunal arbitral, que estableció que tenía jurisdicción sobre el caso. China reiteró su oposición a un arreglo arbitral o de solución de tercera parte sobre controversias territoriales.

En su decisión de fondo, el Tribunal decidió que Filipinas tiene derechos soberanos en su ZEE, y que la “línea de los 9 trazos” es ilegal en Derecho Internacional.

La sentencia arbitral del tribunal de la CPA estableció que China “no tiene **derechos históricos**” basados en la doctrina de la “**línea de los 9 trazos**”:

“[...] el Tribunal concluye que, entre Filipinas y China, los reclamos de China a derechos históricos, u otros derechos

soberanos o de jurisdicción, con respecto a las áreas marítimas del Mar de China Meridional abarcadas por la parte relevante de la “línea de los 9 trazos” son contrarios a la Convención [de Derecho del Mar] y sin efecto legal en la medida que exceden a los límites geográficos y sustantivos de los derechos marítimos de China bajo la Convención”.⁸

En el párrafo 692, de su laudo, el Tribunal determinó que no existe fundamento jurídico para el reclamo chino sobre las aguas abarcadas por la “línea de los 9 trazos”:

“692. El Tribunal ha determinado [...] que no existe base legal para cualquier derecho histórico chino, u otro derecho soberano y de jurisdicción más allá de lo dispuesto en la Convención, en las aguas del Mar de China Meridional abarcados por la “línea de los 9 trazos” [...]”.⁹

El Tribunal concluye en relación con las **rocas** de las Spratly que no tienen una zona económica exclusiva:

“[...] ninguna de las formaciones de alta mar en las Islas Spratly es capaz de sostener vida humana o una vida económica propia dentro del significado de dichos términos en el Artículo 121, par. 3, de la Convención. Todas las formaciones de alta mar en las Islas Spratly son por tanto legalmente rocas para propósitos del Artículo 121, par. 3, y no generan derechos a una zona económica exclusiva o plataforma continental”.¹⁰

⁸ Corte Permanente de Arbitraje, *caso del Arbitraje del Mar de China Meridional* (Filipinas vs. China), Laudo del 12 de julio del 2016, par. 278.

⁹ *Op. cit.*, par. 692.

¹⁰ *Ibid.*, par. 646. Por ejemplo, Itu Aba, Thitu, West York Island, Spratly Island, Cayo Nor-este, y Cayo Sur-oeste son legalmente “rocas” (i.e., incapaces de sostener vida humana) por lo que no generan una zona económica exclusiva o plataforma continental.

Asimismo, las **islas artificiales** con tierra ganada al mar no tienen Zona Económica Exclusiva. El tribunal dijo que la presencia actual de personal oficial en varias de las formaciones depende del apoyo externo y no refleja la capacidad real de las formaciones marítimas y que ninguna de las Islas Spratly es capaz de generar Zona Económica Exclusiva:

“578. No existe duda que todas las formaciones significativas de alta mar en las Islas Spratly son actualmente controladas por uno u otro de los Estados litorales, que han construido instalaciones e instalado personal. Sin embargo, esta presencia es por naturaleza predominantemente militar o gubernamental e involucra abastecimiento externo significativo. Más aún, muchas de las formaciones de alta mar han sido modificadas significativamente de su condición natural. Por añadidura, los registros de condiciones actuales y habitación humana de las formaciones pueden reflejar intentos deliberados para presentar la descripción de tal manera como para reforzar o reducir la apariencia de la formación a ser considerada como para generar una zona económica exclusiva, dependiendo de los intereses del Estado en cuestión. [...]”.¹¹

La función de la jurisprudencia es servir como medio de verificación de la existencia y alcance de las reglas jurídicas internacionales. En este caso la jurisprudencia arbitral de la CPA efectuó su contribución al Derecho del Mar al interpretar y definir lo que se entiende por “habitación humana” de la Convención. La sentencia arbitral determina que las formaciones de las Spratly, pese a la presencia de personal militar, no cumple con el requisito de “**habitación humana**” del artículo 121, párrafo 3, de la Convención de Derecho del Mar:

“620. [...] el Tribunal no considera que el personal militar u otro gubernamental estacionados actualmente en las

¹¹ *Ibid.*, párr. 578.

formaciones en las Islas Spratly por uno u otro de los Estados litorales sea suficiente como para ser “habitación humana” para propósitos del Artículo 121 (3) [de la Convención de Derecho del Mar]. Estos grupos son mayormente dependientes del abastecimiento exterior, y es difícil ver que su presencia en cualquiera de las formaciones del Mar de China Meridional podría ser verdaderamente mantenida por las formaciones mismas, más que por una línea de abastecimiento y de comunicación continua desde el continente”.¹²

La jurisprudencia de la Corte Permanente de Arbitraje aclara porque el personal militar estacionado en las Spratly no cumple con el requisito de “habitación humana”:

“620. [...] Personal militar u otro gubernamental están desplazados en las Islas Spratly en un esfuerzo por apoyar los varios reclamos de soberanía que han sido adelantados. No existe evidencia que ellos escogieron habitarlas por su propia voluntad, ni puede esperarse que cualquiera se quedaría si la necesidad oficial para su presencia se disipa. Incluso en donde la actual presencia humana en las Islas Spratly incluye civiles, como es el caso de al menos Thitu y (muy recientemente) Itu Aba, el Tribunal considera que **su presencia allí es motivada por consideraciones oficiales** y no habría ocurrido, sino fuera por los reclamos de soberanía sobre estas formaciones”.¹³

En consecuencia, el Tribunal arbitral determina, en el párrafo 626 y sobretodo en el 692 de su laudo, que ninguna de las formaciones de las Islas Spratly tiene derecho a una **zona económica exclusiva**:

¹² *Ibid.*, párr. 620.

¹³ *Loc. cit.* La negrita es nuestra.

“692. El Tribunal ha determinado [...] que ninguna de las formaciones de alta mar en las Islas Spratly es una isla plenamente titulada para propósitos del Artículo 121 de la Convención. Así, no existe formación marítima en las Islas Spratly que sea capaz de generar un derecho para una zona económica exclusiva o plataforma continental [...]”¹⁴.

Asimismo, el tribunal determinó que podía, sin delimitar una frontera, declarar que ciertas áreas de mar están dentro de la zona económica exclusiva de Filipinas, porque aquellas áreas no están superpuestas por cualquier posible título jurídico de China. El Tribunal hizo referencia “a las áreas del Mar de China Meridional dentro de las 200 millas náuticas de las líneas de base de Filipinas que están abarcadas por la línea de los 9 trazos”. Dichas aguas:

“[...] caen dentro de las áreas donde sólo Filipinas posee posibles derechos a zonas marítimas bajo la Convención. Las áreas relevantes sólo pueden constituir la zona económica exclusiva y la plataforma continental de Filipinas. En consecuencia, Filipinas, y no China, posee derechos soberanos con respecto a los recursos en estas áreas”.¹⁵

Del mismo modo, el tribunal considera que China se ha conducido ilegalmente cuando ha violado los **derechos soberanos** de Filipinas en su zona económica exclusiva. El tribunal decidió adicionalmente que los buques que implementan la ley china han creado ilegalmente un serio riesgo de colisión cuando ellos obstruyen físicamente a los buques filipinos:

“716. [...] el Tribunal determina que China ha [...] quebrantado el Artículo 77 de la Convención con respecto de los derechos soberanos de Filipinas sobre los recursos no vivientes de su plataforma continental [...]. Adicionalmente, el Tribunal determina que China ha [...] quebrantado el

¹⁴ *Ibid.*, párr. 692.

¹⁵ *Ibid.*, párrs. 696 y 697.

Artículo 56 de la Convención con respecto de los derechos soberanos de Filipinas sobre los recursos vivientes de su zona económica exclusiva”.¹⁶

Reafirma la CPA sobre elevaciones de marea baja que no pueden ser objeto de apropiación:

“1043. [...] el Tribunal determina que China ha quebrantado, mediante su construcción de instalaciones y de islas artificiales en el Arrecife Mischief sin autorización de Filipinas, los Artículos 60 y 80 de la Convención con respecto de los derechos soberanos de Filipinas en su zona económica exclusiva y su plataforma continental. Más aún, el Tribunal determina que, como elevación de marea baja, el Arrecife Mischief no es capaz de apropiación”.¹⁷

La imposición de la legislación china en aguas que corresponden a la zona económica exclusiva de Filipinas crea **peligros** para la navegación:

“1109. [...] el Tribunal determina que China ha creado, en virtud de la conducta de los buques de aplicación de la ley china en las cercanías del Arrecife de Scarborough, un serio riesgo de colisión y peligro para los buques y personal de Filipinas”.¹⁸

Beijing ha dañado el **medio ambiente**. La tierra ganada al mar a gran escala efectuada por China ha causado daños severos al medio ambiente del arrecife de coral y violó su obligación de preservar y proteger los ecosistemas frágiles.

“983. [...] el Tribunal no tiene duda que las actividades de construcción de islas artificiales sobre los siete arrecifes en las Islas Spratly han causado daños devastadores y de largo

¹⁶ *Ibid.*, párr. 716.

¹⁷ *Ibid.*, párr. 1043.

¹⁸ *Ibid.*, párr. 1109.

plazo al medio ambiente marino. En consecuencia, el Tribunal determina que a través de sus actividades de construcción, China ha quebrantado su obligación bajo el Artículo 192 para proteger y preservar el medio ambiente marino, ha continuado dragando de tal forma como para contaminar el medio ambiente marino con sedimento en quebrantamiento del Artículo 194 (1), y ha violado su obligación bajo el Artículo 194 (5) para tomar medidas necesarias para proteger y preservar ecosistemas raros o frágiles así como el hábitat de especies agotadas, amenazadas o en peligro y otras formas de vida marina”.¹⁹

La construcción de islas debió haberse detenido durante el **proceso del litigio**. Esto es debido a que la reciente tierra ganada al mar a gran escala y la construcción de islas artificiales era incompatible con las obligaciones de un Estado durante el proceso de solución de controversias, en cuanto China ha destruido evidencia de la condición natural de las formaciones del Mar de China Meridional que formó parte de la controversia de las Partes:

“1177. El Tribunal considera que la construcción intensificada de China de islas artificiales en siete formaciones de las Islas Spratly durante el curso de estos procedimientos ha agravado inequívocamente las controversias entre las Partes [...]”.²⁰

La Corte estableció que China ha destruido la condición natural de estas formaciones para construir islas artificiales:

“1179. [...] China ha destruido permanentemente evidencia del status natural de aquellas formaciones [...]. Las pequeñas rocas y cayos de arena que determinan si una formación constituye una elevación de marea baja o una formación de

¹⁹ *Ibid.*, párr. 983.

²⁰ *Ibid.*, párr. 1177.

marea alta capaz de generar un derecho a un mar territorial están ahora literalmente enterradas bajo millones de toneladas de arena y concreto”.

“1181. [...], el Tribunal determina que China, en el curso de estos procedimientos, ha agravado y extendido las controversias entre las Partes a través de su dragado, construcción de islas artificiales, y actividades de construcción”.²¹

4.3. Temas de derecho internacional relacionados con terceros Estados

Existen varias cuestiones de derecho internacional del conflicto del Mar de China Meridional que son examinadas por los Estados extra-regionales, pues sus buques, sus nacionales y sus intereses pueden quedar afectados.

La soberanía de las islas

La cuestión de la soberanía de las islas debe resolverse, en relación con las Partes de la controversia, mediante la aplicación del principio de solución pacífica de controversias según la Carta de la ONU, el art. 2, par. 3 (la obligación de los Estados de resolver pacíficamente sus diferencias) y art. 33 (los medios de solución pacífica a utilizar por los Estados).

Asimismo, las partes deben ser alentadas a resolver sus litigios de soberanía y delimitación marítima mediante la aplicación de la CDM.

Derecho de paso inocente y libertad de navegación

Aunque el título de soberanía debe ser resuelto por las partes mediante la aplicación de los medios de solución pacífica, lo que sí está

²¹ *Ibid.*, párrs. 1179 y 1181.

claro es que el derecho de paso inocente (reconocido por el derecho consuetudinario y en la CDM, Artículo 17), en el alta mar, la ZEE, y el mar territorial, debe ser un principio ampliamente respetado.

El derecho a un mar territorial y ZEE

Una isla natural que no es cubierta por marea alta, pero está deshabitada, se le llama “roca” (CDM, art. 121). La roca sólo tiene derecho a un mar territorial de 12 millas náuticas.

Sólo una “isla natural”, no cubierta por marea alta y habitada, tiene derecho a mar territorial y ZEE.

La “elevación de marea baja”, que se sumerge en marea alta, no posee mar territorial (CDM, art. 13). No está sujeta a apropiación de algún Estado.²²

Islas artificiales

Conforme al Artículo 60, párr. 8, de la Convención, las islas artificiales no poseen el status de islas y por tanto no tienen mar territorial. Así, no gozan de los derechos de las islas naturales.

La mayoría de las islas del Mar de China Meridional están sumergidas y de las islas naturales no sumergidas están casi todas deshabitadas.

Sobre acciones unilaterales en las Islas Spratly

Se debe mostrar preocupación por la construcción de islas artificiales y recuperación de tierras que cambia los hechos del terreno e incrementan tensiones, de forma bilateral y en cualquier foro multilateral sobre asuntos del Mar de China Meridional.

²² Caso Nicaragua vs. Colombia, CIJ, 2012.

Será necesario alentar el cumplimiento del imperio de la ley, incluyendo el laudo de julio del 2016.

PERSPECTIVAS

Aunque se han expresado una gran cantidad de voces en favor de una solución pacífica, poco se ha logrado en la práctica.

En consecuencia, se espera que continúe la crisis en la región sin desescalar la tensión, especialmente con el continuo emplazamiento de fuerzas militares en la región. Así, el proyectado Código de Conducta aún no ha visto la luz. El incumplimiento de la sentencia arbitral de julio del 2016 por parte de China reduce grandemente la fuerza del *ius imperium*, dándole más espacio al imperio de la fuerza.

CONCLUSIONES

La importancia del Mar de China Meridional es grande en sumo grado en relación con las vitales rutas de navegación y sus reservas de recursos petrolíferos y gasíferos. Todo esto ha incrementado la tensión internacional en la región, así como los reclamos de los Estados litorales en el ámbito territorial respecto a la soberanía de las islas y en cuanto a la delimitación marítima en relación con su zona económica exclusiva. Sobre este particular, el reclamo chino de la “línea de los 9 trazos” no es compatible con los principios del Derecho del Mar según lo determina el caso del arbitraje Filipinas vs. China, cuya jurisprudencia es un aporte a esta disciplina jurídica. En medio del incremento de la crisis regional, el aspecto positivo es que no se ha abandonado, al menos en principio, la búsqueda de solución pacífica. La actitud que deben observar terceros Estados respecto a la controversia es el respeto al Derecho Internacional, al Derecho del Mar y sus principios como el derecho de paso inocente.

* * *

LA INSTITUCIÓN DE LA INTERVENCIÓN EN LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: OPORTUNIDADES, LIMITACIONES Y DESAFÍOS EN LA ESCENA INTERNACIONAL

*Paul Duclos Parodi**

1. INTRODUCCIÓN

La intervención en procesos seguidos ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) tiene como principal objetivo proteger los intereses jurídicos de terceros Estados, de forma preventiva, vis-à-vis la decisión de un caso sometido ante este tribunal. Esta acción incidental al proceso principal, a pesar de su importancia y de las expectativas con las que fue concebida, ha sido, sin embargo, utilizada esporádicamente por los Estados, y raramente acogida por la CIJ. Sólo han sido aceptadas tres de las quince aplicaciones sometidas bajo el artículo 62 del Estatuto de la CIJ¹, Nicaragua, de manera limitada, en el caso entre El Salvador contra

* Ministro en el Servicio Diplomático del Perú. Máster en Derecho Internacional Público por la Universidad de Nottingham, Reino Unido, y Máster en Relaciones Internacionales por la Fletcher School of Law and Diplomacy, Universidad de Tufts, Medford, Estados Unidos de América.

¹ Ensayos Nucleares (Australia c. Francia. Solicitud de Intervención de Fiji. 1973), Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda c. Francia. Solicitud de Intervención de Fiji. 1973), Plataforma Continental (Túnez c. Libia. Solicitud de Intervención de Malta. 1981), Plataforma Continental (Túnez c. Libia. Solicitud de Intervención de Italia. 1984), Controversia Fronteriza Terrestre, Insular y Marítima (El Salvador c. Honduras. Solicitud de Intervención de Nicaragua. 1986), Solicitud de examen de la situación de acuerdo al párrafo 63 del fallo de la Corte del 20 de diciembre de 1974 sobre Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda c. Francia. Solicitud de

Honduras sobre la “Controversia Fronteriza Terrestre, Insular y Marítima”, con una intervención dirigida únicamente al régimen legal de aguas del Golfo de Fonseca²; Guinea Ecuatorial en el caso sobre la “Controversia Terrestre y Marítima” de Camerún contra Nigeria³; y Grecia en el caso “Inmunidades Jurisdiccionales” de Alemania contra Italia (2011)⁴, y tres de cuatro solicitudes de conformidad con el artículo 63 del Estatuto⁵. Todo ello sobre 164 casos contenciosos a la fecha.

La intervención bajo el artículo 62, sobre la cual se concentra este artículo, ha recibido un tratamiento poco predecible de parte de los jueces de la CIJ frente a la falta de consenso respecto de la aplicación de sus requisitos⁶, particularmente con respecto a la determinación del concepto de “interés jurídico”, que se busca sea protegido de afectación por la decisión del litigio, y que se distingue de aquellos intereses de naturaleza política o económica⁷, así como frente a las diferentes interpretaciones y visiones contrapuestas utilizadas a lo largo de estos procesos incidentales que han configurado una práctica considerada por la mayoría de comentaristas como restrictiva en su aplicación.⁸

viene de la pág. 91

Intervención de las Islas Salomón, Micronesia, Islas Marshall y Australia. 1995), Frontera Terrestre y Marítima (Camerún contra Nigeria. Solicitud de Intervención de Guinea Ecuatorial. 1999), Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia c. Malasia. Solicitud de Intervención de Filipinas. 1998), Controversia Marítima e Insular (Nicaragua contra Colombia. Solicitud de Intervención de Costa Rica. 2011), Controversia Marítima e Insular (Nicaragua contra Colombia. Solicitud de Intervención de Honduras. 2011) e Inmunidades Jurisdiccionales (Alemania c. Italia. Solicitud de Intervención de Grecia. 2011).

² *Controversia Fronteriza Terrestre, Insular y Marítima (El Salvador c. Honduras; Nicaragua interviniente)*, Sentencia, I.C.J. Reports 1990.

³ *Controversia Terrestre y Marítima (Camerún c. Nigeria con Guinea Ecuatorial interviniente)*, Sentencia, I.C.J. Reports, 1999.

⁴ *Inmunidades Jurisdiccionales (Alemania c. Italia con Grecia interviniente)*, Sentencia, I.C.J. Reports, 2011.

⁵ Una ante la Corte Permanente de Arbitraje (SS Wimbledon (Reino Unido c. Japón). Solicitud de Intervención de Polonia. 1923), y tres ante la Corte Internacional de Justicia: Haya de la Torre (Colombia c. Perú. Solicitud de Intervención de Cuba. 1951), Actividades Militares y Paramilitares (Nicaragua

El presente artículo busca reflexionar sobre los elementos centrales de esta institución, la lógica de su creación, las dificultades sobre su caracterización y los vaivenes de su evolución. Particularmente, se revisará el intenso debate al interior de la CIJ producido a propósito de la solicitud de intervención de Costa Rica (2011) en el caso “Controversia territorial y marítima” de Nicaragua contra Colombia. Esta solicitud fue denegada por nueve votos contra siete produciendo un renovado intercambio de opiniones y reflexión entre los Jueces de la CIJ sobre la naturaleza, oportunidad y aplicación de esta institución, a partir de numerosas opiniones disidentes, separadas y declaraciones, el cual contribuyó a lo que podría constituir una nueva aproximación y entendimiento sobre su utilidad en el contexto actual, así como permitió coadyuvar a encontrar lo que algunos comentaristas denominan la definición de su identidad precisa.⁹

2. ORÍGENES DE LA INSTITUCIÓN DE INTERVENCIÓN

Los orígenes de la institución de intervención se remontan a la vieja práctica de los tribunales arbitrales internacionales regulada sobre la base del consentimiento de las partes. Así, en el borrador de Reglamento sobre Procedimientos para el Arbitraje Internacional del “Institut de Droit International”, del 28 de agosto de 1875, se incluyó en el artículo 16 que

viene de la pág. 92

c. Estados Unidos. Solicitud de Intervención de El Salvador. 1984) y Caza de Ballenas en la Antártida (Australia c. Japón. Solicitud de Intervención de Nueva Zelanda, 2013).

⁶ UCHKUNOVA, Inna, “The Minotaur’s Labyrinth: Third State Intervention before the International Court of Justice”, en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 13 (2014), Brill, Leiden/Boston, p. 179.

⁷ ERNE, Jaanika, “Link of Jurisdiction in Article 62 Proceedings before the ICJ - Development of the Requirement for Link of Jurisdiction” en *Article 62 Intervention Proceedings before the International Court of Justice*, Lambert Academic Publishing, 2010, p. 23.

⁸ BONAFE, Beatrice, “Interests of a Legal Nature Justifying Intervention before the ICJ”, en *Leiden Journal of International Law* (2012), 25, p. 739.

⁹ BONAFE, *op. cit.*, p.757.

“la intervención voluntaria de una tercera parte es admisible sólo con el consentimiento de las partes que han concluido el ‘compromiso’”¹⁰. Ello es entendible en tanto la naturaleza eminentemente consensual del arbitraje, lo que luego cambiaría con los nuevos procedimientos de solución pacífica que tomarían en cuenta, además, otros intereses, como los de la comunidad internacional en su conjunto.

Se tuvo que esperar, sin embargo, hasta la sistematización de los instrumentos relativos a la solución pacífica de controversias para el establecimiento expreso de la facultad de intervención internacional, lo que ocurrió en el marco de las Conferencias de Paz de La Haya. Así, en el artículo 56 de la Convención de 1899 sobre Solución Pacífica de Controversias Internacionales, se otorga la facultad de participar en el proceso de interpretación de un determinado acuerdo a todas sus partes, puesto que el resultado de dicha interpretación les será oponible. Posteriormente, el artículo 84 de la Convención de 1907 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales retoma la redacción aprobada años antes con pequeños cambios.¹¹ Ambos antecedentes contribuyen a establecer el contexto histórico de las discusiones futuras de esta institución.

En 1920, el Comité Asesor de Juristas de la nueva Liga de las Naciones, asumió el encargo de preparar el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), acordando un texto que luego se convertiría en el artículo 63 de su Estatuto, y asimismo estableciendo un nuevo tipo de intervención, plasmada en el artículo 62, referida a la posibilidad para un tercer Estado de solicitar participar en un caso frente a la posible afectación de un “interés jurídico” –diferenciándolo de uno político o económico–, lo que deberá ser probado. Dicho concepto de interés jurídico fue redactado como resultado de un compromiso de negociación del referido Comité. Un híbrido que no terminó siendo ni

¹⁰ ERNE, *op. cit.*, p. 50.

¹¹ Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1907. “Artículo 84. El *laudo* no es obligatorio sino para las Partes en controversia.

mero interés, ni derecho, y cuya falta de claridad, como se indicará posteriormente, ha dificultado su determinación en la práctica.

Estos antecedentes se convertirían posteriormente en los artículos 36 y 37 de la Norma General para el Acuerdo Pacífico de Disputas Internacionales de 1928, y serán replicados en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, también como sus artículos 62 y 63, y en el Tribunal del Derecho del Mar como sus artículos 31 y 32.¹²

Para Licari¹³, esta posibilidad de intervención se fundamenta también en el derecho municipal, el cual faculta a intervenir en un proceso a terceras partes que hayan probado un interés que deba ser protegido, ya sea de naturaleza directa o indirecta, presente o futuro, moral o pecuniario y siempre que no sea contrario al orden público.

Se debe diferenciar a la institución de la intervención, de otro tipo de participación de terceras partes ajena a un litigio como la figura de “Amicus Curiae” que refiere, más bien, a las presentaciones de información voluntarias e imparciales que ofrecen los Estados sobre algún punto de derecho u otro aspecto relacionado, en aras de colaborar con las responsabilidades asignadas a un determinado tribunal. A diferencia de la intervención, los “Amicus curiae” no pueden, en ningún caso, convertirse en parte del proceso, ni ser afectados por el fallo.¹⁴

viene de la pág. 94

Cuando se trate de la interpretación de una convención en la cual sean parte otras Potencias que las Partes en controversia, éstas notifican inmediatamente a todas las Potencias Signatarias. Cada una de estas Potencias tiene el derecho de intervenir en el proceso. Si una o varias de ellas han ejercido ese derecho, la interpretación contenida en el laudo será igualmente obligatoria para las mismas”.

¹² CHINKIN, C.M., “Third Party Intervention Before the International Court of Justice”, en *The American Journal of International Law*, Vol. 80, No. 3 (Jul. 1986), p. 499.

¹³ LICARI, Tania, “Intervention Under Article 62 of the Statute of the I.C.J.”, en *Brooklyn J. Int'l L.*, Volume VIII, Summer 1982; Number 2, p. 269.

¹⁴ Es diferente, además, de la doctrina del “Oro Amonedado” o doctrina del tercero imprescindible que establece, que la Corte, a instancia de parte o *ex officio*, declinará fallar sobre el fondo en razón de la falta de participación de una parte central en

3. REGULACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE INTERVENCIÓN

La institución de la intervención es gobernada por los artículos 62¹⁵ y 63¹⁶ del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y regulada en el artículo 81 de su Reglamento¹⁷, que ha sido descrito como la “interpretación política de la CIJ” a esta institución¹⁸ y que requiere al Estado solicitante indicar el “objeto preciso de la intervención” y la “base de competencia entre dicho Estado y las partes del caso”. La solicitud de precisión del “objeto de la intervención” tendría como objetivo explicitar con claridad el interés jurídico que busca protegerse de una posible afectación. Es importante señalar que el objeto de la intervención, no constituye un nuevo requisito, sino como afirma el juez Jennings “(...) permite a la CIJ asegurarse que el objeto es la salvaguarda de los derechos jurídicos que pueden ser afectados en la decisión”¹⁹. Es decir, identifica la conexión entre el caso y la solicitud de intervención²⁰, que es básicamente la razón en la cual ésta se fundamenta. Por ejemplo, la CIJ reconoció que el objeto de la intervención griega en el caso Inmunidades Jurisdiccionales (Alemania c. Italia) era “informar a la Corte del interés jurídico que podría ser afectado”²¹, es decir la descripción de la intervención según el artículo 62.

La doctrina ha establecido dos tipos de intervención, aquella establecida en el artículo 62 denominada “discrecional” en donde el Estado interviniendo no sería obligado por la decisión salvo en la materia sobre la cual ha intervenido, y la del artículo 63 caracterizada como intervención “como derecho” y en la cual la interpretación de la determinada Convención de la que forma parte le será asimismo obligatoria.

viene de la pág. 95

el caso, por lo que debe inhibirse de ejercer su competencia, Caso del oro amonedado removido de Roma en 1943 (Cuestión Preliminar), Fallo del 15 de junio de 1954, I.C.J Reports, 1954.

¹⁵ Artículo 62

1. Si un Estado considerare que tiene un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio, podrá pedir a la Corte que le permita intervenir.

2. La Corte decidirá con respecto a dicha petición.

¹⁶ Artículo 63

3.1 La intervención discrecional (Artículo 62 del Estatuto)

De acuerdo al artículo 62, un tercer Estado que considera poseer un interés jurídico que podría verse afectado en la resolución de una disputa en la CIJ puede solicitar intervenir en el proceso a fin de estar en condiciones de protegerlo.

Se tuvo que esperar hasta el año 1990 para que una Cámara de la Corte Internacional de Justicia admita la intervención de un Estado ante este tribunal, Nicaragua, en el caso entre El Salvador contra Honduras sobre la Controversia Terrestre, Insular y Marítima. En dicho contexto, la Corte indicó que resultaba apropiado indicar la extensión de los derechos adquiridos por un tercer Estado interveniente precisando que Nicaragua “no se convierte en parte del proceso y no adquiere los derechos o es sujeto de las obligaciones de las partes”.²²

Adquiere sí el derecho de que sus argumentos sean oídos de acuerdo al artículo 85 del Reglamento de la Corte, pero en función del asunto principal del caso²³, es decir, sólo puede referirse a aquellas cuestiones sobre los cuales se ha demostrado poseer un interés de naturaleza jurídica y que hayan sido admitidas por la CIJ, como lo constitúa, en el referido caso, el régimen legal de las aguas del Golfo de Fonseca que compartían

viene de la pág. 96

1. Cuando se trate de la interpretación de una convención en la cual sean partes otros Estados además de las partes en litigio, el Secretario notificará inmediatamente a todos los Estados interesados.

2. Todo Estado así notificado tendrá derecho a intervenir en el proceso; pero si ejerce ese derecho, la interpretación contenida en el fallo será igualmente obligatoria para él.

¹⁷

Artículo 81

1. Una petición de permiso para intervenir fundada en el Artículo 62 del Estatuto firmada en la forma prevista en el párrafo 3 del Artículo 38 de este Reglamento, deberá ser depositada lo más pronto posible antes del cierre del procedimiento escrito. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, la Corte podrá admitir una petición presentada ulteriormente.

esos tres países. De igual forma, la CIJ en la sentencia de este caso reiteró “que la fuerza vinculante del Fallo para las partes, de acuerdo al artículo 59 del Estatuto de la Corte no se extendía a Nicaragua como interviniente”²⁴. Es decir, el fallo no era, *res judicata* para Nicaragua.²⁵

A pesar de responder a una necesidad evidente y a un principio general de justicia, la CIJ no ha sabido encontrar, más allá de situaciones esporádicas, un marco adecuado para autorizar la intervención de acuerdo al artículo 62, esencialmente, por la falta de acuerdo entre sus jueces. En algunas situaciones si bien no ha encontrado dificultad en determinar la existencia de un interés jurídico, no ha podido llegar a un acuerdo respecto a la pertinencia de protegerlo a través de esta institución, sobre la base de distintas consideraciones como la existencia o no de una base de jurisdicción²⁶, el riesgo de presentar elementos ajenos al caso, la existencia de disputas entre el interviniente con alguna de las partes, etc²⁷. Contraponiéndose así a lo que algunos jueces consideran como un derecho de intervención de los Estados, que no se encontraría sometido a la discreción de la Corte²⁸, salvo únicamente para la verificación de los requisitos requeridos.

viene de la pág. 97

2. La petición indicará el nombre del agente. Deberá precisar el asunto a que se refiere e indicar:

- a) el interés de orden jurídico que, según el Estado que solicita intervenir, pudiera ser afectado por la decisión en el asunto;
- b) el objeto preciso de la intervención;
- c) toda base de competencia que, según el Estado que solicita intervenir, existiría entre él y las partes en el asunto.

3. La petición contendrá la lista de los documentos de apoyo, los cuales deberán acompañarse.

¹⁸ LICARI, *op. cit.*, p. 273.

¹⁹ *Plataforma Continental (Libia c. Malta, Decisión solicitud de Intervención de Italia)*, I.C.J. Reports, 1984. Opinión disidente del Juez Robert Jennings, p. 152, párrafo 14.

²⁰ QUINTANA, Juan José, *Litigation at the International Court of Justice*, Brill Nijhoff, 2015, Leiden. p. 868.

²¹ *Inmunidades Jurisdiccionales (Alemania c. Italia. Decisión solicitud de Intervención de Grecia. 2011)*, p. 502, párrafo 29.

Al respecto, resulta necesario tratar de otorgar un marco previsible para el funcionamiento efectivo de la institución de la intervención sobre la base de la revisión de sus elementos regulatorios y requisitos existentes en el artículo 62 del Estatuto y el artículo 81 del Reglamento. El artículo 62 requiere que la aplicación del Estado interveniente cumpla con dos requisitos centrales a) Que posea un interés jurídico y b) Que este pueda ser afectado en el proceso.

3.1.1 Que posea un interés jurídico

El concepto de “interés jurídico” no ha sido definido por la CIJ salvo en el hecho de considerarlo opuesto a un derecho establecido²⁹ que requeriría de pruebas más exigentes para su defensa, aunque, los jueces Ago y Al Khasawneh, consideran que un interés jurídico no puede ser otra cosa que un derecho.³⁰

En principio, es la Corte quien “determina los límites y el carácter de tal intervención”³¹, ello no implica que la Corte deba manifestarse

viene de la pág. 98

²² *Controversia Fronteriza Terrestre, Insular y Marítima (El Salvador/Honduras; Decisión solicitud de Intervención de Nicaragua)*, I.C.J. Reports 1990, p. 134, párrafo 99.

²³ *Controversia Fronteriza Terrestre, Insular y Marítima (El Salvador c. Honduras; Decisión solicitud de Intervención de Nicaragua)*, C.I.J. Reports 1990, p. 136, párrafo 102.

²⁴ *Controversia Fronteriza Terrestre, Insular y Marítima (Sentencia El Salvador c. Honduras; Nicaragua Interviniente)*, C.I.J. Reports 1992, p. 421, párrafo 609.

²⁵ *Ibíd.*, p. 424, párrafo 610.

²⁶ Como, por ejemplo, en los casos de Plataforma Continental entre Túnez y Libia, solicitud de Malta (1982) y Libia contra Malta, solicitud de Italia, (1984). Ver QUINTANA, op. cit., p. 850.

²⁷ DE HOOG, A.J.J., “Intervention under article 62 of the Statute and the Quest for Incidental Jurisdiction without the Consent of the Principal Parties”, in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 6, No. 1, April 1993, p. 45.

²⁸ *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Costa Rica)*, Opinión disidente del Juez Abraham, p. 384, párrafos 5 y 6.

sobre la procedencia o naturaleza del interés jurídico alegado³² sino que simplemente debe dar o no la oportunidad de informar del contenido del mismo apoyado con un estándar convincente de prueba.

Sin embargo, esta ambigüedad sobre el referido concepto, junto al hecho de que la Corte deba analizar eventualmente los propósitos reales de la intervención, hace inevitable que se produzcan juicios de valor subjetivo sobre los presuntos intereses jurídicos presentados³³, generando un cierto margen de incertidumbre en el resultado.³⁴

Para algunos tratadistas, esta determinación no debería ser tan complicada siendo el texto del artículo 62, como lo refiere el Juez Al-Khasawneh, “evidentemente liberal, puesto que el término “interés” no es calificado como directo, sustancial o crucial, basta que posea una naturaleza jurídica, es decir que no se circunscriba a un contenido político o económico”³⁵. Así, para que la solicitud de intervención sea concedida sería suficiente que se cumplan con los requisitos enunciados en dicho artículo. En la práctica no ha sido así.

Para otros, la diferencia conceptual entre interés jurídico y derecho facilitaría la aceptación de la intervención pues el interés jurídico desde la perspectiva del Juez Abraham constituye una figura más flexible y

viene de la pág. 99

²⁹ *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Costa Rica)*, p. 358, párrafo 26.

³⁰ *Plataforma Continental (Libia c. Malta, Decisión solicitud de Intervención de Italia)*, I.C.J. Reports, 1984, Opinión disidente del Juez Ago, I.C.J. Reports, 1984, p. 124, párrafo 16 y *Delimitación territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Decisión Solicitud de Intervención de Costa Rica)*, Opinión Disidente del Juez Al-Khasawneh, p. 382, párrafo 25.

³¹ *Controversia Marítima y Territorial (Nicaragua c. Colombia, Decisión Solicitud de Intervención de Costa Rica)*, I.C.J. Reports, 2011, p. 358, párrafo 25.

³² *Controversia Fronteriza Terrestre, Insular y Marítima (El Salvador/Honduras; Decisión Solicitud de Intervención de Nicaragua)*, Sentencia, I.C.J. Reports 1990, p. 131, párrafo 91.

³³ CHINKIN, *op. cit.*, p. 500.

³⁴ BONAFE, *op. cit.*, p. 743.

amplia³⁶. En similar posición se encuentran los jueces Cancado Trindade y Yusuf, quienes consideran que el clarificar esta distinción permitiría aplicar al interés jurídico un menor estándar de prueba³⁷ y con ello facilitar su aceptación.

Desde otra perspectiva, el Juez Keith alienta a no intentar definir este concepto para evitar así una evaluación especulativa³⁸, reconociendo el carácter elusivo de la diferencia entre interés jurídico y derecho. Baste recordar que los Estados, en varios de los casos en que han solicitado una intervención, han reclamado la existencia de “derechos” a ser afectados, incluyendo a Italia³⁹ (“respeto por sus derechos soberanos”), Nicaragua⁴⁰ (“derechos jurídicos”) y Filipinas⁴¹ (“derechos jurídicos”). Guinea Ecuatorial que constituye uno de los casos exitosos en su pedido de intervención refirió también a la existencia de derechos y no de intereses jurídicos⁴². Costa Rica buscó también la protección de sus “derechos e intereses jurídicos y jurisdicción en el área marítima del Mar Caribe”⁴³, al igual que Honduras cuando buscó proteger e informar sobre los “derechos e intereses en el Mar Caribe”⁴⁴ que podían ser afectados por la decisión de la Corte.

viene de la pág. 100

³⁵ *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Costa Rica)*, Opinión disidente del Juez Al-Khasawneh, I.C.J. Reports, 2011, p. 375, párrafos 5 y 6.

³⁶ *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Costa Rica)*, Opinión disidente del Juez Abraham, I.C.J. Reports, 2011, p. 880, párrafo 6.

³⁷ *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Costa Rica)*. Opinión disidente conjunta de los jueces Cancado Trindade y Yusuf, I.C.J. Reports, 2011, p. 410, párrafo 20.

³⁸ *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Costa Rica)*, Declaración del Juez Keith, I.C.J. Reports, 2011, p. 393, párrafo 4.

³⁹ *Plataforma Continental (Libia c. Malta)*, Solicitud de Intervención de Italia, I.C.J. Reports, 1983, p. 423, párrafo 16.

⁴⁰ *Controversia Terrestre, Insular y Marítima (El Salvador/Honduras)*, Solicitud de Intervención de Nicaragua, I.C.J. Reports 1989, p. 4, párrafos 5-6.

⁴¹ *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia c. Malasia, Decisión solicitud de Intervención de Filipinas)*, C.I.J. Reports, 2001, p. 4, párrafo 5.

Lo cierto es que la falta de claridad y definición del concepto de interés jurídico no ayuda ni a los litigantes, ni a la Corte, generando mayor confusión y cabría preguntarse hasta qué punto podría terminar siendo útil una definición de interés jurídico que ha demostrado ser difícil y problemática, y que sería más conveniente procurar identificarlo en una aproximación caso por caso.

Bonafé ha realizado un esfuerzo por identificar cuatro categorías de intereses jurídicos que podrían justificar una intervención:

a) Intereses que forman parte de la decisión por estar estrechamente vinculados al asunto de la controversia. Esta es considerada como una intervención necesaria en tanto la Corte para su decisión requiere la participación de un tercer Estado ajeno al proceso⁴⁵. La Corte se ha abstenido de ejercitar jurisdicción cuando intereses de un tercer Estado que no participa en el caso forman parte del fondo de la decisión, como ocurriera en el caso “Oro amonedado removido de Roma”⁴⁶.

b) Intereses directamente afectados al estar conectados a la controversia como podría tratarse del caso de una delimitación marítima con espacios superpuestos. Por ejemplo en la aplicación de Guinea Ecuatorial la CIJ notó que una delimitación entre Camerún y Nigeria en el Golfo de Guinea eventualmente afectaría zonas marítimas de otros Estados, en particular de Guinea y Sao Tomé⁴⁷. De esta forma, la Corte dejó abierto (sin delimitar) el punto final de la frontera a fin de salvaguardar los derechos de estos terceros Estados.⁴⁸

viene de la pág. 101

⁴² *Controversia Terrestre y Marítima (Camerún c. Nigeria)*. Solicitud de Intervención de Guinea Ecuatorial, C.I.J. Reports, 1999, p. 12.

⁴³ *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Costa Rica)*, p. 10, párrafo 12.

⁴⁴ *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Honduras)*, p. 426, párrafo 12.

⁴⁵ BONAFE, op. cit., 744.

⁴⁶ DE HOOGH, op. cit., p. 37. Caso del Oro Amonedado removido de Roma, C.I.J. Recueil, 1954. Ver supra nota 14.

c) Intereses que pueden ser afectados por implicación con la decisión de la CIJ, como el caso de Grecia que buscó intervenir en la disputa entre Alemania contra Italia sobre inmunidades jurisdiccionales. Grecia junto con Italia eran los únicos Estados que habían rechazado otorgar inmunidad a Alemania para ejecutar en su territorio las sentencias por violaciones graves de dicho país a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario durante la II Guerra Mundial⁴⁹. En este caso era claro la vinculación jurídica puesto que si la CIJ fallaba que Italia había violado el derecho internacional, la actitud de Grecia debía ser considerada en el mismo sentido.⁵⁰

d) Intereses generales. Este tipo de aplicaciones han sido excluidas de manera expresa indicando que “el interés de un tercer Estado sobre reglas generales y principios que podrían ser aplicados en la decisión no justifica una intervención”⁵¹. Este interés ha sido considerado remoto desde la perspectiva del artículo 62⁵². En el borrador de Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional preparado por el Comité Asesor de Juristas se produjo un debate sobre si bastaba un interés general para intervenir permitiendo así a los Estados influenciar el Derecho Internacional o si se requería un interés específico que pudiera ser afectado en el caso, privilegiándose esta segunda visión⁵³. Una cuestión diferente podría ser el caso de protección de obligaciones *erga omnes* que difiere

viene de la pág. 102

⁴⁷ *Controversia Terrestre y Marítima (Camerún c. Nigeria, Orden Solicitud de Intervención Guinea Ecuatorial)*, 1999, p. 1030-1031, párrafo 2.

⁴⁸ *Controversia Terrestre y Marítima (Camerún c. Nigeria, con Guinea Ecuatorial interviniente)*, Sentencia, 2002, p. 448, párrafo 307.

⁴⁹ *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)*, Respuesta de Alemania a la solicitud de Intervención de Grecia, 2011, párrafos 17 y 18.

⁵⁰ UCHKUNOVA, op. cit., p. 187.

⁵¹ *Delimitación Fronteriza Terrestre, Insular y Marítima, (El Salvador/Honduras, Decisión solicitud de Nicaragua)*, 1990, p. 124, párrafo 76.

⁵² BONAFE, op. cit., p. 755.

⁵³ Artículo 59 del Estatuto: “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”. Ver JIMÉNEZ DE

de un interés general y se convierte en una obligación de protección de dichos principios y reglas del derecho internacional tanto para la parte operativa como decisoria del fallo, lo que podría ser considerado como una noción ampliada del interés jurídico.

3.1.2. Que podría verse afectado en la decisión

Como un segundo requisito la parte interviniente deberá ser capaz de “mostrar que su interés jurídico ‘podría’ ser afectado.⁵⁴ No que será o deberá ser afectado”,⁵⁵ o que se trate de un derecho entendido como un título evidente, pues no se trata de predecir el resultado pero sí tomar en consideración los posibles fallos. Otra vez, en opinión del Juez Al Khasawneh, la redacción es liberal, pues el término “afectado”, en relación al interés jurídico que un Estado pretende alegar, implica que no tiene que ser de una naturaleza seria o irreversible⁵⁶, demandándose en el artículo 62 un menor estándar de prueba⁵⁷, lo que debería contribuir a facilitar la intervención.

Con relación a las aguas del Golfo de Fonseca, la CIJ encontró que los pedidos de El Salvador (condominio de aguas) y de Honduras (comunidad de intereses) tenían la posibilidad de afectar los derechos de

viene de la pág. 103

ARECHAGA, Eduardo, “Intervention under Article 62 of the Statute of the International Court of Justice”, in *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschernrechte – Festschrift für Hermann Mosler*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg New York, 1983, p. 458.

⁵⁴ *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Costa Rica)*, p. 367-368, párrafos. 66-67 y *Delimitación Fronteriza Terrestre, Insular y Marítima, (El Salvador/Honduras, Sente Decisión solicitud de intervención de Nicaragua)*, 1990, p. 129, párrafo 87.

⁵⁵ *Controversia Terrestre, Insular y Marítima (El Salvador/Honduras, Decisión solicitud de Intervención de Nicaragua)*, C.I.J. Reports, 1990, p. 117, párrafo 61.

⁵⁶ *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Costa Rica)*, Opinión Disidente del Juez Al-Khasawneh, párrafos 5 y 6.

⁵⁷ BONAFE, *op. cit.*, 741.

Nicaragua que compartía dicho espacio natural y aceptó la intervención. Para Chinkin, esta situación se asemejaba a la solicitud de Italia, en el caso Plataforma Continental Libia contra Malta, en la cual la solicitud italiana buscaba asegurar el respeto a su plataforma continental.⁵⁸ Sin embargo, en este último caso la CIJ consideró que Italia “estaba solicitando decidir sobre los derechos que reclamaba (estableciendo así una nueva disputa) y no meramente para asegurar que esos derechos no se vean afectados”⁵⁹, rechazando dicho pedido, posición que es cuestionable.

Asimismo, el interés jurídico debe estar conectado de manera suficiente con la demanda interpuesta ante la CIJ, no necesariamente tiene que estar basado en el asunto del caso sino que basta sea afectado por la decisión⁶⁰. Dicho interés, sin embargo, no debe transformar el caso o generar una nueva controversia, lo que provocaría el rechazo de la CIJ⁶¹. La Corte consideró que Filipinas en el caso de las islas Pulau Ligitan y Pulau Sipadan, fue incapaz de demostrar cómo el razonamiento o la interpretación de tratados específicos entre Indonesia y Malasia podría afectar su interés jurídico⁶², en tanto Filipinas había reconocido no tener interés sobre las referidas islas, sino que buscaba evitar crear un precedente que pudiera afectar su reclamo de soberanía al norte de Borneo.

Otro elemento a considerar será la referencia que hace el Estado interviniente a las reglas de derecho internacional que desea aplicar en la defensa de sus propios intereses jurídicos, las cuales deberían ser precisas,⁶³ a fin de poder observar su vinculación con aquellas involucradas en dicho

⁵⁸ CHINKIN, C.M., en ZIMMERMANN, Andreas; TOMUSCHAT, Christian y OELLERS-FRAHM, Karin, “The Statute of the International Court of Justice. A commentary”, Oxford University Press, 2006, p. 1353.

⁵⁹ *Plataforma Continental (Libia c. Malta, Decisión solicitud de Intervención de Italia)*, C.I.J. Reports, 1984, p. 15, párrafo 22.

⁶⁰ *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia c. Malasia. Decisión solicitud de Intervención de Filipinas)*, 1998. Opinión separada del Juez Weeremantry, p. 648, párrafo 31.

⁶¹ UCHKUNOVA, *op. cit.*, p. 185.

⁶² CHINKIN, *op. cit.*, p. 1351.

⁶³ DE HOOGH, *op. cit.*, p. 25

caso. Asimismo, el interés no debe referir necesariamente a la totalidad de la disputa pues puede tratarse solo sobre un aspecto de ella.⁶⁴

Cabe destacar que la afectación del interés no se limita únicamente al fallo sino también al razonamiento que lo precede y sustenta⁶⁵, y que incluso como lo reconoció la Corte podría ser suficiente para justificar una intervención⁶⁶. Así, cuando se lee en el texto en español del artículo 62 sobre un interés jurídico que “pueda ser afectado por la decisión”, dicha frase debe ser interpretada de manera amplia para conciliarlo con la versión francesa que refiere a “un interet d’ordre juridique... en cause”, que incluye aspectos que trascienden la mera decisión.⁶⁷

A la fecha, la mayoría de casos de intervención aceptados bajo el artículo 62, han estado vinculados a delimitaciones marítimas y sólo uno fuera de este marco referido a las Inmunidades Jurisdiccionales del Estado.

3.2 La intervención como derecho (artículo 63 del Estatuto)

La intervención como derecho al amparo del artículo 63 del estatuto otorga a un Estado la potestad de intervenir para participar en la construcción de un referido cuerpo legal del que forma parte contratante. La racionalidad de este artículo reside en la búsqueda de procurar una interpretación uniforme y permitir el desarrollo armónico del derecho internacional⁶⁸ y en el reconocimiento de que cada Estado está obligado al cumplimiento de las obligaciones del tratado del cual es parte y a buscar, de forma individual y conjunta, la satisfacción de su objeto y propósitos.

⁶⁴ QUINTANA, *op. cit.*, p. 863.

⁶⁵ *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia c. Malasia. Decisión solicitud de Intervención de Filipinas)*, 1998, p. 596, párrafo 47.

⁶⁶ PALCHETTI, Paolo, “Opening the International Court of Justice to Third States: Intervention and Beyond”, en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 6, 2002, p. 156.

⁶⁷ *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia c. Malasia. Decisión solicitud de Intervención de Filipinas)*, 1998, p. 596, párrafo 47.

⁶⁸ CHINKIN, *op. cit.*, p. 1370.

Esta intervención tiene sus orígenes en las provisiones relativas al arbitraje internacional incluyendo el artículo 16 del borrador de la Normativa para el Procedimiento Arbitral Internacional adoptada por L’Institute de Droit International en 1875, el artículo 56 de la Convención para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales adoptada en la Conferencia de Paz de La Haya de 1899⁶⁹ y el artículo 84 de la Convención de La Haya de 1907.

El Comité de Juristas encargado de revisar este asunto en la II Conferencia de Paz de La Haya afirmó que “(...) la interpretación de una Convención en la cual otros Estados, aparte de los principales, forman parte, les otorga a todos el derecho de intervenir (...) la interpretación contenida en la sentencia será obligatoria entre este y las otras partes del caso”⁷⁰. El vínculo entre el interviniente y las partes de la disputa es el referido tratado.⁷¹

Este derecho de intervención fue consagrado en el artículo 63 del Estatuto de la CIJ, no siendo necesario para el solicitante probar ningún interés jurídico. Es decir en el caso de que las condiciones listadas en dicho artículo se cumplan, la Corte no tendría opción sino de aceptar la intervención.⁷²

A pesar de contar con esta amplia oportunidad de intervención, y ser menos controversial⁷³, esta facultad ha sido utilizada raramente.⁷⁴ Esta situación busca ser explicada por Park en el sentido de que los Estados no quieren verse obligados formalmente por la interpretación de la Corte,

⁶⁹ PARK, Hyun Seok, “*To Apply or to Declare or Both? Links between the Two Types of Intervention under the ICIJ Statute*” en *Journal of East Asia and International Law*, 2013, Volume 6, Issue 2, Autumn, p. 420.

⁷⁰ PARK, *op. cit.*, p. 420

⁷¹ CHINKIN, *op. cit.*, p. 1590, LIEBELT, Franziska, “Third State Intervention before the International Court of Justice in International Environmental Law Cases”, Faculty of Law, Victoria University of Wellington in <http://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/bitstream/handle/10063/3387/thesis.pdf>. p. 7

⁷² DE HOOGH, *op. cit.*, p. 18.

⁷³ *Ibid.*, p. 17.

a pesar de que esta interpretación influirá de todas formas la manera de aplicar el tratado.⁷⁵

El artículo 63 fue aplicado en el caso SS Wimbledon⁷⁶, cuando la CPJI admitió la intervención buscada por Polonia con relación a la interpretación de ciertas cláusulas del Tratado de Versalles. En el caso Haya de la Torre⁷⁷, la CIJ permitió a Cuba una intervención limitada a un aspecto de la Convención de La Habana, la obligación de entregar o no al refugiado. Ello frente a la oposición peruana que indicaba que la intención cubana era apelar el Fallo emitido el 20 de noviembre de 1950 sobre el Caso Asilo⁷⁸. Esta decisión de la CIJ permite interpretar que la intervención bajo el artículo 63 también estaría sujeta a cierto grado de discrecionalidad de la Corte.⁷⁹

Finalmente, la aceptación unánime, en el año 2013, a la intervención de Nueva Zelanda en el caso Caza de Ballenas en la Región Antártica (Australia c. Japón)⁸⁰, que reconocía la vigencia de esta institución bajo el artículo 63, cuyo último antecedente databa de 1951, ha generado un renovado optimismo entre los defensores de esta institución.

El Juez japonés, Hisashi Owada, sin llegar a oponerse a la intervención, cuestionó que esta participación podría producir anomalías al derecho de igualdad de las partes ante la Corte considerando que la posición de Nueva Zelanda respondía plenamente a los intereses australianos en el proceso⁸¹. Dicho Juez consideraba que la Corte podía ejercitar su capacidad de discreción en el artículo 63, de forma similar al

viene de la pág. 107

⁷⁴ GAJA, “A New Way for Submitting Observations on the Construction of Multilateral Treaties to the International Court of Justice” en *From Bilateralism to Community Interests. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, 699 (U. Fastenrath et al. eds., 2011).

⁷⁵ PARK, *op. cit.*, p. 421.

⁷⁶ *SS Wimbledon (Reino Unido, Francia y Japón c. Alemania)*, CPJI. 1923

⁷⁷ *Haya de la Torre, (Colombia c. Perú)*, ICJ Reports, 1951, p. 76.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 266.

62⁸². Es decir, denegar una intervención que atentara contra los principios jurídicos fundamentales, incluyendo, en este caso, el de la igualdad o equidad entre los Estados. La Corte indicó que dado que el artículo limitaba a la parte interviniente a meramente presentar observaciones en la interpretación de la convención no existía el riesgo de violentar el principio de igualdad de las partes.

El Juez Cancado Trindade, felicitó esta decisión considerándola como un nuevo paso positivo en favor de la institución de la intervención⁸³, augurando su capacidad de ser incrementada en el futuro.⁸⁴

4. LA DISCRECIONALIDAD DE LA CIJ

Como se ha indicado, para algunos tratadistas como el actual Presidente de la CIJ, Ronnie Abraham, la intervención podría ser incluso considerada como un derecho de las partes condicionado al cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 62 del Estatuto. Una cosa es que la Corte determine si se cumplió o no las condiciones exigidas y otra que pueda desconocer ello y negarse sobre una base meramente discrecional⁸⁵. La jueza Donoghue, en esa misma línea recuerda que el artículo 62 (2) no confiere una discreción general para rechazar la intervención por razones políticas⁸⁶. Sin embargo, factores como la incapacidad de definir

viene de la pág. 108

⁷⁹ CHINKIN, *op.cit.*, p. 1375.

⁸⁰ *Caza de Ballenas en la Región Antártica*, (*Australia c. Japón, Decisión solicitud de Intervención de Nueva Zelanda*), 2013, p. 10, párrafo 23.

⁸¹ *Ibid.*, p. 12, párrafo 5.

⁸² *Caza de Ballenas en la Región Antártica*, (*Australia c. Japón, Decisión Solicitud de Intervención de Nueva Zelanda*), 2013, Declaración del Juez Owada, p. 11, párrafo 1.

⁸³ *Ibid.*, p. 11, párrafo 1.

⁸⁴ HAMBRO, E., “Intervention under Article 63 of the Statute of the International Court of Justice” en *Il Processo Internazionale* (1975), citado en *Caza de Ballenas en la Región Antártica*, (*Australia c. Japón, Decisión solicitud de Intervención de Nueva Zelanda*), 2013, Declaración del Juez Owada, p. 521, párrafo 40.

el concepto de interés jurídico y la necesidad de analizar la posible afectación de dicha intervención al caso, han producido como consecuencia el fortalecimiento del poder discrecional de la CIJ. Ello es independiente de la voluntad de las partes principales, bajo la interpretación de que al acceder a la aplicación del reglamento de la CIJ los Estados están aceptando a su vez la posibilidad de la intervención de un tercer Estado en el proceso.⁸⁷

Así, la Corte deberá considerar junto con los elementos presentados por el Estado interviniendo, factores como el hecho de que un tercer Estado busque retrasar el caso, la forma en que influiría su participación en la decisión o si responde a otros intereses diferentes a la protección de su interés jurídico. Chinkin⁸⁸, cita a Fitzmaurice indicando que la Corte posee un ejercicio quasi-discrecional pues debe tomar en cuenta también “cuestiones de pertinencia, propósito, el peso del interés jurídico, de propiedad, etc.”⁸⁹

De esta forma, la Corte ha reservado para sí esta potestad de decisión e indicado de manera consistente que es ella quien “determinará los límites y el alcance de dicha intervención”⁹⁰, analizando si el interés que se pretende proteger está relacionado o no con el fondo del caso. Incluso si las partes no objetan la intervención la CIJ puede denegarla

viene de la pág. 109

⁸⁵ *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Honduras)*, 2011, Opinión disidente del Juez Abraham, p. 447, párrafo 3.

⁸⁶ *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Honduras)*, 2011 Opinión disidente de la Juez Donoghue, p. 476, párrafo 17.

⁸⁷ LIEBETL, *op. cit.*, p. 5.

⁸⁸ CHINKIN, *op. cit.*, p. 525.

⁸⁹ Fitzmaurice, Gerald, “The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure”, 34 *Brit. Y.B. Int’l.*, 126 (1958).

⁹⁰ *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia c. Malasia. Decisión solicitud de Intervención de Filipinas)*, 1998, p. 606, párrafos 87 y 88.

desde la perspectiva de que en tanto la intervención no crea un nuevo caso, el consentimiento de las partes no sería necesario⁹¹. En el fallo sobre la solicitud de intervención de Honduras indicó que “Un tercer Estado no tiene derecho a intervenir (...) la decisión es prerrogativa de la Corte, sobre la base de los elementos presentados”⁹². En caso conceda la intervención estará sujeta a los propósitos limitados en función de su interés, la CIJ establece que “(...) [c]uando permite la intervención, podrá limitar el alcance y permitir la intervención a un asunto específico de la demanda”⁹³, así Grecia fue “permitida de intervenir de manera limitada a las decisiones de las cortes griegas”.⁹⁴

En virtud de este razonamiento, si bien en principio bastaría que las condiciones exigidas se satisfagan para autorizar la intervención, lo cierto es que se trata de una determinación compleja que siempre habrá de estar sujeta a ciertos márgenes mínimos de discrecionalidad. Esto último a fin de evaluar de manera holística la naturaleza de una determinada intervención y analizar si existen otros intereses en juego independientemente del interés jurídico que se pretende proteger o si esta intervención complicará o no el proceso en su conjunto.

Desde una visión positiva, la decisión de intervenir independientemente de la facultad ofrecida a terceros Estados de proteger la posible afectación de intereses jurídicos propios, otorga a la CIJ la posibilidad de evitar la duplicación o multiplicación de procesos, o la generación de resultados contradictorios, así como ser dotada de una perspectiva más amplia y mejor informada del caso sometido bajo su jurisdicción.

De otro lado, un intento de explicación de esta actitud restrictiva lo realiza Chinkin, arguyendo que posiblemente la CIJ no quiere arriesgar

⁹¹ CHINKIN, *op. cit.*, 1358.

⁹² *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Honduras)*, p. 433, párrafo 35.

⁹³ *Controversia Marítima y Territorial (Nicaragua c. Colombia, Solicitud de Intervención de Costa Rica)*, 2011, p. 361, párrafo 42.

⁹⁴ UCHKUNOVA, *op. cit.*, p. 192.

la emisión de una solución exitosa, al ampliar su ámbito de acción a una aceptación masiva de intervenciones, o perder el control de la evolución de esta disputa y eventualmente de su resultado, al incorporar asuntos que trascienden los intereses directos de las partes originales⁹⁵, o disuadir a los Estados a utilizar esta institución si temen la intrusión de una tercera parte que podría amenazar su autonomía⁹⁶. Asimismo, se ha interpretado que numerosas intervenciones pueden atentar contra el normal desarrollo del proceso al prolongarlo en demasía cuando la protección de esos otros intereses jurídicos podrían resolverse posteriormente o a través de otros foros disponibles. Esta afectación del caso podría apreciarse de forma más clara en situaciones vinculadas a la delimitación territorial donde se presume que se trata de asuntos bilaterales basados en acuerdos específicos únicamente entre las partes⁹⁷. Finalmente, la CIJ puede entender que al circunscribir el análisis a una situación estrictamente bilateral actúa más eficientemente o protege los intereses de las partes originales en la integridad de su disputa.

Sin embargo, estos elementos no pueden contraponerse o tomarse como pretexto para desconocer la defensa de los legítimos intereses de terceros Estados, cuyo mecanismo de defensa se encuentra amparado por el propio Estatuto de la Corte, así como no debería considerarse a la intervención como un acto inamistoso.

En los casos referidos a opiniones consultivas, por ejemplo, la Corte da la bienvenida a todos los Estados interesados. No se tiene que probar ningún interés para participar. Jessup, al respecto, cita el caso de Interpretación del acuerdo del 25 de marzo de 1951 entre la Organización Mundial de la Salud y Egipto en donde según el artículo 66.1 del Estatuto de la CIJ se notificó a todos los Estados para que participen en el proceso.⁹⁸

⁹⁵ CHINKIN, C.M., “Third Party Intervention Before the International Court of Justice”, en *The American Journal of International Law*, Vol. 80, No. 3 (Jul. 1986), p. 501.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 530.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 513.

Respondiendo a esa solicitud ocho Estados presentaron alegatos escritos y orales, incluso esta posibilidad estuvo abierta a Estados que no formaban parte de la OMS, en aplicación del artículo 66.3 del referido cuerpo legal⁹⁹. No queda claro bajo qué circunstancias la Corte podría negarse a dicha participación.¹⁰⁰

Tomando como base esta facultad discrecional, y aplicando en general una visión restrictiva, la CIJ ha impuesto una carga probatoria severa que, en algunos casos, ha exigido elementos adicionales no contemplados en el artículo 62, como la existencia o posibilidad de aplicación de remedios alternativos, entre los que ha considerado al artículo 59 del Estatuto de la Corte¹⁰¹, limitando así la participación de un tercer Estado como interviniente.¹⁰²

4.1 La aplicación del artículo 59 en las solicitudes de intervención

El artículo 59 del Estatuto¹⁰³ tiene por objeto limitar el efecto obligatorio de una decisión a terceras partes, exonerándolas de los efectos que pudiera generar. Este principio de derecho internacional ha sido utilizado por la CIJ¹⁰⁴, para interpretar, en algunos casos, que dicha protección o salvaguarda del Estatuto hace innecesaria la intervención de un tercer Estado o considerarla redundante.

viene de la pág. 112

⁹⁸ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. *Artículo 66.1*. Tan pronto como se reciba una solicitud de opinión consultiva, el Secretario la notificará a todos los Estados que tengan derecho a comparecer ante la Corte.

⁹⁹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. *Artículo 66.3*. Cualquier Estado con derecho a comparecer ante la Corte que no haya recibido la comunicación especial mencionada en el párrafo 2 de este Artículo, podrá expresar su deseo de presentar una exposición escrita o de ser oído y la Corte decidirá.

¹⁰⁰ JESSUP, Philip, "Intervention in the International Court", in *The American Journal of International Law*, Vol. 75, No. 4 (Oct. 1981), p. 905.

¹⁰¹ GREIG, D.W., "Third Party Rights and Intervention Before the International Court", en *Virginia Journal of International Law*, (1991), Vol. 32. p. 319. Este asunto fue argumentado contra Malta en *Plataforma Continental (Túnez c. Libia. Solicitud de Intervención de Malta)* y contra Italia en el caso *Libia c. Malta* (1984).

En la práctica, sin embargo, esta aseveración es discutible. Más aun cuando la propia Corte ha manifestado que dicho artículo no siempre es suficiente para proteger el derecho de terceros Estados¹⁰⁵, aceptando la intervención de Guinea Ecuatorial en el caso de delimitación marítima entre Camerún y Nigeria y, posteriormente, absteniéndose de definir la frontera marítima de forma completa a fin de proteger los posibles derechos no sólo de Guinea Ecuatorial, sino también de Santo Tomé y Príncipe.¹⁰⁶

Dicha afirmación confirma que no siempre es posible para los jueces distinguir los efectos inmediatos y directos de una decisión entre dos partes y las posibles consecuencias para una tercera en aquellos aspectos en los cuales podría afectar un interés jurídico¹⁰⁷, lo que incluye el razonamiento de la decisión de la Corte¹⁰⁸. En esa línea, numerosos jueces han considerado como irreal y excesivamente formal confiar en el artículo 59 como la única garantía de los intereses de terceros.¹⁰⁹

Asimismo, existen situaciones que pueden ser consideradas como excepciones del referido artículo 59, en las cuales los Estados no pueden ignorar una decisión judicial de la CIJ. Zimmerman establece tres tipos de casos: 1. Aquellas sentencias que contribuyen al desarrollo del derecho internacional cuyas exposiciones autoritativas del derecho será aplicadas por todos los Estados. En estos casos, es difícil clamar posteriormente “inmunidad” frente a la aplicación subsecuente de la interpretación ofrecida por la Corte, así como de los principios y reglas de Derecho

viene de la pág. 113

¹⁰² BONAFE, *op. cit.*, p. 756.

¹⁰³ Artículo 59 del Estatuto: “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y *respecto* del caso que ha sido decidido”.

¹⁰⁴ Plataforma Continental entre Libia y Malta, ICJ Reports (1984), p. 26, párrafo 42 o *Controversia Marítima y Territorial (Nicaragua c. Colombia, Solicitud de Intervención de Costa Rica)*, 2011, p. 124, párrafo 77.

¹⁰⁵ *Controversia Terrestre y Marítima (Camerún c. Nigeria)*. *Decisión solicitud de Guinea Ecuatorial*, p. 421, párrafo 238.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 421, párrafo 238.

¹⁰⁷ GREIG, *op. cit.*, p. 318.

utilizados¹¹⁰; 2. Aquellas que establecen resultados objetivos, como en el caso de una delimitación; y 3. Casos de intervención de un tercer Estado en el asunto en que ha intervenido¹¹¹. Al respecto, una Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en 1999, actuando como relator Rudolph Bernhardt, declara que “La decisión de un Tribunal es obligatoria para el Estado interviniente en la extensión de la intervención admitida. Así, como para las partes del caso en sus relaciones con el Estado interviniente”¹¹², lo que le otorgaría el derecho de hacer cumplir la parte del fallo relevante en igual forma que las partes. La CIJ no ha compartido esta visión cuando en el fallo a propósito de la disputa entre El Salvador y Honduras, indicó que “(...) el Estado interviniente no está obligado por el fallo en el que ha intervenido”¹¹³ sobre la base del artículo 59 por el cual el fallo sólo es *res judicata* para las partes del caso. Desde esta postura, un tercer Estado será oído sin adquirir ninguna obligación frente a las partes y sin asumir ningún compromiso frente a la decisión, equiparándose esta situación a la de aquellos Estados que se han abstenido de intervenir con la diferencia sustantiva de haber podido presentar su posición ante la Corte.¹¹⁴

Puede indicarse que esta interpretación asimila, sin mayores fundamentos, la figura de la intervención prácticamente a la recepción de información en la modalidad de *Amicus Curiae*. Si se aceptara esta aproximación se generaría un desbalance en el proceso, pues un Estado podría presentar sus argumentos sin mayor responsabilidad sobre el resultado. Una visión más coherente es que el interviniente se encuentra

viene de la pág. 114

¹⁰⁸ BERNHARDT, Rudolf, en ZIMMERMANN, Andreas; TOMUSCHAT, Christian y OELLERS-FRAHM, Karin, “The Statute of the International Court of Justice. A commentary”, Oxford University Press, (2006), p. 1242.

¹⁰⁹ *Plataforma Continental (Libia c. Malta, solicitud de intervención de Italia)*, 1984, (Opiniones disidentes de Jennings, p. 158, párrafo 29; Oda, p. 103 y 104, párrafos 29 y 30 y Sette-Camara, p. 87, párrafo 81).

¹¹⁰ *Plataforma Continental (Túnez c. Libia. Solicitud de Intervención de Malta. 1981)*. Opinión disidente del Juez Oda p. 31, párrafo 15.

obligado al menos de manera limitada por la decisión en los asuntos sobre los cuales ha intervenido¹¹⁵, tal como se consideraría en situaciones de intervención de un tercero admitido como parte del caso.¹¹⁶

A las excepciones indicadas podría añadirse una cuarta situación en el sentido de que si bien el derecho internacional no reconoce la fuerza obligatoria de los precedentes, pudiendo una sentencia ser modificada con un nuevo caso, la realidad es diferente, pues a menudo un tribunal, y particularmente la CIJ, se refiere a sus decisiones previas, incluso tomando citas extensivas de sus propios pronunciamientos.¹¹⁷

Como se ha indicado, si bien un fallo no es obligatorio *per se* para los terceros Estados, como afirma el artículo 59, sí puede afectar o debilitar jurídicamente, o en los hechos, la posición de un tercer Estado¹¹⁸, creando expectativas en los miembros de la comunidad internacional e influenciando sus acciones futuras¹¹⁹. por lo que no puede reemplazar la naturaleza de la institución de la intervención que otorga una protección mayor y directa a los intereses jurídicos de los Estados, razón, además, para la cual fue concebida. Un ejemplo de esta distorsión se produjo en la decisión sobre la intervención de Costa Rica en el año 2011, que se referirá a continuación.

viene de la pág. 115

¹¹¹ BERNHARDT, *op. cit.*, p. 1247-1248.

¹¹² Anuario del Instituto de Derecho Internacional. IDI Annuaire, vol. 68 (1999-II), p. 376.

¹¹³ *Controversia Fronteriza Terrestre, Insular y Marítima (Sentencia El Salvador c. Honduras, con Nicaragua interviniente)*, I.C.J. Reports 1992, p. 609, párrafo. 423.

¹¹⁴ QUINTANA, *op. cit.*, p. 905.

¹¹⁵ PARK, *op. cit.*, p. 433.

¹¹⁶ *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia), Decisión solicitud de Intervención de Honduras*, 2011, p. 432, párrafo 29.

¹¹⁷ BERNHARDT, *op. cit.*, p. 1244.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 1249.

¹¹⁹ CHINKIN, C.M., en ZIMMERMANN, Andreas; TOMUSCHAT, Christian y OELLERS-FRAHM, Karin, "The Statute of the International Court of Justice. A commentary", Oxford University Press, (2006), p. 1364.

4.1.1 La solicitud de intervención de Costa Rica y el artículo 59

La solicitud de intervención costarricense al caso sobre Disputa Marítima e Insular entre Nicaragua y Colombia, fue denegada por la CIJ por nueve votos contra siete, fundamentándose principalmente en la incapacidad de Costa Rica de demostrar que el interés jurídico que alegaba necesitaba de una protección mayor a la que otorgaba el artículo 59 del Estatuto¹²⁰, ya que Nicaragua y Colombia coincidían en que el área de sus derechos marítimos superpuestos no se extendía más allá de los límites establecidos entre cualquiera de ellos y un tercer Estado¹²¹. De esta forma, con dicho pedido, la Corte requirió a Costa Rica de un criterio adicional no existente para aplicar la intervención, que era “probar que la intervención es la única forma por la cual la Corte puede evitar afectar un interés jurídico”¹²² y en clara contradicción con la solicitud aceptada previamente a Guinea Ecuatorial en un caso similar cuando permitió su participación frente al riesgo de que la prolongación de la frontera marítima pudiera afectar los derechos e intereses de este país¹²³. A la luz de este razonamiento, y aceptando el criterio utilizado, la intervención bajo el artículo 62 en casos de delimitación marítima quedaría prácticamente obsoleta¹²⁴. Asimismo, el cuestionamiento al hecho de considerar que la Corte es lo suficientemente sabia para evitar emitir un fallo que pudiera afectar a un tercero, se encuentra subyacente en toda la

viene de la pág. 116

¹²⁰ *Controversia Territorial y Marítima (Nicaragua contra Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Costa Rica)*, C.I.J., Recueil 2012, p. 372, párrafo 87. La CIJ indicó que “el interés de un tercer Estado, como principio, será protegido por la CIJ, al no definir con especificidad los límites geográficos en un área donde ese interés pueda existir... tanto para el Estado interviniente como al que no”, como lo había indicado en la *Controversia Fronteriza Terrestre, Insular y Marítima (El Salvador/Honduras, Decisión solicitud de Intervención de Nicaragua)*, C.I.J. Recueil, 1992, p. 124, párrafo 77.

¹²¹ *Controversia Territorial y Marítima (Nicaragua contra Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Costa Rica)*, C.I.J., Recueil 2012, p. 369, párrafo 75 y p. 370, párrafo 77.

¹²² *Controversia Territorial y Marítima (Nicaragua contra Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Costa Rica)*, C.I.J., Reports 2012. Opinión disidente de la Juez

intervención separada de la Jueza Donoghue en el caso sobre intervención de Honduras.¹²⁵

Es posible que la CIJ esté interpretando que su jurisprudencia previa le había permitido generar un entendimiento sobre cómo proceder en casos de delimitación marítima, dejando de colocar el último punto de la frontera reemplazándolo con una flecha apuntando a una determinada dirección¹²⁶, sin embargo, ello no es óbice para rechazar una intervención, luego de cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 62, contradiciendo el objetivo de protección de los intereses de terceros Estados, y dejando a la intervención como irrelevante¹²⁷. Ello es más evidente cuando, como se ha indicado, la CIJ no está en la capacidad de prever todas las posibles afectaciones del tercero interviniéndole, más aún si no lo escucha, y convirtiéndose, en la práctica, en un “sustituto de un potencial interviniéndole”¹²⁸, pero sin contar con la información precisa y completa.

Particularmente, en esta solicitud Costa Rica vinculaba su interés jurídico al ejercicio general de sus derechos en el mar Caribe¹²⁹ que incluía también la situación en que quedaría el tratado sobre Delimitación de las áreas Marinas y Submarinas y Cooperación Marítima entre Colombia y

viene de la pág. 117

Donoghue, p. 415, párrafo 6. Opinión que es compartida también en la opinión disidente de los jueces Cancado Trindade y Yusuf, p. 411, párrafo 21.

¹²³ BONAFE, *op. cit.*, p. 747.

¹²⁴ *Ibíd.*, 748.

¹²⁵ *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Honduras)*, Opinión disidente de la Juez Donoghue.

¹²⁶ *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Costa Rica)*, p. 372, párrafos 88 y 89.

¹²⁷ *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Costa Rica)*, Opinión disidente del Juez Abraham, p. 392, párrafo 26.

¹²⁸ *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Costa Rica)*, Opinión disidente conjunta de los jueces Cancado Trindade y Yusuf, p. 405, párrafo 6.

¹²⁹ *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia)*, Solicitud de Intervención de Costa Rica, 2010, p. 4, párrafo 11.

Costa Rica (1977), denominado “Faccio-Fernández”¹³⁰, así como buscaba que la sentencia no atente contra los potenciales derechos marítimos a ser pactados con Nicaragua¹³¹. El resultado del fallo podía, como efectivamente hizo, producir un cambio respecto en las relaciones jurídicas entre estos países¹³², dejando Costa Rica de ser vecino de Colombia¹³³, y ello representaba claramente un interés jurídico importante que no pudo ser explicitado por la decisión de la CIJ¹³⁴. En este caso, no podía aplicarse el artículo 59, como alega la CIJ, porque se trataba de una anulación de facto que modificó el acuerdo limítrofe entre ambos Estados.¹³⁵

Para el Juez Al Khasawneh, ambas provisiones (Arts. 59 y 62) son cualitativamente diferentes tanto en su propósito como en su contenido¹³⁶. El Artículo 62 se debe aplicar en forma previa a una decisión final. Luego de ella, recién se considerará el artículo 59. Al enfocarse la Corte en el artículo 59 ha ignorado las características de la institución de la intervención que tiene más bien un efecto preventivo.¹³⁷

viene de la pág. 118

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 6, párrafo 13.

¹³¹ *Ibíd.*, p. 6, párrafo 12.

¹³² *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Costa Rica)*, Opinión disidente conjunta de los jueces CANCADO TRINDADE y YUSUF, p. 408 y 409, párrafo 18.

¹³³ Costa Rica quedó libre de iniciar un proceso de negociación con Nicaragua sobre un límite marítimo. Así, el 25 de febrero del 2014, Costa Rica presentó una solicitud ante la CIJ para que determine la frontera marítima única entre este país y Nicaragua, de conformidad con el derecho internacional.

¹³⁴ *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Solicitud de Intervención de Costa Rica)*, Opinión disidente conjunta de los jueces Cancado Trindade y Yusuf, p. 408 y 409, párrafos 18 y 19.

¹³⁵ Si bien la CIJ indicó que Costa Rica había reconocido que el Acuerdo de 1977 no constituía el interés jurídico de su intervención ver *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Costa Rica)* p. 369, párrafo 72, ello no es evidente puesto que los propios Jueces Cancado Trindade y Yusuf califican dicha decisión como una interpretación errónea o un malentendido. Ver *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Costa Rica)*, Opinión disidente conjunta de los jueces CANCADO TRINDADE y YUSUF, p. 410, párrafo 19.

Puede sostenerse que en la solicitud de intervención de Costa Rica se configuraban los criterios clásicos que debía poseer esta institución,¹³⁸ a la par de no constituir ningún perjuicio el permitir a este país presentar argumentos y defender sus intereses a partir de pruebas y documentos de forma plena, pero la tendencia a una interpretación restrictiva y conservadora de la Corte redujo, una vez más, el papel de esta institución imponiéndole, en palabras del Juez Oda en el caso de Túnez contra Libia un “severo examen indebido”¹³⁹ que desalienta la participación de los Estados y que representa, al mismo tiempo, una visión reducida del papel que la Corte puede desempeñar en los asuntos internacionales.¹⁴⁰

5. OTROS ASPECTOS VINCULADOS A LA INTERVENCIÓN

5.1 El vínculo jurisdiccional

El artículo 62 no hace referencia a la necesidad del Estado interviniente de poseer un vínculo jurisdiccional con las partes. Ello refiere a una antigua controversia que no pudo ser resuelta en 1922 al momento de la elaboración del Reglamento de la Corte Permanente de Justicia Internacional¹⁴¹. Mientras algunos jueces abogaban por la ausencia de este vínculo jurisdiccional a fin de ofrecer a los “grandes poderes la

viene de la pág. 119

¹³⁶ *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Costa Rica)*. Opinión disidente del Juez Al Khasawneh, p. 378, párrafo 14.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 377, párrafo 11.

¹³⁸ *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Costa Rica)*, Opinión disidente conjunta de los jueces Cancado Trindade y Yusuf, p. 403, párrafo 3.

¹³⁹ *Plataforma Continental (Túnez c. Libia. Solicitud de Intervención de Malta.)*, 1981, Opinión separada del Juez Oda, p. 32, párrafo 18.

¹⁴⁰ LÍCARI, *op. cit.*, p. 287

¹⁴¹ RUDA, J.M., “*Intervention before the International Court of Justice*” in “Fifty years of the International Court of Justice”, Cambridge University Press, 1996, p. 488.

posibilidad de acceder a la Corte (...) y obtener una decisión sobre los principales principios del derecho internacional”¹⁴², otros lo favorecían sobre la base del principio de responsabilidad¹⁴³. Es decir, entendiendo que una parte no podía someterse a la jurisdicción de la Corte con prerrogativas diferentes a las de las otras, así como al hecho de que aquel que no puede ser llevado a la Corte como demandado, no debería poder serlo tampoco como interveniente. Jiménez de Aréchaga consideraba a este vínculo como necesario en tanto los Estados sólo aceptaban la jurisdicción obligatoria de la CIJ con relación a otro Estado a través del artículo 36.2, lo que no podía ser ignorado en la interpretación del artículo 62¹⁴⁴, convirtiendo a la intervención en su sustituto.¹⁴⁵

La clarificación de este asunto tuvo que esperar hasta 1990 cuando una Cámara de la CIJ aceptó por primera vez una solicitud de intervención al amparo del artículo 62 del Estatuto, luego de haber evitado la consideración de este asunto en fallos anteriores¹⁴⁶. Se trató a propósito del pedido de intervención nicaragüense en el caso entre El Salvador y Honduras en 1990 cuando declaró que “(...) la existencia de un vínculo jurisdiccional válido entre el posible interveniente y las partes no es un requisito para el éxito de la aplicación”¹⁴⁷. La competencia de la CIJ se deriva del consentimiento de las partes en formar parte del Estatuto de la Corte y en el ejercicio de los poderes allí derivados.¹⁴⁸

¹⁴² Jueces Weiss, Oda, Loder y Moore. Actas y documentos relativos a la organización de la Corte, Serie D, No. 2, p. 91.

¹⁴³ Jueces Anzilotti, Huber, Altamira, Nebulesco y Yovanovithc. JIMENEZ DE ARECHAGA, *op. cit.*, p. 462.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 465.

¹⁴⁵ ERNE, *op. cit.*, p. 27.

¹⁴⁶ *Plataforma Continental (Túnez c. Libia. Solicitud de Intervención de Malta, 1981).* La CIJ se abstuvo de decidir al haber descartado la intervención de Malta por otras razones.

¹⁴⁷ Se trataba de una intervención limitada al régimen jurídico de las aguas del Golfo de Fonseca, excluyendo su posible delimitación. *Disputa Fronteriza Terrestre, Insular y Marítima (El Salvador c. Honduras. Solicitud de Intervención de Nicaragua.)*, 1986, p. 136, párrafo 104.

¹⁴⁸ QUINTANA, *op. cit.*, p. 878.

Así, cuando el artículo 81, para. 2 (c) del Reglamento de la Corte refiere que la parte interviniente debe presentar “toda base de jurisdicción” dicho vínculo de jurisdicción no constituye una condición *sine qua non* para intervenir¹⁴⁹, la CIJ agrega que dicho artículo “no le confiere una discreción general para aceptar o rechazar una solicitud” y tiene por finalidad únicamente ofrecer a la CIJ todos los elementos necesarios para su decisión de acuerdo a las circunstancias de cada caso y al cumplimiento de las disposiciones del estatuto¹⁵⁰. Cabría preguntarse si dicho párrafo tiene en la actualidad algún papel que desempeñar.¹⁵¹

Wellens alertaba cautela respecto a la decisión de 1990 pues fue decidida no por la Corte en pleno sino por una cámara de cinco jueces,¹⁵² sin embargo esta interpretación fue confirmada en el Caso Inmunidades Jurisdiccionales del 2011 donde la CIJ reitera que “no es necesario establecer la existencia de una base de jurisdicción entre las partes del caso y el Estado que busca intervenir como no parte”¹⁵³. Esta decisión fue respaldada por quince votos contra uno. Se trata como menciona Mc Ginley de un derecho recíproco general para intervenir en caso en que un Estado vea afectado su interés.¹⁵⁴

5.2 El estatus de parte o no parte del interviniente

Otro asunto resuelto con la primera decisión de aceptación de la intervención fue el estatus que asumiría el interviniente en el caso. La

¹⁴⁹ *Controversia terrestre, insular y marítima (El Salvador c. Honduras, Decisión solicitud de Intervención de Nicaragua)*, I.C.J. Reports, 1990, p. 135, párrafo 100.

¹⁵⁰ *Plataforma Continental (Túnez c. Libia, Decisión solicitud de Intervención de Malta)*, 1981, p. 12, párrafo 17.

¹⁵¹ QUINTANA, *op. cit.*, p. 881.

¹⁵² WELLENS, K. C. “Reflections on some Recent Incidental Proceedings before the International Court of Justice”, en Denters & Schrijver (Eds.), *Reflections on International Law from the Low Countries in Honour of Paul de Waart* (1998), p. 437.

¹⁵³ *Inmunidades Jurisdiccionales (Alemania c. Italia, Decisión solicitud de Intervención de Grecia)*, 2011, I.C.J. Reports, p. 502-593, párrafo 31.

CIJ señaló que “no por el hecho de intervenir, lo convertía en parte del caso”, “ni adquiere los derechos u obligaciones de las partes”.¹⁵⁵

De esta forma el tercero interviniente tiene derechos restringidos como se desprende del rechazo a Nicaragua para que su solicitud sea oída por el pleno de la Corte y no por la cámara que seguía el proceso.¹⁵⁶

En el año 2011, Honduras buscó intervenir “como parte (...) y alternativamente como no parte”, en el caso (...) posibilidad que fue aceptada desde la perspectiva teórica por la CIJ¹⁵⁷, aunque luego la intervención en ambas posibilidades sería descartada.

La doctrina señala que la intervención como parte del caso es posible pero para su configuración se debería demostrar, a diferencia de lo que se produce en el artículo 62, la existencia de un vínculo de jurisdicción común con el resto de las partes, ya que participará de un resultado ‘res judicata’, y deberá contar asimismo con el consentimiento de estas para tal fin. En el caso Pulau Ligitan y Pulau Sipadan se recuerda el párrafo de la Disputa Fronteriza Terrestre, Insular y Marítima respecto a que “un vínculo jurisdiccional entre el Estado interviniente y las partes es requerido sólo si el Estado que busca intervenir desea convertirse en parte del caso”¹⁵⁸. De igual forma, se aceptó la intervención nicaragüense en 1990, “aun cuando no posee un vínculo jurisdiccional y por lo tanto no puede convertirse en parte”¹⁵⁹, dejando como interpretación a contrario

¹⁵⁴ MC GINLEY, G., “Intervention in the International Court: The Libya/Malta Continental Shelf Case”, 34 *ICLQ* 671-694 (1985). Citado por DE HOOGH, *op. cit.*, p. 23.

¹⁵⁵ *Controversia Fronteriza Terrestre, Insular y Marítima (El Salvador c. Honduras. Solicitud de Intervención de Nicaragua)*, 1986, p. 135-136, párrafo 102. CHINKIN, *op. cit.*, p. 1363.

¹⁵⁶ *Controversia Marítima y Territorial (Nicaragua c. Colombia, Solicitud de Intervención de Honduras)*, 2011, p. 432, párrafo 27.

¹⁵⁸ *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia c. Malasia. Decisión solicitud de Intervención de Filipinas)*, 1998, p. 589, párrafo 36.

¹⁵⁹ *Controversia Fronteriza Terrestre, Insular y Marítima (El Salvador c. Honduras. Solicitud de Intervención de Nicaragua)*, 1990, p. 135, párrafo 100.

el hecho de que de poseer dicho vínculo existía la posibilidad de asumir dicho estatus. Desde la perspectiva de Erne, no debería requerirse condiciones adicionales para la intervención como parte, como el referido vínculo jurisdiccional, y más bien se debía liberalizar esta visión a fin de satisfacer las necesidades actuales de intervención¹⁶⁰, lo que es coincidente con la visión de la referida Resolución de 1999 del Instituto de Derecho Internacional.¹⁶¹

No queda claro, sin embargo, si el Estado eventualmente aceptado como parte del caso podría “solicitar el reconocimiento de derechos propios en la decisión futura”¹⁶² o simplemente dicha intervención se inscribe en el “interés jurídico afectado en el marco del artículo 62”¹⁶³. Al ser aceptado como parte dicho Estado adquiriría los derechos u obligaciones a ser asignados por el fallo.

Para Uchkunova los redactores del Estatuto nunca pretendieron que el artículo 62 sea usado para una intervención como parte, y de haberlo querido lo hubieran establecido expresamente¹⁶⁴. Esta posición la apoya en la sentencia del caso Disputa Fronteriza Terrestre, Insular y Marítima cuando se indica que la intervención bajo el artículo 62 “no tiene la intención de permitir a un tercer Estado convertirse en una nueva parte y someter sus propios reclamos ante la Corte (...). La diferencia entre la intervención bajo el artículo 62 y unirse a un caso como una nueva parte, no es sólo una diferencia de grado, sino de clase”¹⁶⁵. Chinkin, coincide con esta visión al recordarnos la intervención es esencialmente incidental al caso en cuestión¹⁶⁶ y no debería convertir al interviniente en parte del

¹⁶⁰ ERNE, *op. cit.*, p. 71.

¹⁶¹ Texto en el Anuario del IDI, vol. 68-II (1998), p. 376.

¹⁶² *Controversia Marítima y Territorial (Nicaragua c. Colombia, Solicitud de Intervención de Honduras)*, 2011, I.C.J. Reports, p. 432, párrafo 29.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 432, párrafo 30.

¹⁶⁴ UCHKUNOVA, *op. cit.*, p. 197.

¹⁶⁵ *Controversia Fronteriza Terrestre, Insular y Marítima (El Salvador c. Honduras. Solicitud de Intervención de Nicaragua)*, 1986, p. 134, párrafo 97.

¹⁶⁶ CHINKIN, 1216 en UCHKUNOVA, *op. cit.*, p.197.

caso, ni hacerlo acreedor de los derechos u obligaciones de las partes, atendiendo al principio de la jurisdicción consensual. La opción frente a esta situación sería lógicamente presentar una nueva demanda a la CIJ en vez de buscar presentarla por “la puerta falsa”.¹⁶⁷

El texto del artículo 62 no menciona nada a este respecto quedando en la potestad de la CIJ el decidirlo. Hasta el momento, la Corte no ha aceptado ninguna solicitud de intervención de un Estado como parte de un proceso.

6. PROCEDIMIENTO DE LA INTERVENCIÓN

La intervención de acuerdo al Reglamento de la CIJ constituye un procedimiento incidental que se instituye frente al pleno o a una cámara de la CIJ. El Estado interviniente como no parte no posee ningún estatus en relación con el caso por lo que no tiene derecho a establecer un juez ad hoc de acuerdo al artículo 31 del Estatuto de la CIJ.¹⁶⁸

El Reglamento de la Corte recomienda que la solicitud de intervención de un tercer Estado se realice tan pronto como sea posible, en tanto cuenta con el potencial de alargar el proceso, pero en ningún caso antes de la finalización de los alegatos escritos y, excepcionalmente, en una fase posterior (artículo 81)¹⁶⁹, aunque la CIJ no ha indicado mayores alcances sobre cuándo aplicaría esta excepción¹⁷⁰. La lógica reside en la

¹⁶⁷ QUINTANA, *op. cit.*, p. 887.

¹⁶⁸ *Plataforma Continental (Tínez c. Libia. Solicitud de Intervención de Malta)*, 1981, p. 6, párrafo 8.

¹⁶⁹ El artículo 81(1) indica el plazo de presentación para el caso del artículo 62 y el 82(1) para el artículo 63. Reglamento de la Corte Internacional de Justicia (1978). *Artículo 81.1.* “Una petición de permiso para intervenir fundada en el Artículo 62 del Estatuto firmada en la forma prevista en el párrafo 3 del Artículo 38 de este Reglamento, deberá ser depositada lo más pronto posible antes del cierre del procedimiento escrito. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, la Corte podrá admitir una petición presentada ulteriormente”.

¹⁷⁰ CHINKIN, *op. cit.*, p. 1340.

necesidad de presentar la aplicación antes de que el caso se encuentre muy avanzado¹⁷¹. En el caso de Honduras, por ejemplo, ello se produjo ocho días antes de la presentación de la Duplica colombiana. Este plazo se aplica tanto a la “intervención discrecional” (Artículo 62), como a “una intervención como derecho” (Artículo 63).¹⁷²

Asimismo, de conformidad con el artículo 81, la parte solicitante debería indicar el nombre del agente, el interés jurídico, el objeto preciso de su intervención y la base de su jurisdicción o competencia, así como acompañar una lista de los documentos que considere conveniente. El artículo 81.3 del Reglamento señala que “la aplicación contendrá una lista de documentos de apoyo”, pero no se trata de un requisito *sine qua non*. Costa Rica optó por no presentar ni documentos, ni mayor evidencia, lo que fue criticado por Nicaragua al indicar que era difícil determinar de esta forma cuál era el interés jurídico que podía ser afectado. Ante ello, Costa Rica alegó que ello no constituía una obligación, diferenciando entre la aplicación para intervenir y la participación en la fase oral sobre el fondo del asunto. En esta primera etapa, lo que se buscaba era demostrar la existencia o no de un interés jurídico. Esta visión fue confirmada por la Corte al afirmar que el Estado solicitante tiene la carga de la prueba y, desde esa perspectiva, decide qué es lo más conveniente presentar para obtener la decisión a su favor.¹⁷³

Posteriormente se solicitan las opiniones escritas de las partes. En caso una de ellas objetara formalmente esta intervención, la CIJ puede autorizar la realización de audiencias orales cuya decisión se manifiesta a través de una orden o fallo, como ha ocurrido en diversas ocasiones. De no existir dichas objeciones la CIJ toma su decisión sobre la base de la

¹⁷¹ Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (*Indonesia c. Malasia. Decisión solicitud de Intervención de Filipinas*), 1998, p. 585, párrafo 21.

¹⁷² CHINKIN, C.M., “Third Party Intervention Before the International Court of Justice”, en *The American Journal of International Law*, Vol. 80, No. 3 (Jul. 1986), p. 496.

¹⁷³ Controversia territorial y marítima (*Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Costa Rica*), 2011, p. 362-363, párrafo 48.

aplicación y documentos escritos a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos.

El Estado que busca intervenir lleva consigo la carga de la prueba, es decir, demostrar el interés jurídico que pueda ser afectado por la decisión, lo cual debe ser realizado de manera “convinciente pero sin constituir un estándar de prueba tan alto como un derecho”.¹⁷⁴

Si un Estado es admitido tiene derecho a recibir copias de los documentos y anexos presentados y se fijará un tiempo límite para la presentación de sus alegatos escritos, previo a la fase oral del caso, seguida de las observaciones escritas de las partes. No existen formalidades establecidas para la presentación de dichos documentos¹⁷⁵. La parte interviniente es permitida de participar, asimismo, en las audiencias orales con relación al “asunto sujeto de intervención”,¹⁷⁶ de acuerdo al procedimiento que disponga la Corte.

7. CONCLUSIONES

La institución de la intervención representa una práctica de larga data utilizada en los tribunales internacionales surgida en el siglo XIX y que se plasma en el Estatuto de la CIJ en los artículos 62 (intervención discrecional) y 63 (intervención como derecho). Cumple una función útil en defensa de los terceros Estados y puede contribuir con el trabajo de la CIJ, al brindarle información que no siempre es capaz de prever y dotar de mayor eficacia a su sentencia. En ese contexto, resulta contradictorio que estando un Estado dispuesto a intervenir en razón que no toda la información requerida pueda encontrarse disponible, el único mecanismo contemplado que es el artículo 62 haya sido ejecutado de manera tan restrictiva.

¹⁷⁴ *Controversia Marítima y Territorial (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Costa Rica)*, 2011, p. 358-359, párrafo 26.

¹⁷⁵ QUINTANA, *op. cit.*, p. 898.

¹⁷⁶ Artículo 52, párrafo 3 del Reglamento.

La casuística ha demostrado que la sola solicitud de intervención, aún si es rechazada, puede asegurar que la Corte tome en cuenta su posición al menos sobre la base del artículo 59¹⁷⁷. Sin embargo, esta visión desnaturaliza la propia razón de ser de la institución y no deja de ser paradójico que la única manera de ofrecer la referida protección sea a través de una aplicación inadmisible¹⁷⁸, lo que además es discutible como lo afirma la Jueza Donoghue pues constituiría una participación *de facto* de un tercer Estado, no contemplada en el Estatuto o Reglamento de la CIJ.¹⁷⁹

Resulta evidente que la CIJ cuenta con una capacidad discrecional para decidir sobre un recurso de intervención, que va más allá de la mera constatación de los requisitos. Si bien la CIJ ha aplicado esta institución de forma limitada, particularmente con relación al artículo 62, los últimos debates al interior de la CIJ, que ratifican su importancia independientemente de la existencia del artículo 59 del Estatuto, y recientes solicitudes aceptadas¹⁸⁰, permiten avizorar un replanteamiento de esta situación. Ello podría contribuir a modificar la percepción internacional sobre la decisión de intervenir que hasta hace algunos años, tanto en su faceta discrecional o como derecho, parecía no más que una posibilidad remota¹⁸¹, y que podría generar una mayor participación de los Estados. De esta forma el trabajo de la Corte se vería fortalecido, haciéndolo más relevante en la escena internacional y en los objetivos que promueve.

¹⁷⁷ CHINKIN, *op. cit.*, p. 1354.

¹⁷⁸ *Controversia Marítima y Territorial (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Costa Rica)*, 2011. Declaración del Juez ad hoc de Nicaragua Gaja, p. 417, párrafo 4.

¹⁷⁹ *Controversia Marítima y Territorial (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Honduras)*, 2011, Opinión disidente de la Jueza Donoghue, p. 498, párrafo 57.

¹⁸⁰ En aplicación del artículo 62: *Immunitades Jurisdiccionales (Alemania c. Italia con Grecia interviniente)*, Sentencia, C.I.J. Reports, 2011 y en aplicación del artículo 63: *Caza de Ballenas en la Antártida (Australia c. Japón con Nueva Zelanda interviniente)*, Sentencia. C.I.J. Reports, 2013.

¹⁸¹ CHINKIN, *op. cit.*, 531.

En caso se mantenga la actitud renuente de la CIJ podría pensarse el establecimiento de otro mecanismo más eficiente¹⁸², que permita proteger los intereses jurídicos de terceros Estados, que no siempre requiera la celebración de audiencias orales, sino bastando, por ejemplo, una presentación escrita pues como se ha indicado el artículo 59 del Estatuto no cumple con satisfacer plenamente la referida protección.

En palabras de los jueces Cancado Trindade y Yusuf, a pesar de la práctica de la Corte, la institución sigue viva¹⁸³. La participación de una tercera parte debería ser considerada deseable y ser alentada en razón de las demandas y retos actuales, constituyendo un avance fundamental en la evolución del derecho internacional universal luego de haber estado prácticamente dormida en los primeros cincuenta años de su existencia.¹⁸⁴

BIBLIOGRAFÍA

- BONAFE, Beatrice, “Interests of a Legal Nature Justifying Intervention before the ICJ”, en *Leiden Journal of International Law* (2012), 25, pp. 739-757.
- CHINKIN, C.M., “Third Party Intervention Before the International Court of Justice”, en *The American Journal of International Law*, Vol. 80, No. 3 (Jul. 1986).
- DE HOOGH, A.J.J., “Intervention under article 62 of the Statute and the Quest for Incidental Jurisdiction without the Consent of the Principal Parties”, in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 6, No. 1, April 1993.

viene de la pág. 128

¹⁸² *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Costa Rica)*, 2011, Declaración del Juez Gaja, p. 418, párrafo 5.

¹⁸³ *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia, Decisión solicitud de Intervención de Costa Rica)*, 2011, Declaración Conjunta de Cancado Trindade y Yusuf, p. 414, párrafo 29.

¹⁸⁴ DE HOOGH, *op. cit.*, p. 17. Este autor cita, sin embargo, los antecedentes exitosos de Polonia en el Caso S.S. Wimbledon en 1923 y de Cuba en el Caso Haya de la Torre en 1951.

ERNE, Jaanika, "Link of Jurisdiction in Article 62 Proceedings before the ICJ - Development of the Requirement for Link of Jurisdiction in Article 62 Intervention Proceedings before the International Court of Justice", Lambert Academic Publishing, 2010.

FITZMAURICE Gerald, "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure", en *34 Brit. Y.B. Int'L* 1, 126 (1958).

GREIG, D.W., "Third Party Rights and Intervention Before the International Court", en *Virginia Journal of International Law*, (1991), Vol. 32, 287-356.

JESSUP, Philip, "Intervention in the International Court", en *The American Journal of International Law*, Vol. 75, No. 4 (Oct. 1981).

JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo, "Intervention under Article 62 of the Statute of the International Court of Justice", in *Volkerrrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbareti Menschernrechte – Festschrift fur Hermann Mosler-*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg New York, 1983, p. 453-465.

LAUTERPACHT, Hersch, "The Revision of the Statute of the International Court of Justice" in *The Law and Practice of International Court and Tribunals*, 2002, Kluwer Law International.

LICARI, Tania, "Intervention Under Article 62 of the Statute of the I.C.J.", en *Brooklyn J. Int'l L.*, Volume VIII, Summer 1982; Number 2, 267-288.

LIEBELT, Franziska, "Third State Intervention before the International Court of Justice in International Environmental Law Cases", Faculty of Law, Victoria University of Wellington en <http://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/bitstream/handle/10063/3387/thesis.pdf>. Último acceso 28 de diciembre.

MURPHY, Sean, "Amplifying the World Court's Jurisdiction through Counter-claims and Third-Party Intervention" en *The George Washington Journal of International Law and Economics*, 2000, Vol. 33, No. 1.

PALCHETTI, Paolo, "Opening the International Court of Justice to Third States: Intervention and Beyond", en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 6, 2002, p. 140.

PARK, Hyun Seok, "To Apply or to Declare or Both? Links between the Two Types of Intervention under the ICJ Statute" en *Journal of East Asia and International Law*, 2013, Volume 6, Issue 2, Autumn, p. 415-434.

QUINTANA, Juan José, “The Intervention by Nicaragua in the case between El Salvador and Honduras before an ad hoc Chamber of the International Court of Justice”, en *Netherlands International Law Review*, Volume XXXVIII (1991), pp. 199-208.

QUINTANA, Juan José, “Litigation at the International Court of Justice”, Brill-Nijhoff, 2015, Leiden.

RUDA, J.M., “*Intervention before the International Court of Justice*” en Fifty years of the International Court of Justice, Cambridge University Press, 1996.

STANCZYK, J. “Permissibility of Intervention under Article 62 of the Statute of the International Court of Justice”, en *Polish YIL*, vol. 16 (1987).

UCHKUNOVA, Inna, “The Minotaur’s Labyrinth: Third State Intervention before the International Court of Justice”, en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 13 (2014), 178-198, Brill/Boston.

WELLENS, K. C. “Reflections on some Recent Incidental Proceedings before the International Court of Justice”, en Denters & Schrijver (Eds.), *Reflections on International Law from the Low Countries in Honour of Paul de Waart* (1998).

ZIMMERMANN, Andreas; TOMUSCHAT, Christian y OELLERS-FRAHM, Karin, “The Statute of the International Court of Justice. A commentary”, Oxford University Press, (2006).

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

- SS Wimbledon (Reino Unido contra Japón), Solicitud de Intervención de Polonia. Corte Permanente de Arbitraje. 1923.
- Haya de la Torre (Colombia contra Perú), Solicitud de Intervención de Cuba. I.C.J. Reports, 1951.
- Ensayos Nucleares (Australia contra Francia), Sentencia solicitud de Intervención de Fiji). I.C.J. Reports, 1973.
- Plataforma Continental (Túnez contra Libia), Sentencia solicitud de Intervención de Malta. I.C.J. Reports, 1981.
- Plataforma Continental (Túnez contra Libia), Sentencia solicitud de Intervención de Italia. I.C.J. Reports, 1984.

- Controversia Fronteriza Terrestre, Insular y Marítima (El Salvador contra Honduras), Sentencia solicitud de intervención de Nicaragua. I.C.J. Reports, 1992.
- Solicitud de examen de la situación de acuerdo al párrafo 63 del fallo de la Corte de 20 de diciembre de 1974 sobre Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda contra Francia), Solicitud de Intervención de las Islas Salomón, Micronesia, Islas Marshall y Australia. I.C.J. Reports, 1995.
- Frontera Terrestre y Marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria), Sentencia solicitud de Intervención de Guinea Ecuatorial. I.C.J. Reports, 1999.
- Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia contra Malasia), Sentencia solicitud de Intervención de Filipinas. I.C.J. Reports, 1998.
- Controversia Marítima e Insular (Nicaragua contra Colombia), Solicitud de Intervención de Costa Rica. I.C.J. Reports, 2011.
- Controversia Marítima e Insular (Nicaragua contra Colombia), Solicitud de Intervención de Honduras. I.C.J. Reports, 2011.
- Inmunidades Jurisdiccionales (Alemania contra Italia), Sentencia solicitud de Intervención de Grecia. I.C.J. Reports, 2011.
- Caza de Ballenas en la Antártida (Australia contra Japón), Sentencia solicitud de Intervención de Nueva Zelanda. I.C.J. Reports, 2013.

RAMÓN RIBEYRO Y LA CORTE SUPREMA

*Francisco Miranda Molina**

Ramón Ribeyro fue hijo de Juan Antonio Ribeyro, jurista que ocupó la presidencia de la Corte Suprema en tiempos de la ocupación chilena. En una actitud de defensa de los intereses del Perú resistió los requerimientos del ejército invasor y del gobierno de la Magdalena que le solicitaron el funcionamiento de los tribunales peruanos durante la ocupación. La historiadora Carmen Mc Evoy ha considerado que con esa actitud la Corte Suprema defendió nuestra soberanía en la etapa más amarga del Perú. Su hijo Ramón contribuyó también a la defensa de la patria participando en la batalla de Miraflores y como consejero del gobierno de García Calderón, siendo deportado a Chile por el invasor junto con otros peruanos distinguidos.

De joven Ramón Ribeyro fue guardiamarina. Náufrago en la Punta de San Juan, decidió estudiar en el Convictorio de San Carlos donde se recibió de abogado ejerciendo la profesión y desempeñó cargos en la junta directiva del Colegio de Abogados. Ingresó como catedrático de la recién creada Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de San Marcos que tuvo como primer decano al jurista francés Paul Pradier Foderé contratado por el gobierno peruano. En esa facultad Ribeyro regentó por

* Juez de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

muchos años la cátedra de Derecho Internacional Público en la que alcanzó merecido renombre. Sucedió en el decanato al maestro francés.

Posteriormente ocupó cargos como adjunto a los fiscales de la Corte Superior e integró el Supremo Tribunal de Responsabilidad encargado de conocer los procesos contra los magistrados de la Corte Suprema, tribunal que presidió en 1890.

De acuerdo a las normas de la época, la Corte Suprema elegía cada año a sus conjueces y a los adjuntos a sus fiscales, escogiendo ese personal entre los abogados distinguidos del foro de Lima. Ribeyro fue electo adjunto a los fiscales de la Corte Suprema, y revisando la relación de los adjuntos aparece que en el año judicial de 1887 figura al lado de Luciano Benjamín Cisneros, Emilio A. del Solar, José Ignacio Távara, Manuel M. Torres, Manuel María Gálvez, Mariano Nicolás Valcárcel y Manuel Atanasio Fuentes. Cuando en 1900 se le comunicó su nueva elección como adjunto a los fiscales, Ribeyro respondió mediante nota del 8 de junio expresando estar “muy reconocido por la honrosa distinción de que he sido objeto, me esforzaré en merecerla por el severo cumplimiento de los deberes que me impone”. Los conjueces y los adjuntos que a partir de 1912 pasaron a denominarse suplentes eran llamados para remplazar a los titulares en caso de impedimento o licencia. Los adjuntos emitían dictámenes ilustrativos en los procesos que se le remitía para vista, dictámenes que eran estudiados por la Corte antes de emitir sentencia. En los Anales Judiciales de 1888-1893 se encuentran insertos dictámenes de Ribeyro en diversos procesos en los que examina los siguientes asuntos: falsificación de moneda; reconocimiento de documento privado; mutuo encubierto bajo el nombre de depósito; existe resolución válida en la Corte Superior sólo cuando se emiten tres votos conformes; clausura de una boca-toma abierta en un cauce particular con infracción del Reglamento de Aguas sin que exista convenio que la autorice; y suscribió además una importante vista en la que, de conformidad con lo opinado por el adjunto la Corte, estableció que los delitos comunes cometidos durante la guerra civil son punibles conforme a las leyes internas (proceso iniciado por denuncia de Catalina Puga viuda de Puga por incendio y otros delitos en

el que desarrolla las diferencias en la punición de los delitos cometidos en las guerras internacionales y los que se cometen en las guerras civiles).

Según lo establecía la Constitución de 1860, los vocales y fiscales de la Corte Suprema eran elegidos por el Congreso a propuesta en terna doble del Poder Ejecutivo. Durante el gobierno de Eduardo López de Romaña y por resolución legislativa de 4 de octubre de 1901, el Congreso presidido por Manuel Candamo eligió como vocal de la Corte Suprema a Ramón Ribeyro en la vacante por fallecimiento de José Mariano Jiménez, tribunal en el que culminó su carrera de hombre público al servicio del Perú. En esa ocasión fueron propuestos por el Ejecutivo junto con Ribeyro los magistrados y abogados Nicanor León, Carlos A. Washburn, Luciano Benjamín Cisneros, Francisco Eguiguren y Serapio Calderón. Ribeyro era civilista (en el sentido político de la palabra) y en ese tiempo buena parte de los jueces y fiscales supremos provenían del partido civil, cuya actuación era predominante en la república aristocrática. Al dar cuenta en su memoria de la incorporación de los nuevos vocales, el presidente de la Corte Suprema José Miguel Vélez expresó: “Son tan ventajosamente conocidas la brillante carrera pública y notables dotes jurídicas de nuestros nuevos colegas (Ribeyro y Ortiz de Zevallos), que sería superfluo el elogio de la frase, para dar mayor relieve a sus personales conocimientos”. Inmediatamente después de su elección, Ribeyro fue designado Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario del Perú en las Repúblicas de Centro América.

Cuando Ribeyro ingresó a la Corte Suprema, integraban el Tribunal como vocales José Eusebio Sánchez, José Jorge Loayza, Juan Esteban Guzmán, Ricardo W. Espinoza, José Miguel Vélez, Alberto Elmore, Manuel Lucas Castellanos, Pedro A. del Solar, Simón Gregorio Paredes y Ricardo Ortiz de Zevallos, este último elegido en la misma sesión del Congreso que Ribeyro, y como fiscales José Aranibar y Manuel María Gálvez. En tiempo posterior al ingreso de Ribeyro y mientras permaneció en el cargo se incorporaron a la Corte Suprema Luis Felipe Villarán, Nicanor León, Estanislao Pardo Figueroa, Rafael Villanueva, Domingo M. Almenara, Francisco José Eguiguren, Adolfo Villa García, Anselmo Barreto, Carlos Eurasquín, Lizardo Alzamora, Germán Leguía y Martínez

y Carlos Washburn, y como fiscales José Salvador Cavero, Guillermo A. Seoane, José Antonio de Lavalle y Pardo y Teodomiro A. Gadea.

En el discurso que pronunció en el sepelio de Ricardo Ortiz de Zevallos y en el folleto que publicó en 1945 en homenaje a su padre don Luis Felipe, Manuel Vicente Villarán justificó la elección de abogados en ejercicio y con experiencia política como magistrados supremos: “En la designación de Villarán como en las de Ramón Ribeyro, Estanislao Pardo Figueroa, Domingo M. Almenara, Ricardo Ortiz de Zevallos y otros recordados vocales de aquella época, el Congreso puso en práctica el concepto de que al más alto Tribunal no deben ir tan solo los meritorios magistrados que encanecieron en su tránsito por todas las jerarquías de la escala y aprendieron en un lento y prolongado ejercicio el arte difícil de distribuir la justicia entre los hombres. Conviene, en efecto, llevar también al centro supremo del Poder Judicial, elementos extraños a la carrera ordinaria de la magistratura, miembros prestigiosos del Foro, que son, por lo común, al mismo tiempo, personalidades conocidas del Parlamento y del Gobierno, hombres formados en el íntimo contacto con la vida social en sus diversas manifestaciones, capaces de aportar a los consejos de la Corte Suprema las palpitaciones renovadoras del ambiente, el eco vivo de las aspiraciones públicas y el sentido concreto de los negocios y de la realidad”.

No obstante el origen político en las designaciones de sus integrantes, la Corte Suprema de ese tiempo gozaba de gran prestigio. Según Luis Antonio Eguiguren, en su *Historia de la Corte Suprema*, la edad de oro puede estar comprendida entre 1870 y 1921. Luis Echecopar García, en el elogio de Ribeyro, emplea ese mismo concepto de edad de oro. Y el jurista Julián Guillermo Romero, en sus *Estudios de Legislación Procesal*, escribió “De entonces acá, el prestigio de los primeros tiempos no ha hecho sino quedar consolidado en progresión creciente, porque el Tribunal Supremo es entre nosotros, quizás la única institución cuyo buen nombre perdura entre las demás que van rodando por los abismos de su merecido descrédito; quedando allí donde estuvo desde el primer día, como áncora firme para la salvación del derecho y el imperio de esa justicia, que en otras esferas de nuestra vida decadente, a cada rato se

intenta dejar sacrificada. ¿Podrá existir entre nosotros quien de buena fe y con sinceridad sostenga lo contrario?”. Por su parte el historiador Jorge Basadre, tanto en su Historia de la República como en Elecciones y Centralismo en el Perú, al estudiar la actuación de la Corte Suprema en los procesos electorales hace notar que “gozaba entonces el más alto tribunal de justicia de un prestigio indiscutible”.

Era costumbre siempre acatada en esos tiempos que la elección de presidente de la Corte Suprema se realizaba por estricto orden de antigüedad y el presidente era reelecto para el año judicial siguiente. Ribeyro fue presidente de la Corte los años judiciales de 1909 y 1910. Conforme a la norma legal, el presidente de la Corte en la apertura del año judicial debía dar lectura a su memoria donde daba cuenta de la labor realizada por la Corte. En ese tiempo y desde años anteriores, el Supremo Tribunal ejercitó activamente su iniciativa legislativa proponiendo diversos proyectos de ley al Congreso y además se encontraban en estudio diversas reformas legislativas importantes. En su memoria leída dando cuenta de las labores del año judicial de 1909, Ribeyro comentó dos materias que tienen relación con su vocación de internacionalista: la ejecución de las sentencias pronunciadas en el extranjero y la extradición. Ribeyro era partidario de que el nuevo Código de Procedimientos Civiles contenga preceptos y condiciones legales que sirvan de pauta y base uniforme a los tratados que el Perú celebrará en lo sucesivo para reducir o evitar las divergencias de interpretación por las partes interesadas y la indecisión o duda en el juicio de los magistrados. Ribeyro consideró que la prohibición a los jueces de aplicar leyes extranjeras puede considerarse caduca y ocasión de incertidumbre para los jueces y tribunales. En lo que se refiere a la extradición advirtió las imperfecciones de la ley del 30 de octubre de 1888 entonces vigente y abogó porque de acuerdo a lo previsto por el tratado de Montevideo se conceda audiencia al reo o prevenido, estipulación que considera envuelve una regla de derecho natural.

En su memoria del año judicial de 1910, Ribeyro se ocupó de la necesidad de la reforma de la legislación, en especial de los códigos civil y penal. Consideró que nuestra legislación es un ensayo de adaptación a

un pueblo polícromo, nuevo y sin experiencia propia, de leyes de sus antiguos señores, combinadas con otras de distinto origen y tendencias y por lo tanto de carácter puramente autoritario. La ley no es tal solamente por la facultad constitucional del poder que la dicta, sino, sobre todo, porque ella se acomoda al estado social, cultura y genio peculiar del pueblo para el cual se dicta.

Ribeyro se jubiló por límite de edad el 31 de agosto de 1914 al cumplir 75 años. En su memoria leída en la apertura del año judicial de 1915, el presidente de la Corte Suprema Domingo M. Almenara expresó: “Muy sensible ha sido para el Tribunal la separación de nuestro distinguido compañero el señor doctor don Ramón Ribeyro, por efecto de la ley que limita a determinada edad la labor del magistrado, porque su espíritu entero en el discernimiento y en la decisión, se ha mantenido con lucidez y en todo su vigor, a pesar de los contratiempos de su delicada salud en los últimos años que no han podido doblegar su voluntad, siempre dispuesta para el trabajo”. Por su parte la Revista del Foro en su edición de agosto de 1914 recordó que antes de que el Congreso Nacional lo llevara al alto cargo que ha desempeñado, el doctor Ribeyro ejerció en Lima, la abogacía, llegando a adquirir gran prestigio profesional, se refirió a sus dos conceptuosas memorias tan notables por el fondo como hermosas en su forma y concluyó que por su versación, por su austeridad, por su discreción el doctor Ribeyro será siempre recordado en el foro de Lima.

En ese tiempo, era excepcional que una sentencia o un dictamen fiscal inserten citas doctrinarias. En un proceso sobre inmunidad de los diplomáticos extranjeros, el fiscal Teodomiro A. Gadea escribió en su dictamen: “Y ya que no es dable, ni tendría tampoco objeto el hacer acopio de citas en este orden, desde que todos conocen la uniformidad con que esos tratadistas –que son autoridad en el derecho internacional– opinan acerca de cuestión tan delicada, ha de bastar al propósito de hacer luz en ella, referirse a lo que sostiene uno de nuestros más eminentes y eruditos jurisconsultos, antiguo profesor de esa ciencia en la Universidad Mayor de San Marcos, vocal jubilado de este Supremo Tribunal, el doctor Ramón Ribeyro, quien en su obra publicada, abordando el tema con la lucidez de

su preclaro talento, resume todas las opiniones de publicistas reputados como autoridad en la materia, en los siguientes párrafos que van brevemente a citarse: ‘la generalidad de los autores admiten la condición privilegiada de los agentes diplomáticos, aun a lo que se refiere a la condición civil del país en que residen’ (dictamen del 28 de setiembre de 1914 y ejecutoria suprema del 10 de octubre de 1914 emitida de conformidad con lo opinado por el fiscal)”. La cita corresponde al Tratado de Derecho Internacional Público que publicó en dos tomos con los subtítulos de Estado de Paz y Estado de Guerra en 1901 y 1905.

Ribeyro falleció el 26 de agosto de 1916. Fue el primer presidente de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional. Recibió merecidos homenajes tanto en vida como con ocasión de su fallecimiento. El presidente de la Corte Suprema Adolfo Villa García al recordar a los magistrados fallecidos en 1916 Alberto Elmore y Ramón Ribeyro mencionó que ambos presidieron el Tribunal y han dejado huella luminosa como jueces, jurisconsultos y hombres de Estado. Al cumplirse el vigésimo quinto aniversario de su muerte, la Sociedad Peruana de Derecho Internacional celebró una sesión especial de homenaje donde pronunciaron discursos los doctores Lizardo Alzamora Silva, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos, Luis Alvarado Garrido, miembro de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional y catedrático de la misma Universidad, Alberto Ulloa Sotomayor, presidente de la Sociedad y catedrático de Derecho Internacional Público quien pronunció el discurso de orden, y el rector de San Marcos Godofredo García. El primer número de la Revista Peruana de Derecho Internacional y la Revista de Derecho y Ciencias Políticas en su edición que corresponde al segundo cuatrimestre de 1941 publicaron los discursos en honor a Ribeyro. El gobierno por resolución suprema del 18 de agosto de 1941 dispuso la publicación de los trabajos de Ribeyro, norma que todavía no se ha cumplido. En 1957 el Colegio de Abogados de Lima le rindió homenaje en el día del abogado. Luis Echecopar García, catedrático de la Universidad Católica, pronunció el discurso de orden, que fue publicado en la Revista del Foro y que es un completo estudio de la vida y obra del homenajeado a quien denominó “Maestro de Derecho y de Virtudes Cívicas”.

IMPORTANCIA DE LA FORMACIÓN ÉTICA DE LA ABOGACÍA

*Elsa Roca-Moreyra Salonen**

El decálogo del abogado

- 1. Estudia.-** *El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás, cada día un poco menos abogado.*
- 2. Piensa.-** *El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando.*
- 3. Trabaja.-** *La abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia.*
- 4. Lucha.-** *Tu deber es luchar por el derecho; pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia.*
- 5. Sé leal.-** *Leal para con tu cliente, al que no debes abandonar hasta que comprendas que es indigno de ti. Leal para con el adversario, aun cuando él sea desleal contigo. Leal para con el juez, que ignora los hechos y debe confiar en lo que tú le dices; y que, en cuanto al derecho, alguna que otra vez, debe confiar en el que tú le invocas.*
- 6. Tolera.-** *Tolera la verdad ajena en la misma medida en que quieras que sea tolerada la tuya.*

* Abogada y Consultora Jurídica Internacional. Miembro del Consejo Directivo de la Federación Interamericana de Abogados - FIA, Washington D.C.

7. Ten paciencia.- *El tiempo se venga de las cosas que se hacen sin su colaboración.*

8. Ten fe.- *Ten fe en el derecho como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia como destino normal del derecho; en la paz, como sustitutivo bondadoso de la justicia; y sobre todo, ten fe en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia, ni paz.*

9. Olvida.- *La abogacía es una lucha de pasiones. Si en cada batalla fueras cargando tu alma de rencor, llegará un día en que la vida será imposible para ti. Concluido el combate, olvida tan pronto tu victoria como tu derrota.*

10. Ama tu profesión.- *Trata de considerar la abogacía de tal manera que el día en que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que se haga abogado.*

Dr. Eduardo Couture

INTRODUCCIÓN

En cumplimiento de una gentil invitación recibida de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, presento en la fecha el trabajo titulado: **“Importancia de la formación ética de la abogacía”**. Debo manifestar, que al hablar del futuro de nuestra profesión, la Abogacía, es preciso comprender en general que el cambio en las instituciones jurídicas suele ser lento, pero el cambio acumulativo es rápido, y en la continuidad de la historia, siempre es posible una ruptura.

Lo más probable que se piense o pueda decir sobre los modelos de las ciencias sociales, organizaciones jurídicas y políticas que existirán en este nuevo milenio es que, en principio, serán los mismos con los que hemos terminado.

En este mismo acontecer, nos preguntamos: ¿Cuáles son las fuerzas que determinarán la actual vida contemporánea? ¿Cómo serán la relación entre economía, política, cultura, ciencia y tecnología? ¿Hacía donde

avanza la humanidad? Son interrogantes siempre presentes, que cobran mayor fuerza ante el comienzo de este nuevo siglo.

En el presente trabajo analizo en forma muy panorámica la formación ética de la Abogacía, una de las profesiones más antiguas y que hasta hoy adquiere la relevancia que ostenta.

Al hablar de la ética del Abogado, me refiero a un campo que abarca al conocimiento y respeto de las normas que rigen la conducta profesional a fin de adecuarla para un mejor ejercicio de la abogacía como garantía de la vigencia del derecho de defensa.

La situación de crisis que en nuestros tiempos vive la Abogacía, exige nuevas sugerencias que contribuyan a la buena formación de la profesión.

En este sentido, el estudio de la ética profesional y moral individual del Abogado en relación con el ejercicio de la profesión, no puede estar ajeno a esta búsqueda, porque “... la finalidad de la Abogacía es solucionar los conflictos y ser vehículo de la pacificación”.

Por ello, es importante y necesario, se establezca en las Facultades de Derecho, como una asignatura especial, el estudio amplio sobre lo que es “La Ética de la Abogacía”.

Luego realizo un somero estudio sobre lo que es el Abogado y la Abogacía y la importancia de lo que debe saberse de la Ética de la Abogacía.

Finalizo con algunos conceptos sobre la Abogacía y el Abogado en el siglo XXI.

I. LA ABOGACÍA

1.- Qué es la Abogacía

En éste Capítulo señalo algunos lineamientos de lo que es la Abogacía, y manifestar que un sinnúmero de tratadistas del Derecho a través del tiempo han realizado estudios sobre esta importante profesión.

La Abogacía es la profesión que ejerce el Abogado, previo cumplimiento de los requisitos y formalidades que le imponen las disposiciones pertinentes como:

- Título Profesional del Abogado expedido por Universidades.
- Matrícula en Tribunales o Cortes donde el Abogado desea ejercer su profesión.
- Matrícula obligatoria en la Barra de Abogados o Colegio de Abogados.

Como el Derecho es ciencia, arte, técnica y vocación, la Abogacía es una profesión como las otras profesiones, por ello, debe responder a ciertas características constitutivas como el dominio de un conocimiento especializado, experiencia al servicio de las personas que lo soliciten: empresas, asociaciones, etc.

En la época actual se considera a la Abogacía como un conjunto de habilidades y técnicas tendientes a colaborar con el sistema de justicia, mediante el ejercicio del derecho de defensa. Por ello, el conocimiento de la Ciencia del Derecho es esencial para el Abogado, pero eso es sólo un aspecto en su formación. Es necesario que el Abogado conozca formalmente las reglas del arte de abogar, normas de conducta o ética profesional.¹

2.- Fundamentos Profesionales

La profesión de la Abogacía es una función social que sintetiza los derechos y obligaciones personales, grupales y generales. Como tal debe el profesional del Derecho dedicarse a su tarea en forma especial a fin de satisfacer los requerimientos de su cliente compartiendo y coadyuvando razonablemente su conocimiento.

El Abogado en su compromiso profesional con el cliente que acordó patrocinar, debe realizar acciones legales y actitudes de ética, no puede ni

¹ DEL CARRIL, Enrique. *Ética del Abogado*. Artes Gráficas Candil - SRL Buenos Aires, 1995, p. 172.

debe sobornar al Juez ni a los carceleros si es que defiende a un reo. Impone también defender gratuitamente a los pobres. No cumplir con este deber, desvirtúa la esencia misma de la abogacía.

3.- Crisis de la Abogacía

Actualmente la abogacía se encuentra en crisis, no sólo en países latinoamericanos menos desarrollados, sino también en las naciones más desarrolladas. Con la velocidad en que se vive por los avances de la comunicación electrónica y demás exigencias económicas, comerciales, etc., son hechos que influyen notablemente y manifiestamente en la forma de ejercer la profesión.

Esta situación se nota también en pueblos y naciones menos desarrolladas, donde el sistema económico es pobre y el ejercicio de la profesión carece de incentivos para la actualización profesional del abogado, por lo que las tareas del servicio jurídico son pobres.

La realidad es que en la sociedad actual donde los abogados pertenecen, existen disputas, antagonismos, contradicciones y litigios para el ejercicio de la profesión. En este panorama el ejercicio profesional está presente sólo con el ansia de ganar dinero sin medir resultados. En esta realidad los muchos profesionales del derecho terminan como empleados públicos sin la necesidad de aplicar lo que estudiaron. Este fenómeno se nota con mayor énfasis en naciones menos desarrolladas.

Esta situación de crisis exige nuevos planteamientos que deben de influir en la formación de los futuros profesionales. Por ello, es necesario enfocar con más intensidad el estudio de la ética profesional y moral individual del abogado, quien no debe de estar ajeno a esta búsqueda.

Es imprescindible y obligatorio que las Barras y Colegios de Abogados planteen nuevos análisis y examinen cuál es el objeto principal en el ejercicio profesional de la abogacía, y exigir la difusión que los adelantos técnicos contemporáneos inciden directamente en la forma de cómo se ejerce la profesión. En las barras y Colegios de Abogados existen

Códigos de Ética Profesional o de Deontología profesional, pero haciendo una estadística, éstos son pocos.

Enrique Del Carril al respecto indica que una de las finalidades importantes en el ejercicio de la abogacía es la solución de los conflictos porque el abogado es el profesional que debe ser ante todo vehículo de pacificación².

II. EL ABOGADO

1.- Reflexiones conceptuales

La palabra abogado proviene de latín “advocatus”, o sea “llamado”. Los romanos tenían esa costumbre de llamar a los expertos en derecho para que los aconsejaran en asuntos difíciles o que abogaran y los defendieran en juicio. Hebreos, griegos, romanos, caldeos, persas, egipcios, sabían de esta costumbre. No existía el sentido de profesionalidad. Según Cabanellas, Atenas fue la primera escuela del Foro y Pericles el primer abogado profesional.

Hoy, el abogado supone no sólo el conocimiento profundo de las leyes de un país, sino el conocimiento de su función social, tanto en la defensa como en la elaboración de leyes que correspondan a las necesidades sociales, elementos importantes para hacer cambiar la mentalidad del jurista.

En esta nueva era del siglo XXI, en el importante trabajo de ordenar la vida en sociedad, los hombres de derecho y la sociedad necesitamos profundizar más nuestra tarea entre sí y el medio en que actuamos.

Todos estamos llamados a participar como ciudadanos del mundo como hombres de derecho y como agentes de un necesario cambio, “*con un bagaje milenario que aporta, debemos ser protagonistas ejemplares*,”

² DEL CARRIL, Enrique. *Op. Cit.*

conscientes de saber por lo menos que la justicia engrandece los pueblos y no la opulencia".³

2.- Deber ser del Abogado

El ser abogado supone no sólo los conocimientos pertinentes a la profesión sino también profundizar la realidad social hacia una función social que aspiren al bien común y justicia. El insigne patriarca del Derecho Peruano, doctor José Luis Bustamante y Rivero, manifestaba que era necesario hacer que en el abogado: "broten florecimientos que enriquezcan interiormente su calidad" "La dignidad en la confección de las defensas, la veracidad en el relato de los hechos, la austeridad en la conducta judicial sin tentaciones de poder ni ruido de doblones, rectitud en los fallos, siempre fiel a la balanza jurídica, sobre todo lealtad con el cliente, solidaridad con el indefenso, largueza con el humilde".

Estas expresiones constituyen hacer abogacía; esa bendita relación humana que dejó impresa en los siglos una filosofía de los hombres que en el Ágora de Atenas y en el foro Romano predicaban ante ancianos y pretores la sagrada necesidad de la justicia.

En otros conceptos, el abogado como albacea de la sociedad y del país, su primer deber es actuar en colaboración con los órganos jurisdiccionales, como auxiliar de la justicia en una permanente e infatigable tarea de cumplir y hacer cumplir las leyes. Debe creer que su oficio está no sólo en saber del derecho, sino en conocer a los hombres con sus virtudes, flaquezas y necesidades.

Debe actuar no sólo con la ley sino también con el ser humano, porque las leyes son simplemente herramientas que se necesita para actuar. El rol que desempeñe debe centrarse siempre en la búsqueda de los valores, la paz, la justicia y la verdad.

³ R. I. AGATIELLO Osvaldo. *La Ética del Abogado*. Editora platense Argentina 1995, p. 58.

“En ese ámbito se inserta la tarea del abogado, porque su misión consiste en ofrecer a los hombres el panorama del ethos de su tiempo, procurando su expresión a través de las nuevas formas del derecho. De allí la alta jerarquía de su quehacer, que significa no sólo saber del mundo, sino saber la más honda sabiduría de la vida, sapiencia de las cosas dirían los romanos, teoría de la libertad para la grandeza del pensamiento kantiano, honda y genuina filosofía de la vida y del hombre en el pensamiento de Jacques Maritain y Tehillard de Chardin, **ideas rectoras para los que hoy alientan una esperanza en el destino del hombre**”⁴.

En la tarea del jurista que no puede desligarse del estudio e investigación del derecho, está el empeño incesante del hombre por realizar y alcanzar los valores del espíritu y cuya escala ocupa el rango prominente la **justicia y ética** que señalan los acontecimientos y el sentido de la historia de los pueblos, ideas que nos fueran transmitidas por el patrono de la abogacía peruana Dr. Francisco García Calderón.

Atributos de un buen abogado

El atributo esencial del Abogado es su moral, la abogacía es un sacerdocio porque se mide por su talento y por su moral, rectitud en su conciencia, lo cual es más importante que el tesoro de sus conocimientos. Lo primero en el abogado es ser bueno, firme y prudente. Sin conciencia profesional clara y digna, el Abogado es un simple cómplice del fraude, instigador del dolo y encubridor del delito, porque sin respeto a estas normas morales, su versación jurídica es inútil. Es por ello que en algunos países por esta actuación dolosa los tildan de “aves negras”, “de pica pleitos”, “leguleyos”, etc.

⁴

Dra. Elsa Roca Salonen – Conferencia Abril 2006.

3.- Deberes del Abogado

Uno de los principales deberes del Abogado, luego de dar su examen completo para el ejercicio, es demostrar que no sólo ha aprendido el fondo y la forma de la ley, sino que ha aprehendido las normas de conducta que habrán de regir toda su vida profesional.

En sus principales deberes, el abogado debe de tener siempre presente:

- Que él es un servidor de la justicia, y un colaborador de su administración porque la esencia de su deber profesional es defender con estricto empeño y ahínco, las normas jurídicas y morales los derechos de su cliente.

- Su deber no empieza en el juicio, sino mucho antes porque al empezar a defender a su cliente, y como un buen profesional, debe primero: preparar y prevenir a su cliente sobre el correcto uso del derecho y los principios de justicia, luego planificar la defensa y prevenirle sobre las dificultades que puedan ocurrir durante el juicio, indicándole las normas específicas del derecho de acuerdo a lo consultado.

- Otro deber es actuar con honor y dignidad profesional, con honradez y buena fe absteniéndose de abusos en los procedimientos, ser puntual y guardar el secreto profesional.

Otros deberes específicos:

- Deber de juramento: Antes de empezar el ejercicio de su profesión, el abogado debe prestar juramento como requisito previo.

- Deber de profesionalidad: El abogado tiene como deber principal el ser auxiliar en la administración de justicia, con la sociedad y con relación a su cliente, pues él es el que coadyuva defendiendo intereses particulares e intereses públicos para el bienestar de la sociedad, cuya trascendencia social es la de cooperar con el Estado.

- Deben tener también criterio y honestidad personal en su actuación como guía moral y de ética en el análisis de cualquier cuestión que le sea encomendada.

- Deber de confidencialidad: El Abogado tiene como deber principal la obligación de no divulgar información ni secretos obtenidos en el curso de la relación abogado-cliente por la razón de haber hecho un juramento de honor. De allí la importancia principal de incrementar y aplicar su conducta ética.

- Deber fiduciario: Fiducia es un vocablo que nos habla de confianza, de honor, de lealtad, y por ello el fiduciario es aquel que desempeña una función basada en la confianza que el cliente le deposita, el honor de su persona y la lealtad que promete hacia el otro. Es por eso que el abogado, como representante fiduciario de su cliente, que le ha confiado sus problemas, sus confidencias, nombrándolo como su defensor, debe guardar esa confianza y lealtad a su cliente.

- Deber de ética hacia los jueces y otros funcionarios: El abogado en su carácter de auxiliar principal de la administración de la justicia, debe ser desinteresado, probo y *llover hasta muy lejos el respeto de sí mismo y guardar celosamente su independencia hacia los clientes, hacia los poderes públicos, especialmente hacia los Magistrados.*

En este sentido el jurista debe cumplir estrictamente las disposiciones fiscales, abonando en su oportunidad los impuestos o derechos que corresponden a su defensa, haciendo respetar la ley y las autoridades públicas. No debe ejercer influencia alguna sobre los Magistrados mediante relaciones de amistad, vinculaciones políticas, etc.

- Deber de actualización profesional: El abogado tiene la obligación de estar permanentemente informado y actualizado sobre los adelantos de la ciencia del Derecho, de los cambios y modificaciones de las leyes y

⁵ LOPÉZ MIRÓ, Horacio. *La Ética del Abogado*. Artes Gráficas Candil. Argentina, 1995.

normas existentes, así como de la creación de otras nuevas y de las directivas que va imponiendo la jurisprudencia en los tribunales. Es imperdonable e inadmisible que los abogados se duerman sobre los laureles de tener el título sin preocuparse por su actualización.⁵

III. FORMACIÓN ÉTICA DE LA ABOGACÍA

1. Reflexiones conceptuales de lo que es la Ética

Luego de varios siglos de estudios filosófico-morales, de presentación sociológica y sicosocial, estamos contemplando un cambio de 360°. La ética kantiana secularizó la moral cristiana, la tradición aristotélica parece seguir influyendo hasta hoy en las decisiones morales del ser humano, porque concede pautas para establecer las diferencias entre valores y desvalores.

En este acontecer sabemos que mientras la ley se ocupa por lograr un estándar moral, la ética se ocupa de acercar el ideal de la vida: “*la ley se hace mientras que las reglas morales se descubren*”.⁶

La ética estudia la moral y determina qué es lo bueno y, desde ese punto de vista, cómo se debe actuar. La moral es el conjunto de costumbres, creencias, valores y normas de una persona o un grupo social que ejercen de guías para el obrar y orientar acerca del bien y el mal. Por eso se dice que la mayor creación importante que el ser humano ha desarrollado en los tiempos, es la **Ética**, pensamiento que implica que debemos optar por determinados valores, ya que en ellos se cifra la vida o la muerte de otros hombres, valores que se resumen en la igualdad, la libertad y la ayuda a los necesitados.

Este concepto ético entendiéndolo más concretamente estudia la moral y determina qué es lo bueno y, desde este punto de vista, cómo se

⁶ VANDEIBIT. Capítulo VI - 1996.

debe actuar en el curso de la vida. Teoría y ciencia del comportamiento moral de los hombres, mientras que la moral es el conjunto de costumbres, valores y normas que guían a una persona orientar acerca del bien o del mal.⁷

2. Deontología o Ética profesional

Dentro de la Deontología o Ética profesional, la Ética significa el conjunto de normas morales que determinan y rigen la conducta de los profesionales en el ejercicio de su profesión. La ética profesional no opera sólo a la hora de presentarse a un juicio, es necesario normar en el desempeño profesional en sus labores previas, se regule éticamente su asesoría planeando previamente su actuación. De esta manera, el abogado trabajará de acuerdo a las normas de la ética profesional.

La ética profesional está constituida por aquellas reglas obligatorias y prohibiciones que importan actuar con ética en la profesión del abogado, sin perjuicio de que la profesional entendida como un campo específico de la moral comprende un mayor número de obligaciones.

La ética profesional opera no sólo a la hora de presentarse a juicio sino en las labores previas y distintas a las contiendas o conflictos que el cliente le indica. Las contiendas o conflictos deben regularse éticamente previniendo y planificando todos los detalles, y el abogado debe actuar conforme a estas disposiciones en todo momento.

También como ciencia social, la ética profesional provee datos objetivos, prácticos, situaciones desencadenadas por los hechos que el ser humano realiza, y el estudio de estas situaciones proporciona la experiencia para forjar un tipo de conducta que garantice la paz individual y la paz social.

Estudiar y practicar estos aspectos de la profesión es reflexionar sobre la conducta del hombre en la historia y así obtener una explicación

⁷ Pérez, José Luis. *Op. Cit.*, p. 12.

sobre su comportamiento con el fin de mejorarlo. Es investigar las causas que hacen del hombre un ente sociable. Como parte de la ética que trata las reglas morales y jurídicas, la Deontología Jurídica ejerce en los profesionales actividades que deben cumplirse tanto en situaciones públicas como privadas.

En el acontecer histórico existen muchos aspectos de conducta profesional negativos que desdicen el buen ejercicio de la profesión. Si no se practica con los postulados de la deontología, sería inútil exigir a los abogados guardar el secreto de las deliberaciones y secreto profesional.

2.1. Principios de la Ética Profesional

Estos principios deben aplicarse en todo momento durante el ejercicio profesional de los abogados, como son:

- Conducta del Abogado: Como auxiliar principal de la administración de justicia, debe ser desinteresado y probo, guardar celosamente su independencia hacia los clientes, hacia los poderes públicos y especialmente hacia los Magistrados (Cortes). Actuar con intachable dignidad no sólo en el ejercicio de su profesión sino también en su vida privada.

- Rectitud e Integridad: Debe exigirse al abogado además de estos conceptos importantes; la lealtad personal, veracidad y buena fe. No debe aconsejar en ningún momento actos fraudulentos, fraudulentas afirmaciones o negaciones inexactas, no debe detener indebidamente los documentos ni demorarlos.

- Dignidad en la vida privada: En su vida privada debe eludir en lo posible afectar su independencia económica, comprometer su decoro. Evitar que le protesten documentos y que no tengan persecuciones judiciales por actos dolosos. En suma, su actuar primordial debe ser respetar y hacer respetar la ley, cumplir estrictamente las disposiciones fiscales que graban la profesión, pagando en su oportunidad los impuestos o derechos que correspondan.

- Incompatibilidades: El abogado legislador o político deberá abstenerse por una cautela muy especial, preocupándose en todo momento, evitando que cualquier actitud suya pueda ser interpretada como tendiente a aprovechar su influencia política o su situación como mandatario popular.⁸

3.- Formación de la Ética Profesional

En lo que se refiere a la formación ética del abogado, se señala en forma muy sucinta, que en la actualidad los países se están preocupando en reformular cómo debe ser la formación del abogado.

El aprendizaje de la Ética profesional es un argumento más que demuestra la necesidad de replantear el tema de su preparación distinguiendo la enseñanza de la Ciencia del Derecho, de la trasmisión de las técnicas y habilidades profesionales. Por ello, no es necesario extender o alargar los estudios universitarios para ejercer la profesión. Los planes de estudio de las Facultades de Derecho pueden reformularse orientándolos a los estudiantes en la enseñanza de la Ética profesional.

*“La enseñanza de la Ética sólo será creíble que lo haga el docente sin mancha cuya propia trayectoria sea ejemplo de ética. Una vocación por el Derecho lo es por la justicia, y ésta debe ser connatural con la ética”*⁹

Es por eso que la enseñanza de este importante rubro profesional plantea problemas: ¿Cómo deben impartirse estos principios? y, ¿cuáles son los métodos más apropiados para transmitirla?

Lamentablemente en la etapa de formación profesional del abogado se hace muy poco para que estos aspirantes comprendan que su función es buscar la solución del conflicto. La enseñanza en general de este rubro está fundamentalmente orientada al litigio y ello contribuye a crear en el estudiante la visión de una profesión dedicada al pleito.

⁸

Dr. J.M. González Sabaté - Normas de Ética Profesional - Argentina.

Si se piensa en el ámbito o lugar donde debe enseñarse, me parece que este aspecto está en relación directa con la formación de abogados, pero comúnmente esta enseñanza se da en las Universidades al término de los estudios de Derecho. Sabemos que son pocas las Facultades de Derecho, que dentro de este contexto se imparte el aprendizaje de la ética profesional. Sabemos que son pocas las Facultades de Derecho que han incorporado la enseñanza tan importante de este rubro para el abogado.

El abogado no se realiza plenamente si no se empeña en conocer bien la justicia, esta razón guarda relación con las propias exigencias del quehacer profesional. En un medio competitivo, no basta conocer el derecho, porque el valor diferencial son las calidades éticas del abogado.

Refiriéndonos a un campo que abarca el conocimiento y respeto de las normas de conducta profesional, el futuro abogado debe conocer en toda su amplitud las normas éticas para un mejor ejercicio de la abogacía y como garantía de la vigencia del Derecho de Defensa.

Tradicionalmente, algunas Universidades Privadas incluyen en los planes de estudio este tipo de enseñanza, pero esta enseñanza es puramente teórica y no práctica. La adecuada formación ética del alumno que estudia en las aulas universitarias, debe brindarle la libertad, hacerse conocer más a sí mismo y a los demás, para que así se enfrente a muchos dilemas en su vida profesional permitiéndole al final ser feliz.

Debo manifestar que las Facultades de Derecho generalmente no forman al futuro profesional como para que sea un abogado consultor, ni le da los medios necesarios para que sepa manejar un conflicto. Por eso es necesario que en **todas** las Facultades de Derecho se establezcan asignaturas de formación ética del Abogado. Algunos países ya lo tienen, pero es de necesidad urgente que se establezcan en muchos más. Por ello, es imprescindible divulgar los principios de lo que es la ética profesional.

Los futuros juristas que estudian en las Universidades deben rendir un examen sobre las normas del Código de Ética Profesional, y este examen

debe ser posterior a la aprobación de su última materia académica y anterior al juramento profesional.

En este sentido el nuevo abogado debe demostrar que no sólo sabe el fondo y forma de la ley, sino que ha aprendido también las normas y práctica de la conducta ética que regirán y aplicarán durante su vida profesional.

4.- Control de la Ética Profesional

El asunto más importante que motiva la aplicación de las normas de ética profesional, es determinar cuál es el órgano apto para ello, cómo debe ser su composición y características para controlar adecuadamente la aplicación de la Ética. El control ético de acciones ilícitas debe caer en diferentes ámbitos sancionatorios, penales, civiles y disciplinarios.

El control ético profesional es absolutamente necesario para la imagen que la profesión proyecta ante la ciudadanía, porque las faltas de ética no pueden quedar impunes so pena de mermar la confianza de la sociedad en el Derecho.

Los motivos que existen para la decadencia innegable de esta noble profesión son por ejemplo: la falta de seriedad y de profundidad en los estudios universitarios, excesivo número de profesionales y crisis de valores morales que se siente. Este último es sin duda el más grave y pernicioso.

¿Dónde se realiza este control? Generalmente se realiza en los Tribunales de Justicia cuando el abogado comete diversos errores en el ejercicio de su profesión y es denunciado, o, este control se aplica también en las Comisiones de Ética de las Barras Profesionales en Colegios Profesionales.

Se sugeriría que para disciplinar a los abogados que cometen errores, se establezcan Tribunales Especiales de Disciplina y Control Ético.

Estos Tribunales deben estar constituidos por abogados retirados y de una trayectoria impecable, donde se aplicaría los Códigos de Ética de cada Colegio o Barra.

La abogacía para tener razón de ser y cumplir su verdadero cometido ético debe constituir una minoría selecta, impregnada en su mente, la rectitud de conciencia clara y digna, de lo contrario el abogado puede ser cómplice del fraude instigador del dolo y encubridor del delito.

Si no se respetan las normas morales a conciencia jurídica, y si bien las reglas éticas exigen una buena organización, éstas tardan en sancionar y disciplinar al abogado. Es necesario adelantarse a crear y robustecer entre los miembros el sentimiento de responsabilidad profesional y la convicción de que una digna minoría podría imponer normas de conducta.

5. La Abogacía y el Abogado en el siglo XXI

A finales del siglo XX y casi al cumplirse dos décadas del siglo XXI existe una tendencia en el mundo favorable a los modos alternativos de solución de conflictos para el ejercicio de la abogacía, estos son: el Arbitraje, la Mediación y la Conciliación. La utilización de estos medios como sistemas de filtros para evitar la congestión de los Tribunales, se están aplicando en forma muy rápida en muchos países. Estos filtros evitan la congestión en los Tribunales de Justicia y la Sociedad Jurídica de muchos países que están abocados a su difusión especialmente en lo que se refiere a la mediación.

La mayoría de los Poderes Judiciales en los diversos países, advierten la necesidad la necesidad de establecer estos sistemas a fin de evitar la congestión de los órganos judiciales. Sería necesario que las facultades de Derecho establezcan especialidades en estas materias. Sería necesario también que las Barras y Colegios de Abogados pongan más énfasis en la creación de Tribunales Arbitrales como alternativa para la solución de conflictos. La modernidad del siglo XXI tiende a aplicar el procedimiento de conciliación, y ahora está siendo muy aplicado en diversos países, entre ellos, el Perú.

El abogado del siglo XXI debe especializarse a tener las cualidades y capacidad para ser un negociador con equidad y ecuanimidad a fin de aplicar

en forma adecuada la mediación, la conciliación y el arbitraje, y constituirse en una especie de psicólogos y sociólogos, con la finalidad de evitar largos procesos legales, y así hacer del conflicto la solución con rapidez y agilidad que demandan actualmente las relaciones comerciales y jurídicas.

Los avances científicos y tecnológicos de este siglo así como las transformaciones sociales, políticas y culturales por avance incontenible repercuten en todas las ramas del saber, y la profesión de la abogacía y el abogado, no están al margen de estos cambios, por el contrario actualmente el profesional del Derecho se ve obligado a adaptarse a estas nuevas exigencias y necesidades que presenta la sociedad.

El abogado del siglo XXI requiere mayor preparación y destreza que no se limita al conocimiento jurídico sino también a disciplinas extra jurídicas, cuyo dominio implica un mejor perfil de la profesión y la posibilidad de obtener mejores oportunidades en un entorno profesional tan competitivo. Pensamos que hoy es posible afirmar que el Abogado más eficaz del Derecho, es aquél que logra solucionar los conflictos extrajudicialmente y con rapidez.

En tiempos actuales existen también nuevas ramas del Derecho, las mismas que no se agotan ni se contraponen con las materias tradicionales. Estas nuevas ramas son: Derecho Laboral, Derecho de Informática, Derecho Ambiental, entre otros.

Dentro de estas disciplinas extrajurídicas que el abogado del siglo XXI debe dominar está la Informática, pues el profesional del presente siglo debe manejar y conocer con solvencia estas herramientas, que no sólo facilitan su trabajo y optimizan su tiempo, sino que además le permiten mantenerse permanentemente actualizado. Otro elemento indispensable es que el Abogado debe dominar por lo menos su idioma natal y el inglés, aparte de otros idiomas que quisiera aprender.

REFLEXIONES FINALES

1. En el proceso de construcción democrática y ante la complejización de la sociedad, la revolución tecnológica, el quiebre de los paradigmas, etc., la formación especializada del abogado es fundamental, no sólo desde el punto de vista académico, sino también de su permanente actualización. Se trata de una obligación del propio operador y obligación de los medios en los que actúa. En la tarea del abogado que no puede desligarse del estudio e investigación de la ciencia del Derecho, debe estar el empeño incesante por realizar y alcanzar los valores del espíritu, y en cuya escala ocupa rango prominente la Verdad y la Justicia que señalan los acontecimientos y el sentido de la historia de los pueblos.

2. El abogado debe ser también un profundo conocedor de los grandes problemas que afligen a la sociedad en su conjunto, asumiendo su capacidad de acción con un sentir democrático y de servicio, por lo que su profesión ya no se limite solamente a su actividad puramente sino que debe asumir un protagonismo orientado a observar los cambios y realizar las transformaciones que se operan en el seno de la sociedad.

El Abogado debe ser portador de sólidos principios éticos, por cuanto es preciso superar conceptos mal entendidos de solidaridad y comprender que esta condición es uno de los mecanismos más expeditivos para mantener el nivel de confianza depositado en el sector de la fiscalización que realiza.

Su rol en las esferas jurídicas del mundo contemporáneo, está en la búsqueda de los valores y en el empeño de realizarlos.

3. Si los hombres y mujeres del Derecho no nos ocupamos de la justicia, quién. Es decir ¿cuál es la ética operativa común de los Abogados? y si efectivamente los Abogados se dedican a la justicia ¿cómo lo hacen y hasta dónde?

4. Mi anhelo personal es que el Abogado debe en el futuro seguir siendo colaborador inmediato de los órganos de administración de justicia, a fin de lograr la aplicación más adecuada del Derecho, en el marco del

concepto de equidad. Será también el principal sustento y animador del Estado de Derecho en las naciones, un hacedor de la paz, un gran procurador de la justicia y un celoso albacea de la libertad.

Debe ser además un hábil comunicador social de la justicia, guardián y custodio de los caminos que conducen para lograr la plena y pacífica convivencia de los hombres y de los pueblos.

* * *

Revista Peruana de Derecho Internacional, Tomo LXVI, N° 155,
se terminó de imprimir el 31 de enero del 2017,
por **EDICIONES MISKY**, teléfono 999-604-849

E- mail: edicionesmisky@hotmail.com

freddygalvezr@hotmail.com

edicionesmisky@yahoo.es

RUC N° 10067457876