





HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA



# HOMENAJE A

# FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

## TOMO 3

### COMITÉ EDITOR:

Jorge Avendaño Valdez (Presidente)  
Carlos A. Soto Coaguila (Secretario)  
Alfredo Bullard González  
René Ortiz Caballero  
Carlos Ramos Núñez  
Marcial Rubio Correa  
Lorenzo Zolezzi Ibárcena



**FONDO  
EDITORIAL**

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

*Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda*

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Editado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009  
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

[feditor@pucp.edu.pe](mailto:feditor@pucp.edu.pe)

[www.pucp.edu.pe/publicaciones](http://www.pucp.edu.pe/publicaciones)

Cuidado de la edición: Carlos A. Soto Coaguila

Diseño, diagramación y corrección de estilo: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-06815

ISBN: 978-9972-42-890-6

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900257

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú





# Índice general

## TOMO 1

Biobibliografía de Fernando de Trazegnies Granda

### PRIMERA PARTE

Semblanzas de Fernando de Trazegnies

### SEGUNDA PARTE

Historia del Derecho

### TERCERA PARTE

Filosofía del Derecho

## TOMO 2

### CUARTA PARTE

Derecho Civil

### QUINTA PARTE

Responsabilidad Civil

## TOMO 3

### SEXTA PARTE

Derecho Societario

### SÉTIMA PARTE

Derecho Internacional

### OCTAVA PARTE

Arbitraje

### NOVENA PARTE

Literatura

### DÉCIMA PARTE

Miscelánea



# Índice

## Tomo 3

<b>SEXTA PARTE</b>	
<b>DERECHO SOCIETARIO</b>	15
Sociedades familiares: problemas frecuentes <i>Guillermo J. Borda</i> (Argentina)	17
Uno de los varios «grandes aportes» de la nueva Ley General de Sociedades: la transformación de asociación en sociedad anónima <i>Ricardo Beaumont Callirgos</i> (Perú)	29
La autocartera encubierta de acciones de sociedades anónimas como una modalidad de delito de administración fraudulenta <i>Oswaldo Hundskopf Exebio</i> (Perú)	43
Las prestaciones accesorias en la Ley General de Sociedades <i>Hernando Montoya Alberti</i> (Perú)	65
Contratos de colaboración empresarial en el derecho comercial colombiano <i>Jorge Oviedo Albán</i> (Colombia)	93
<b>SÉTIMA PARTE</b>	
<b>DERECHO INTERNACIONAL</b>	113
El largo camino de Brasilia a Brasilia <i>José Manuel Boza Orozco</i> (Perú)	115
El estatus jurídico internacional de la Soberana Orden de Malta <i>Jorge Luis Collantes González</i> (España)	141
Una entidad sui géneris del Derecho Internacional: la Soberana Orden Militar de Malta <i>Enrique de Rábago Bustamante</i> (Perú)	161

La política exterior de George W. Bush y el retorno a las cavernas <i>Fabián Novak Talavera</i> (Perú)	185
El Tratado de 1929 en la historia del Perú <i>Fernando Vidal Ramírez</i> (Perú)	215
<b>OCTAVA PARTE</b>	
<b>ARBITRAJE</b>	233
Plazo para laudar, su protocolización y registro y laudo por acuerdo de las partes <i>Fernando Cantuarias Salaverry</i> (Perú)	235
Don Fernando de Trazegnies Granda y algunas ideas sobre arbitraje: nulidad del laudo arbitral por haber laudado sobre materia no sometida expresa o tácitamente a la decisión de los árbitros <i>Mario Castillo Freyre / Rita Sabroso Minaya</i> (Perú)	259
El control constitucional en el arbitraje <i>Gonzalo García-Calderón Moreyra</i> (Perú)	275
Reflexiones críticas sobre la doctrina Calvo <i>Oscar M. Garibaldi</i> (Estados Unidos)	297
Peru's foreign investment framework put to the test: a review of the jurisdictional award in Duke Energy International Peru investments N ° 1 Ltd. vs. the Republic of Peru <i>Arif Hyder Ali / Baiju S. Vasani</i> (Estados Unidos)	323
Arbitraje, derecho internacional de las inversiones y globalización <i>Franz Kundmüller Caminiti</i> (Perú)	359
Comments on the discipline of «National Treatment» in international investment law: boosting good governance versus intruding into domestic regulatory space? <i>Thomas Wälde</i> (†) (Estados Unidos)	439
<b>NOVENA PARTE</b>	
<b>LITERATURA</b>	509
La literatura de Fernando de Trazegnies Granda (o la «verdad ficta» y la inversión de valores en la dicotomía civilización/barbarie en su obra literaria) <i>Alexander Forsyth Rebagliati / Raúl Sánchez Consigliari</i> (Perú)	511
Ribeyro: «ser abogado, ¿para qué?» <i>Carlos Ramos Núñez</i> (Perú)	525
El derecho en la Divina Comedia <i>Lorenzo Zolezzi Ibárcena</i> (Perú)	555

<b>DÉCIMA PARTE</b>	
<b>MISCELÁNEA</b>	607
Agua, derecho y diversidad <i>Armando Guevara Gil</i> (Perú)	609
Un muerto en las fronteras: Restricciones constitucionales a la inversión extranjera en el Perú <i>Jorge E. Lazarte Molina</i> (Perú)	631
Sobre «el rol político del abogado litigante» <i>Diego Pérez Ordóñez</i> (Ecuador)	659
La posición jurídica del Tribunal Constitucional <i>Aníbal Quiroga León</i> (Perú)	667
<i>En el país de las colinas de arena.</i> Conferencia de presentación del libro de Fernando de Trazegnies en el Centro Cultural Peruano Chino (1994) <i>Manuel de la Puente y Lavalle</i> (†) (Perú)	693
Comentario a <i>En el país de las colinas de arena:</i> un gran libro de Fernando de Trazegnies <i>Ricardo González Vigil</i> (Perú)	701
Comentario del cuento «El cónsul honorable» <i>Ricardo González Vigil</i> (Perú)	703
Comentario sobre <i>Imágenes rotas.</i> Imágenes reconstruidas <i>Hugo Guerra Arteaga</i> (Perú)	705
Reseña <i>Miguel Gutiérrez Correa</i> (Perú)	709
<i>Imágenes rotas.</i> Delitos literarios: la historia-ficción de un autor que combina hábilmente el rigor histórico con el vuelo imaginativo <i>Guillermo Niño de Guzmán</i> (Perú)	711
Los tradicionistas peruanos <i>Estuardo Núñez Hague</i> (Perú)	713
La literatura como posibilidad de reunir lo fragmentado. Acerca de <i>Imágenes rotas</i> , de Fernando de Trazegnies <i>Manuel Pantigoso Pecero</i> (Perú)	715
Derecho y modernidad en el Perú del ochocientos <i>Carlos Ramos Núñez</i> (Perú)	723
Comentario sobre <i>La responsabilidad extracontractual</i> <i>André Tunc</i> (†) (Francia)	733



**SEXTA PARTE**  
**DERECHO SOCIETARIO**



## SOCIEDADES FAMILIARES: PROBLEMAS FRECUENTES

*Guillermo J. Borda\**

### 1. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

Como una primera aproximación podríamos definir la empresa familiar como aquella organización integrada por miembros de una misma familia unidos por el parentesco y, además, por la decisión de contribuir, con su capital y su trabajo, en pos de un proyecto negocial; es la forma en definitiva de amalgamar dos instituciones: la familiar y la empresarial, que poseen características propias, con sus ventajas e inconvenientes.

La empresa familiar es idealizada y denostada. Hay quienes piensan que está destinada a ser pequeña o, en el mejor de los casos, mediana; pero que tiende a desaparecer como organización productiva, en razón de que en ella predominan lo afectivo y lo particular por sobre la eficiencia y lo impersonal. Sin embargo, la experiencia indica que una gran mayoría de las grandes empresas de hoy, no solo de la Argentina sino también del extranjero, se conformaron en sus inicios como empresas familiares. Debe señalarse que numerosos estudios señalan que en Estados Unidos el noventa por ciento de sus empresas son de este tipo; en España, el sesenta por ciento; y en el resto de Europa, guarismos similares<sup>1</sup>.

En la economía argentina, la mayor parte de las grandes empresas de hoy fueron en sus comienzos empresas familiares; y ni qué decir de la pequeña y mediana industria, uno de los sectores en donde más se la puede apreciar. Otro sector donde han gravitado y gravitan es nuestro campo: más de la tercera parte de los establecimientos agropecuarios son de propiedad de grupos familiares, sean estos formales o informales<sup>2</sup>.

---

\* Socio gerente del Estudio Jurídico Borda. Consejero Titular del Colegio Público de Abogados de Capital Federal, Buenos Aires.

<sup>1</sup> GALLO (1997: 13).

<sup>2</sup> DUCOS Y ULLOA DE PORRÚA (2004: 32).

Entre las principales características de las empresas familiares tenemos que una parte importante de su propiedad está en manos de la familia; sus integrantes son habitualmente los directivos; existe continuidad en las generaciones; hay en ellas una mayor coherencia y cohesión que en otros grupos, hecho que potencia el trabajo en conjunto y trae aparejado un mayor impulso; y por último, estimulan en el grupo la necesidad de crecer con eficacia.

## 2. DIVERSAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN. ANTECEDENTES

El marco jurídico que debe contener a la empresa familiar no es simple. Legislaciones modernas, como la italiana, entienden este tipo de empresa como aquella en la cual el familiar presta su trabajo en forma continua y participa de las utilidades, de los bienes adquiridos con estas y de los incrementos de la empresa, en proporción a la cantidad y calidad del trabajo prestado.

Se considera como familiar, a tal efecto, al cónyuge, a los parientes por consanguinidad dentro del tercer grado y a los afines dentro del segundo. El trabajo de la mujer es considerado equivalente al del hombre para todos los efectos.

Las decisiones referentes al empleo de las utilidades y de los incrementos, como aquellas inherentes a la gestión extraordinaria, a los emprendimientos productivos y a la cesación de la empresa, son adoptadas por mayoría de los familiares que participan en ella.

Para el caso en que los familiares participantes en la empresa no tengan la plena capacidad de actuar, la norma prevé que deberán ser representados en el voto por quien ejerce la potestad sobre ellos.

El derecho de participación es intransferible, salvo que la transferencia se haga a favor de los familiares a que se ha hecho referencia. Esta participación puede ser liquidada en dinero a la cesación, por cualquier causa, de la prestación del trabajo; y en el caso de enajenarse la empresa, el pago puede efectuarse en varias anualidades, determinadas por el juez en caso de no arribarse a un acuerdo.

Tanto para el caso de división hereditaria como para el de transferencia de la empresa, los parientes dentro del tercer grado y los afines dentro del segundo tienen derecho de prioridad<sup>3</sup>.

El derecho peruano, en la ley 8548 del año 1937, estableció que debía entenderse como empresa familiar aquella en la cual el cincuenta por ciento del capital social estaba constituido por el aporte de una sola persona o por miembros de una misma familia, y en las cuales las acciones que se emitieran debían ser nominativas.

---

<sup>3</sup> Artículo 230 bis del Código Civil italiano, incorporado en 1972.

La norma mencionada en el apartado anterior fue derogada con posterioridad, pero la ley 26.887, que enmarca a las sociedades, regula en su sección séptima lo que se da en llamar la *sociedad anónima cerrada*, de plena adaptación a la sociedad o empresa familiar. Dicha norma establece, entre otras cuestiones, que estas sociedades no pueden contar con más de veinte accionistas; y que el accionista que se proponga transferir total o parcialmente sus acciones a otro accionista, o a terceros, debe comunicarlo a la sociedad mediante carta dirigida al gerente general, quien lo pondrá en conocimiento de los demás accionistas dentro de los diez días siguientes, para que en el plazo de treinta días puedan ejercer el derecho de adquisición preferente a prorrata de su participación en el capital. En la comunicación referida, el accionista deberá hacer constar el nombre del posible comprador y, si es persona jurídica, el de sus principales socios o accionistas, así como el número y la clase de las acciones que desea transferir, el precio y las demás condiciones de la transferencia.

El precio de las acciones, la forma de pago y las otras condiciones de la operación serán fijados por acuerdo entre las partes o por el mecanismo de valorización que establezca el estatuto. En su defecto, el importe a pagar lo fija el juez por el proceso sumarísimo. El accionista podrá transferir a terceros no accionistas las acciones en las condiciones comunicadas a la sociedad cuando hayan transcurrido sesenta días de haber puesto en conocimiento de esta su propósito de transferir, sin que la sociedad y/o los demás accionistas hubieran comunicado su voluntad de compra.

El estatuto podrá establecer otros pactos, plazos y condiciones para la transmisión de las acciones y su valuación, inclusive suprimiendo el derecho de preferencia para la adquisición de acciones.

En Colombia, mediante el decreto 2.521 del año 1950, se hace referencia a la empresa familiar señalando que son sociedades de familia todas aquellas que fueron constituidas por mayoría de personas vinculadas entre sí por parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado civil o de afinidad dentro del segundo grado.

De las normas precedentemente indicadas surge claramente el concepto de qué debemos entender por *empresa familiar*.

### **3. ALGUNOS INTERROGANTES QUE SE PLANTEAN AL CONSTITUIRSE LAS EMPRESAS DE FAMILIA**

#### **3.1 ¿Pueden constituir una sociedad padres e hijos?**

En principio podemos afirmar que no existe obstáculo alguno para constituir sociedades con sus hijos mayores, no así respecto de los hijos menores, en los que

se presentan algunas particularidades. En estos casos debemos primero distinguir si se trata de hijos menores, menores con título habilitante o no, por cuanto su tratamiento difiere.

### ***3.1.1 Hijos menores***

Si nos encontramos ante el caso de menores sujetos a patria potestad o bajo tutela, entendemos que es perfectamente factible que tanto el padre como la madre puedan ya sea adquirir un paquete accionario a nombre propio y de su hijo menor, como así también que el padre o madre continúen con la sociedad que tenía el otro progenitor con el premuerto. Obviamente, si el menor se encontrare bajo tutela, el tutor deberá requerir la conformidad del juez interviniente para que el acto de traspaso accionario sea válido.

### ***3.1.2 Hijos menores con título habilitante***

En este caso la situación es relativamente más sencilla. Si el menor cuenta con título habilitante se encuentra facultado para administrar y disponer de lo que obtuvo con el producto de su trabajo personal, y en tal sentido puede integrar una sociedad comercial, aunque entiendo que esta debe estar relacionada con su capacitación profesional.

### ***3.1.3 Hijos menores adultos***

En cuanto a los hijos menores mayores de 18 años, debemos distinguir a los que solo han cumplido esa edad y a los que han sido emancipados, ya sea por habilitación de edad o por haber contraído matrimonio. En el primer caso, los menores solo tienen la administración y disposición de los bienes adquiridos por su trabajo personal, pero no la de los bienes que recibieron a título gratuito ya sea por herencia, legado o donación; es decir, si como consecuencia del fallecimiento de uno de sus progenitores recibiere una participación accionaria, no podría tomar decisiones en la empresa en tanto y en cuanto implique administrar bienes del haber hereditario.

### ***3.1.4 Hijos emancipados***

La situación varía según el tipo de emancipación. En la emancipación por habilitación de edad el menor es, a todos los efectos, como si fuera un mayor de edad; solo le está impedido disponer de los bienes recibidos a título gratuito y aprobar las cuentas de sus tutores. En cuanto a los emancipados por matrimonio, se encuentran en similar situación que los emancipados dativamente. En ambos casos, el menor puede constituir sociedades con los bienes obtenidos mediante

su trabajo personal. La diferencia entre uno y otro caso radica en que si la emancipación fuere consecuencia del matrimonio, la autorización judicial puede ser reemplazada por la conformidad del cónyuge mayor de edad.

### *3.2 Muerte de uno de los padres y constitución de sociedad con menores*

En caso de que falleciera uno de los padres y hubiere un establecimiento agropecuario, industrial, minero, etcétera, el cónyuge supérstite puede solicitar la indivisión forzosa del establecimiento por un término de diez años; esta indivisión pudo haber sido establecida por el causante. En su caso se podrá pedir la constitución de una sociedad, pero esta no podrá ser otra que una sociedad de responsabilidad limitada y su estatuto deberá ser aprobado por el juez del sucesorio; además, el acta de constitución deberá ser suscrita por el tutor especial designado, si hubiere conflicto de intereses entre el representante legal del menor y este, conforme el artículo 28 de la Ley de Sociedades.

### *3.3 ¿Puede haber sociedad entre cónyuges?*

Si bien algunos autores clásicos argentinos desechan la opción de que los cónyuges puedan constituir sociedades, basándose en lo prescrito en los artículos 1217 y 1218 de nuestro Código, en cuanto establecen que antes de la celebración del matrimonio solo pueden efectuarse determinadas convenciones matrimoniales —designación de bienes que lleva cada uno al matrimonio y donaciones del esposo a la esposa—, entendemos que nada lo impide, puesto que toda convención sobre cualquier otro objeto o sobre el derecho a los gananciales de la sociedad conyugal es de ningún valor. Por otra parte, de aceptarse tal criterio estaríamos derogando el artículo 27 de la Ley de Sociedades. Por ello entendemos que es perfectamente factible su constitución, aunque debemos hacer dos distingos: si se trata de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada no parece haber duda alguna, tal como lo dispone el artículo 27 de la Ley de Sociedades. Pero en cuanto a las sociedades en comandita simple y las de capital e industria, que no se encuentran entre las autorizadas, no vemos razón para no incluirlas, ya que —como bien señalan diversos autores— no se advierte la razón por la cual los cónyuges no puedan formar parte de una sociedad en comandita simple, en calidad de comanditarios, toda vez que estarían en la misma posición que los socios de una sociedad de responsabilidad limitada.

### *3.4 ¿Puede haber sociedad entre concubinos?*

Nuestro ordenamiento legal en modo alguno impide la constitución de sociedades entre concubinos. Es perfectamente posible, dado que el concubinato es una situación de hecho que solo produce determinados efectos en el campo asistencial,

en el de los daños y perjuicios y otros más, pero no en el campo patrimonial, salvo que se demuestre que hubo una efectiva sociedad de hecho, para lo cual se deberá probar su efectiva existencia; es decir, haber efectuado los aportes para que funcione como tal. Situación que no se da en el matrimonio, en el que, disuelta la sociedad conyugal, los bienes que la componen deben ser divididos por mitades, con independencia de quien haya obtenido ese capital.

### **3.5 Sociedades simuladas**

#### *3.5.1 Aportes hechos por uno solo de los socios*

Una de las características de las sociedades simuladas es la forma en que han sido conformadas, cuando se las integra con lo que comúnmente denominamos *hombres de paja*, esto es, simples testaferros; o cuando el aporte económico en su casi mayoría lo hace uno solo de los socios, por más que aparezcan varios en su acto de constitución, queda en evidencia que estamos ante una pantalla que esconde el patrimonio de una persona. En nuestro régimen legal las sociedades deben constituirse por dos o más personas.

#### *3.5.2 Exclusión de un eventual heredero*

Muchas veces las sociedades son simples pantallas que esconden el patrimonio de una persona; y las sociedades comerciales, un recurso utilizado para afectar el derecho hereditario de un eventual heredero, bien para conculcar la legítima o bien para desheredarlo en forma completa. Estos casos han dado lugar a la aplicación de la teoría del *disregard of legal entity*, también llamado corrimiento del velo societario en las sociedades de familia.

## **4. PRINCIPALES PROBLEMAS EN LA ARGENTINA**

Los problemas frecuentes que se vislumbran en las empresas familiares son, entre otros, la falta de una normativa que las regule, el manejo de sus relaciones personales, su organización, los niveles de conducción, la forma en que deben distribuirse sus ganancias, cómo deben ser los retiros de asignaciones y, por último, cómo debe preverse el final de la empresa.

### **4.1 Normativa vigente en la Argentina**

El hecho de carecer de una legislación específica lleva a que los grupos familiares decididos a nuclearse en una figura jurídica que los contenga, aprovechen

o adapten figuras societarias que no contemplan las peculiaridades de quienes las conforman, originando inconvenientes, cuando no interminables litigios judiciales.

Podemos encontrar referencias a emprendimientos familiares en las leyes 14.394 y 20.550. En la primera, los artículos 51 y 53 regulan diversas especies de indivisión hereditaria, estableciendo que el causante puede establecer una indivisión de los bienes por el término de diez años; y si se tratare de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o cualquier otro que constituya una unidad económica, esta indivisión se podrá extender por un lapso mayor si hubiere herederos menores de edad. La norma también establece que la indivisión podrá ser pedida por el cónyuge supérstite, si fuere quien lo adquirió o lo formó en todo o en parte; la indivisión podrá ser también por el término de diez años. En la ley 19.550, los artículos 28 y 29 establecen que el tipo social que debe adoptarse cuando hubiere herederos menores de edad es el de socios con responsabilidad limitada; así también, que el contrato constitutivo debe ser aprobado por el juez de la sucesión, haciendo responsables por los daños y perjuicios que sufriere el menor, en caso de incumplimiento, al representante legal de este y a los consocios mayores.

Pero lo real es que, al no haber un tipo societario preciso que atienda las peculiaridades de una organización familiar, esta se organiza y actúa o bien como simple sociedad de hecho o bien como sociedad comercial, sea esta anónima, de responsabilidad limitada o en comandita por acciones. Podemos afirmar, sin embargo, que la manera más habitual que tienen los grupos familiares de actuar en el campo mercantil son las sociedades de hecho, en las cuales la responsabilidad por el accionar de la empresa recae en cabeza de quienes la integran, respondiendo estos no solo con el capital invertido en tal emprendimiento, sino también con la totalidad de su patrimonio personal. Si a esto le agregamos la fuerte carga impositiva que tienen las personas físicas y la imposibilidad de adquirir bienes inmuebles, semovientes, maquinarias y/o automotores a nombre de la sociedad de hecho, razón por la cual se debe hacer a nombre personal de los socios, la inconveniencia es más que evidente.

#### 4.2 Relaciones personales

Uno de los principales problemas en las empresas familiares es el convencimiento de que, por tratarse de parientes, no se presentarán problemas de convivencia; y que si aparecen, serán zanjados muy pronto, justamente por tratarse de parientes. La realidad es que, muy por el contrario, al mezclarse intereses y sentimientos, cualquier problema puede potenciarse. Los vínculos familiares tienen un papel

muy importante en el armado de la organización y justamente por ello se debe ser muy claro en el mensaje. No puede haber lugar para dudas ni para zonas grises; precisamente esa elasticidad, esa falta de precisión, da pie a malentendidos y son el germen de futuros conflictos.

Si a la de por sí complicada gestión familiar le agregamos la participación de los parientes políticos, la necesidad de tener un mensaje claro es más que evidente. En muchos casos esto suele originar problemas en el seno de la empresa y de la familia, por entender, los integrantes del grupo familiar, que el pariente político, por ser tal, no está involucrado en la idiosincrasia familiar, y no tiene por lo tanto la tradición de los otros; lo que, sumado a las prevenciones que pueden tener los demás integrantes debido a la situación que podría llegar a plantearse si el «nuevo» pariente se divorcia, la falta de precisión en el mensaje puede ser fuente de innumerables conflictos.

#### 4.3 Niveles de conducción

Otro de los temas es la conducción del grupo. En sus comienzos es frecuente que el fundador y/o propietario actúe en forma personal, lo que es lógico; pero con el correr del tiempo, cuando intervienen las generaciones siguientes, se tiende a privilegiar la relación familiar. Muy comúnmente se considera que el vínculo es un factor preponderante para la designación de los máximos ejecutivos en la conducción; de igual modo, que la familia debe integrar el consejo de administración con verdadero peso en las decisiones. Y es justo aquí donde se corre el grave peligro de confundir propiedad con capacidad para conducir. Toda empresa que evoluciona precisa nuevas y diferentes capacidades directivas, sin hacer distingos entre parientes o no.

Vinculado a esto merece una especial atención la organización administrativa y cómo la formalizamos. Suele haber resistencia de la familia a adoptar un sistema de información para el grupo familiar, sustentada en la complejidad del emprendimiento y la falta de conocimientos en muchos de ellos como para evaluar acertadamente lo proyectado y qué se está haciendo. Otra cuestión, por cierto no menor, es el establecimiento de una escala de autoridades y jerarquías no basadas solamente en el vínculo familiar, sino en la capacidad, el conocimiento y el liderazgo. Es decir, debe darse plenamente la complementación de una generación con las otras, sumando, por ejemplo, la mayor apertura mental frente a las nuevas tecnologías y, por otra parte, la experiencia empresarial de las generaciones mayores.

Lo que sí debe haber es una organización que determine las funciones de cada integrante; las relaciones entre sus miembros, tanto en sentido vertical

como horizontal; y las jerarquías, por más que en las empresas familiares sean más difusas, lo que no es un problema menor.

Por ello, es fundamental determinar en la empresa las dos clases de niveles de conducción: la directiva y la ejecutiva. En la directiva, que suele denominarse *consejo de administración*, deben participar primordialmente los integrantes de la familia; este consejo debe supervisar la gestión, llevando racionalidad a las tomas de decisiones. En cuanto al nivel ejecutivo, lo que se requiere es capacidad gerenciadora y eficacia en la implementación de las políticas adoptadas.

#### 4.4 Retribuciones

Un punto no menor es el sistema de retribución. Hay quienes creen que, por el hecho de ser familiares, los miembros que trabajan en la empresa deben ser acreedores de una retribución especial, o bien que la retribución debe ser lo necesario para su subsistencia. Otros piensan que las retribuciones que se deben abonar pueden ser inferiores a las de mercado, en la idea de que en el futuro serán recompensados, lo que no es así. Se trata de que la retribución sea ni más ni menos que la del mercado; eso no solo hace al reconocimiento por la gestión, sino también al compromiso personal de quienes la gestionan.

#### 4.5 La forma en que se prevé el cambio de conformación societaria, los aportes de capital, el fin de la empresa o cómo deberán actuar los herederos

Una de las cuestiones que deben ser precisadas al momento de constituir estas empresas familiares es cómo se efectuarán los cambios en el futuro, ya sea en la conformación societaria, ya sea en los aportes de capital a hacer en el futuro (lo que tampoco es un tema menor), el derecho de preferencia en la compra de participaciones accionarias y la forma de establecer su valor, así como también la forma en que deberá ser liquidada la sociedad. Es necesario y conveniente que existan acuerdos y planes para la compraventa de participaciones entre los miembros de la misma familia o de la propia empresa, lo mismo que planes de aportes de capital con recursos propios en caso de así requerirlo el emprendimiento. Si estos conceptos son suficientemente explicitados y clarificados, quienes conformen la sociedad, tanto en sus inicios como con posterioridad, sabrán a qué atenerse para un futuro no tan lejano y con toda seguridad esto evitará un sinnúmero de conflictos.

#### 4.6 Utilización de figuras societarias en perjuicio de legítimos derechos

Lamentablemente —y por cierto, no pocas veces— podemos ver que, como consecuencia de carecer de un régimen específico sobre el tema que nos ocupa, hay quienes utilizan figuras societarias que constituyen verdaderas sociedades de familia para violar el derecho a los gananciales o la legítima de los herederos; y es aquí donde la teoría del *disregard of legal entity* o levantamiento del velo societario ha marcado un antes y un después. En efecto, a partir de esta teoría, y sobre todo después de su implementación en nuestro ordenamiento jurídico tanto en la Ley de Sociedades (artículo 54, apartado tercero) como en la Ley de Contrato de Trabajo, o bien en la Ley de Concursos, entre otras normas, se ha impedido que, al amparo de figuras societarias, se consumen maniobras defraudatorias en perjuicio del cónyuge o de los herederos.

Así, se ha resuelto que corresponde descorrer el velo de la personalidad jurídica cuando quien constituyó sucesivamente sociedades, se valió de ellas para alejar de la sociedad conyugal los bienes que adquirió durante su vigencia y que, por ende, revisten el carácter de gananciales<sup>4</sup>.

En el mismo sentido, en materia sucesoria se ha declarado que la sociedad anónima constituida por el causante y los miembros de su familia, en la que aquel aportó el 95% del capital accionario, no responde propiamente a la estructura de una verdadera empresa impersonal y de capital, sino que solo ha agrupado al núcleo familiar alrededor del cuantioso patrimonio del causante. Aunque formal y legalmente se trate de una sociedad de capital, la realidad interna de ese patrimonio de origen unipersonal adquiere los visos de la administración de una de condominio indiviso, lo que implica una total e innegable desvirtuación de la forma societaria. La protección de la ley no sería completa y adecuada si no se admitiera que, tanto respecto del uso y goce de la legítima como de su integridad, no se tomaran en cuenta las realidades económicas y subjetivas que muchas veces aparecen ocultas tras el ropaje de estructuras societarias.

Una persona jurídica es una creación o recurso de técnica jurídica mediante el cual pueden alcanzarse determinados fines que el ordenamiento jurídico autoriza, apoya o no desaprueba. Esos fines u objetivos fijan los límites dentro de los cuales cabe admitir la personalidad propia e independiente de la persona colectiva. Si, deliberadamente o no, esa personalidad se aduce para procurar otros fines u objetivos que el orden jurídico o la equidad, las buenas costumbres, la moral, etcétera, reprueban, cabe reconocer a los jueces la facultad de prescindir de la personalidad del ente societario, para relacionar directamente a los individuos que

---

<sup>4</sup> C. 1ª CC. San Martín, *La Ley*, 1977-A-255.

forman parte de aquel, o tomar en consideración los bienes o valores poseídos por la persona colectiva, como si fueran individuales de sus componentes<sup>5</sup>.

El corrimiento del velo de la personería jurídica, que responde a un sentido de justicia y no a la glorificación de conceptos vacíos de contenido, aun cuando estén amparados por normas legales, ha sido en muchos casos la respuesta a la falta de una normativa específica en materia de empresas familiares.

## 5. CONCLUSIÓN

Siguiendo la línea de pensamiento esbozada en lo hasta aquí expresado, entiendo que una futura legislación debe contener, cuando menos, las siguientes pautas:

- Que son sociedades familiares aquellas cuyo capital social está conformado en más del setenta por ciento por familiares unidos entre sí mediante vínculos de parentesco por consanguinidad y afinidad hasta determinado grado;
- Que se determine un derecho de preferencia en la compra de la participación accionaria a los familiares;
- Que la participación accionaria sea nominativa;
- Que los miembros de la familia, socios, integren el consejo de administración;
- Que los miembros de la familia, socios, que la constituyan no puedan pedir su disolución hasta determinado tiempo;
- Que en caso de fallecimiento de uno de sus miembros, los que lo hereden puedan o bien integrar la sociedad de familia o bien solicitar su parte en especie o bien recibir en dinero su parte pero al valor real y no al nominal; y
- Que en caso de divergencia en el valor de lo transmitido, el juez será el que fije su valor en proceso sumarísimo.

## COLOFÓN

Valgan estas reflexiones como una contribución más al logro de un marco legal que contenga y dé tranquilidad a numerosas familias que nuclean a sus miembros en pequeñas y medianas empresas, actualmente obligadas a adoptar figuras societarias que no son reflejo de la realidad que viven diariamente.

Es de esperar que estas reflexiones, y otros numerosos trabajos oportunamente publicados, sean el acicate para que finalmente se decida legislar un tipo societario específico de empresas familiares al que deberán sujetarse todos los emprendimientos familiares que quieran funcionar en forma regular.

---

<sup>5</sup> C. Apel. CC. Concepción del Uruguay, «Morrogh Bernard, J. F. c/Grave Peralta de Morrogh Bernard», *La Ley* 1979-D-237.

## BIBLIOGRAFÍA

- DUCOS, María Marta y Elisa ULLOA DE PORRÚA  
2004      *La empresa familiar agropecuaria.* Buenos Aires: Eudeba.
- GALLO, Miguel A.  
1977      *La empresa familiar.* Barcelona: Folio.

## **UNO DE LOS VARIOS «GRANDES APORTES» DE LA NUEVA LEY GENERAL DE SOCIEDADES: LA TRANSFORMACIÓN DE ASOCIACIÓN EN SOCIEDAD ANÓNIMA**

*Ricardo Beaumont Callirgos\**

El trabajo sobre materia societaria desarrollado en este artículo está dedicado a un destacado jurista y profesor universitario, el Dr. Fernando de Trazegnies Granda, quien suma a sus muy distinguidas calidades profesionales en materia de derecho civil, una vasta cultura humanista que brinda un invaluable soporte a su conocimiento de la ciencia jurídica. La prestancia de su palabra, la rigurosidad de su razonamiento y la cálida amistad que brinda, son agregados de una personalidad sin par.

El 1 de enero de 1998, es decir, hace algo más de diez años, entró en vigencia la ley 26887, Ley General de Sociedades, cuya comisión redactora fue presidida por el recordado amigo y profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, doctor Enrique Normand Sparks. Todos conocemos que entre sus múltiples aportes y novedades se encuentra, por ejemplo, que a) haya sido una ley nacida de la experiencia societaria y empresarial peruana y no, como antaño, copiada de textos legales extranjeros, cosa que, por supuesto, jamás habría permitido *Quique* Normand; b) que su estructura sea expresión de un orden inteligente: (1) reglas generales, (2) sociedad anónima, (3) otras formas societarias, (4) normas complementarias, y (5) contratos asociativos<sup>1</sup>; y c) según el profesor Oswaldo Hundskopf,

---

\* Magíster con mención en Derecho Civil y Comercial y Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor principal de la Academia de la Magistratura. Profesor en el doctorado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; en la maestría y el doctorado de la Universidad San Martín de Porres; y en el doctorado de la Universidad Nacional Federico Villarreal. Registrado del Tribunal Constitucional del Perú.

<sup>1</sup> Expresamente dejada en quinto lugar, para separarla e insertarla en la Ley Marco del Empresariado, que hasta el momento de escribir este artículo no se terminaba de debatir y aprobar en el Congreso de la República, porque, en honor a la verdad, técnicamente, esta normativa no tendría por qué estar incluida en una Ley de Sociedades. Son contratos de empresa, asociación en participación y consorcio que, justamente, al celebrarse y perfeccionarse, no dan nacimiento a persona jurídica

[...] se ha respetado el principio de un derecho societario no sancionador, y a diferencia de los ordenamientos societarios de otros países, en ella no se incluyen de manera explícita las infracciones o faltas, y tampoco se tipifican los delitos societarios. Como quiera que el derecho societario es un derecho muy apegado a las formas y al cumplimiento de requisitos de publicidad, en garantía de los intereses de la propia sociedad, de sus socios y de acreedores o terceros que contratan con las sociedades, la ley se ha limitado a señalar de manera expresa cuáles son esas formalidades y requisitos, así como las consecuencias que se derivan del incumplimiento; con la ley 26887 se han ordenado los aspectos procesales de la ley, y en general se han simplificado los procedimientos, recurriendo en los casos pertinentes a los procedimientos no contenciosos y, en los que corresponde, al proceso sumarísimo, al abreviado, al de conocimiento, y al de ejecución; esta ley, a diferencia de la normatividad anterior, soluciona problemas, toma posiciones, resuelve ambigüedades y no permite interpretaciones contradictorias. Solo a manera de ejemplo, señalamos que ahora se ha establecido, en el segundo párrafo de su artículo 160, que el cargo de director de una sociedad anónima puede ser desempeñado únicamente por personas naturales, con lo cual se ha solucionado una vieja controversia; asimismo, mantiene la distinción meramente formal entre sociedades mercantiles y civiles, y no intenta establecer diferencias de fondo. Sin duda, el común denominador de ambas es que tiene un fin de carácter económico. En la ley se precisan y regulan los tipos específicos de sociedades civiles y mercantiles, y cuando se constituye una sociedad, necesariamente hay que optar por uno de ellos, lo cual debe ser precisado en el pacto social y en el estatuto; [...]<sup>2</sup>

En reglas generales, se han regulado los convenios entre socios y entre estos y terceros; también se han regulado los «actos ultra vires»; se ha precisado lo concerniente a los aportes dinerarios y no dinerarios, su valuación, saneamiento, riesgo y pérdida; se han incluido normas sobre nulidad del pacto social (que incluye el estatuto); y así, y a su turno, a través de todo el texto legal, se han incluido distintas mejoras y nuevas instituciones, entre las cuales destaca la «escisión» así como la «transformación».

Es justamente respecto al último de los citados el que abordaré en este pequeño trabajo. En efecto, el artículo 333 de la nueva Ley General de Sociedades (NLGS) establece que «Las sociedades reguladas por esta ley pueden transformarse en cualquier otra clase de sociedad o persona jurídica contemplada en las leyes del Perú. Cuando la ley no lo impida, cualquier persona jurídica constituida en el Perú puede transformarse en alguna de las sociedades reguladas por esta ley. La transformación no entraña cambio de la personalidad jurídica».

---

de tipo alguno, como es el caso de las «sociedades», sino que conservan su situación originaria: contratos y punto.

<sup>2</sup> HUNDSKOPF (2008).

Ader y otros nos dicen que «[...] la transformación no implica la disolución y posterior creación de la sociedad, sino simplemente la supervivencia bajo una nueva forma de la misma persona»<sup>3</sup>. El artículo 346 de la antigua LGS decía «[...] sin cambiar su personalidad jurídica»; en la actual, más explícitamente, se indica: «la transformación no entraña cambio de personalidad jurídica». Con este instituto jurídico se evita el proceso, costoso y dilatado, de disolver, liquidar y extinguir la sociedad, para luego concebir, estructurar y formalizar una nueva; es una continuación del organismo social modificado en la forma, aunque con el anterior sustrato personal y patrimonial<sup>4</sup>.

El artículo 333 de la ley que se comenta contempla tres clases de transformación:

- a) la de una sociedad regulada por esta LGS que adopte cualquier otra forma societaria prevista en el mismo texto legal;
- b) la de una sociedad regulada por la LGS que adopte la forma de cualquier otra persona jurídica (no sociedad) contemplada en las leyes del Perú; y
- c) la de cualquier persona jurídica constituida en el Perú que, sin ser sociedad, adopte una de las formas societarias reguladas por la LGS.

En todos estos casos la transformación se realiza sin que se produzca cambio alguno en la personalidad jurídica del ente transformado, de acuerdo con el mandato expreso del último acápite del artículo 333<sup>5</sup>.

El propio Francesco Messineo se refiere a los casos de transformación de sociedades lucrativas en sociedades cooperativas y al de cooperativas en lucrativas:

Algunos niegan la transformabilidad, en el sentido integral, de que ni una sociedad lucrativa puede transformarse en sociedad cooperativa, ni una sociedad cooperativa puede transformarse en sociedad lucrativa; porque se modificaría el elemento causal del negocio de sociedad, o porque la finalidad de la sociedad lucrativa y la de la sociedad cooperativa divergen profundamente. Pero el disentimiento mayor se refiere, especialmente, a la hipótesis de transformación de una sociedad cooperativa en sociedad lucrativa. Sin embargo, a favor de la tesis afirmativa pueden invocarse, de modo particular, el primer apartado del artículo 2537 [del Código Civil italiano], que remite, en cuanto a las modificaciones del acto constitutivo de la cooperativa, al artículo 2436, en el cual se contempla, entre los casos de modificación, también la transformación de la sociedad misma; y, además, el segundo apartado del mismo, que remite al artículo 2499, el cual es (como se ha visto) precisamente el tema de transformación de sociedad; finalmente, el artículo 211 del RD de 30 de marzo de 1942, nº 318, el cual tiene una indicación indirecta, pero sintomática, a la transformabilidad de la sociedad cooperativa, la cual no puede ser más que en

<sup>3</sup> ADER, KLIKSBERG y KUTNOVSKI (1965).

<sup>4</sup> BEAUMONT CALLIRGOS (2002a: 655-656).

<sup>5</sup> ELÍAS LAROZA (2000: 881).

el sentido de la transformación en sociedad lucrativa [...] Pero no cabe duda del resultado, o sea de la transformabilidad de la cooperativa. *A fortiori*, debe considerarse transformable una sociedad lucrativa en sociedad cooperativa<sup>6</sup>.

De las citas anteriores puede apreciarse que Messineo sostenía que, encontrándose de por medio disposiciones legales, no había contradicción alguna al admitir transformaciones con pérdida o adquisición de la personalidad jurídica o con cambios sustanciales en la naturaleza de la persona jurídica, como era el caso de la transformación de las fundaciones o cooperativas en sociedades con fines de lucro, o viceversa. En esa misma línea, la nueva ley ha ampliado el ámbito jurídico de las transformaciones a ciertas operaciones que, siéndolo en esencia, no responden al modelo tradicional del simple cambio del tipo societario<sup>7</sup>.

Revisados los códigos de comercio de Colombia, Honduras y México, así como las leyes de sociedades anónimas de Chile y España, entre otros textos legales, no hemos encontrado alguno que refiera la posibilidad de salir del ámbito societario para mudarse al civil; por ejemplo, transformación de sociedad anónima a fundación. Tampoco la posibilidad de que, en un futuro, pueda ocurrir lo inverso: cambio de asociación a sociedad comercial de responsabilidad limitada. Este es un avance típico y originario del Perú<sup>8</sup>.

Analicemos un caso práctico. En Lima, una asociación civil a la que vamos a llamar «El Tigre», cuyo objeto social era el dedicarse al transporte público urbano e interurbano de pasajeros, servicios de taxis y colectivos, transporte de personal, transporte escolar y transporte turístico, servicios de radio y telefonía, comercialización, compraventa, importación, exportación y distribución de repuestos, y conexos, decide *transformarse* en sociedad anónima, y lo hace vía asamblea o junta universal, con un aporte relativamente pequeño por cada uno de sus veintinueve socios, para la formación del capital social, a razón de doscientos soles cada uno, haciendo un total de cinco mil ochocientos soles.

Con el mayor de los respetos por el joven registrador, persona a quien conozco como profesional correcto, inteligente, honesto y consistente, y coherente con sus ideas y convicciones, él dictamina por el desencuentro, por la inviabilidad de convertir una asociación que nace, organiza su vida institucional y aun su muerte (disolución y liquidación) «sin finalidad lucrativa», en sociedad, la cual, si bien en su concepto legal solamente se dedica a actividades económicas, es obvio que tiene que existir bajo el esquema de márgenes de rentabilidad, beneficios, ganancias, excedentes de presupuesto, llámese como se llame.

---

<sup>6</sup> MESSINEO (1971).

<sup>7</sup> ELÍAS LAROZA (2000: 882-883).

<sup>8</sup> BEAUMONT CALLIRGOS (2002a: 656).

En este orden de ideas, el doctor Carlos Antonio Mas Ávalo produce el siguiente dictamen:

Tacha sustantiva

Se tacha sustantivamente el presente título de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 42 del Reglamento General de los Registros Públicos, por los siguientes fundamentos:

El artículo 80 del Código Civil establece: «La asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común *persigue un fin no lucrativo*».

El artículo 91 del Código Civil establece: «Los asociados renunciantes, los excluidos y los sucesores de los asociados muertos quedan obligados al pago de las cuotas que hayan dejado de abonar, no pudiendo exigir el reembolso de sus aportaciones».

El artículo 98 del Código Civil establece: «Disuelta la asociación y concluida la liquidación, el haber neto resultante es entregado a las personas designadas en el estatuto, con exclusión de los asociados. De no ser posible, la Sala Civil de la Corte Superior respectiva ordena su aplicación a fines análogos en interés de la comunidad, dándose preferencia a la provincia donde tuvo su sede la asociación».

De las normas glosadas se infiere que la normatividad referida a asociaciones reguladas con carácter general por el Código Civil, en razón de su finalidad no lucrativa, tanto en su acto de liquidación y extinción, no permite la atribución de patrimonio a sus asociados. En este orden de ideas, en el supuesto de permitirse por voluntad exclusivamente privada la transformación de una asociación en una sociedad anónima, indirectamente, se vulneraría la atribución patrimonial prohibida a favor de los asociados.

Sin perjuicio de ello.-

No se acredita la universalidad de la Asamblea del 12.05.2004 a través de la presentación del libro de registro de asociados en copia certificada por notario o autenticada por fedatario.

Art. 2011 del Código Civil

Se deja constancia de que una tacha sustantiva es susceptible de apelarse ante el órgano de segunda instancia registral.

La notaria Ljubica Sékula Delgado apela de la tacha con los siguientes principales argumentos:

Cuando alude al artículo 80 del Código Civil, pretende afirmar que la asociación, al transformarse en sociedad, estaría realizando un tipo de actividad que le quitaría el carácter de «entidad con fin no lucrativo»; lo que no es correcto afirmar, toda vez que, al efectuarse la transformación de la asociación en sociedad, esta se adapta a un nuevo régimen legal y se convierte ya en una entidad con capacidad jurídica para realizar actividad lucrativa.

Entonces, nuestro razonamiento jurídico nos dice que no es una asociación que ahora tiene fin lucrativo, sino que, más exactamente, se trata de una entidad que, habiendo sido asociación, se adaptó a un nuevo régimen y ahora es una sociedad con capacidad jurídica plena para realizar actividades económicas.

Cuando alude a que el artículo 91 del Código Civil establece que los asociados renunciantes excluidos y los sucesores de los muertos no pueden exigir el reembolso de sus aportaciones; así como que el artículo 98 del Código Civil señala que disuelta la asociación, el haber neto resultante se entrega a la entidad designada por la asociación, con exclusión de los asociados, pretende también, de manera arbitraria, suponer que la asociación ha resuelto una disolución, liquidación y distribución patrimonial entre sus asociados, que realmente no existe, en tanto no consta como voluntad de los asociados la de disolver la asociación, sino transformarla, que es una figura jurídica que, tal como señala el artículo 333 de la ley, es permisible y no entraña cambio de personalidad jurídica, así como tampoco ha existido distribución patrimonial de bienes de la asociación, habiendo los socios aportado al capital social con bienes de su patrimonio personal, lo cual se encuentra explícito en el acta de la asamblea de fecha 12 de mayo de 2004, en tanto y en cuanto, en el primer punto de la agenda se indica: «Los socios serían accionistas aportando su propio capital que se propone sea de S/. 200.00 (doscientos y 00/100 nuevos soles) [...].».

El Tribunal Registral, mediante Resolución 633-2004 del 25 de octubre de 2004 se pronuncia del siguiente modo:

#### V. Planteamiento de las cuestiones

De lo expuesto y del análisis del caso, a criterio de esta Sala, la cuestión a determinar es la siguiente:

Si procede la transformación de una asociación en sociedad anónima.

De ser así, ¿cuál debe ser el destino del patrimonio de la asociación?

#### VI. Análisis

1. El artículo 333 de la Ley General de Sociedades establece lo siguiente:

«Las sociedades reguladas por esta ley pueden transformarse en cualquier otra clase de sociedad o persona jurídica contemplada en las leyes del Perú.

»Cuando la ley no lo impida, cualquier persona jurídica constituida en el Perú puede transformarse en alguna de las sociedades reguladas por esta ley. La transformación no entraña cambio de la personalidad jurídica».

Como se aprecia del indicado artículo, la Ley General de Sociedades vigente, a diferencia de la anterior, no se limita a contemplar la transformación del tipo societario, sino también prevé una transformación que involucra a la naturaleza misma, la sustancia de la persona jurídica.

Elías LAROZA, al comentar el citado artículo, señala lo siguiente: «De esta manera la Ley otorga a la transformación de las sociedades una dimensión que antes no tenía, [...] la nueva LGS incluye la transformación de toda clase de personas jurídicas que, no siendo sociedades, adoptan una forma societaria, y también la transformación de cualquier sociedad que desee adoptar otra forma de persona jurídica no societaria, todo lo cual implica cambios esenciales en la naturaleza de la persona jurídica transformada».

2. A decir de Elías LAROZA, «MESSINEO sostenía que, encontrándose de por medio disposiciones legales, no había contradicción alguna al admitir transformaciones con pérdida o adquisición de la personalidad jurídica o con cambios sustanciales en la naturaleza de la persona jurídica, como era el caso de la transformación de las fundaciones o cooperativas en sociedades con fines de lucro, o viceversa. En esa misma línea, la nueva ley ha ampliado el ámbito jurídico de las transformaciones a ciertas operaciones que, siéndolo en esencia, no responden al modelo tradicional del simple cambio del tipo societario».

BEAUMONT CALLIRGOS, al comentar el artículo 333 de la Ley General de Sociedades, señala que «este es uno de los cambios más importantes de esta ley». Agrega que «se han abierto las puertas y ventanas del inmueble donde se hospeda el derecho societario, para invitar a otras personas jurídicas que han tomado la decisión de mudarse, a que vayan a residir a la casa de aquel [...]. El [artículo] 346 anterior solo permitía mudar de una habitación a otra o de un piso a otro, pero del mismo edificio societario. Ahora la mudanza puede ser de y a otros inmuebles jurídicos».

De lo anteriormente expresado se concluye que las personas jurídicas contempladas en el Código Civil, a partir de la vigencia de la Ley General de Sociedades, pueden transformarse en alguna de las sociedades reguladas por esta norma, siempre que la ley no lo impida.

3. Se requiere, entonces, determinar si existe algún impedimento legal para la transformación de una asociación en sociedad anónima.

Al respecto, debe señalarse que, tratándose de la transformación de una persona regida por el Código Civil, la regulación societaria no ha contemplado la normativa aplicable. Así, el Reglamento del Registro de Sociedades regula este acto inscribible en sus artículos 117 y 118. En el primero de ellos señala los requisitos que debe contener la escritura pública de transformación, precisando que se trata de «todos los requisitos exigidos para la nueva forma societaria adoptada». Agrega dicho artículo que si el acuerdo de transformación se adopta «en junta universal, el Registrador no exigirá que la escritura pública contenga la constancia de la publicación de los avisos establecida en el artículo 340 de la ley».

En el artículo 118 del Reglamento del Registro de Sociedades, en armonía con lo establecido en el precitado artículo 333 de la Ley General de Sociedades, sobre la conservación de la personalidad jurídica de la persona jurídica transformada, se indica que «en la misma partida registral de la persona jurídica que se transforma se inscribirá el acuerdo de transformación, la nueva forma societaria adoptada, así como los actos inscribibles posteriores relativos a esta».

Es necesario precisar, asimismo, que no se ha dictado normativa registral específica, que precise los requisitos para la inscripción de la transformación de las personas jurídicas regidas por el Código Civil en sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades, en aquellos casos en los que no exista impedimento legal para que dicha transformación proceda.

En tal sentido, por el alcance general de la normativa contemplada en el Reglamento del Registro de Sociedades, consideramos en principio, que esta sería de aplicación —en lo que fuere pertinente— a los casos referidos en el párrafo anterior.

4. Sin embargo, el Registrador ha formulado la tacha del título presentado, sobre la base de considerar que, en el caso de las asociaciones, las normas previstas en los artículos 80, 91 y 98 del Código Civil «en razón de su finalidad no lucrativa, tanto en su acto de constitución, como en el decurso de su existencia y en su etapa final a través de su disolución, liquidación y extinción, no permite la atribución de patrimonio a sus asociados». Agrega el Registrador que «en este orden de ideas, en el supuesto de permitirse por voluntad exclusivamente privada la transformación de una asociación en una sociedad anónima, indirectamente, se vulneraría la atribución patrimonial prohibida a favor de los asociados».

Del tenor de la tacha formulada, se desprendería que el Registrador consideraría que la propia normativa civil mencionada, constituye el impedimento legal a que se refiere el artículo 333 de la Ley General de Sociedades, para que proceda la transformación de una asociación en sociedad.

Por tanto, a continuación analizaremos la indicada normativa civil, teniendo en cuenta la apertura a la figura de la transformación contenida en la nueva normativa societaria.

5. Con relación al artículo 80 del Código Civil, en el que se establece que la asociación persigue un fin no lucrativo, y que ello sería un impedimento para su conversión en una sociedad con fines de lucro como es una sociedad anónima, cabe mencionar las diversas opiniones vertidas al respecto.

Al respecto, Juan ESPINOZA ESPINOZA sostiene que «la naturaleza de las personas no lucrativas no puede cambiar a una de carácter lucrativo» por cuanto «ello entra en manifiesto contraste con la esencia de este tipo de personas jurídicas, por cuanto no se explicaría que, en una opción más extrema, como es la de la extinción de la misma, se excluye la posibilidad de que los miembros se beneficien económicamente con el saldo resultante».

Sin embargo, debemos señalar que las modificaciones sustanciales introducidas en la normativa societaria, como es el artículo 333 bajo comentario, a decir de ELÍAS LAROZA, responden principalmente a razones económicas, es decir, que los asociados pueden libremente decidir la adopción de una nueva «forma» que les permita, entre otros, acceder al financiamiento bancario, realizar oferta pública de acciones o de obligaciones, limitar la responsabilidad de los integrantes o adquirir una forma legal adecuada frente a un cambio sustancial de sus operaciones o de sus expectativas de índole económico.

De acuerdo al referido autor, «debido precisamente a la variedad, siempre creciente, de motivaciones económicas que dan lugar a los procesos de transformación de sociedades [...], nuestra nueva LGS no ha querido circunscribir las transformaciones al tradicional cambio de una forma de sociedad en otro tipo de sociedad» sino que «ha ampliado el espectro al ámbito de todas las personas jurídicas y no solamente al de las sociedades reguladas por la propia ley».

Es pues el cambio en la finalidad de la persona jurídica, lo que precisamente da lugar a su transformación de persona jurídica no lucrativa a persona jurídica lucrativa. Sostener lo contrario supondría privar de contenido a la norma consagrada en el artículo 333 de la Ley General de Sociedades.

6. Con relación a los artículos 91 y 98 del Código Civil, referido el primero de ellos a la prohibición expresa del reembolso de las aportaciones a los asociados, en los casos de renuncia, exclusión o sucesión; y el segundo, a la exclusión de los asociados, respecto del haber neto resultante en los casos de disolución y liquidación de la asociación, Juan ESPINOZA ESPINOZA sostiene que «la finalidad no lucrativa de este tipo de personas jurídicas se mantiene aun después de su liquidación. El transformar una persona jurídica no lucrativa en una lucrativa haría que los integrantes se beneficien directamente con el patrimonio de la persona jurídica, posibilidad que no está permitida por ley, según los artículos citados. Esta posibilidad queda excluida desde la constitución de la persona jurídica no lucrativa, durante su vigencia (de ahí que no cabe la transformación) e incluso, después de su extinción». A continuación menciona el supuesto contenido en la Ley de Promoción de la Inversión en la Educación, decreto legislativo 882, como única norma excepcional que permite la transformación de las personas jurídicas regidas por el Código Civil en sociedades, concluyendo que «la regla general es que no cabe la transformación de personas jurídicas no lucrativa a lucrativas, salvo en materia de personas jurídicas educativas».

Sin embargo, como manifestáramos en el quinto acápite precedente, la norma que permite la transformación de cualquier persona jurídica en sociedad está contemplada expresamente en una norma de rango legal, dictada con posterioridad al decreto legislativo 882, ampliando los alcances de dicha disposición a todos los demás supuestos, en la medida que no exista impedimento legal. En cuanto a esta circunstancia, consideramos que el impedimento legal debería en todo caso fluir con claridad de la normativa regulatoria de las personas jurídicas o dictarse expresamente.

7. No obstante ello, debemos reconocer la inexistencia de regulación expresa sobre el destino del patrimonio de la asociación, en los casos de que esta decida su transformación en sociedad. En tal sentido, pueden admitirse las siguientes posibilidades, debiendo tenerse en cuenta que la persona jurídica no se disuelve ni se liquida al transformarse:

a) Considerar que el cambio en la finalidad de la persona jurídica decidido por sus integrantes, supone igualmente la modificación de la voluntad sobre el destino del patrimonio, y que por lo tanto, al optar por una forma jurídica regida por la Ley General de Sociedades, y en consecuencia, no más regidas por el Código Civil, ese patrimonio pasaría a formar parte del capital social de la nueva «forma» adoptada.

b) Considerar que si bien el Código Civil regula únicamente el destino del patrimonio en casos de disolución y liquidación de la asociación (situación que no se presenta en la transformación, en la cual la persona jurídica se transforma sin disolverse), el hecho de su transformación a sociedad supone en estricto su «exclusión» del ámbito civil, y en esa medida, deberá aplicarse al patrimonio de la asociación, por analogía, la normativa contemplada en el artículo 98 del Código Civil para la disolución y liquidación de la asociación, es decir, entregar los bienes que pudiesen existir (dado que no se trata en estricto de «haber neto resultante») a las personas designadas en el estatuto o, de no ser esto posible, proceder, a través de la Sala Civil de la Corte Superior, a su aplicación a fines análogos en interés de la comunidad.

8. A decir de Rodrigo URIA, «tradicionalmente, las posibilidades de transformación han estado limitadas en nuestro ordenamiento en función de la afinidad de los tipos sociales involucrados, de modo que el cambio de forma solo venía permitido cuando el tránsito se producía entre sociedades de una misma naturaleza». Agrega que «este criterio restrictivo ha sido [...] corregido en la reciente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada que [...] amplía notablemente los supuestos de transformación al permitir la conversión de estas sociedades en sociedades civiles [...].»

Señala que «lo que subyace bajo esta admisión de las transformaciones heterogéneas o mixtas es la tendencia a desdibujar los elementos causales y dogmáticos que tradicionalmente han informado el sistema societario y a convertir las formas sociales en meras técnicas neutras de organización, que prácticamente pueden escogerse o descartarse por motivos de simple conveniencia».

9. Del análisis de la legislación comparada, encontramos que la Ley de Sociedades Limitadas española establece en su artículo 93, sobre transformación de sociedades cooperativas en sociedades de responsabilidad limitada, que en primer lugar, la transformación no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad transformada (aspecto regulado en el mismo sentido en la legislación peruana). Se establece asimismo, que «en defecto de normas específicamente aplicables, la transformación quedará sometida a las siguientes disposiciones: [...] b) El Fondo de Reserva obligatorio, el Fondo de Educación y Promoción y cualesquiera otros Fondos o Reservas que no sean repartibles entre los socios, recibirán el destino establecido para el caso de disolución de las sociedades cooperativas».

En el mismo sentido, el artículo 218 del Reglamento del Registro Mercantil español establece que «en caso de transformación de cooperativa, en la escritura pública se expresarán también las normas que han sido aplicadas para la adopción del acuerdo de transformación, así como el destino que se haya dado a los Fondos o Reservas que tuviere la entidad».

10. Como se aprecia, de acuerdo a la citada normativa, en la legislación española se ha optado por destinar los fondos o reservas, a lo establecido para el caso de disolución de las sociedades cooperativas, solución que, en todo caso, resultaría concordante con la posibilidad de aplicar análogamente lo previsto en el artículo 98 de nuestro Código Civil, a la transformación de la asociación en sociedad.

De lo expresado en los acápitos precedentes, concluimos, en primer lugar, que la normativa civil no constituye impedimento para la transformación de una asociación en sociedad anónima; en segundo lugar, consideramos que ante la ausencia de normativa sobre el destino de los bienes de la asociación, resultaría de aplicación analógica, el precitado artículo 98 del Código Civil y el estatuto de la asociación.

Por tanto, procede revocar la tacha formulada por el Registrador.

11. De la lectura del estatuto de la Asociación submateria, que consta del título archivado 111987 del 20 de junio de 2000, se aprecia que, de conformidad con el artículo 6, «el patrimonio de la asociación es irrepartible aun en el caso de disolución, oportunidad en la que se procederá según se precisa en el artículo 23 de estos estatutos».

El artículo 23 establece que «disuelta la asociación una vez cumplidas las obligaciones contraídas con terceros, su patrimonio será entregado a otra institución similar, sin fines de lucro, que se forme o que ya esté formada y designe la asamblea general. En ningún caso procederá la entrega directa o indirecta del saldo de la liquidación a los asociados».

12. En la escritura pública de transformación venida en grado, aparece inserta el Acta de Asamblea General Universal de Socios de la Asociación de Transporte Menor El Tigre, realizada el 12 de mayo de 2004, en la que se adoptaron los siguientes acuerdos:

1. Transformación de la asociación en sociedad anónima.
2. Aprobación de la denominación de la sociedad a constituir como «Empresa de Transportes y Servicios Generales El Tigre S. A.».
3. Aprobación del valor nominal de las acciones, del total del capital social y de los participantes.
4. Aprobación del estatuto.
5. Nombramiento del directorio y gerente.

De la citada acta, así como de la minuta inserta en la escritura pública, se aprecia que los asociados de la Asociación de Transporte Menor El Tigre conforman el capital social de la Sociedad Anónima en la que deciden transformarse, mediante el aporte de dinero en efectivo, aporte que en conjunto asciende al monto de S/. 5.800,00 soles oro, suma cuyo depósito se acredita mediante el inserto que obra en la escritura pública, efectuado en el Banco Wiese Sudameris.

De acuerdo a lo señalado en los párrafos precedentes, los asociados no estarían disponiendo del patrimonio de la asociación a efectos de conformar el capital social de la nueva «forma» adoptada.

Sin embargo, dado que la citada persona jurídica dejará de ser regida por las normas civiles, se mantiene pendiente la definición sobre el destino de su patrimonio, debiendo precisarse dicha circunstancia en el acta de asamblea general donde se acuerda la transformación, de conformidad con el artículo 23 del estatuto de la asociación inscrita.

13. De otro lado, como se ha señalado en el acápite precedente, la Asamblea de fecha 12 de mayo de 2004, en la que se acordó la transformación venida en grado, se ha denominado «Asamblea Universal», lo cual supone la asistencia de la totalidad de los asociados, supuestos en la que no se requiere acreditar la convocatoria, conforme a la reiterada jurisprudencia y regulación registrales.

Sin embargo, no se ha acompañado al título alzado, el Padrón de Asociados extraído del Libro respectivo, llevado de conformidad con lo previsto en el artículo 83 del Código Civil, en el que conste que los 29 asociados que adoptan el acuerdo de transformación, constituyen la totalidad de los asociados de la Asociación de Transporte Menor El Tigre, a la fecha de la adopción del acuerdo.

Por tanto, deberá subsanarse la indicada deficiencia.

Estando a lo acordado por unanimidad.

## VII. Resolución

REVOCAR la tacha formulada por el Registrador del Registro de Personas Jurídicas de la Zona Registral IX-Sede Lima, al título referido en el encabezamiento, y DECLARAR que el mismo puede inscribirse, siempre que se subsanen los defectos advertidos en los acápitulos 12 y 13 del análisis de la presente resolución.

Regístrate y comuníquese.

Está de más decir que estamos de completo acuerdo con la resolución del Tribunal Registral. Solamente nos queda repensar: por qué no modificar el artículo 98 del Código Civil y establecer la opción del cambio de destino del haber remanente, en el caso de disolución y liquidación. No sé si esto será una blasfemia o una herejía en «derecho de personas», pero no veo por qué una asociación civil como a) el Colegio Lambayeque, b) el Club Departamental Huancayo o c) el Sport Boys Association, SBA<sup>9</sup>, organizados hace cincuenta o cien años con apoyo, tesón, esfuerzo, voluntad y cariño de sus fundadores, nuestros padres, abuelos o bisabuelos, no puedan ahora, sus sucesores, transformarlos en sociedades anónimas —con capital y todo—, convirtiéndose estos, los sucesores, a) norteños amantes de la educación de sus hijos, o b) de la Incontrastable Ciudad de Huancayo, o c) del deporte del balonpié, como aquellos los abuelos, en verdaderas empresas que tributen y que realicen abiertamente actividades económicas para su crecimiento

<sup>9</sup> Club de mis amores. Hincha del Sport Boys del Callao, hasta morir. Hace pocos días fui informado de que nuestro Sport Boys ahora es sociedad anónima. No me consta, pero la información era de «buena fuente». Sospecho que habrá dejado el «A» de SBA, porque su traducción era Sport Boys Association, y si ahora ha dejado de ser asociación, cómo seguir con el SBA. A pesar de lo expuesto, a mi juicio y dada la tradición de varias decenas de años, nada impediría que se llame Sport Boys S. A., y que como nombre abreviado utilice SBA S. A. Conozco que el reglamento establece que la sigla o nombre abreviado debe integrarse con las primeras sílabas o primeras letras de la denominación o nombre completo, pero nada impediría que, sustentada en la referida tradición centenaria, se haga una excepción a dicha regla.

más claro, abierto y transparente. Lo que en el Código Civil de 1852 o en el de 1936 era de una forma ahora puede ser de otra, más conveniente, más moderna, más eficiente, menos hipócrita. Me imagino un colegio de educación escolar en el cual los padres paguen mensualidad y excedente para el crecimiento y desarrollo del mismo; que después de once años de educación de su hijo vendan las acciones en la bolsa o a los padres jóvenes para que los pequeños hijos de estos inicien sus estudios; y que con aquel dinero obtenido, paguen, completamente, la universidad de sus egresados hijos... Qué tranquilidad económica permitiría esto, ¿no? Y en los clubes departamentales, ¿acaso estos no realizan actividades económicas todos los fines de semana, fiestas, presentaciones musicales, almuerzos criollos, pachamancas, etcétera? Por lo menos, en cuanto al fútbol ataíñe, quede claro que los clubes de España, Francia, Holanda, Italia y Argentina, entre otros muchos países, son sociedades anónimas deportivas, S. A. D. ¿Por qué quedarnos nosotros? Podría algún magíster en Derecho Civil y Comercial revisar este tema en su próxima tesis doctoral. Por supuesto que me ofrezco para asesorarlo con el mayor de mis entusiasmos.

Quiero referirme a otro aporte conexo, el del artículo 334 de la LGS, cuyo texto expresa:

Los socios que en virtud de la nueva forma societaria adoptada asumen responsabilidad ilimitada por las deudas sociales, responden en la misma forma por las deudas contraídas antes de la transformación. La transformación a una sociedad en que la responsabilidad de los socios es limitada, no afecta la responsabilidad ilimitada que corresponde a estos por las deudas sociales contraídas antes de la transformación, salvo en el caso de aquellas deudas cuyo acreedor la acepte expresamente.

El autor de este artículo afirma:

En la figura de la fusión, cabía el derecho de oposición, ver artículos 355 y 350 de la ALGS; e igualmente ahora, ver artículo 359. Cabe también la oposición para el caso de escisión, ver artículo 383 de la LGS (en la ALGS no había escisión). En cambio, en la transformación, la ALGS sí preveía la oposición, ver artículo 350; en cambio, la actual LGS no contempla la figura de la oposición. Y hace bien en no hacerlo, pues se ha modificado lo concerniente a la responsabilidad, previendo en el artículo 334 que la transformación no implica cambio alguno en ella<sup>10</sup>.

Por último, quiero referirme al artículo 63 de la Ley General del Sistema Concursal 27809, el mismo que establece:

Descuidada la redacción que aprueba el legislador. En cuanto al artículo 63.1, lo dicho en el comentario II del artículo anterior. En cuanto al 63.2 debió decir

---

<sup>10</sup> BEAUMONT CALLIRGOS (2002a: 659).

«[...] cambio de nombre, denominación o razón social, objeto social o domicilio [...]», y no, cambio de razón, porque ello no existe (ver artículo 9 de la LGS); tampoco es objeto o domicilio social, es al revés, objeto social, artículo 11, y domicilio, artículo 20 de la LGS. En el 63.3 no debió terminar diciendo que la junta sustituye al órgano societario de máxima jerarquía, porque bien puede no ser órgano societario, sino tratarse de una asociación, comité, cooperativa, mutual, etcétera, etcétera. Bastaba que dijera «[...] y atribuciones al órgano de máxima jerarquía».

Este artículo 63 y en particular el párrafo 63.2, constituye la manifestación más evidente de retirarle la propiedad y/o, prácticamente, las atribuciones y facultades de propietario, al deudor. Ahora, todo lo resuelve la junta de acreedores. Decide la transformación, la fusión y la escisión de la sociedad. Cambia la denominación o razón social; modifica el objeto social, cambia el domicilio, aumenta el capital social por capitalización de créditos (aunque aquí sí respeta el derecho a suscripción preferente de los accionistas con arreglo al artículo 68.1 de esta ley 27809) y hasta aprueba el balance. Este artículo 63.2 hace cita a «balances» haciendo referencia a la opción de que se disponga la preparación de balances parciales (fecha de corte en circunstancias especiales que acuerde el directorio) y al balance general anual<sup>11</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

ADER, José Jorge, Bernardo KLIKSBERG y Mario KUTNOVSKI

1965      *Sociedades comerciales*. Buenos Aires: Depalma.

BEAUMONT Callirgos, Ricardo

2002a    *Comentarios a la Ley General de Sociedades*. Tercera Edición. Lima: Gaceta Jurídica.

2002b    *Comentarios a la Nueva Ley General del Sistema Concursal*. Lima: Gaceta Jurídica.

ELÍAS LAROZA, Enrique

2000      *Derecho societario peruano*. Tomo III. Trujillo: Normas Legales.

HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo

2008      Prólogo. En *Ley General de Sociedades. Ley de Títulos Valores*. Lima: Normales Legales.

MESSINEO, Francesco

1971      *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

---

<sup>11</sup> BEAUMONT CALLIRGOS (2002b: 239-240).

# LA AUTOCARTERA ENCUBIERTA DE ACCIONES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS COMO UNA MODALIDAD DE DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA

*Oswaldo Hundskopf Exebio\**

## INTRODUCCIÓN

La identificación con el derecho societario, la continua y permanente relación profesional y académica con los temas e instituciones de este, nos han llevado a confirmar, muy a nuestro pesar, que dentro de la estructura orgánica de las sociedades anónimas, persona jurídica por excelencia y la más utilizada en nuestro país para llevar adelante los proyectos de inversión tanto nacional como extranjera, y en todos los rubros de la actividad empresarial, es fácil que se configuren ilícitos penales.

Efectivamente, son múltiples las situaciones delictivas que pueden surgir en la constitución, desarrollo, organización, gestión y administración, y en la disolución y extinción de sociedades anónimas. Cada vez más, el estudio de tal situación reviste mayor interés para los efectos de la prevención y punición de sus agentes, que abusan de las prerrogativas y poderes conferidos para el ejercicio de los cargos de dirección, administración, supervisión y control, o aprovechan de las características propias de las sociedades anónimas para utilizar indebidamente dicha modalidad de persona jurídica como instrumento o medio para la comisión de actividades delictivas.

A propósito de la ilicitud de los actos que pueden cometerse escondiéndose en una organización societaria, en el capítulo VI del Código Penal está regulado el «Fraude en la administración de personas jurídicas», que a su vez es parte integrante del título V del Libro Segundo, que subsume a todos los «Delitos contra el patrimonio» y específicamente en el artículo 198 está prevista la «Administración

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Socio del Estudio Sparrow, Hundskopf & Villanueva Abogados.

fraudulenta». Sin duda nos encontramos muy motivados para reflexionar sobre cada uno de los supuestos delictivos recogidos en esta norma; sin embargo, lo haremos gradualmente, y por ello en esta oportunidad solamente hemos considerado abordar el tema de «la autocartera encubierta de acciones de sociedades anónimas», que es como la denominan técnicamente los especialistas en derecho penal societario para identificar el ilícito penal previsto en el inciso 4 del glosado artículo 198 del Código Penal, considerada como una de las modalidades de delito de administración fraudulenta, bajo el texto siguiente:

Artículo 198. Administración fraudulenta. Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que, en su condición de fundador, miembro del directorio o del consejo de administración o del consejo de vigilancia, gerente, administrador o liquidador de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes:

[...]

Inciso 4. Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito.

Específicamente, el asunto que nos interesa en esta oportunidad es sí la sola aceptación de acciones o títulos de la propia persona jurídica como garantía de crédito configura o no una responsabilidad penal por el delito de administración fraudulenta tipificada en el inciso 4 del artículo 198 del Código Penal. Es pertinente comentar que este artículo 198 ha sido modificado por la ley 28755 del 6 de junio de 2006, incorporando como sujetos activos para los supuestos previstos en los incisos 1 y 6 a los auditores externos e internos, es decir, a los profesionales contadores autorizados a emitir informes de auditoría para que las empresas cumplan con las disposiciones legales establecidas en la Ley General de Sociedades, en las Normas y Principios Internacionales de Contabilidad y, en su caso, en la Ley General del Sistema Financiero y en las resoluciones administrativas que emite la Superintendencia de Banca y Seguros, y que en lo que respecta al supuesto previsto en el inciso 4 que será materia del presente análisis, no hubo variación. El nuevo texto de los incisos modificados es el siguiente:

Inciso 1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados o terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos, beneficios o pérdidas, o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.

[...]

Inciso 6. Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica.

Previamente, y para fines didácticos, nos parece pertinente hacer referencia al marco general de los delitos societarios, y a los elementos y características que los tipifican. Acto seguido, como una introducción al tema específico que nos ocupa, y para los efectos de hacer un deslinde previo, que es de singular necesidad, comentaremos los aspectos específicos del derecho societario en lo relativo a la autocartera lícita o legal, y a los aspectos funcionales de esta, para posteriormente referirnos a la tipología específica del delito configurado por la existencia de una autocartera encubierta de acciones, como modalidad de delito de administración fraudulenta que, a diferencia de la anterior, es la autocartera ilícita o ilegal.

## 1. MARCO GENERAL DE LOS DELITOS SOCIETARIOS

Encontrándonos en el noveno año de la vigencia de la actual Ley General de Sociedades, ley 26887 (en adelante LGS) y luego de conocer su contenido y su aplicación práctica, se puede afirmar que esta es una ley técnica y especializada, en la que se ha respetado el principio de un derecho societario no sancionador. A diferencia de los ordenamientos societarios de otros países, como Italia, Francia y Alemania, en ella no se incluyen de manera explícita las infracciones o faltas, ni se tipifican los delitos societarios.

Aun cuando el derecho societario es muy formalista y exigente en lo relativo al cumplimiento de requisitos de publicidad, en garantía de los intereses de la propia sociedad, de sus socios y de sus acreedores o terceros que contratan con las sociedades, la LGS se ha limitado a señalar de manera expresa cuáles son esas formalidades y requisitos, así como las consecuencias que se derivan del incumplimiento, y solamente hace referencia de manera general, en los artículos 12 y 13, a los alcances de la representación y sobre los actos que no obligan a la sociedad; pero en cuanto a la responsabilidad penal de los socios o administradores, debemos remitirnos al Código Penal para la tipificación de la conducta y la pena que corresponde.

Es tema de discusión si a partir de la tipología de los delitos societarios estamos frente a un derecho penal societario autónomo, o si este forma parte del denominado derecho penal económico, que de manera genérica puede describirse como el cuerpo normativo sancionador de actos que afectan el desarrollo del sistema económico o de las instituciones. La segunda posición se sustenta en el hecho de que, técnicamente, en el ámbito de competencia del derecho penal económico se encuentran los denominados «delitos de los negocios» o la «criminalidad de los negocios», subsumiéndose los delitos societarios en tal grupo.

Opinamos que, dada la trascendencia de la organización social en la sociedad, debe reconocerse una autonomía al derecho penal societario con el objeto de

contar con normas específicas para los entes sociales regulados en la Ley General de Sociedades, a fin de no tener que recurrir a las normas generales del Código Penal, que si bien han previsto sanciones para el fraude contra la administración de las personas jurídicas, no responde al esencial objeto del derecho societario, por alcanzar no solo a las sociedades sino a cualquier otra persona jurídica. Por otro lado, normas claras —ya sea de orden penal o societario— pueden evitar que se llegue a un extremo controvertido que pudiera convertirse en un posible recurso abusivo, como es el solicitar el levantamiento del velo societario, que como bien lo señala el maestro de Fernando de Trazegnies:

Tal ‘desvelamiento’ solo puede admitirse como un recurso excepcional, debido a que si se generalizara, implicaría la destrucción de la sociedad anónima como persona jurídica, lo que equivale a decir, en la práctica, la destrucción de la forma societaria de responsabilidad limitada, con todas las consecuencias que ello implicaría para el sistema económico liberal-capitalista que predomina en nuestro tiempo<sup>1</sup>.

Más que otras personas jurídicas, las sociedades anónimas resultan propicias para la configuración de estos delitos, y ello se debe a que ofrece un amplio margen de acción a sus representantes, quienes pueden cometer irregularidades en su nombre. En materia societaria existen hechos que reúnen todas las características y requisitos para configurar un delito, pero por su diferente y compleja modalidad, estos hechos no pueden ser considerados como simples delitos contra el patrimonio; y, en virtud de los principios de legalidad y tipicidad, algunos de ellos podrían escapar de la regulación penal, haciéndose necesario un examen minucioso de todos los supuestos de irregularidad, a fin de evitar su impunidad.

Ahora bien, para determinar si se ha cometido un delito de orden penal societario, se deberán analizar previamente los aspectos mercantiles que condujeron a la realización del acto o la conducta que supuestamente configura un ilícito penal. Para ello será necesario efectuar una revisión de los medios utilizados para su configuración, tales como los acuerdos adoptados por la junta general de accionistas o socios, o por el directorio, y sus alcances, así como los poderes conferidos a los representantes y miembros de la administración; igualmente, los contratos, convenios, actos u operaciones realizados en representación de la sociedad, los convenios de accionistas entre ellos o con terceros y los estados financieros de la sociedad, entre otros aspectos. Ello no obstante, consideramos que le serán de aplicación los principios de legalidad, culpabilidad, autoría y complicidad, así como los factores de atenuación y agravación de penas.

---

<sup>1</sup> DE TRAZEGNIES (2004: 12).

Siguiendo con nuestro razonamiento, el derecho penal societario es, a nuestro modo de ver, una rama especial del derecho penal, dado que obedece a la necesidad de asegurar y proteger legalmente a los accionistas, a los acreedores o terceros y a la propia sociedad frente a los abusos de los ejecutivos y administradores encargados de su representación y/o conducción. Esto justifica la intervención del Estado para salvaguardar el patrimonio colectivo de los propios accionistas, así como para otorgar seguridad al tráfico mercantil y permitir que el desarrollo de las sociedades se dé en armonía con su objeto social y con el ordenamiento jurídico, toda vez que no se puede ni debe avalar o dejar impunes aquellos delitos perpetrados bajo la protección de su organización social.

Con la finalidad de ubicar los ilícitos penales en el contexto societario, es importante distinguir dos niveles: la actitud «hacia fuera» y la delincuencia «intramuros», es decir, dentro de la sociedad. En el primer caso, se emplea la sociedad como herramienta o instrumento para perjudicar a terceros, a diferencia de la delincuencia «intramuros», en la que el hecho delictivo ocasionado por los agentes o sujetos activos afecta a los propios accionistas y/o al patrimonio social. En realidad son dos aspectos del mismo delito, porque el perjuicio al patrimonio termina por afectar a también a los terceros o acreedores. Además es de fundamental importancia resaltar que, para efectos de configurarse un delito societario, debe existir un perjuicio económico para la sociedad, sus accionistas y/o terceros, así como el aprovechamiento del actor, agente o sujeto activo, no siendo punible la simple decisión adoptada por un determinado órgano, debiéndose necesariamente ejecutarse, y por tal razón, ocasionar un perjuicio.

Ya sea «hacia fuera» o «intramuros», en términos generales, son características comunes de los delitos societarios los siguientes:

- a) Son cometidos por un número restringido y por una determinada clase de personas (directores, administradores, gerentes, socios fundadores, liquidadores, auditores internos o externos, etcétera).
- b) Los sujetos activos son personas que normalmente gozan de respeto y confianza en el entorno organizacional de la sociedad.
- c) La conducta delictuosa está relacionada con la ocupación habitual del actor agente, mediante el aprovechamiento de las atribuciones y los poderes conferidos para el ejercicio del cargo en la sociedad
- d) El medio empleado es la gestión económica de la sociedad.

Nos ratificamos en que el derecho penal societario busca tutelar el orden económico, a través de la protección al patrimonio de las personas jurídicas, de sus accionistas o de terceros afectados, y las normas penales garantizan el mantenimiento del orden económico a fin de que la actividad mercantil de la sociedad se efectúe de forma leal y honesta por parte de sus representantes. Al proteger el

orden público, el Estado se ve obligado a proteger los intereses económicos de los particulares; por tal razón, los bienes jurídicos que la ley penal protege frente a la comisión de delitos societarios son el patrimonio social, compuesto por los bienes de la propia sociedad, el patrimonio de los accionistas y el patrimonio de los terceros que contraten con la sociedad. Será tal vez por ello que el delito de fraude en la administración de las personas jurídica en sus diferentes modalidades está regulado bajo el genérico de delitos contra el patrimonio, aunque, como dice García Cavero, la inclusión no ha sido acertada

[...] puesto que los delitos de fraude en la administración de las personas jurídicas no han adquirido la independencia sistemática que actualmente les otorga la doctrina penal y las legislaciones de otros países [...] Esta ordenación sistemática tiene como consecuencia principal que estos tipos penales se interpreten como una especificación de los delitos patrimoniales en el ámbito particular de la administración de las personas jurídicas, lo que implica, en definitiva, desconocer las razones que han llevado precisamente a elevar estas infracciones al nivel de delitos [...] La verdadera naturaleza de los delitos de fraude en la administración de las personas jurídicas va más allá de la producción de un daño patrimonial individualizado a los socios o a la sociedad misma, colocándose, más bien, al nivel de la regularidad del funcionamiento de las personas jurídicas en el sistema económico<sup>2</sup>.

Respecto de los nueve supuestos de ilícitos de administración fraudulenta, previstos en el artículo 198 del Código Penal, es importante resaltar que estos son de carácter *numerus clausus*, por lo que, de no encontrarse expresamente previsto el supuesto teóricamente punible, no es posible la configuración de un delito, en aplicación del principio de legalidad del derecho penal. En razón de tal restricción se afirma que estos supuestos son a la fecha ineficaces para contrarrestar los actos delictivos cometidos al amparo de la organización social de una determinada sociedad o persona jurídica en general, lo cual se refuerza en la comparación de la figura genérica del delito de estafa, regulada en el artículo 196 del mismo cuerpo normativo, con los supuestos contemplados en el artículo 198. Basándonos en la comparación, no encontramos argumentos que justifiquen la reducción de la sanción en el caso del fraude en la administración de personas jurídicas, que establece una pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, a diferencia de la estafa, que contempla una sanción de hasta seis años de pena privativa de libertad. El delito genérico «estafa» consiste en un tipo penal general, a diferencia del fraude en la administración de personas jurídicas, regulado como un supuesto del tipo genérico de delito contra el patrimonio que el legislador intencionalmente ha buscado resaltar, por lo que no existe sustento alguno para

---

<sup>2</sup> GARCÍA CAVERO (2005: 20).

que este delito establezca una pena menor que la correspondiente al delito de estafa. Asimismo, es pertinente señalar que los alcances relativos a la aplicación de estos nueve supuestos están dirigidos a todo tipo de personas jurídicas; pero por la estructura y las particularidades de la organización social, estos casos se presentan sobre todo en las sociedades anónimas.

En cuanto a los agentes comisivos de los delitos societarios, el derecho penal peruano reconoce como posibles sujetos activos del delito únicamente a las personas naturales. Así está previsto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, Responsabilidad Penal, que señala lo siguiente: «La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva», es decir, el autor solo es la persona física. En cuanto a dicha posición, debemos enfatizar que por el criterio jurisprudencial mantenido a la fecha y traducido en reiteradas ejecutorias de la Corte Suprema, ha quedado establecido que las personas jurídicas no pueden ser actores, agentes o sujetos activos de delito: «La persona jurídica no posee capacidad de conducta de acuerdo al principio *societas delinquere non potest*, recayendo en todo caso dicho atributo solo en las personas naturales; no pudiéndose instaurar proceso penal contra el encausado [...] debiendo identificarse en todo caso a la persona que actuó como órgano de su representación o como socio representante autorizado de ella»<sup>3</sup>.

Así, a diferencia de otras legislaciones penales como la anglosajona, la persona jurídica es un sujeto inimputable desde el punto de vista penal, sin perjuicio de la responsabilidad de sus integrantes y sus representantes. Ello responde al paradigma creado en torno a la responsabilidad penal, la cual usualmente se encuentra relacionada con la aplicación de sanciones y/o penas privativas de la libertad de los agentes comisivos y en atención a ello, la sanción penal de la persona jurídica consistiría en afectar los bienes del patrimonio de la persona jurídica con multas —en este caso con cargo al patrimonio de la sociedad—, o aplicar otro tipo de sanciones no pecuniarias como la cancelación de su personalidad jurídica, limitación de sus actividades mediante el cierre temporal, etcétera.

Aun cuando hemos señalado que de manera exclusiva se atribuye la calidad de actor o agente a las personas naturales, algunos especialistas sostienen que dentro de los delitos societarios existen dos modalidades: el delito personal o de carácter individual, cometido por alguno de los agentes antes determinados, o los denominados delitos plurisubjetivos de conductas homogéneas, tales como el delito de junta, perpetrado en forma colegiada, por ejemplo, a través de un

---

<sup>3</sup> Ejecutoria Suprema del 24 de octubre de 1997. Expediente 3963. Áncash. Rojas (1999: 84).

acuerdo de la junta general de accionistas o de directorio que compromete a todos sus miembros, con lo cual, al parecer, se pretendería una excepción a la regla general cuando el delito es perpetrado en forma colegiada. Sin embargo, es nuestra opinión que tal distinción no es acertada, ya que, de acuerdo con la naturaleza de los hechos analizados que configuran los delitos societarios, para su comisión importa únicamente la participación personal del agente, que no desaparece ni cambia por ser realizada en conjunto.

Ahora bien, de acuerdo con lo afirmado, podrán ser sujetos activos del delito únicamente los socios fundadores, los directores, los administradores, los gerentes, los liquidadores y los auditores externos o internos, a partir de la ley 28755.

Tanto los miembros del directorio, los gerentes, los administradores, los liquidadores y los auditores cuentan con el deber específico de proteger el patrimonio de la sociedad. El solo hecho de contar con determinadas atribuciones para el ejercicio de sus cargos hace que el uso indebido de estas, y el abuso de los poderes de dirección o control, constituyan condiciones agravantes del subtipo penal analizado, dada la inobservancia del agente del deber de salvaguardar el patrimonio social, el de los accionistas y el de terceros relacionados comercialmente con la sociedad.

En el tema de la responsabilidad, cuando algún miembro del directorio, gerente o algún administrador considera que el proceder de un determinado órgano es punible, se encuentra facultado a denunciar el hecho ante el Ministerio Público. De no hacerlo, omite un deber de función que no lo libera de la responsabilidad civil y penal correspondiente, que la ejecución del hecho pudiera conllevar.

Es importante resaltar que la sola abstención, o el voto en contra, no bastarán para deslindar responsabilidades de los representantes de la sociedad, en virtud de que ellos cuentan con el deber de garantizar la legalidad de los actos realizados en nombre de la sociedad anónima. En ese mismo orden de ideas, el representante deberá efectuar actos positivos encaminados a evitar que se ejecute la decisión que constituye el ilícito penal y deberá hacer uso de los medios legales a su alcance para efectos de salvar su responsabilidad; en caso contrario, deberá responder por la ejecución de tales decisiones en virtud de la configuración objetiva de un delito por omisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 del Código Penal vigente, en cuyo caso, a criterio del juez de la causa, la sanción puede ser atenuada siempre que se demuestre que existió por lo menos un intento de impedir la realización del acto.

## 2. LA AUTOCARTERA LÍCITA DE ACCIONES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS EN LA LGS

Si bien no es un tema totalmente novedoso, ya que también se reguló parcialmente en la Ley de Sociedades Mercantiles del año 1966, ley 16123, la LGS tiene innovaciones interesantes sobre la autocartera de acciones de sociedades anónimas, aunque se debe reconocer que esta no ha sido regulada en forma sistemática y ordenada, lo cual obliga a realizar interpretaciones no necesariamente coincidentes.

Queremos dejar precisado que, para los efectos del tema principal que estamos tratando, esta autocartera es la lícita, para diferenciarla de la ilícita, con la que se configura el delito previsto en el inciso 4 del artículo 198 del Código Penal.

En general, se entiende por *autocartera* aquella situación determinada en la cual la sociedad es titular de sus propias acciones. Si bien no vamos a entrar a los diversos subtemas, aspectos y demás implicancias de la autocartera, sí consideramos fundamental, para llegar a entender el subtipo de delito societario previsto en el inciso 4 del artículo 198 del Código Penal, referirnos a los criterios de clasificación de la autocartera previstos en la LGS, que en realidad son dos: el primero de ellos, por el cual se distingue entre la autocartera directa y la autocartera indirecta; y el segundo, aquel que distingue entre la autocartera originaria y la autocartera derivada.

### 2.1 Autocartera directa

La autocartera directa se da cuando la sociedad emisora de las acciones es titular de parte de las acciones representativas de su capital social; es decir, la sociedad emisora incorpora y mantiene dentro de su patrimonio un paquete de acciones de su propia emisión, originalmente suscritos y pagados por determinadas accionistas a cuyo nombre se emitieron, pero posteriormente adquiridas por la propia sociedad bajo cualquiera de los supuestos contemplados en el artículo 104 de la LGS, que son cuatro: el primero, cuando se trata de la adquisición de acciones con cargo al capital social; el segundo, cuando se trata de adquisición con cargo a las utilidades o reservas de libre disposición; el tercero, cuando se trata de la adquisición con cargo a la entrega de títulos de participación en los beneficios de la empresa; y el cuarto, cuando se trata de la adquisición gratuita de acciones.

Adicionalmente, también se considera un supuesto de autocartera directa aquella que es consecuencia de la «adquisición forzosa» que la sociedad anónima deberá hacer cuando uno o más accionistas ejercitan el derecho de separación previsto y regulado en el artículo 200 de la LGS, y en el cual se omite pronunciarse sobre

la suspensión temporal de los derechos que recaen sobre esas acciones mientras están en poder de la sociedad, como sí lo hace el último párrafo del artículo 104 de la LGS.

Es pertinente destacar la licitud o legalidad de estas situaciones a través de las cuales la sociedad emisora adquiere sus propias acciones, en la medida en que se observen las condiciones, los requisitos y los plazos que garanticen que esta situación, que es excepcional, se lleve a cabo para cautelar los intereses patrimoniales de la sociedad en general, y no para afectar los intereses de los socios y terceros acreedores.

Es también oportuno comentar el último párrafo del artículo 104 de la LGS, que establece que mientras las acciones de propia emisión se encuentran en poder de la sociedad, pierden temporalmente —o quedan en suspenso— los derechos correspondientes a tales acciones. Como quiera que no se puede distinguir donde la ley no distingue, debe entenderse que la suspensión de los derechos es general y abarca tanto los derechos políticos como los derechos económicos y patrimoniales.

Coincidimos con Abramovich<sup>4</sup> cuando señala que resulta lógico que tales acciones no gocen de derechos políticos ni económicos, porque al pasar a ser de propiedad de la sociedad pertenecen en el fondo a todos sus accionistas, titulares finales del patrimonio social. Se evita pues, con tal suspensión, que se favorezca al grupo controlador de la sociedad, por lo que es una buena solución que tales acciones, en las convocatorias a juntas de accionistas, no se computen ni para el quórum ni para el cálculo de las mayorías, y que tampoco tengan derechos a los dividendos, el derecho económico por excelencia, con lo cual aquellos que correspondan favorecerán a todos los accionistas de la sociedad.

Es importante tener en cuenta que una vez efectuada la adquisición de acciones bajo cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 104 de la LGS, el universo de acciones sobre el cual se computan los derechos políticos y económicos disminuye, lo que genera como consecuencia que el resto de acciones adquieran un mayor valor efectivo y real.

## 2.2 Autocartera indirecta

En la situación de autocartera directa, parte de las acciones representativas del capital social de una determinada sociedad pertenece a otra sociedad, de la cual la primera es accionista mayoritaria de las acciones suscritas con derecho a voto, o tiene la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del directorio de la

---

<sup>4</sup> ABRAMOVICH (2001: 85).

sociedad dominada, siendo, por tanto, sociedades filiales o subsidiarias. En estos casos, el artículo 105 de la LGS priva a las correspondientes acciones únicamente del derecho de concurrencia y de voto en la junta de accionistas, pero no de los derechos económicos.

Según Abramovich, la racionalidad de la privación del derecho de voto a la autocartera indirecta se sustenta en que «Si estas acciones tuviesen derecho al voto, se entiende que serían los accionistas mayoritarios de la sociedad dominante (o el órgano de administración competente, según sea el caso) quienes decidirán cómo deben votar esas acciones en la junta general de accionistas de la sociedad dominada»<sup>5</sup>.

De esta manera, y siguiendo el razonamiento del derecho comparado, podemos concluir que tampoco sería posible el ejercicio de otros derechos de contenido político, como la asistencia, la información, la separación, la impugnación de acuerdos, de las minorías, etcétera, puesto que, dada la suspensión del voto, el ejercicio de estos otros derechos políticos en la situación de autocartera devendría en irrelevante y su ejercicio carecería de sentido<sup>6</sup>.

Además, como se advierte, hay una diferencia de tratamiento en lo que se refiere al disfrute pleno de los derechos que derivan de las acciones, ya que, como se ha mencionado, en los casos de autocartera directa las acciones están en el activo de la sociedad emisora, formando parte de su propio patrimonio, y mientras estén en ella pierden temporalmente la plenitud de sus derechos políticos y económicos; en la autocartera indirecta, en cambio, las acciones forman parte del activo de las sociedades filiales o subsidiarias, que se encuentran controladas por la sociedad emisora.

En consecuencia, la suspensión de los derechos alcanza únicamente a una parte de los derechos políticos, es decir, al derecho a que se computen para el quórum y para la adopción de acuerdos en la junta de accionistas de las sociedades emisoras, que son a la vez las sociedades dominantes, dejando a salvo los otros derechos políticos: el derecho de impugnación y derecho de información, y el goce pleno de los derechos económicos.

Así, al no hacer referencia a ninguna restricción de los derechos patrimoniales que corresponden a las acciones de autocartera indirecta, Chabaneix interpreta lo siguiente:

Este silencio es indicativo, en mi opinión, de la intención del legislador de permitir que la sociedad controlada pueda percibir los beneficios económicos que esta inversión en valores emitidos por su matriz produzca. Lo contrario

---

<sup>5</sup> ABRAMOVICH (2001: 86).

<sup>6</sup> GARCÍA-CRUCES (1999: 362).

supondría una afectación de los intereses de los demás accionistas de la sociedad subsidiaria, a quienes se privaría, indirectamente, de percibir los réditos que el uso de los fondos de la misma pueda producir, trasladando estos a los accionistas de la sociedad controlada.<sup>7</sup>

Ahora bien, con respecto a los derechos económicos la situación es otra, puesto que, como bien lo señala Abramovich<sup>8</sup>, las acciones de propiedad de la sociedad controlada no pertenecen únicamente a la sociedad controladora; por lo tanto, no sería lógico, sino más bien confiscatorio, que se privase de derechos económicos a los accionistas de la sociedad controlada que no tiene relación alguna con el accionista controlador. Siguiendo la misma lógica, este autor nos aclara lo siguiente: «[...] tal vez convenga hacer una precisión adicional, y es que la sociedad controlada no solo tendrá intacto su derecho al cobro de los dividendos que pueda repartir la sociedad controlada, sino a todos los derechos económicos en general, como lo son el derecho de suscripción preferente, así como la posibilidad de transferir ese derecho [...]»<sup>9</sup>.

### 2.3 Autocartera originaria

En lo que se refiere al segundo criterio de clasificación de la autocartera, según ya hemos adelantado, se trata de diferenciar entre la autocartera originaria y la autocartera derivada o sobreviniente.

La autocartera originaria es aquella regulada y prevista en el artículo 98 de la LGS, referido a acciones creadas pero todavía no suscritas ni pagadas, razón por la cual todavía no tienen un titular, y por eso nunca se han emitido. Tales acciones no forman parte del capital social hasta que sean emitidas; y mientras se mantengan en cartera, carecen tanto de derechos políticos como de derechos económicos.

Para Abramovich,

[...] la autocartera originaria es una forma muy especial de autocartera, porque, propiamente, las acciones creadas no son propiedad de la sociedad sino que únicamente permanecen dentro de la sociedad y, como ya se ha visto, carecen de todo tipo de derecho. Simplificando el tema, se podría decir que son básicamente un instrumento que permite completar de manera veloz la obtención de recursos por parte de la sociedad a través de un aumento de capital<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> CHABANEIX (2003: 520-521).

<sup>8</sup> ABRAMOVICH (2001: 87).

<sup>9</sup> ABRAMOVICH (2001: 87).

<sup>10</sup> ABRAMOVICH (2001: 89).

Por lo tanto, podemos entender que la autocartera originaria o autosuscripción de acciones es «Aquella en que la sociedad adquiere las acciones propias en el momento mismo de la emisión de esta, es decir, en el momento constitutivo de la sociedad o en el momento de llevarse a cabo una ampliación de capital»<sup>11</sup>.

Sin embargo, es importante recalcar que nuestra ley, en lo que se refiere a la suscripción por la propia sociedad, ha omitido una regulación taxativa del tema, por lo que no podemos determinar si la autocartera originaria se encuentra permitida o impedida de realizarse, en el sentido de que la propia sociedad suscriba y pague las acciones. Así, la doctrina se encuentra dividida por esta disyuntiva, pues para una parte de ella este supuesto conllevaría a serios peligros en la sociedad y con los terceros que interactúan con ella. En España, por ejemplo, la suscripción o adquisición originaria de las acciones por la sociedad emisora se presenta como una prohibición, sin que se admita excepción alguna, y la infracción de tal prohibición no acarrea la sanción de nulidad del negocio realizado sobre las propias acciones, sino un cúmulo de consecuencias que legitiman la titularidad de la propia sociedad emisora de tales valores y el descargo de la obligación de liberarlos, haciendo recaer esta sobre otros sujetos<sup>12</sup>.

## 2.4 Autocartera derivada

Corresponde a los casos típicos de autocartera, en los cuales las acciones ya pertenecieron a un determinado accionista, y por tanto fueron en su oportunidad suscritas y pagadas, así como, luego, emitidas formando parte del capital social; y posteriormente, por alguna razón, la sociedad se convirtió en titular de las mismas, por haberlas adquirido con cargo a sus cuentas patrimoniales. Este tipo de autocartera derivada equivale, o es igual, a la denominada *autocartera directa* anteriormente comentada.

De acuerdo con Chabaneix, el régimen de la adquisición de acciones de propia emisión de nuestra LGS implica: «[...] una autorización restrictiva para que la sociedad rescate títulos representativos de aportes de capital que ella misma ha emitido. Es restrictiva, pues su objetivo claramente es el de permitir estas operaciones siempre que se salvaguarde la situación patrimonial de la compañía y, con ello, se cautele el interés de sus propios accionistas y el de terceros acreedores»<sup>13</sup>.

En el caso de la Ley de Sociedades Anónimas de España se permite a una sociedad adquirir sus propias acciones por sí misma o bien por una persona que

---

<sup>11</sup> DÍEZ-PICAZO (1995: 192).

<sup>12</sup> GARCÍA-CRUces (1999: 329).

<sup>13</sup> CHABANEIX (2003: 490-491).

actúe en nombre propio pero por cuenta de tal sociedad, siempre que esta se someta a una serie de condiciones o requisitos que presentan una triple caracterización, pues se trata de exigencias de *ius cogen*, objetivadas y con una finalidad de legitimación de la operación de adquisición onerosa de las propias acciones por parte de la sociedad emisora<sup>14</sup>.

### 3. ASPECTOS FUNCIONALES DE LA AUTOCARTERA

Resulta conveniente recordar que la creación del régimen jurídico de la autocartera se ha basado en criterios de tipo funcional, más que en prejuicios de corte dogmático; asimismo, que se ha buscado atender a la misma vez los riesgos, peligros, ventajas y utilidades que se presentan en esta clase de negocios.

En efecto, la acción es un bien que por sí solo no implica valor alguno, puesto que el valor real de la acción se encuentra determinado por el valor del patrimonio neto, proporcional al cociente de capital que expresa tal acción; es decir, el valor nominal.

De esta manera, al ser la acción un bien que en la sociedad anónima expresa la condición jurídica del accionista, podemos enfatizar el doble riesgo que se presenta en toda operación de autocartera, pues con este tipo de adquisiciones la sociedad emisora de las mismas puede actuar en perjuicio de sus acreedores y afectar negativamente su constitución financiera; pero también resulta incuestionable que a través de la adquisición de acciones propias se pueda lesionar el principio corporativo que caracteriza a las sociedades anónimas<sup>15</sup>.

Por otro lado, en aquellas operaciones de autocartera se produce un quebrantamiento de la relación de cobertura entre capital y patrimonio, dado que se sustituye un activo real por títulos cuyo valor de realización se halla en función de la solvencia económica de la propia sociedad emisora y del adquiriente, lo que comprende una vulneración a las exigencias del principio de integridad o de correspondencia mínima del capital.

Asimismo, uno de los riesgos más comunes que acarrean este tipo de operaciones de autocartera es que puedan ser utilizadas como un medio a través del cual se oculta una reducción de la cifra de capital mediante devolución de aportaciones a los accionistas, y así poder privar a los acreedores sociales del derecho de oposición que ostentan a su favor.

Además, como lo señala García-Cruces, aparece el riesgo de que los administradores utilicen la autocartera como un mecanismo para consolidar sus intereses

<sup>14</sup> GARCÍA-CRUZES (1999: 341).

<sup>15</sup> GARCÍA-CRUZES (1999: 324).

en la sociedad: «[...] los negocios sobre las propias acciones pueden desembocar en el resultado de una lesión del interés social a favor de aquellos intereses de los accionistas mayoritarios o de los administradores designados por aquellos, dando al traste con la estructura corporativa que, desde un punto de vista plutocrático, intenta componer todos los intereses presentes en la sociedad»<sup>16</sup>.

De igual manera, es indiscutible que también se genera un riesgo de incumplimiento de aquellas exigencias esenciales que derivan del principio de igualdad o de paridad de trato de los accionistas.

Sin embargo, debemos precisar que la autocartera no solo representa una serie de riesgos y peligros para la sociedad y los terceros, sino que también es una operación que muchas veces es vista como un instrumento beneficioso en la gestión social y la estabilidad social. Su realización trae consigo una serie de utilidades y ventajas que son aprovechadas por la sociedad y puestas frecuentemente en práctica.

En efecto, dada la necesidad de este tipo de operaciones en el desarrollo de la vida de la sociedad, nuestra legislación y otras legislaciones han venido regulando la autocartera como un negocio condicionado a una serie de reglas, y no necesariamente mediante una prohibición absoluta.

Siguiendo a García-Cruces<sup>17</sup> tenemos que la práctica societaria ha determinado algunas utilidades que se presentan en la realización de las operaciones de autocartera, entre las que podemos señalar las siguientes:

a) Facilita el desarrollo de aquellas operaciones en las que estuviera interesada la sociedad y que requirieran la libre disponibilidad de un número de acciones por parte de ella misma; por ejemplo, dar cumplimiento a un anterior acuerdo de reducción de la cifra de capital social.

b) Posibilita la realización de operaciones de concentración y colaboración empresarial en las que pudiera estar interesada la sociedad, como accionista de sí misma.

c) En un proceso de fusión por absorción se puede evitar que la sociedad absorbente tenga la necesidad de incrementar su cifra de capital, a fin de entregar sus acciones a quienes tenían el carácter de accionistas en la sociedad que desaparece.

d) Favorece la adopción de técnicas e instrumentos jurídicos dirigidos a garantizar la colaboración empresarial, mediante el intercambio de paquetes accionariales como la entrega de las acciones propias a fin de plasmar una cesión de activos o permitir la entrada de un socio amigo.

---

<sup>16</sup> GARCÍA-CRUCES (1999: 324).

<sup>17</sup> GARCÍA-CRUCES (1999: 324-327).

- e) Posibilita las operaciones que requieren el reagrupamiento de acciones.
- f) Puede permitir una mejor realización de otras operaciones sociales, tales como la supresión de una clase especial de acciones; o favorecer el desarrollo de la liquidación social con una previa adquisición de las acciones y, por ende, una simplificación en las operaciones de reparto del haber social.
- g) Puede ser utilizada como mecanismo de distribución de las propias acciones con una finalidad social y en favor de los trabajadores de la empresa social como instrumento para hacer frente a una posible toma de control de carácter hostil o, en fin, como medio para asegurar su estabilidad económica financiera a la propia sociedad.
- h) La autocartera podría ser un instrumento que facilite el cumplimiento de las prestaciones debidas. Siendo así, si la sociedad resulta la acreedora de sus socios, el cumplimiento por parte de estos podría interponerse a través de la entrega de las acciones con una finalidad solutoria de la precedente obligación, lo cual resulta del interés social en aquellos supuestos de insolvencia y falta de liquidez del accionista deudor. Por el contrario, si la sociedad fuera la deudora, podría desprendérse de sus acciones propias convirtiendo a aquellos en accionistas, sin necesidad de acudir a una ampliación de la cifra de capital por compensación de créditos.

#### **4. LA AUTOCARTERA ENCUBIERTA O AUTOCARTERA ILÍCITA**

El inciso 4 del artículo 198 del Código Penal sanciona la aceptación de títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito. El tipo penal recoge un supuesto de autocartera indirecta que se encuentra prohibido en el artículo 106 de la LGS: «Préstamos con garantía de las propias acciones. En ningún caso la sociedad puede otorgar préstamos o prestar garantías o con la garantía de sus propias acciones ni para la adquisición de estas, bajo responsabilidad del directorio».

Como ya lo hemos precisado, la autocartera directa, que es también autocartera derivada, se encuentra regulada en el artículo 104 de la LGS, que permite la adquisición de acciones ya emitidas por la propia sociedad. Según la norma societaria antes mencionada, el rescate de las acciones solo está autorizado en supuestos específicos y siempre que se cumpla con determinados requisitos legalmente establecidos.

Asimismo, como ya lo hemos mencionado, frente a los casos en los que la sociedad adquiere directamente sus propias acciones (autocartera directa), están los casos de autocartera indirecta. Un supuesto de autocartera indirecta está contemplado expresamente en nuestra legislación societaria en el artículo 105 de la LGS; se produce cuando una sociedad filial o subsidiaria adquiere acciones

de su matriz. Esta adquisición indirecta de acciones por la propia sociedad no se encuentra prohibida, pero deben evitarse los peligros que podría producir en la distribución de poderes sobre el manejo de la sociedad. En efecto, los accionistas que no tienen mayoría para controlar una sociedad podrían utilizar esta operación para alcanzar el control por la vía del derecho de voto de las acciones adquiridas por la filial o subsidiaria. En este sentido, y como ya lo hemos destacado, el artículo 105 de la LGS ha previsto la suspensión de los derechos de asistencia y voto en juntas a los accionistas de autocartera indirecta. En cuanto a los derechos patrimoniales de las acciones, el silencio de la norma debe entenderse en el sentido de que se mantienen completamente vigentes, de manera que la sociedad controlada pueda percibir los beneficios económicos provenientes de la titularidad de las acciones sobre su matriz<sup>18</sup>.

En la misma línea de evitar los peligros que conllevan las formas indirectas de autocartera, la Ley General de Sociedades, como se ha señalado, prohíbe en su artículo 106 que la sociedad pueda otorgar préstamos o prestar garantías con la garantía de sus propias acciones, ni para la adquisición de estas bajo la responsabilidad del directorio. Como puede verse, la norma reconoce tres supuestos distintos: a) la prohibición de otorgar préstamos cuyo cumplimiento esté respaldado con la garantía de sus propias acciones; b) la prohibición de otorgar garantías por parte de la sociedad, respaldada por una garantía de sus propias acciones; y c) la prohibición de otorgar cualquier préstamo o garantía por parte de la sociedad que tenga por objeto respaldar una compra de acciones emitidas por ella, con o sin garantía de estas últimas.

Como bien lo destaca García Cavero<sup>19</sup>, la regulación penal ha elevado a la categoría de delito de administración fraudulenta únicamente el primero de estos supuestos, aquel que se configura como autocartera encubierta. Esto, ya que el artículo 106 de la LGS señala que en ningún caso la sociedad puede otorgar préstamos con la garantía de sus propias acciones, constituyendo razón de esta prohibición societaria impedir que se afecte la integridad del capital si no se cumple posteriormente con la devolución del préstamo, ya que la sociedad tendría una garantía sin valor independiente de sí misma que no aseguraría la recuperación del crédito. Sin embargo, para este autor<sup>20</sup> tales objeciones resultan relativas, en la medida en que las acciones siguen siendo valores negociables con contenido patrimonial que la sociedad podría perfectamente ejecutar para hacerse pago con el producto de esa ejecución, en el supuesto de que tales acciones tengan un valor

---

<sup>18</sup> CHABANEIX (2003: 520-521).

<sup>19</sup> GARCÍA CAVERO (2005: 67-68).

<sup>20</sup> GARCÍA CAVERO (2005: 68).

comercial producto de una situación económica de la sociedad y que, gracias a un patrimonio neto positivo, la negociación de las acciones sea atractiva para los adquirientes y para la propia sociedad.

Igualmente, Chabaneix refiere que esta prohibición es percibida por la doctrina más reciente como una restricción relativa y ya no absoluta<sup>21</sup>. En el caso de la Ley de Sociedades Anónimas española, en su artículo 80 se ha establecido la posibilidad de que la sociedad acepte en garantía sus propias acciones, siempre que se encuentre dentro de los límites y se cumpla con los requisitos aplicables a las acciones.

Por otro lado, también es importante considerar los alcances de la norma, puesto que al prohibir otorgar un préstamo o garantía debemos advertir que estos términos son empleados de manera muy amplia. Cabe aclarar, por ello, que cuando hablamos de «préstamo» no solo nos referimos al mutuo, sino también a cualquier otra forma de operación en la cual el accionista pueda verse endeudado frente a la sociedad, garantizada con acciones de propia emisión; es decir, operaciones como un anticipo de dividendos, créditos de dinero, préstamos de uso y prestamos de consumos, entre otras. Mientras que por «garantías» se entiende cualquier forma o acto jurídico por el cual la sociedad, al garantizar al accionistas y al ser ejecutada por el incumplimiento de este, quede como acreedora del socio, con garantía de sus propias acciones.

Además, debemos aclarar que esta prohibición hace referencia a cualquier forma de otorgar garantía sobre las acciones, siempre y cuando se establezcan a favor de la sociedad con el respaldo de las acciones de propia emisión.

Así, refiriéndonos a los alcances de dicha prohibición, coincidimos con lo señalado por Alfredo de Gregorio<sup>22</sup>, al decir que no es aplicable la prohibición a la constitución en garantía de las acciones por cualquier crédito, de cualquier manera y en cualquier tiempo que hayan surgido, puesto que existen supuestos en los cuales no sería lógica su prohibición. Es el caso señalado por dicho autor: «[...] un viejo crédito contra el accionista, derivado de una acción por resarcimiento de daños, por la venta de viejo material, etcétera, ¿por qué se le habría de prohibir tutelarse contra el riesgo de no exigibilidad de aquel viejo crédito con la garantía de las acciones, especialmente cuando no tenga modo de obtener mejores garantías?»<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> CHABANEIX (2003: 523).

<sup>22</sup> DE GREGORIO (1950, tomo VI, volumen 1: 459).

<sup>23</sup> DE GREGORIO (1950, tomo VI, volumen 1: 459).

En relación con los fundamentos de las prohibiciones contenidas en el artículo 106 de la LGS, según Elías Laroza<sup>24</sup> gran parte de la doctrina opina a favor de tales prohibiciones. Los fundamentos se agrupan en los siguientes criterios:

a) Realizar una operación de préstamo con la garantía de sus propias acciones representa para la sociedad una forma indirecta de facilitar recursos líquidos al accionista; y si el deudor incumple, la sociedad se encontrará como acreedora del accionista de un crédito cuya garantía son las acciones de propia emisión de la sociedad. En tal sentido, Elías Laroza refiere lo siguiente:

La estructura de la sociedad anónima en nuestro ordenamiento legal reposa substancialmente en la fijeza y permanencia de la cifra del capital social, que es la verdadera garantía societaria para los acreedores y terceros frente a las sociedades de responsabilidad limitada. Realizar una operación de préstamo o de garantía, con la garantía de sus propias acciones, representa para la sociedad anónima una forma indirecta de reducción de capital encubierta. Si el deudor incumple o si la garantía otorgada por la sociedad es un crédito cuya garantía son las acciones de propia emisión de la sociedad, o sea, una situación similar a la de una devolución, parcial o total del capital a ese socio, sin el cumplimiento de los requisitos legales indispensable para una disminución de capital<sup>25</sup>.

Como lo señalan Joaquín Garrigues y Rodrigo Urias, las legislaciones mercantiles han creado esta prohibición como

[...] norma de tutela de la sociedad y de los acreedores sociales dirigida, por un lado, a evitar que aquella pueda devolver larvadamente a los accionistas el capital aportado encubriendo la operación bajo la forma de una garantía más aparente que real, porque la acción queda vacía cuando sea devuelto su capital, siquiera sea en forma de préstamo; y por otro, impedir que la garantía de las acciones propias pudiera convertirse en un procedimiento indirecto de adquirir esas acciones burlando las prescripciones legales que regulan la adquisición de las propias acciones<sup>26</sup>.

b) Los préstamos con garantía de las propias acciones pueden utilizarse para encubrir la suscripción y los pagos de acciones en procedimientos de aumentos de capital, acciones que luego se entregaron en garantía frente a la propia sociedad. Lo que se busca evitar es que la sociedad pueda encontrarse con las propias acciones eventualmente privadas de valor, o, en general, con las propias acciones que la sociedad habría podido adquirir solo con las utilidades. Asimismo, en palabras de Antonio Brunetti, «Este precepto [...] está encaminado a impedir [...] que con el anticipo se cubra una verdadera compra de las acciones. Trata, además,

---

<sup>24</sup> ELÍAS LAROZA (1999, tomo I: 269).

<sup>25</sup> ELÍAS LAROZA (1999, tomo I: 269).

<sup>26</sup> Garrigues y Urías, citados por ELÍAS LAROZA (1999, tomo I: 269).

de impedir que la sociedad se confié en un título cuyo valor podría reducirse a nada [...]»<sup>27</sup>.

- c) Pueden producirse abusos de los administradores, quienes podrían utilizar los fondos de la sociedad para otorgar préstamos a accionistas necesitados de liquidez con el objetivo de conseguir que el accionista ceda sus derechos de voto a favor de los accionistas que controlen el directorio de la sociedad.
- d) Cuando los administradores están interesados en incrementar derechos de voto a su favor, la utilización de los recursos sociales rompe el principio de imparcialidad respecto de todos los accionistas y constituye por tanto una irregularidad.
- e) Los administradores, al otorgar préstamos a favor de los propios accionistas, tienen la obligación de ser especialmente cuidadosos; por tanto, si se les otorga tales préstamos, no podrán evadir su responsabilidad. Además, es importante destacar lo que anota Salinas Siccha:

La prohibición tiene sentido cuando el crédito es superior al valor real de las acciones o títulos. Si el crédito es igual o por debajo del valor real de las acciones o títulos, no es posible la comisión del delito en análisis. Pues muy bien la persona jurídica, al no pagar el beneficiario el crédito en el plazo previsto, podrá negociar las acciones o títulos dejados en garantía y hacerse el pago correspondiente. En este supuesto no se configura la lesión o puesta en peligro del patrimonio social de la persona jurídica<sup>28</sup>.

El tema que nos propusimos analizar en el presente trabajo es si la sola aceptación de acciones o títulos de la propia persona jurídica como garantía de crédito configura o no una responsabilidad penal por el delito de administración fraudulenta del inciso 4 del artículo 198 del Código Penal. Afirmamos al respecto que es necesario que esta operación ocasione un perjuicio patrimonial, por el principio de lesividad, a terceras personas, lo cual se encontraría respaldado, por otra parte, por la exigencia típica de que se actúe en perjuicio de terceros vinculados a la persona jurídica. En este sentido, García Cavero<sup>29</sup> considera que la prohibición penal apunta solamente a casos en los que determinados socios, en connivencia con los administradores de la sociedad y como producto de un acuerdo fraudulento, se alzan con los bienes sociales de manera encubierta, lo cual tiene sentido en vista de la falta de sanción de este supuesto en los delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios. Agrega que procederá castigar los casos en los que se sobrevalora el valor de las acciones como respaldo de un

---

<sup>27</sup> Brunetti, citado por ELIAS LAROZA (1999, tomo I: 270).

<sup>28</sup> SALINAS (2005: 319).

<sup>29</sup> GARCÍA CAVERO (2005: 319).

préstamo otorgado por la sociedad, dejándola en la imposibilidad de recuperar su capital posteriormente con la venta de las acciones<sup>30</sup>.

A manera de conclusión y en razón de los fundamentos expuestos, consideramos que la sola aceptación de acciones de la propia sociedad como garantía de un préstamo no configura el supuesto delictivo analizado, ya que es necesario que exista conciencia y voluntad del agente respecto a la prohibición; y además, que esta operación genere un peligro de perjuicio a terceras personas. Efectivamente, para que se configure el delito, el agente, sujeto activo o actor debe tener pleno conocimiento, primero, de que está expresamente prohibido por el artículo 106 de la LGS otorgar préstamos aceptando como garantía las propias acciones de la sociedad a la cual representa; segundo, que las acciones del beneficiario del préstamo tengan un valor en libros que en total sea inferior o que esté por debajo del crédito que se solicita; y tercero, que sea consciente de que está poniendo en peligro el patrimonio neto de la sociedad, que en definitiva es el respaldo que la sociedad tiene frente a sus acreedores. Respecto de este supuesto específico, y también respecto de aquellos que no han sido materia de análisis en este trabajo, queda mucho por debatir y es un imperativo hacerlo, ya que, como se señaló en la introducción, el hecho de que las sociedades anónimas sean personas jurídicas y sujetos de derecho distintos a los integrantes que la conforman, y que el patrimonio de estos, y el de la sociedad, sean autónomos e independientes, aunado al principio de limitación de responsabilidad por las deudas sociales, a la poca precisión existente en la regulación en materia penal, así como a las diferentes posibilidades de sus representantes de abusar de los poderes otorgados para el ejercicio de sus funciones, constituyen factores que contribuyen a la comisión de actos delictivos.

## BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH ACKERMAN, Daniel

- 2001 «Algunas consideraciones acerca de la disposición de autocartera en la Ley General de Sociedades». *Ius et Veritas*. Lima, año XII, número 23, pp. 83-105.

CHABANEIX CUNZA, Jean Paul

- 2003 «La adquisición de acciones por la propia sociedad». En INSTITUTO PERUANO DE DERECHO MERCANTIL. *Tratado de derecho mercantil*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

---

<sup>30</sup> GARCÍA CAVERO (2005: 6-9).

DE GREGORIO, Alfredo

- 1950 *De las sociedades y de las asociaciones comerciales.* Tomo 6, volumen I. Buenos Aires: Ediar.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando

- 2004 «El rasgado del velo societario dentro del arbitraje». *Ius et Veritas*, Pontificia Universidad Católica del Perú, año XIV, número 29, pp. 12-22.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis

- 1995 «Los negocios de las sociedades con las propias acciones». En VARIOS AUTORES. *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*. Madrid: Civitas.

ELÍAS LAROZA, Enrique

- 1999 *Derecho societario peruano. La Ley General de Sociedades del Perú.* Tomo I. Trujillo: Normas Legales.

GARCÍA CAVERO, Percy

- 2005 *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios.* Lima: Palestra.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio

- 1999 «La adquisición por la sociedad de sus propias acciones (la regulación de la autocartera en el derecho español)». *Themis*. Lima, número 39, pp. 321-386.

ROJAS VARGAS, Fidel

- 1999 *Jurisprudencia penal.* Lima: Gaceta Jurídica.

SALINAS SICCHA, Ramiro

- 2005 *Delitos contra el patrimonio.* Segunda edición. Lima: Jurista Editores.

# LAS PRESTACIONES ACCESORIAS EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

*Hernando Montoya Alberti\**

## INTRODUCCIÓN

El régimen de las prestaciones accesorias tiene una importancia particular en la medida en que sirve para dotar de recursos a la sociedad, o permitir, mediante ciertas prestaciones que otorgan los socios, que las actividades de la sociedad se desarrolle en un contexto más favorable. Uno de los temas que nos llama la atención es su regulación en la nueva Ley de Sociedades, que ya no prohíbe que estas prestaciones sean dinerarias ni que puedan pactarse por los socios a favor de terceros. Desde la óptica de las prestaciones accesorias, es importante analizar esta institución a través de su evolución, así como su normatividad en la sociedad anónima y en el contexto de la sociedad comercial de responsabilidad limitada.

Un tema que si bien fue motivo de esta investigación no llegó a concluir en su desarrollo final, es el efecto del incumplimiento de la prestación accesoria. En efecto, la primera inquietud que surge como resultado del incumplimiento de la prestación accesoria es la posibilidad de sancionar al socio con la exclusión de la sociedad: si, tratándose de sociedades de capital, es decir, aquellas donde el aporte es el elemento distintivo de la sociedad, no cabría esta sanción, habida cuenta de que la Ley de Sociedades la reserva para el socio que no cumple con aportar al capital social prometido al suscribir su posición de socio; o si, por el contrario, si se da una excepción a esta situación, sería posible pactar la sanción de exclusión del socio en caso de incumplimiento de la prestación accesoria. Merece una reflexión mayor aún el caso en el cual, no habiéndose pactado la sanción, esta pueda aplicarse en razón de la falta de cumplimiento de una prestación que tiene como contrapartida una contraprestación. Como podrá advertirse, este tema se torna tan o más interesante que el mismo estudio de las prestaciones

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Comercial de la Universidad de Lima.

accesorias, y tiene su preocupación inicial en el estudio del doctor Guillermo Mercado Neumann<sup>1</sup>.

La prestación accesoria del socio se concibe como una obligación de dar, hacer o no hacer dentro del régimen societario. Las prestaciones de servicios de la sociedad colectiva o comanditaria para mantener su calidad de socio, conllevada a dicha persona a adquirir la calidad de socio, en tanto que en las sociedades de capitales, no se concibe que el aporte de servicios otorgue la calidad de socio. La primera inquietud sería, entonces, determinar si el socio requerido por una sociedad para integrarse a la misma debido a su cualidad personal, no tiene otra alternativa que aportar al capital, dado que en las sociedades de capital no se permite que por la simple prestación de un servicio se considere a la persona socia o accionista: la calidad de socio se adquiere mediante el aporte de bienes o derechos, mas no por la prestación de servicios.

Siendo esto así, el esfuerzo aplicado a una solución beneficiosa para la sociedad es admitir que la persona participe aportando a la sociedad, pero exigiéndole que acepte prestar un servicio o prestación accesoria a su condición de socio, de forma tal que la sociedad se beneficie con dicha prestación. En este esquema, las sociedades de capital, en su evolución, buscan que sus socios, además del aporte realizado, se comprometan a dar una prestación accesoria al compromiso de su aporte; prestación accesoria que no forma parte del capital social ni de la acción, pero que sí liga al socio a la sociedad.

Podemos afirmar que las prestaciones accesorias tienen una evolución propia respecto a las prestaciones o aportaciones del socio industrial en la sociedad colectiva, en donde el carácter personal del aporte es determinante para que se constituya la sociedad, reflejando estas sociedades un carácter de *intuito persone* y verdadero *animus societatis* desde su constitución. En paralelo, las prestaciones accesorias, aun aquellas propias de la sociedad anónima, tienen un carácter personal y —como veremos más adelante— de orden personalísimo en algunos casos.

Las variaciones y la libertad de contratación, pujantes sobre la base de las normas permisivas de la ley y de las no prohibitivas, obligan a una reflexión respecto de la naturaleza de las prestaciones accesorias y de los efectos de su incumplimiento.

Sin duda, la omisión del aporte del servicio del socio colectivo conlleva la sanción de su exclusión de la sociedad colectiva, pues al no cumplir con su aporte, consistente en servicios, la sociedad puede excluirlo de sí, caso en el que la doctrina que respalda la tesis contractualista societaria considera que se produce una resolución parcial del contrato.

---

<sup>1</sup> MERCADO NEUMANN (2002).

Como mencioné, motiva este análisis la jurisprudencia contradictoria registral<sup>2</sup>, en la que una de ellas admite la posibilidad de incluir en el estatuto de una sociedad anónima supuestos de exclusión del socio ante el incumplimiento de lo comprometido, sin que dicho compromiso sea precisamente la falta del aporte al capital social sino cualquier otra causa, amparándose para ello en las normas contenidas en el artículo 248<sup>3</sup> de la Ley General de Sociedades (LGS), que siendo aplicable exclusivamente a las sociedades anónimas cerradas, se extiende a las otras modalidades societarias anónimas.

Pues bien, no es precisamente el análisis de dichas resoluciones del Tribunal Registral el tema al cual debo abocarme, sino más bien el análisis para delimitar las prestaciones accesorias y, tangencialmente, verificar si la sanción por su incumplimiento puede llevar a la exclusión del socio.

## 1. ANTECEDENTES

Marcando la distancia correspondiente debe precisarse que el aporte de servicios o el aporte al capital social es una institución completamente distinta al tratamiento de la prestación accesoria concebida en LGS. De hecho, quien aporta servicios no aporta al capital social, pero por el mérito de dicho aporte se lo considera socio. La prestación accesoria, en cambio, como su nombre lo indica, deviene en accesoria al aporte; no puede existir prestación accesoria sin que exista la prestación principal, que es el aporte.

La institución de las prestaciones accesorias tiene su antecedente en las sociedades alemanas, aproximadamente en la segunda mitad del siglo XIX, cuando las empresas requerían que sus socios las aprovisionaran de materia prima relacionada con la actividad de la sociedad de la cual formaba parte el socio. Así, las primeras sociedades en poner en práctica esta obligación son las dedicadas a la fabricación de azúcar, que crean la obligación de sus socios de abastecer con remolacha a su empresa, a fin de que esta se asegure el suministro de tal insumo, a cambio de la correspondiente retribución. Siendo este el interés de la sociedad, el estatuto contemplaba esa obligación a cargo de los socios, incluyéndose para tal efecto la

---

<sup>2</sup> Resolución 120-2000-ORLC/TR del 25 de abril de 2000 y 104-2001-ORLC/TR del 8 de marzo de 2001.

<sup>3</sup> LGS, artículo 248: «El pacto social o el estatuto de la sociedad anónima cerrada puede establecer causales de exclusión de accionistas. Para la exclusión es necesario el acuerdo de la junta general adoptado con el quórum y la mayoría que establezca el estatuto. A falta de norma estatutaria rige lo dispuesto en los artículos 126 y 127 de esta ley. El acuerdo de exclusión es susceptible de impugnación conforme a las normas que rigen para la impugnación de acuerdos de juntas generales de accionistas».

modalidad, el contenido, la retribución, las consecuencias del incumplimiento, etcétera<sup>4</sup>.

Nos refieren María Gómez y Ángel Rojo<sup>5</sup> que las prestaciones accesorias tuvieron su desarrollo en Alemania. Dieron lugar a dos interpretaciones vinculantes entre los socios y la sociedad a raíz del incumplimiento de las mismas, del requerimiento del consentimiento previo de los administradores para la transmisión de las acciones suscritas por los socios ligados a dicha prestación accesoria o de la legalidad de las cláusulas penales para el caso de incumplimiento de la prestación accesoria, todo lo cual comenzó a suscitar problemas de validez de las cláusulas incorporadas en los contratos societarios. Por un lado, la sociedad se sitúa en la perspectiva de que la obligación de realizar una prestación accesoria es de carácter societario, que su contraprestación equivale al dividendo y que es posible satisfacerla aun si no existen ganancias por repartir, quedando el socio obligado a su cumplimiento y, en su caso, a penalidad. La otra posición debatida en su época era la defendida por los socios, para quienes mientras no hubiese ganancias suficientes no podían ser obligados a nuevas entregas. De las resoluciones judiciales que dilucidan el tema se nos refieren aquellas que sacan a relucir el carácter societario de la obligación de realizar prestaciones accesorias, que debía inferirse de su inclusión en los estatutos, razón por la cual no podía calificarse como precio la contraprestación debida a los accionistas, prestadores, sino como dividendo anticipado que adquiría firmeza una vez constatada en el balance la efectividad del beneficio neto.

La segunda interpretación consideraba que el pacto que originaba la prestación accesoria tenía un carácter especial e independiente del contrato social, circunstancia de la que había que derivar su naturaleza extrasocietaria<sup>6</sup>. De estas dos posiciones se terminó por acoger la posición de la prestación accesoria como un pacto adicional al contrato de sociedad.

Resulta interesante el comentario que nos hace Ángel Rojo cuando señala que la insatisfacción producida por la toma de postura jurisprudencial determinó la adopción de una nueva estrategia por parte de las empresas azucareras. Esta estrategia se encaminó a obtener el reconocimiento por el legislador de la nueva institución, en la línea de sus expectativas, como la creación de un tipo social inédito, conocido más tarde como sociedad de responsabilidad limitada (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH*), en el cual las prestaciones accesorias, al tiempo que podrían introducir una cierta dosis de personalización,

<sup>4</sup> GÓMEZ MENDOZA (1991); ROJO FERNÁNDEZ (1977: 274).

<sup>5</sup> GÓMEZ MENDOZA (1991); ROJO FERNÁNDEZ (1977).

<sup>6</sup> Véase, en relación con estos planteamientos, ROJO FERNÁNDEZ (1977: 276-277).

parecían encontrar fácil acomodo. Y, en efecto, así terminó ocurriendo en 1892, con la promulgación de la GmbH-Gesetz, por la que, además de admitirse esta clase de obligaciones, se sancionó su naturaleza societaria.

Nos refiere María Gómez que en la actualidad la disciplina alemana de las prestaciones accesorias, en el ámbito de las sociedades anónimas, se encuentra contenida en los párrafos 55, 5 y 180.1 de la Aktiengesetz (AktG), del 6 de septiembre de 1955, que reproducen, salvo variaciones poco relevantes, la regulación procedente de la AktG del 30 de enero de 1937, que la tomó, con escasas modificaciones, del Handelsgesetzbuch (HGB, Código de Comercio alemán) de 1897. De acuerdo con ella, los estatutos pueden establecer a cargo de los socios, junto con la obligación de aportación al capital social, otras de realización de prestaciones periódicas. Con esa hipótesis, el objeto de las prestaciones no puede consistir en dinero; la retribución que se prevea satisfacer al socio-prestador no puede exceder del valor real de aquella; la transmisión de las acciones a que se conecta la obligación de ejecutarlas ha de encontrarse subordinada a la autorización de la sociedad; y el establecimiento de estas obligaciones accesorias por vía de modificación estatutaria requiere el consentimiento de los accionistas afectados.

En otras realidades, la institución de las prestaciones accesorias ha recibido una atención desigual, más frecuente en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada que en el de las anónimas. En las legislaciones que acogen esta institución se ha acoplado al sistema alemán, como el caso de Austria. En el ordenamiento latino tenemos el Código Civil italiano, cuyo artículo 2.345, después de admitir que en el acto constitutivo de la sociedad puede establecerse a cargo de los accionistas la obligación de realizar prestaciones accesorias con determinación de su contenido, duración, modalidades, compensación y sanciones particulares para el caso de incumplimiento, añade las cinco reglas que expresa y directamente integran la disciplina; a saber: a) que el objeto de tales prestaciones no puede consistir en dinero; b) que en su retribución deben observarse las disposiciones aplicables a las relaciones negociales que tengan por objeto las mismas prestaciones; c) que las acciones a las que se vincule su ejecución han de ser nominativas; d) que solo cabe su transmisión con el consentimiento de los administradores; y e) que, salvo disposición contraria en los estatutos, no es factible la modificación del régimen estatutario inicialmente establecido sin el consentimiento de todos los socios.

En el derecho español se guarda silencio respecto de las prestaciones accesorias en la Ley de Sociedades de 1951, y se regula dos años más tarde con la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, del 17 de julio de 1953<sup>7</sup>. De acuerdo

---

<sup>7</sup> BARBA DE VEGA (1984: 135-145).

con el artículo 10 de esta última, en la escritura fundacional podrán establecerse, con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, expresando su modalidad y, en su caso, la compensación que con cargo a beneficios hayan de recibir los socios que las realicen, a lo que se añade que estas prestaciones no podrán integrar el capital de la sociedad. Respecto de las sociedades anónimas, la regulación legal de las prestaciones accesorias aparece por primera vez en la Ley de Reforma parcial y adaptación de la Legislación Mercantil a las directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, del 25 de julio de 1989. El real decreto legislativo 1564/1989, del 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, establece en el artículo 9.1 que en los estatutos de las sociedades se hará constar «[...] el régimen de las prestaciones accesorias, en caso de establecerse, mencionando claramente su contenido, su carácter gratuito o retribuido, las acciones que lleven aparejada la obligación de realizarlas, así como las eventuales cláusulas inherentes a su incumplimiento». La nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ley 2/1995, del 23 de marzo de 1995, regula las prestaciones accesorias en el artículo 22 al señalar que «En los estatutos podrán establecerse, con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, expresando su contenido concreto y determinado y si se han de realizar gratuitamente o mediante retribución», precisando además que «Los estatutos podrán vincular la obligación de realizar prestaciones accesorias a la titularidad de una o varias participaciones sociales concretamente determinadas». Con lo dicho denota el carácter estatutario de la prestación accesoria. Igual criterio se adopta para las prestaciones accesorias reguladas en la Ley de Sociedades de España, cuando el artículo 9 precisa que «En los estatutos que han de regir el funcionamiento de la sociedad se hará constar [...].».

El Código de Comercio peruano de 1902, al regular el régimen societario, no contemplaba la posibilidad del aporte de prestaciones accesorias; solamente se regulaba el aporte de servicios en las sociedades de personas. Es más, en esta clase de sociedades se buscaba precisamente el aporte personal del socio, que consistía en una obligación de hacer. Posteriormente, con la Ley de Sociedades Mercantiles (1966), se regulan las prestaciones accesorias, en los artículos 101 para las sociedades anónimas y en el artículo 277 para las sociedades comerciales de responsabilidad limitada. Luego, con la dación de la Ley General de Sociedades, aprobada en su texto por el Decreto Supremo 003-85-JUS, el artículo 101<sup>8</sup> señala

---

<sup>8</sup> «Artículo 101. Además de la obligación de los aportes el acto constitutivo puede establecer la obligación de los socios de realizar prestaciones accesorias no consistentes en dinero, determinando

que dichas prestaciones no pueden consistir en dinero, no integran el capital social, no son transferibles sin el consentimiento del directorio, y su modificación requiere el consentimiento del socio afectado. Dicha norma se repite en el artículo 277<sup>9</sup> cuando regula la prestación accesoria en la sociedad comercial de responsabilidad limitada. Sin embargo, observamos que en esta oportunidad se suprimió la prohibición de que la prestación sea dineraria; solamente se indica que no puede integrar el capital social. Se tienen, entonces, dos regímenes diferentes de prestaciones accesorias: aquellas que se pactan en la sociedad anónima, que no pueden ser dinerarias, por prohibición expresa, y las prestaciones en las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, que responden al concepto integral regulado para la sociedad anónima, pero que no se prohíbe que sean dinerarias.

Por otro lado, en el comentario que dedica a este tema Ulises Montoya Manfredi a la luz de la ley del año 1966, se advierte un carácter bilateral de esta prestación, entre la sociedad y el socio. Señala este autor que

Debe tenerse presente que se trata de una relación bilateral, aunque se incluya en el contrato plurilateral de sociedad. Algunos autores consideran estos pactos como subordinados al pacto social, mientras que otros estiman que se trata de un contrato mixto, en el que concurre una relación de suministro, que resulta absorbida por el de sociedad. Debe agregarse que si se produjera la nulidad del pacto que contiene la prestación accesoria, ello no influiría sobre la validez del acto constitutivo y que las reglas generales de los contratos serán aplicables a las relaciones entre los socios que ofrecen las prestaciones accesorias y la sociedad, según la naturaleza de las prestaciones, de dar o de hacer, a las que el socio se hubiera obligado<sup>10</sup>.

En el contexto de la anterior Ley de Sociedades, la prestación accesoria debe constar en el documento constitutivo de la sociedad y se lo reconoce como un pacto dentro del pacto societario. En la Ley General de Sociedades vigente se

---

su contenido, su duración, las modalidades y la retribución acordada, así como las sanciones para el caso de incumplimiento. Tales obligaciones no pueden integrar el capital social.

\*Los títulos a los cuales es conexa la obligación de las prestaciones antedichas, deben ser nominativos, no son transferibles sin el consentimiento del directorio, y les será aplicable el artículo 119.

\*Si no se ha dispuesto otra cosa en el acto constitutivo, las obligaciones previstas en este artículo no pueden ser modificadas sin el consentimiento de los socios obligados y acuerdo de la junta general, con los requisitos señalados para la modificación del estatuto».

<sup>9</sup> En la escritura de constitución social podrán establecerse, con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, expresando su modalidad y, en su caso, la retribución que, con cargo a los beneficios, hayan de retribuir los socios que las realicen. Tales prestaciones no podrán integrar el capital de la sociedad.

Las cuotas a las que es conexa la obligación de las prestaciones antedichas son transferibles solamente con el consentimiento de los administradores.

<sup>10</sup> MONTOYA MANFREDI (1966).

mantiene la condición de crear prestaciones accesorias en el acto constitutivo de la sociedad; sin embargo, puede crearse por acuerdo de junta general de accionistas (artículo 75). No obstante, se abre el abanico de posibilidades de fijar prestaciones que por su forma de creación no tendrían la condición de accesorias, pero sí paralelas, a través de los pactos parasocietarios, al amparo del artículo 8 de la misma Ley General de Sociedades.

En efecto, la nueva Ley General de Sociedades regula las prestaciones accesorias en el artículo 75<sup>11</sup>, dentro del Título IV de la Sección Segunda del Libro Segundo, relativo a la sociedad anónima, y extiende esta prestación a la sociedad comercial de responsabilidad limitada en el numeral 2 del artículo 294.

## 2. CONCEPTO

Las prestaciones accesorias se han concebido como la obligación de realizar una determinada actividad a favor de la sociedad, distinta al aporte de bienes o a la prestación de servicio de las sociedades de personas. Baste recordar que la norma societaria solo permite el aporte de servicios en la sociedad colectiva, en la cual la condición de socio la otorga la prestación del servicio. Luego, en la sociedad comanditaria, las dos clases de socios que la integran, tanto el socio comanditario como el comanditado, aportan bienes para adquirir la condición de socios, aunque los de la clase administradora, además del aporte, deben administrar la sociedad, constituyendo esta una carga a la condición de socio, que conlleva también una prestación del servicio. Sin embargo, advertimos que solo en la sociedad colectiva se adquiere la condición de socio por el simple servicio aportado a la sociedad. En la sociedad anónima, el artículo 51 no admite el aporte de servicios; se requiere el aporte de bienes para tener la condición de socio. Es importante, entonces, diferenciar la denominación *aporte de servicios* de la denominación *prestashopión accesoria de servicios*. Así por ejemplo, el artículo 1 de la LGS precisa que «Quienes constituyen la sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas». El término *aporte* está referido al acto por el cual se transmite derecho sobre bienes a favor de la sociedad, sin

<sup>11</sup> «Artículo 75. El pacto social puede contener prestaciones accesorias con carácter obligatorio para todos o algunos accionistas, distintas de sus aportes, determinándose su contenido, duración, modalidad, retribución y sanción por incumplimiento y pueden ser a favor de la sociedad, de otros accionistas o de terceros. Estas prestaciones no pueden integrar el capital.

»Por acuerdo de la junta general pueden crearse también dichas prestaciones accesorias, con el consentimiento del accionista o de los accionistas que deben prestarlas.

»Las modificaciones de las prestaciones accesorias y de los derechos que estas otorguen solo podrán acordarse por unanimidad, o por acuerdo de la junta general cuando el accionista o accionistas que se obligaron a la prestación manifiesten su conformidad en forma expresa».

que dichos bienes formen parte del capital social, cuenta en la cual se materializa económicamente, en cuotas del capital social, dicho aporte de bienes según su valorización. La prestación accesoria, en cambio, está regulada en el artículo 75 de la LGS, así como en el numeral 2 del artículo 294, relativo a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada. Si bien las prestaciones no se aluden en las otras modalidades societarias, tampoco se encuentran prohibidas; en todo caso, dependerá de la modalidad en que se pacte para considerarlas como tales, o como pactos parasocietarios al amparo del artículo 8 de la LGS. En el primer caso deberá considerarse en el pacto social constitutivo o en junta general de socios, con el consentimiento expreso de los socios que aceptan prestar el servicio en forma accesoria a su condición de tales; en el segundo caso, no será dicha formalidad sino tan solo la existencia de un pacto entre socios y la sociedad que acuerden una prestación a favor de la sociedad o de terceros, tal como se prevé en el artículo 8 de la mencionada ley.

Nos precisa Torralba que con frecuencia aparecen supuestos en los que existen accionistas que son profesionales titulados y colegiados de todas o algunas de las actividades que realiza la sociedad y, en concreto, se suele establecer en los estatutos que deben realizar para la sociedad las prestaciones de los servicios propios de su calificación profesional<sup>12</sup>. En este sentido, De La Cámara señala que, siguiendo el derecho italiano «[...] la prestación accesoria ha de consistir en una obligación que, en principio, debe ser, en cuanto a su cumplimiento, peculiar del socio y no “estar” al alcance de una persona cualquiera, como es el caso de la aportación dineraria»<sup>13</sup>. En la legislación societaria peruana del año 1966 el contenido de las prestaciones accesorias no podía consistir en dinero, puesto que la prestación accesoria se concebía, tal como lo hizo la legislación comparada de la época, como una prestación de carácter personal, debiendo ser cumplida por el socio y no por persona diversa.

En la legislación societaria del año 1966 se concebía la prestación accesoria como una obligación de dar, de hacer o de no hacer, pero nunca ligada a la obligación de dar sumas de dinero; el artículo 101 de la ley 16123 establecía que, además de la obligación de los aportes, el acto constitutivo de la sociedad podía establecer la obligación de los socios de realizar prestaciones accesorias consistentes en dinero, determinando su modalidad, contenido, duración y retribución, así como las sanciones para el caso de incumplimiento, señalando que dichas obligaciones no podían integrar el capital social. Respecto de su transmisibilidad, señalaba que no eran transferibles sin el consentimiento del directorio; además,

---

<sup>12</sup> TORRALBA SORIANO (1966).

<sup>13</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (1987: 117).

salvo pacto en contrario, no podían ser modificadas sin el consentimiento de los socios obligados y con acuerdo de la junta general adoptado con las mayorías calificadas señaladas por ley. Igualmente, cuando la ley 16123 regulaba las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, señalaba en su artículo 277 que se podían establecer en la escritura de constitución de la sociedad prestaciones accesorias distintas al aporte al capital social. En la misma tendencia se mantuvo la Ley General de Sociedades del año 1985.

En las sociedades de responsabilidad limitada, las prestaciones accesorias se conciben unidas a los aportes al capital social; están unidas a la condición del aporte. Nos dice Ulises Montoya Manfredi que se trata de servicios prestados para los fines de la creación de la sociedad, a semejanza de lo que ocurre con las llamadas *partes de fundador* en las sociedades anónimas. En defensa del capital social se impide que dichos servicios integren este capital porque no constituyen garantía suficiente para los acreedores; y para que se conozca el alcance de estas prestaciones y retribuciones, debe expresarse la modalidad de tales prestaciones en la escritura de constitución y no en pacto diferente.

Guillermo Mercado<sup>14</sup> nos dice que «[...] las prestaciones accesorias afectan personalmente al socio, independientemente del número de acciones que posea en la sociedad». Citando a María Jesús Peñas<sup>15</sup> nos refiere que «[...] las prestaciones accesorias [...] son obligaciones de carácter social —es decir, inmanentes a la condición de socio—, de carácter accesorio y de carácter facultativo, que figuran en el estatuto y no forman parte del capital social y que pueden ser retribuidas o gratuitas». El carácter facultativo debemos entenderlo para la sociedad, pues siempre es obligatorio para el socio que se ha comprometido con la prestación accesoria. Igualmente, Mercado les atribuye la característica de social porque están indisolublemente ligadas a la condición de socio, sujeto pasivo de la relación obligatoria creada, «[...] vínculo este del cual solo podrá liberarse cumpliendo la prestación o dejando de ser socio». Agrega que «[...] no puede hablarse de prestaciones accesorias al margen del contrato social; aquellas que realice el socio como tercero, a favor de la sociedad, fuera de la relación jurídica societaria, se rigen por las disposiciones del particular del contrato que las crea y, supletoriamente, por el derecho civil». Advertimos en estas apreciaciones un enlace con nuestro comentario anterior al señalar que sí es posible establecer otras prestaciones que no son accesorias a la condición de accionista dentro del marco de un contrato parasocietario.

---

<sup>14</sup> MERCADO NEUMANN (2002: 123).

<sup>15</sup> PEÑAS MOYANO (1996: 68).

### 3. CARACTERES DE LA PRESTACIÓN ACCESORIA

Fluye del contenido del artículo 75, así como del artículo 199, que las prestaciones accesorias son voluntarias, no se imponen a los accionistas y requieren su consentimiento. En efecto, se crean en el pacto social; de esta afirmación se decanta que tiene que existir la voluntad del socio que suscribe el pacto social. Este instrumento requiere la unanimidad de los accionistas para su validez, supuesto en el cual el socio suscriptor acepta la prestación accesoria. La ley permite que la prestación accesoria pueda crearse también por acuerdo de junta general de accionistas, y en tal supuesto se requiere el consentimiento del accionista que acepta cumplir con la prestación accesoria.

Impuestas como condición desde su creación —desde el pacto social o desde el acuerdo de junta general y aceptación del accionista gravado—, las prestaciones accesorias tienen un *carácter obligatorio* para todos o algunos accionistas, y son independientes de los aportes al capital social, debiendo determinarse su contenido, duración, modalidad, retribución y sanción por incumplimiento, que puede ser a favor de la sociedad, de otros accionistas o de terceros.

No obstante lo referido, tienen *carácter facultativo* para la sociedad; es decir, la sociedad puede no requerir el cumplimiento de la prestación accesoria, como tampoco el accionista puede exigir que la sociedad cumpla con aceptarla, lo cual denota su carácter discrecional. Dicha bilateralidad en la concertación de la prestación accesoria no conlleva la determinación de la mora, aun cuando se haya pactado una retribución por la prestación accesoria. Al respecto, Mercado nos dice que «La *naturaleza facultativa* de las prestaciones accesorias se deduce de su propia índole al ser ajena al capital social, pudiendo establecerse o no, sin que ello afecte en lo absoluto la validez de la sociedad. Sin embargo, una vez creadas son de cumplimiento obligatorio por los socios que las han asumido voluntariamente»<sup>16</sup>. Las prestaciones accesorias, en tanto que son obligación a cargo de los accionistas, tienen un carácter potestativo; es decir, su establecimiento constituye una facultad de la sociedad con sus socios, correspondiéndole ejercer el derecho de obligar al cumplimiento en razón de contribuir a la realización del objeto social.

El carácter de accesoriedad de estas prestaciones, nos refiere Mercado, se revela por la correspondencia con la adquisición de la calidad de socio en mérito al aporte realizado. Podrá haber aportes al capital social sin prestaciones accesorias, pero nunca prestaciones accesorias sin aporte de capital. Esto no obsta para que, desde el punto de vista económico, la entidad y el significado de las prestaciones

---

<sup>16</sup> MERCADO NEUMANN (2002: 123).

accesorias muchas veces superen el valor de la aportación realizada, deviniendo la principal contribución. Sobre este tema, el artículo 23 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de España determina que las prestaciones accesoria sean retribuidas con una compensación que hayan de recibir los socios que las realicen. La cuantía de la retribución no podrá exceder en ningún caso el valor que corresponda a la prestación. Lo que resulta insólito es que la prestación accesoria sea tan onerosa que torne irrelevantes los aportes al capital social. Sobre el particular, la Ley General de Sociedades no se pronuncia.

La prestación accesoria tiene un carácter independiente del aporte al capital social; no *integra* el capital social ni contribuye a su formación. Su ingreso a la cuenta patrimonial depende de la modalidad de la prestación; si consiste en una prestación accesoria dar un bien mueble en propiedad, o en uso, su valor integrará las cuentas patrimoniales pero no la del capital social; podría considerarse como un capital adicional dentro de las cuentas patrimoniales, que devengará una retribución con cargo a las utilidades de la sociedad. La prestación accesoria no da derecho a recibir a cambio acciones de la sociedad.

En la ley societaria del año 1966, que por primera vez integra esta clase de prestaciones, se contemplaba la posibilidad de que a cambio de las prestaciones accesoria se emitieran títulos negociables, similares a las partes del fundador. Así, el artículo 101 precisaba que los títulos a los cuales era conexa la obligación de las prestaciones accesoria eran nominativos y no transferibles sin el consentimiento del directorio, y se les aplicaban las normas relativas a los títulos de goce regulados en el artículo 119 de dicha ley; es decir, no daban derecho a voto en la junta general, concurrían en la distribución de las utilidades que quedaban después del pago a las acciones no reembolsadas de un dividendo igual al interés legal, y en caso de liquidación, en la distribución del patrimonio social restante, después del reembolso de las acciones a su valor nominal. No tenían carácter de acciones, debían ser registradas en un libro especial y contener la pertinente indicación sobre los derechos y obligaciones que correspondían a su titular. De por sí constituían títulos negociables sujetos a restricción en su circulación, como el sometimiento al consentimiento previo de la sociedad, dado que no solo se negociaaba el título sino que la condición de accionista debía mantenerse inmanente al título de goce; ello por cuanto la ley no concebía que la prestación pudiera ser dineraria sino de orden personal.

En cuanto al *carácter formal*, tenemos que las prestaciones accesoria *deben figurar expresamente en el pacto social*; así lo establecen desde sus orígenes la ley 16123, el decreto legislativo 311 y la nueva Ley General de Sociedades. En comentario a la legislación italiana, Messineo señala que la exigencia de que las prestaciones accesoria consten en el acto constitutivo con todos sus datos

enunciados en la ley es imperativa, a tal punto que de no ser así las prestaciones podrían considerarse nulas. En nuestra legislación se permite que, cuando dichas prestaciones no forman parte del acto constitutivo, puedan crearse o modificarse con el consentimiento de todos los socios obligados y por acuerdo de la junta general, con los requisitos señalados para la confección del estatuto, salvo que en el acto constitutivo se hubieran hecho las previsiones respectivas.

#### **4. CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN ACCESORIA**

La prestación accesoria debe tener contenido, sea una obligación de dar, de hacer o de no hacer.

Nuestra legislación actual no impide que la obligación de realizar prestaciones accesorias pueda ser dineraria ni exige que comporte entrega de bienes periódicos o continuados. En la legislación alemana (artículo 55 de la Aktiengesetz-AktG) y en el Código Civil italiano (artículo 2345) se prohibía que la prestación accesoria consistiera en dinero; en igual sentido se encontraba dicha limitación en la Ley General de Sociedades (1966 y 1984)<sup>17</sup>: las prestaciones no podían consistir en dinero. La ley del año 1998 no restringe dicha condición; por lo tanto, en opinión de Elías Laroza, dichas prestaciones pueden consistir en dinero. Parte de la doctrina sostiene que esta limitación procura que las prestaciones accesorias incorporen una personalización, lo que no se daría en el caso del dinero, bien económico al alcance de cualquier individuo.

La tendencia en general ha concebido la prestación accesoria como una obligación de hacer, antes que de dar; y cuando se ha tratado de las limitaciones, la tendencia ha sido no permitir la prestación accesoria dineraria. En este sentido van la legislación argentina, que regula dicha limitación en el inciso 3 de la Ley de Sociedades argentina (19950), y la uruguaya, que lo hace en el artículo 73 de su Ley de Sociedades. La ley ecuatoriana sobre compañías restringe las prestaciones accesorias en sentido inverso en las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, y precisa el inciso e del artículo 115 que es obligación del socio cumplir con las prestaciones accesorias y las aportaciones suplementarias previstas en el contrato social, quedando prohibido pactar prestaciones accesorias consistentes en trabajo o en servicio personal de los socios. Podemos apreciar que en este caso la regulación está orientada a las prestaciones suplementarias, que en la doctrina tradicional se explican como prestaciones dinerarias que ingresan a una cuenta

---

<sup>17</sup> «Artículo 101. Además de la obligación de los aportes, el acto constitutivo puede establecer la obligación de los socios de realizar prestaciones accesorias no consistentes en dinero, determinando [...].»

del capital adicional. Dichas aportaciones suplementarias tienen igualmente su origen en la ley alemana, y consisten en obligaciones asumidas por los socios de las sociedades de responsabilidad limitada, que en acta de creación constitutiva tienen el carácter de obligación social potestativa (artículo 26 de la GmbH), distintas de la de aportación al capital, que solo pueden consistir en dinero, y que se encaminan funcionalmente a dotar a la sociedad de un capital de maniobra adicional con el que pueda resultar factible la adaptación de la empresa a los cambios estructurales del sector. La prestación accesoria nace como una obligación de prestaciones periódicas, y en la doctrina alemana es interpretada habitualmente en el sentido de evitar que el contenido de las prestaciones accesorias pueda comportar tanto una prestación única como una prestación duradera<sup>18</sup>. Cabe recordar que esta clase de obligaciones nace en el derecho alemán con motivo de las prestaciones a que se comprometían los socios para proveer remolacha a la sociedad, con lo cual se establecía una fórmula segura de abastecimiento para su proceso productivo. Si nos remontamos al origen encontramos que la prestación accesoria consistía, entonces, en una obligación de dar bienes ciertos no dinerarios, y no primordialmente en una obligación de hacer. Sin embargo, el devenir de esta institución en el tiempo la ha enriquecido, y su inclusión en el pacto de creación y aprobación por parte del socio afectado hace que mantenga su vigencia.

La utilidad de las prestaciones accesorias se encuentra principalmente en las obligaciones de hacer y de no hacer. Aquellas que implican un *hacer* conllevan cierta dosis personalizada con el socio, pues dependen de la fungibilidad de su prestación y de su éxito según la finalidad de la sociedad. Es el caso de la prestación personalizada del socio que redundará en el éxito de la gestión social vía la entrega de sus conocimientos para la explotación económica mediante la sociedad o, al estilo de las sociedades comanditarias, de la asunción de la obligación de administrar la sociedad.

Las prestaciones accesorias que conllevan un *no hacer* buscan habitualmente incrementar las posibilidades de éxito de la sociedad mediante la eliminación de competidores. Este criterio se justifica en la medida en que el socio atraído a la sociedad sea un socio competidor en el tráfico de la sociedad. El sentido es evitar la competencia en una determinada zona o en relación con cierto producto; sin embargo, debe cuidarse que dichos pactos no incorporen una suerte de acuerdo perjudicial y obstrucciónista del derecho de la competencia.

Las prestaciones accesorias pueden consistir también en una obligación de *dar*. Esta hipótesis tiene su punto de quiebre con su semejanza al aporte de bienes en propiedad, pues estos tienen un valor que se incorpora al capital social,

---

<sup>18</sup> Véase BRUNETTI (1960: 253).

y consecuentemente con este título de aportación se propicia la constitución de un patrimonio separado e indisponible para los socios, que pasa a sustentar la sociedad como persona jurídica.

Al respecto, María Gómez señala que esto no significa sino que la aportación al capital debía tener lugar a título definitivo, cualquiera que fuese la naturaleza del objeto transferido: dinero, bienes muebles o inmuebles, o derechos (de crédito o reales, como el usufructo). Entonces, al no estimarse susceptibles de aportación como el trabajo o los servicios, la institución de las prestaciones accesoriales se revelaba particularmente útil en la medida en que consentía a la sociedad el acceso al disfrute de determinados bienes o derechos de los socios mediante una simple transmisión de uso. Dicha situación habrá que considerarla sin mayor trascendencia, habida cuenta de que en la legislación actual y contemporánea se permite que el aporte a la sociedad pueda realizarse a título de uso. Así, nos señala la autora citada que

[...] en ocasiones, puede creerse que se está en presencia de una prestación accesoria de dar, cuando en realidad se trata de una prestación accesoria de hacer. Así ocurrirá en aquellos supuestos en los que el objeto o contenido de la prestación accesoria viene determinado por la obligación que asume el socio de estipular en el futuro con la sociedad determinados contratos de intercambio o de crédito, que se han de resolver naturalmente en la entrega de bienes (venta, suministro, arrendamiento) o de dinero (préstamo, p. ejemplo). La relevancia práctica de la distinción se pone de manifiesto cuando se advierten las diversas consecuencias que cabe derivar de la no entrega por parte del accionista de los bienes o del dinero previsto en un caso y en otro. Porque, en efecto, mientras que, de tratarse de una prestación accesoria de dar, la no entrega determinaría las sanciones prevenidas estatutariamente para el caso de incumplimiento (o las que resultasen aplicables a partir del ordenamiento positivo), en el supuesto de comportar un *lacre* ha de entenderse que el socio-prestador ha cumplido al estipular el correspondiente contrato, aunque luego no lo ejecute y con la circunstancia que se faculte a la sociedad para accionar los remedios característicos del contrato de que se trate.<sup>19</sup>

## 5. CREACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA PRESTACIÓN ACCESORIA

Las prestaciones accesoriales responden a la voluntad de los socios y de la sociedad, supuesto en el cual el socio no se somete al principio de las mayorías sino que depende de su plena voluntad aceptar o no la obligación contenida en la prestación accesoria. Dicha prestación accesoria conlleva un fin social; está destinada a procurar el objeto social y orientada hacia la finalidad de la sociedad, a diferencia de los pactos parasocietarios, que crean obligaciones a cargo de los socios a favor

---

<sup>19</sup> GÓMEZ MENDOZA (1991).

de la sociedad o de terceros, supuesto en el cual puede concebirse con mayor libertad que el objeto para el cual se constituye la prestación accesoria puede responder al interés de grupo y no al de la sociedad.

La oportunidad de la creación de las prestaciones accesorias se da al establecer el pacto social; no obstante, la ley permite que esto se modifique por acuerdo de junta general. En el primer caso, se entiende que al momento de creación de la sociedad, y contenida la prestación en el pacto social, todos los socios han prestado su consentimiento al suscribir el pacto, momento en el cual se otorga el consentimiento para la aceptación de la prestación a cargo del socio suscriptor de dicho pacto. Distinto será el caso de la modificación o la creación de la prestación accesoria durante la vida de la sociedad; en tal caso, la creación o modificación de las prestaciones sociales depende de la voluntad social expresada por la mayoría, caso en el cual se deberá estar ante dos situaciones. La primera es la conveniencia o no de crear prestaciones accesorias, que se resolverá por el principio de las mayorías. Así, el artículo 75 de la nueva LGS señala:

El pacto social puede contener prestaciones accesorias con carácter obligatorio para todos o algunos accionistas, distintas de sus aportes, determinándose su contenido, duración, modalidad, retribución y sanción por incumplimiento y pueden ser a favor de la sociedad, de otros accionistas o de terceros. Estas prestaciones no pueden integrar el capital. Por acuerdo de la junta general pueden crearse también dichas prestaciones accesorias, con el consentimiento del accionista o de los accionistas que deben prestarlas.

Elías Laroza nos indica que «Al igual que con las partes del fundador, se ha suprimido la posibilidad de que las prestaciones accesorias se representen en títulos nominativos, los mismos que eran transferibles, previo consentimiento del directorio, de acuerdo con el artículo 101 de la Ley derogada».

Si recurrimos al texto del artículo 101 de la Ley de Sociedades Mercantiles y luego Ley General de Sociedades de 1984, tenemos que en dicha norma no se contemplaba claramente la posibilidad de crear prestaciones accesorias en otro documento que no fuera el contrato social, previéndose más bien su modificación por la junta general de accionistas y con el quórum y la mayoría exigidos para la modificación del estatuto. Por otro lado, tampoco se contemplaba la posibilidad de que la prestación accesoria se estableciera a favor de un socio o de un tercero, supuesto que el artículo 75 de la ley vigente sí permite. En efecto, el artículo 101 de dicha ley señalaba:

Además de la obligación de los aportes el acto constitutivo puede establecer la obligación de los socios de realizar prestaciones accesorias no consistentes en dinero, determinando su contenido, su duración, las modalidades y la retribución acordada, así como las sanciones para el caso de incumplimiento. Tales obligaciones no pueden integrar el capital social. Los títulos a los cuales es

conexa la obligación de las prestaciones antedichas deben ser nominativos, no son transferibles sin el consentimiento del directorio, y les será aplicable el artículo 119. Si no se ha dispuesto otra cosa en el acto constitutivo las obligaciones previstas en este artículo no pueden ser modificadas sin el consentimiento de los socios obligados y acuerdo de la junta general, con los requisitos señalados para la modificación del estatuto.

El artículo 22 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de España confiere a las prestaciones accesorias un carácter netamente estatutario, al señalar en forma expresa que «En los estatutos podrán establecerse, con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, expresando su contenido concreto y determinado y si se han de realizar gratuitamente o mediante retribución [...].» Segundo el artículo 9 de la Ley de Sociedades Anónimas de España, radica en el estatuto social la creación de las prestaciones accesorias; y su modificación se realizará por acuerdo de junta general de accionistas con las mayorías establecidas para la modificación de estatuto y con el consentimiento del socio.

Al precisarse que la obligación tiene su origen en el acto constitutivo de la sociedad, y considerando que el acto social debe ser registrado como precisa el artículo 6 de la Ley General de Sociedades para la incorporación de la persona jurídica, se pretende en el fondo asegurar que la decisión que contiene la obligación a favor de la sociedad añadida a la aportación al capital social tenga un carácter público, de forma tal que los terceros, los socios actuales y futuros, así como los acreedores, tengan conocimiento de las obligaciones a favor de la sociedad.

Este tema nos lleva a analizar si las prestaciones de los socios que consten en documento distinto al estatuto social se pueden calificar como prestaciones accesorias. Al respecto, considero que dichas prestaciones y obligaciones a favor de la sociedad constituida por los socios no tendrán el carácter de prestación accesoria a no ser que se incorporen en el estatuto de la sociedad. Al no estar inmersas en el estatuto social, simplemente se pueden calificar como obligaciones a favor de la sociedad, pero no tienen el carácter de prestación accesoria. Este deslinde resulta importante por cuanto el hecho de ligarse una obligación a la prestación accesoria estatutaria implica una serie de limitaciones en cuanto a su retribución y transmisión de la posición de accionista, supuesto que no rige cuando se trata de obligaciones simples asumidas por los accionistas a favor de la sociedad, supuesto en el cual no existe limitación o restricción a la transmisión de la posición de accionista.

En la creación de la prestación accesoria debe consignarse su contenido, su carácter gratuito o retribuido, la sanción por incumplimiento. En la medida en que las prestaciones accesorias conllevan una limitación a su transferencia, es

decir, que depende de la sociedad que autorice la transmisión de la posición de accionista en la medida que lo libera de la prestación accesoria, dichas limitaciones deben registrarse en el libro de matrícula de acciones al amparo del artículo 92, que señala que «En la matrícula se anotan también [...] las limitaciones a la transferencia de las acciones y los convenios entre accionistas o de accionistas con terceros que versen sobre las acciones o que tengan por objeto el ejercicio de los derechos inherentes a ellas». Esta norma nos permite considerar la obligación de anotar la prestación accesoria a cargo del titular de las acciones de la sociedad. En tal caso, habrá que considerar por una cuestión de orden lo señalado en el artículo 86 de la LGS, que señala que en el pacto social o en el acuerdo de aumento de capital puede establecerse que los suscriptores de una parte o de todas las acciones asuman determinadas obligaciones a favor de otros accionistas, de la sociedad o de terceros, adicionales a la de pagar su valor, sea nominal o de colocación. Sobre el particular, Guillermo Mercado nos dice:

Debe señalarse que las prestaciones accesorias afectan personalmente al socio, independientemente del número de acciones que posea en la sociedad. En cambio, las obligaciones adicionales afectan al titular de las acciones gravadas con ellas y no personalmente al titular original de las mismas. Las obligaciones adicionales siguen la suerte de las acciones que gravan, de modo tal que un accionista puede ceder las acciones con obligaciones adicionales con la aceptación de la sociedad, de los accionistas o terceros a favor de quienes se hayan pactado, y el adquirente de dichas acciones quedará obligado a su cumplimiento sin que sea necesaria su aceptación, con lo que se revela una vez más el carácter social de la institución. La LGS, fiel a su vocación de respeto de la autonomía privada, deja al arbitrio de las partes fijar las sanciones ante la inejecución de las prestaciones accesorias o las obligaciones adicionales. La cuestión que se debe dilucidar es si en sede de sanción por incumplimiento de las prestaciones accesorias o de las obligaciones adicionales, es lícito pactar la exclusión del accionista, y si con ello no se vulneran principios configuradores de la sociedad anónima, como el del derecho del socio a conservar su *status* de tal y el de la integridad del capital social<sup>20</sup>.

Es importante entonces precisar que la libertad contenida en la ley para fijar las prestaciones accesorias conlleva también la amplia libertad para fijar las sanciones por su incumplimiento; o en realidad la libertad está limitada por las sanciones que no conlleven una oposición a las leyes ni a los principios que configuran la sociedad anónima. Deben fijarse en el estatuto la duración y las causas de su extinción.

No debe dejar de tenerse presente que el sujeto obligado por la prestación accesoria es el socio; no un tercero, sino aquel que integra la sociedad y que

---

<sup>20</sup> MERCADO NEUMANN (2002: 125).

precisamente con su prestación completa el deseo societario para que la sociedad pueda alcanzar la finalidad para la cual se constituyó. Como señalamos, se trata de una condición de carácter personalísimo; la transmisión de esta prestación solo puede ser autorizada por la sociedad, supuesto en el cual se analizará la posibilidad de que el accionista sustituto reúna las condiciones para el cumplimiento de la prestación accesoria, habida cuenta de que se suele discurrir el terreno de las obligaciones de hacer o de no hacer principalmente. Es más, en el caso extremo de que la prestación fuere una obligación de dar, también es importante la clasificación del socio para determinar su posibilidad en cuanto al cumplimiento de la prestación por el tiempo que se haya pactado esta. Distinto será el caso si la obligación se agota con su primer cumplimiento, supuesto en el cual no tendría sentido limitar la transmisión de la condición de accionista. Es bueno advertir que, en la medida en que la prestación se trasunta en la acción societaria misma como una obligación incorporada al título, deja de ser personalísima y su transmisibilidad tiene lugar precisamente con la transferencia de las acciones a las que se conecta<sup>21</sup>. En este contexto podemos afirmar que esta es una de las diferencias sustanciales entre la prestación accesoria y la obligación adicional reglada en el artículo 86 de la LGS, caso este último en el que la ley señala que en el pacto social, o en el acuerdo de aumento de capital, puede establecerse que los suscriptores de una parte o de todas las acciones asuman determinadas obligaciones a favor de otros accionistas, de la sociedad o de terceros, adicionales a la de pagar su valor nominal o de colocación. Estas obligaciones adicionales podrán ser dinerarias o no y deberán recaer sobre todas las acciones de la sociedad o sobre todas las acciones de una determinada clase. Las obligaciones adicionales deben constar en los certificados, anotaciones en cuenta o cualquier otra forma de representación de tales acciones. Por otro lado, el artículo 100 de la LGS precisa que el certificado de la acción debe contener, entre otros requisitos, los gravámenes o las cargas que se puedan haber establecido sobre la acción, y cualquier limitación a su transmisibilidad.

## 6. RETRIBUCIÓN DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS

De acuerdo con el artículo 75 de la LGS, al constituirse la prestación accesoria se debe indicar su carácter retributivo. Nada impide que se pacte la prestación en forma gratuita, aun cuando la ley señale que en el estatuto debe indicarse, entre otras condiciones, su retribución.

---

<sup>21</sup> GÓMEZ MENDOZA (1991).

El artículo 101 de la anterior LGS señalaba que los títulos a los cuales es conexa la obligación de las prestaciones accesorias «deben ser nominativos». La norma no exige más que se indique el carácter retributivo; no obliga a que se determine el monto de la retribución, en caso de establecerse. Sin embargo, lo regular es que los socios con la obligación de realizar prestaciones accesorias y por su carácter de personas calificadas tengan la esperanza cierta de que se les retribuya, salvo que en el estatuto se consigne el carácter gratuito de las prestaciones accesorias. Debemos partir de presumir que la prestación accesoria tiene un carácter retributivo, aun en el supuesto de que nada se diga al respecto.

La retribución debe constar en el estatuto o en el acuerdo de junta que la fije. La ley no requiere que conste en el mismo título de la acción. Al respecto, si bien la ley señala que en la matrícula de acciones debe constar la limitación a la transmisión de la acción, resulta aplicable que en la matrícula y en el certificado de la acción deba precisarse la limitación del título en función de la prestación accesoria que lo afecta. En tal caso, no existe norma imperativa que obligue a consignar el pacto retributivo en el mismo título. En la legislación actual no existe carácter limitativo en cuanto a la retribución, a diferencia de lo regulado en la legislación derogada, en la cual, de conformidad con los artículos 101 y 119 de la LGS, se establecía que los títulos a los cuales es conexa la obligación de las prestaciones antedichas debían ser nominativos, no eran transferibles sin el consentimiento del directorio, y se les aplicaban las normas relativas a los títulos de goce contenidos en el artículo 119, en el cual estaba regulado su carácter retributivo, en forma no muy favorable para el obligado con la prestación accesoria, dado que concurrían en la distribución de las utilidades que quedaban después del pago a las acciones.

De presumirse que la prestación accesoria sea gratuita, se estaría pretendiendo considerar que el socio se contente con participar en los mayores beneficios que su prestación propicie a favor de la sociedad merced a la prestación de su servicio, supuesto que no resiste mayor beneficio ni análisis. Debemos entender que la prestación accesoria lleva una presunción de onerosidad, pues la ley señala que debe indicarse el carácter retributivo; de no indicarse, no podemos presumir que dicha presunción tenga la condición de gratuita. Resulta importante, pues, que se precise la retribución de la prestación accesoria, la misma que al amparo de la ley vigente no tiene limitaciones relegables en cuanto a su modalidad, como sí las tenía en la legislación anterior, tal como lo refería el artículo 101. En otras palabras, nada impide que la prestación accesoria sea pagada en el mismo grado que los dividendos de la acción. El carácter accesorio de la prestación a la condición de accionista y beneficiario del dividendo no relega el pago de la prestación accesoria, pues al final esta puede tener tal relevancia que, merced a su cumplimiento, los

accionistas sean merecedores del dividendo. Es más, podría suceder que con el cumplimiento de la prestación accesoria se agotase el beneficio distribuible para los accionistas, situación que, de haberse pactado en tal forma, debe ser respetada. De no precisarse la condición de la retribución, podría atribuirse a la prestación accesoria una retribución relegada, en razón de su carácter accesorio a la acción, hecho que se consideraría injusto, pues el carácter retributivo es precisamente por la prestación brindada a la sociedad; por lo tanto, debe tratarse en forma separada del dividendo de la acción. En comentario de Barba de la Vega, resulta dudosa la validez de la mención estatutaria que conecte la remuneración de las prestaciones accesorias con los dividendos cuya distribución pueda acordar la junta general de la sociedad, al estar en manos de esta, en tal supuesto, la suerte de la contrapartida<sup>22</sup>, a menos que se entienda que entonces lo pertinente es trasladar el centro de gravedad del problema al eventual ejercicio abusivo por parte de la sociedad de sus facultades decisorias en cuanto al reparto de las ganancias sociales, hecho que legitimaría al socio perjudicado para accionar.

La retribución podrá fijarse en una cantidad determinada y única, o en una periódica, como un porcentaje del dividendo, o fijarse libremente por las partes. Comenta María Gómez que, en relación con la legislación española,

[...] lo que deberá observarse es la determinación del *quantum* de la remuneración, precisarse la debida proporcionalidad con el valor real de la prestación accesoria de que se trate. Porque si, ciertamente, nuestro legislador de 1989, a diferencia del alemán (artículo 61 de la *AktG*) y del portugués (artículo 287.3 del *C. Com.*), no ha acogido expresamente tal exigencia —de la que, sin embargo, parece hacerse eco la LSRL de 1953, cuando en su artículo 10 precisa que la compensación de las prestaciones accesorias debe hacerse con cargo a beneficios (reales, y no ficticios), se trata de un límite imprescindible para la defensa del capital social, tanto en interés de los acreedores de la sociedad como de los demás socios, en cuanto que con él se pretende evitar una devolución en cubierta de las aportaciones realizadas en su día por los socios prestadores<sup>23</sup>.

Rodrigo Uriá señala como otra modalidad que la compensación puede consistir en la reserva al socio de un determinado cupo de los productos elaborados por la sociedad, o en la cesión del uso temporal de determinados elementos del patrimonio social (maquinaria, locales), o en el compromiso de la persona jurídica de no hacer competencia al accionista prestador en la zona territorial en que este despliegue su actividad<sup>24</sup>. Con todo, las posibilidades que tiene la sociedad a este respecto no son ilimitadas.

---

<sup>22</sup> BARBA DE LA VEGA (1984).

<sup>23</sup> GÓMEZ MENDOZA (1991).

<sup>24</sup> URIÁ GONZÁLEZ (1956: 332).

En cuanto a las consecuencias del incumplimiento por la sociedad de su deber de retribuir, se guarda silencio. Al respecto, Beltrán<sup>25</sup> señala que ese silencio crea un delicado problema, ya que la naturaleza societaria que se ha de reconocer a la obligación de prestaciones accesorias hace que sus vicisitudes puedan acabar repercutiendo en el entero vínculo que liga a la sociedad con el accionista prestador. A este propósito, mientras no parece haber dificultad en admitir que el accionista pueda pretender de la sociedad la satisfacción de lo prometido en forma específica, y/o exigir en su caso la indemnización de los daños y perjuicios causados por la demora, o negarse a seguir cumpliendo hasta tanto, se le remunere, o incluso resolver la relación «accesoria» que le liga con la sociedad, la solución favorable se presenta mucho más difícil en cuanto a las posibilidades del socio-prestador de provocar una suerte de rescisión parcial del contrato de sociedad. Por aplicación de principios generales hay que entender, no obstante, que el accionista que no ha visto satisfecho su derecho de retribución puede compensar su crédito frente a la sociedad con la cuota parte de la deuda de dividendos pasivos pendientes que sobre él pese.

## 7. INCUMPLIMIENTO DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS

Ante el incumplimiento de la prestación accesoria debe afrontarse el tema desde una orientación civil, es decir, exigir el cumplimiento o pedir la resolución del contrato, sin perjuicio de reclamar los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad por ese incumplimiento. Manuel de la Cámara comenta que en este supuesto cabe pensar en otro tipo de sanciones y, señaladamente, en la exclusión del accionista de la sociedad<sup>26</sup>, lo que en opinión de Galgano<sup>27</sup> podría encauzarse por la vía de un rescate de las correspondientes acciones, hipótesis en la cual habrán de tenerse en cuenta las previsiones legales concernientes a la adquisición por la sociedad de sus propias acciones y a la reducción del capital.

Nos comenta María Gómez que en la doctrina y el derecho comparados la respuesta al interrogante respecto del incumplimiento no es unitaria:

Así, mientras los autores alemanes se muestran reacios a reconocer a la sociedad la facultad de provocar la rescisión parcial del contrato por esa causa, por entender que, a partir del párrafo 64 de la *AktG*, ese tipo de reacción está reservado legalmente para el caso del socio moroso en el pago de los dividendos pasivos, y el derecho portugués solo parece admitirla si hay disposición estatutaria expresa en tal sentido (artículo 287.4 del *C. Com.*). En la doctrina italiana predominan los

<sup>25</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ (1988: 58-59).

<sup>26</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (1987: 118).

<sup>27</sup> GALGANO (1974: 159).

partidarios de la exclusión sobre la base de la aplicación analógica de la disciplina sobre el incumplimiento de la obligación de dividendos pasivos<sup>28</sup>.

A la luz de las normas societarias españolas, que en este sentido la nuestra legislación nacional no aporta elemento clarificador, nos comenta esta autora:

No alterados por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA) los datos normativos fundamentales en este asunto, la solución del problema sigue siendo muy dudosa en la actualidad. A este respecto es muy probable que para alcanzar algún resultado válido haya que dar la debida relevancia al carácter tendencialmente personalista de las obligaciones de realizar prestaciones accesorias. Si así se reconociera el *intuitu personae* que hace acto de presencia en las sociedades anónimas con esta clase de obligaciones debería permitir una aproximación en el tratamiento jurídico de los problemas que, con características muy semejantes, se den entre aquellas y las sociedades de conformación personalista. En este sentido, debería proceder la aplicación analógica de la regla consignada en el artículo 218.7 del Código de Comercio. Es obvio que para esa aplicación que se sugiere será necesario acreditar que se trata de un auténtico incumplimiento o de una reiterada negativa a proceder conforme a lo convenido. Solo entonces, si a la sociedad le conviene esa solución, ha de admitirse que pueda liberarse de la presencia en su seno del socio incumplidor<sup>29</sup>.

Llevado este comentario a nuestra legislación nacional, lo que se pretende es establecer la necesidad de la prestación para la sociedad, su carácter personalista, y la exclusión del socio por el incumplimiento de la prestación accesoria, que si bien se deriva de la condición de accionista, su incumplimiento es de tal naturaleza que amerita la exclusión del socio.

## 8. TRANSMISIÓN DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS

En la legislación derogada, el artículo 101 precisaba que los títulos a los cuales era conexa la obligación de las prestaciones accesorias no se podían transferir sin el consentimiento del directorio, y cuando reglaba la misma institución jurídica para el caso de la sociedad de responsabilidad limitada, el artículo 277 puntualizaba que las cuotas de participación a que era conexa la obligación de las prestaciones antedichas se podían transferir solamente con el consentimiento de los administradores. Este carácter personalista conllevaba la intervención de la sociedad a fin de evaluar si el sustituto, en la condición de accionista o socio, tenía las mismas condiciones relevantes para cumplir con la prestación accesoria endilgada a la condición de socio. En la ley vigente no encontramos sometimiento alguno a la

---

<sup>28</sup> GÓMEZ MENDOZA (1991).

<sup>29</sup> GÓMEZ MENDOZA (1991).

voluntad de la sociedad para permitir la transmisión de la condición de socio, y consecuentemente la del obligado en la prestación accesoria. De primera intención parece quebrarse toda la consistencia de esta institución.

En otras legislaciones, como la española (artículo 65 de la Ley de Sociedades Anónimas), se señala que la transmisibilidad de las acciones cuya titularidad lleve aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias quedará condicionada, salvo disposición contraria en los estatutos, a la autorización de la sociedad... Con lo cual se advierte una orientación personalista en las prestaciones accesorias, y un supuesto natural para que la sociedad limite la transmisibilidad de las acciones, como una manera de asegurarse de que el *accipiens* está en condiciones de satisfacer las legítimas expectativas societarias<sup>30</sup>.

Salvo en el caso de la norma relativa a la sociedad comercial de responsabilidad limitada, que señala que en el estatuto debe indicarse «la referencia a la posibilidad de que las prestaciones accesorias sean transferibles con el solo consentimiento de los administradores», podríamos señalar que la ley societaria peruana no hace precisión alguna en cuanto a limitar a la transmisión de las acciones o la posición del accionista. El artículo 75 no contiene una norma similar a la del inciso 2 del artículo 294 de la LGS. Sin embargo, no obstante dicha falta de precisión, podemos concluir que no se trata de otro tema que el de la sustitución del deudor, que no puede tener lugar sin el consentimiento del acreedor. En este caso el acreedor, es decir la sociedad, deberá manifestarse respecto de la sustitución del obligado a la prestación accesoria, prestación que de por sí está ligada por naturaleza a la condición de socio, por lo que el tema por resolver se sustrae a si dicha autorización la debe otorgar la junta general de accionistas, el directorio o el gerente general. Al respecto, por la calidad y las atribuciones del directorio, corresponde a este órgano administrador otorgar el consentimiento, salvo que en forma expresa se haya delegado esta facultad al gerente de la sociedad. Sin embargo, en sociedades de carácter cerrado, dicha facultad autoritativa debería recaer en la junta general de socios, pues el carácter constitutivo y unánime de la prestación accesoria pudo haber sido determinante para la formación de la voluntad social. En tal sentido, no es extremadamente rigurosa la inclusión en los estatutos de una cláusula por la que se supedite sin excepciones a la autorización de la junta general la transmisión de las acciones con prestaciones accesorias<sup>31</sup>. De imponer dicha restricción en el estatuto de la sociedad, será conveniente regular un plazo para su consentimiento tácito, o la obligación de adquirir las acciones por parte de la sociedad.

<sup>30</sup> BROSETA PONT (1963: 24-27).

<sup>31</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (1987: 119).

## 9. MODIFICACIÓN DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS

El antecedente de la exigencia del consentimiento de todos los socios para la modificación de la prestación accesoria se encuentra en el derecho alemán. Dicho requisito está contenido igualmente en la ley española de 1951; y en el derecho italiano, la previsión es que la modificación estatutaria sea aprobada por «todos los socios», a menos que el acto constitutivo de la sociedad disponga otra cosa (artículo 2345 del Código Civil).

Según el artículo 75 de la LGS, la modificación de las prestaciones accesorias y de los derechos que estas otorguen solo podrá acordarse por unanimidad, o por acuerdo de la junta general cuando el accionista o los accionistas que se obligaron a la prestación manifiesten su conformidad en forma expresa. Por otro lado, el artículo 294, relativo a la sociedad comercial de responsabilidad limitada, deja en libertad de lo que se establezca en el pacto social la determinación de las modificaciones de las prestaciones accesorias, y lo relevante del caso es que no impone como condición que se inserte en el pacto social norma alguna sobre la modificación de la prestación accesoria. Ante este hecho, mal podríamos pretender aplicar por analogía la norma contenida en el artículo 75 relativo a las prestaciones accesorias aplicables a la sociedad anónima, pues las normas restrictivas no podemos aplicarlas por analogía, en aplicación del artículo IV del Título Preliminar del Código Civil. Por lo demás, la Ley de Sociedades, al tratar sobre las sociedades de responsabilidad limitada, precisa en el último párrafo del artículo 294 que «[...] la convocatoria y la celebración de las juntas generales, así como la representación de los socios en ellas, se regirán por las disposiciones de la sociedad anónima en cuanto les sean aplicables», no pudiendo incluir en este contexto las modificaciones de las prestaciones accesorias. Sin embargo, en el caso de la sociedad comercial de responsabilidad limitada dicha facultad modificatoria debe recaer en la misma junta general, pues este órgano creó la prestación accesoria y por lo tanto es el único que puede modificarla, salvo que en atribución expresa del estatuto o pacto social se delegue dicha facultad a la gerencia general de la sociedad. Si se trata de someter la modificación de la prestación accesoria a la junta general, el tema a determinar es si dicha modificación debe contar con el voto mayoritario de los socios o merece la unanimidad. Si aplicáramos por analogía las normas de la sociedad anónima para los efectos de la celebración de las juntas de socios, deberíamos concebir que si bien las prestaciones se crean por la unanimidad de los socios, pues vienen inmersas en un pacto de creación de la sociedad, en el caso de la modificación el supuesto necesario es que el socio afectado con la modificación deba prestar su consentimiento; y además, el consentimiento mayoritario de los accionistas. Esta problemática no estaba presente

en la ley anterior, dado que el artículo 277, en su última parte, señalaba que «Las cuotas a las que es conexa la obligación de las prestaciones antedichas son transferibles solamente con el consentimiento de los administradores».

Llevado el caso a la sociedad anónima, tenemos que señalar que el artículo 75 contiene una mayor precisión, pues dicha norma es imperativa y señala que el consentimiento de la modificación debe ser por unanimidad y con el consentimiento del socio afectado. Llama la atención la redacción del artículo 75, que a la letra dice: «Las modificaciones de las prestaciones accesorias y de los derechos que estas otorguen solo podrán acordarse por unanimidad, o por acuerdo de la junta general cuando el accionista o accionistas que se obligaron a la prestación manifiesten su conformidad en forma expresa», lo cual no refiere una aparente contradicción, pues se trata de un acuerdo unánime, o acuerdo mayoritario absoluto, en el cual el accionista que se obligó presta su conformidad. Debemos entender al respecto que la unanimidad es en relación directa con el pacto social; es decir, el pacto social no se modifica por mayoría sino con el consentimiento de todos aquellos que prestaron su consentimiento, en tanto que el estatuto de la sociedad se modifica por el principio de las mayorías, supuesto que con extrema sutileza advierte el artículo 75 de la LGS. Por otra parte, en cuanto a la ley anterior, la norma era más estricta pues requería mayoría calificada para aprobar las prestaciones accesorias. El último párrafo de dicha norma contemplaba que «Si no se ha dispuesto otra cosa en el acto constitutivo, las obligaciones previstas en este artículo no pueden ser modificadas sin el consentimiento de los socios obligados y acuerdo de la junta general, con los requisitos señalados para la modificación del estatuto».

## BIBLIOGRAFÍA

BARBA DE VEGA, José

- 1984     *Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada.*  
              Madrid: Montecorvo.

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo

- 2004     *Comentarios a la Ley General de Sociedades.* Cuarta edición, revisada y  
              corregida. Lima: Gaceta Jurídica.

BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio

- 1988     *Los dividendos pasivos.* Madrid: Civitas.

BROSETA PONT, Manuel

- 1963     *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones.* Madrid:  
              Tecnos.

- BRUNETTI, Antonio  
1960 *Tratado del derecho de las sociedades*. Tomo II. Buenos Aires: Hispanoamericana.
- CABANELAS DE LAS CUEVAS, Guillermo  
1997-2006 *Derecho societario. Parte general. Los socios. Derechos, obligaciones y responsabilidades*. Buenos Aires: Heliasta.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel  
1987 «Fundación: escritura y estatutos. Suscripción y desembolso». En UREBA, Alberto Alonso y otros (directores). *La reforma del derecho español de sociedades de capital*. Madrid: Civitas, pp. 61 y ss.
- ELÍAS LAROZA, Enrique  
2002 *Derecho societario peruano. La Ley General de Sociedades en el Perú*. Lima: Normas Legales.
- GALGANO, Francesco  
1974 *La società per azione*. Primera edición. Bolonia: Zanichelli.
- GARRIGUES, Joaquín  
1981 *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo 1. México DF: Porrúa.
- GÓMEZ MENDOZA, María  
1991 «La configuración estatutaria de las prestaciones accesorias en la sociedad anónima». En UREBA, Alberto Alonso (coordinador). *Derecho de las sociedades anónimas*. Tomo I, *La fundación*. Madrid:
- HALPERIN, Isaac  
1978 *Curso de Derecho Comercial*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma.
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo  
2004 «La exclusión de accionistas por falta de pago de aportes». En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, volumen 10, número 70, pp. 115-122.
- MERCADO NEUMANN, Gonzalo  
2002 «La exclusión de accionistas ante el incumplimiento de las prestaciones accesorias y obligaciones adicionales». *Ius et Praxis*. Lima, Universidad de Lima, número 33, pp. 123-128.
- MONTOYA MANFREDI, Ulises  
1966 *Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles*. Lima: San Marcos.
- PEÑAS MOYANO, María Jesús  
1996 *Las prestaciones accesorias en la sociedad anónima*. Pamplona: Aranzadi.

HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

ROJO FERNÁNDEZ, Ángel

- 1977 «Génesis y evolución de las prestaciones accesorias». *Revista de Derecho Mercantil*. Madrid, número 145, pp. 271-308.

TORRALBA SORIANO, Vicente

- 1966 «Las prestaciones accesorias en la Ley de Sociedades Anónimas. En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. Tomo II. *Sociedades mercantiles*. Madrid: Civitas, pp. 2589-2608.

URIA, Rodrigo

- 1956 *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada española*. Conferencia pronunciada en el Ateneo Mercantil de Valencia. Valencia: Vives Mora.

URIA GONZÁLEZ, Rodrigo, Aurelio MENÉNDEZ y Javier GARCÍA DE ENTERRIA

- 1999 «La sociedad anónima: aportaciones sociales y desembolso del capital». En Uria, Rodrigo y Aurelio Menéndez. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo 1. Madrid: Civitas.

VERÓN, Alberto Víctor

- 1982 *Sociedades comerciales*. Tomo 1. Buenos Aires: Astrea.

# **CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL EN EL DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO**

*Jorge Oviedo Albán\**

## **INTRODUCCIÓN**

Siendo creciente el fenómeno de la colaboración entre empresas para operar de manera conjunta sin que ello conlleve la pérdida de autonomía jurídica y económica, bien sea con el fin de satisfacer una necesidad de interés común o para realizar una actividad en el mercado, tanto en la fabricación o comercialización de bienes como en la prestación de servicios, se han desarrollado los «contratos de colaboración empresarial»<sup>1</sup>.

Varios países han adoptado leyes concernientes a los consorcios; es el caso italiano (artículo 2620 del Código Civil), el de los grupos de interés económico en Francia (ordenanza 67-821 de 1967)<sup>2</sup> y el de la Argentina (ley 22.903). No obstante, otros, como Colombia, no han regulado estos contratos, que permanecen en la

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Javeriana, Colombia. Doctorando en Derecho por la Universidad de los Andes de Chile. Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Profesor de Posgrado en las universidades Externado de Colombia, de los Andes, Javeriana y de la Sabana. Investigador de la Cátedra Garrigues de la Universidad de Navarra, España.

Como anotación preliminar, quiero expresar mi agradecimiento al profesor Carlos Soto Coaguila por la honrosa invitación a participar en el libro de estudios en homenaje a don Fernando de Trazegnies Granda, insigne jurista peruano y uno de los más destacados, de todos los tiempos, en América Latina. Igualmente, al profesor Raúl Aníbal Etcheverry, quien en la ciudad de Buenos Aires, en julio de 2005, me sugirió la preparación de este trabajo.

<sup>1</sup> Aunque la mayoría de autores hace siempre mención a que mediante los contratos de colaboración empresarial se busca la obtención de un interés común, es preciso recordar, con el profesor Raúl Aníbal Etcheverry, que «[...] para hablar de contrato de colaboración, no siempre será necesario perseguir la obtención de una finalidad de interés común; puede ocurrir que una parte colabore para la obtención de un resultado que interesa solo a la otra parte» (ETCHEVERRY 2005: 150).

<sup>2</sup> GÓMEZ CALERO (2001: 37 y ss.).

categoría de «atípicos», al entender en principio como tales a los que no tienen una regulación expresa en la ley.

Este escrito tiene por objeto presentar algunas ideas y conclusiones en torno a lo que podría ser la regulación aplicable a los contratos de colaboración empresarial en el derecho comercial colombiano. Cabe advertir que se hará una referencia general a este tipo de figuras, como contratos de colaboración o consorciales, no obstante tener claro que, a la luz del derecho comparado, debe diferenciarse a los contratos de *joint venture*, consorcio, unión temporal, grupos de empresas, etcétera<sup>3</sup>.

## 1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

Debe advertirse que, para el objeto de este escrito, el concepto *colaboración entre empresas* se entiende como colaboración de *naturaleza asociativa*, toda vez que, como indica el profesor Etcheverry, también la colaboración puede predicarse de los contratos de cambio<sup>4</sup>.

Es preciso hacer esta advertencia conceptual dado que el concepto *colaboración empresarial* puede ser lo suficientemente amplio como para contener todo tipo de acuerdos entre empresas conducentes a lograr algún tipo de asistencia recíproca, de forma que ambas se beneficien, lo que puede llevarse a cabo mediante contratos de diversa naturaleza regidos por sus respectivas reglas. Bien anotan Cabanellas y Kelly que se forma «[...] una complejísima red de interrelaciones entre las diferentes empresas, instrumentadas jurídicamente a través de contratos de los más diversos órdenes»<sup>5</sup>. Como se indicó en nota anterior, el profesor Etcheverry ha considerado que la colaboración entre empresas puede no ser necesariamente con el fin de obtener una utilidad común; por ello, la colaboración puede adquirir la siguiente clasificación:

- a) colaboración unilateral;
- b) colaboración recíproca;
- c) colaboración entre dos o más sujetos colectivos que persiguen un objetivo común por medio de una tercera figura jurídica<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Véanse, entre otros, LE PERA (2001); CABANELAS y KELLY (1987). «[...] la expresión *joint venture* tiene un significado ambiguo y un alcance tan vasto que no es fácil establecer una clara diferenciación o señalar una relación de género a especie entre concentración empresarial, grupos económicos o empresas conjuntas y *joint venture*» (FARINA 1997: 781-782).

<sup>4</sup> ETCHEVERRY (2005: 150).

<sup>5</sup> CABANELAS y KELLY (1987: 3).

<sup>6</sup> ETCHEVERRY (2005: 150).

Debe precisarse, igualmente, que los grados de colaboración pueden llegar a ser de tal naturaleza, que entre los partícipes pueden darse fenómenos de integración societaria<sup>7</sup> y fusiones<sup>8</sup>.

Así las cosas, y al margen de volver más adelante a destacar algunos elementos característicos de la figura, cabe referirse al concepto de *contratos de colaboración empresarial* de Cabanellas y Kelly, según el cual «Las firmas que efectúan tales aportes mantienen su identidad y autonomía en lo que hace al resto de sus operaciones, por lo que nos encontramos ante una forma de integración o agrupación entre empresas independientes»<sup>9</sup>. Insisten los autores en que la cooperación entre empresas independientes puede llevarse a cabo a través de diversos instrumentos jurídicos. Así, entonces, «Los contratos de licencia, de distribución, de fabricación, de agencia, de concesión y las sociedades de los más diversos tipos pueden ser utilizadas para posibilitar esta cooperación entre empresas independientes [...]»<sup>10</sup>. Deberá precisarse que se trata de contratos de colaboración empresarial de naturaleza «asociativa», no de «[...] todos los contratos susceptibles de ser utilizados con fines económicos [...]»<sup>11</sup>.

Entre las ventajas puede considerarse se unen esfuerzos que mediante alianzas empresariales, logrando reducir el tiempo de elaboración de productos, disminuir los costos de producción, reducir riesgos, etcétera<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> Como también lo destacan CABANELAS y KELLY (1987: 5). ETCHEVERRY (2005: 149).

<sup>8</sup> CABANELAS y KELLY (1987: 4). Para el caso de las fusiones por creación o absorción, véanse los artículos 172 y siguientes del Código de Comercio colombiano. Podría llegar a configurarse igualmente una situación de grupo empresarial, entre sociedades que ingresen a tal grado de colaboración que su poder de decisión quede sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, de forma directa, en cuyo caso se tratará de una *filial*; o con el concurso o por intermediación de las subordinadas de la matriz, caso este en el que se hablará de *subsidiaria*, todo de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 de la ley 222 de 1995. Además, para que se dé la situación de grupo empresarial, junto con el vínculo de subordinación deberá existir unidad de propósito y dirección entre las entidades; esto se entenderá cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas, según dispone el artículo 28 de la ley 222 de 1995.

<sup>9</sup> CABANELAS y KELLY (1987: 6).

<sup>10</sup> CABANELAS y KELLY (1987: 6).

<sup>11</sup> CABANELAS y KELLY (1987: 7). Véanse también las categorías de contratos asociativos planteadas por el profesor ETCHEVERRY (2005: 135 y ss.).

<sup>12</sup> MARZORATI (2003: 285).

## 2. LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

### 2.1 Concepto

En las normas sobre contratación estatal contenidas en la ley 80 de 1993 se encuentra la regulación de contratos de colaboración empresarial<sup>13</sup>. En efecto, el artículo 7 regula los contratos de consorcio y unión temporal de la siguiente forma:

Artículo 7. De los consorcios y uniones temporales.

Para los efectos de esta ley se entiende por:

1. Consorcio:

Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

2. Unión temporal:

Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

Parágrafo 1. Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.

Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.

### 2.2 Características

Como notas características y diferenciales se pueden destacar las siguientes:

- a) Contrato celebrado entre dos o más personas

---

<sup>13</sup> De todas formas, deben tenerse como antecedente los contratos de asociación petrolera para la explotación de hidrocarburos. Véase un recuento de los antecedentes de esta figura en FORERO FORERO Y RAMÍREZ RUIZ (1999: 42-56).

La norma no especifica si los contratantes deben tener la calidad de personas naturales o jurídicas, razón por la cual puede inferirse que puede tratarse de unas o de otras.

b) Objeto del contrato

Tanto en el consorcio como en la unión temporal, el contrato entre los partícipes tiene por objeto presentar conjuntamente una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato con el Estado.

c) Responsabilidad solidaria

Tanto en el consorcio como en la unión temporal, los partícipes responden de manera solidaria por todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato.

d) No se forma una persona jurídica

Ni del consorcio ni de la unión temporal resulta la conformación de una persona jurídica diferente e independiente de los partícipes en el contrato; no obstante, se les reconoce capacidad para contratar con el Estado. Así lo ha expresado la Corte Constitucional: «En estos eventos el Estatuto no se refiere a una persona y sin embargo permite que los consorcios y a las uniones temporales puedan contratar con el Estado, lo cual, en resumen, significa que la ley les reconoce su capacidad jurídica a pesar de que no les exige como condición de su ejercicio, la de ser personas morales»<sup>14</sup>.

e) Responsabilidad por sanciones

La única diferencia que se encuentra entre las dos figuras viene a establecerse por lo que indica la norma en el sentido de que las sanciones por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada miembro de la unión temporal, mientras que en el consorcio viene a ser solidaria<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Sentencia C- 414 de 1994. Corte Constitucional. Magistrado ponente, Antonio Barrera Carbonell.

<sup>15</sup> Véase en este sentido MUTIS VANEGAS y QUINTERO MUNERA (2001: 44). Sobre el particular, también resulta pertinente citar las palabras de la Corte Constitucional en la sentencia antes referida: «Lo que se ha expresado para el consorcio puede aplicarse del mismo modo para la “unión temporal”, si se tiene en cuenta el texto del numeral segundo del mismo artículo 7. Sin embargo, la norma en cita introdujo a la figura una variante que justifica la diferencia con el consorcio y explica de paso su razón de ser».

La exposición de motivos al proyecto de ley explica dicha diferencia de la siguiente manera:

«En cuanto a la unión temporal, definida igualmente en el artículo 7, puede decirse que se trata de una figura que reúne todas las características genéricas del consorcio, siendo su diferencia específica la posibilidad de que quienes la integran determinen cuál ha de ser el alcance y contenido de la participación de cada uno en la ejecución del objeto contratado, de tal manera que, sin perjuicio

### 3. LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

#### 3.1 Concepto

Como se ha indicado, los contratos de colaboración empresarial de carácter consorcial no tienen regulación expresa en el Código de Comercio colombiano. No obstante, en un sentido amplio, puede entenderse que el contrato de sociedad, y los contratos de cuentas en participación, pueden asumirse de forma general como contratos colaborativos, de donde pueden deducirse normas que, vía la analogía, resultan aplicables a otras figuras de colaboración.

En la doctrina cabe destacar la definición del profesor Jaime Alberto Arrubla Paucar, quien al analizar el contrato de consorcio lo define así: «El consorcio es un contrato de colaboración entre dos o más empresarios, con la finalidad de unir esfuerzos para lograr un determinado objetivo, generalmente la construcción de una obra, la prestación de un servicio o, en general, la ejecución de una empresa determinada, sin que se establezca una sociedad entre ellos»<sup>16</sup>.

Por su parte, la Superintendencia de Sociedades ha definido al que denomina *consorcio empresarial* de la siguiente manera:

El consorcio empresarial es una figura en virtud de la cual varias personas, naturales o jurídicas, unen esfuerzos, conocimientos, capacidad técnica y científica para la gestión de intereses comunes o recíprocos, y aunque parte de una base asociativa no hay socios propiamente dichos, sino un modelo de colaboración para la ejecución de uno o varios proyectos, pero cada uno de los asociados conservando su independencia, y, asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales<sup>17</sup>.

---

de la responsabilidad solidaria por el cumplimiento de la propuesta y del contrato, los efectos de los actos sancionatorios recaigan exclusivamente sobre la persona que incurrió en la falta o en el incumplimiento de que se trate. De esta forma se busca facilitar la participación conjunta de oferentes nacionales y extranjeros o de personas con capacidades económicas diferentes. Gaceta del Congreso, Nº 75, septiembre 23, 1992, p. 20».

<sup>16</sup> ARRUBLA PAUCAR (1998: 251).

<sup>17</sup> Oficio 220-60225, 12 de noviembre de 1997, SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (2000: 190). En el mencionado oficio se describe también así esta figura: «El consorcio [...] es un grupo económico utilizado como un instrumento de colaboración entre las empresas cuando requieren asumir un proyecto económico de gran envergadura, permitiéndoles de algún modo distribuirse riesgos, aunar recursos financieros y tecnológicos, fortalecer sus equipos, y aunque su responsabilidad es solidaria respecto de todas y cada una de sus obligaciones, cada una conserva su independencia jurídica». En otro apartado del mismo, se indica: «[...] es un acuerdo de voluntades por medio del cual dos o más personas naturales o jurídicas se comprometen a poner los medios necesarios y adecuados tendientes a posibilitar o desarrollar una actividad económica por un tiempo determinado».

### 3.2 La sociedad de hecho

#### 3.2.1 Concepto

En principio podría pensarse que pueden resultar aplicables algunas normas que regulan figuras de colaboración similares. La primera de ellas es la sociedad de hecho. Esta variante del contrato de sociedad está regulada de los artículos 498 a 506.

El artículo 498 expresa: «La sociedad comercial será de hecho cuando no se constituya por escritura pública. Su existencia podrá demostrarse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos en la ley».

Así, entonces, como se ha señalado, en principio podría pensarse que cuando dos o más personas celebran un contrato y para esto unen esfuerzos y aportes con el objeto de realizar una empresa conjunta, se formaría un contrato de sociedad, en los términos en que el mismo está consagrado en el artículo 98 del Código, que establece:

Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

La sociedad, una vez constituida legalmente forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

El punto está en que el contrato de sociedad nace cuando las partes acuerdan sobre estos elementos esenciales, adquiriendo dicho contrato las características de una sociedad de hecho, hasta tanto no sea elevado a escritura pública, momento en el cual nacerá la persona jurídica societaria, diferente de cada uno de los socios individualmente considerados<sup>18</sup>.

#### 3.2.2 Características

Como rasgos característicos de la sociedad de hecho se tienen los siguientes:

- a) No nace una persona jurídica

Además de lo que se ha indicado, el artículo 499 del Código de Comercio así lo señala. No obstante, es válido que los contratantes pacten cualquier modo de administración de la sociedad, independientemente de lo que se anotará a continuación, y tal como lo prevé además el artículo 503 del mismo Código<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> No obstante, debe considerarse que en Colombia, a la fecha, ya no todas las sociedades requieren escritura pública para su constitución. En los supuestos consagrados en la ley 1014 de 2006, basta un escrito privado inscrito en el Registro Mercantil.

<sup>19</sup> REYES VILLAMIZAR (2002: 36).

b) Responsabilidad solidaria de cada uno de los socios

El artículo 499 del Código de Comercio indica, además, que los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas para la empresa social se entenderán adquiridos o contraídas a favor o cargo de todos los socios de hecho. Esta regla viene a repetirse en el artículo 501, según el cual, «En la sociedad de hecho todos y cada uno de los asociados responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones celebradas. Las estipulaciones tendientes a limitar esta responsabilidad se tendrán por no escritas. Los terceros podrán hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones a cargo o a favor de todos los asociados de hecho o de cualquiera de ellos».

Es decir, la norma hace aplicación del principio general de la responsabilidad solidaria pasiva, en materia comercial, reconocido así por el artículo 825 del Código de Comercio.

c) Bienes afectados a la sociedad

El artículo 504 del Código establece que los bienes aportados por los socios se encuentran afectados especialmente al pago de las obligaciones contraídas en interés de la sociedad de hecho, no obstante, claro está, la aplicación del principio de solidaridad pasiva entre los socios.

d) Sociedad en permanente estado de disolución y liquidación

Como nota característica final puede indicarse que la sociedad de hecho se encuentra incursa en una permanente causal de liquidación, al expresar el artículo 505 del Código de Comercio que cada uno de los socios podrá pedir en cualquier tiempo que se haga la liquidación de la sociedad de hecho, liquidando y pagando su participación en ella, estando los demás asociados obligados a proceder a dicha liquidación<sup>20</sup>.

Ahora bien, detalladas algunas de las características de la sociedad de hecho, figura dentro de la cual podría encajarse a los contratos de colaboración empresarial en el derecho colombiano, toda vez que gozan de algunas características comunes, tales como el no dar lugar al nacimiento de una persona jurídica y el régimen de responsabilidad solidaria, es preciso señalar que ello no resulta del todo correcto. Así, y siguiendo al profesor Arrubla Paucar en su análisis sobre el contrato de consorcio, se puede indicar que la diferencia específica consiste en que, mientras que en la sociedad de hecho cada partícipe puede pedir en cualquier tiempo la liquidación del contrato, según se anotó, en los contratos de

---

<sup>20</sup> REYES VILLAMIZAR (2002: 37).

colaboración empresaria en general esto no ocurre, toda vez que los socios están obligados a respetar el término acordado<sup>21</sup>.

Igualmente, se considera que puede establecerse una diferencia desde el punto de vista de lo que las partes buscan, toda vez que mientras que en la sociedad (aunque sea de hecho), puede pensarse en que los asociados tienen un ánimo de permanencia, lo propio no ocurre con los contratos de colaboración, dado que en estos el objetivo puede ser unirse para realizar una actividad económica concreta, sin la intención de formar una persona jurídica distinta de los socios y sin un ánimo de permanencia dentro del contrato. Asimismo, resulta claro que en el contrato de sociedad sí se persigue la conformación de una persona jurídica, así esta no nazca hasta tanto no se cumpla con los requisitos del caso.

Por su parte, la Superintendencia de Sociedades señala que

El consorcio no genera una sociedad mercantil, como quiera que no se dan los elementos esenciales del contrato de sociedad cuales son, el acuerdo de voluntades en torno a la realización de cierta actividad económica, la obligación de hacer aportes y el propósito de distribuirse las utilidades que se obtengan; presentes estos elementos y celebrado este contrato por escritura pública, la compañía forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados<sup>22</sup>.

### 3.3 Cuentas en participación

#### 3.3.1 Concepto

En segundo término, podría pensarse que los contratos de colaboración empresarial caben, en cuanto a su regulación, dentro de las normas del contrato de cuentas en participación. Esta figura está regulada en el Código de Comercio colombiano, de los artículos 507 a 514.

El artículo 507 establece que «La participación es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida».

#### 3.3.2. Características

Como notas características de este contrato se pueden precisar:

---

<sup>21</sup> ARRUBLA PAUCAR (1998: 257-258).

<sup>22</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (2000: 190).

- a) No da lugar al nacimiento de una persona jurídica

El artículo 509 del Código de Comercio expresamente señala que este contrato no genera la constitución de una persona jurídica, y por tanto no gozará de los atributos de la personalidad jurídica como son el nombre, patrimonio social y domicilio.

- b) Es un contrato consensual

El contrato de cuentas en participación, al no estar determinado por alguna norma especial que deba seguirse una forma específica para su perfeccionamiento, se rige por el principio de consensualidad o libertad de formas para la expresión del consentimiento, de acuerdo con el artículo 824 del Código y lo que en particular señala el artículo 508, según el cual «La participación no estará sujeta en cuanto a su formación a las solemnidades prescritas para la constitución de las compañías mercantiles».

- c) Relaciones con terceros

El contrato de cuentas en participación goza de la característica de tener dos tipos de contratantes: un gestor y un oculto. El gestor, según lo estatuido en el artículo 510, es quien se reputa como dueño del negocio en las relaciones con terceros; y de tal forma, dichos terceros solo tendrán acción contra el gestor administrador.

Ahora bien, el artículo 511 establece que la responsabilidad del partícipe oculto se limita al valor de su gestión, y en caso de que dé a conocer su participación a terceros, responderá ante estos de manera solidaria con el gestor.

- d) Aplicación de las normas de la sociedad en comandita simple

Por expreso mandato de los artículos 513 y 514, en todo lo no estipulado en el contrato y en las normas particulares sobre las cuentas en participación los partícipes en este tipo de contrato se regulan por las normas de la sociedad en comandita simple.

Ahora bien, se puede afirmar que entre las figuras consorciales y el contrato de cuentas en participación hay una diferencia específica, consistente en que en las primeras no hay partícipes ocultos<sup>23</sup>.

### **3.4 Los contratos de colaboración en estricto sentido**

#### ***3.4.1 Autonomía***

Habiendo establecido algunas características de figuras de colaboración empresarial dentro del derecho colombiano, cabe presentar algunas ideas en torno a lo

---

<sup>23</sup> ARRUBLA PAUCAR (1998: 258).

que puede resultar sobre los contratos de colaboración consorciales, siguiendo la definición aludida anteriormente.

### ***3.4.2 Características***

#### **a) Contrato atípico**

Al no estar regulado en forma específica, el fenómeno de la colaboración consocial es atípico desde el punto de vista legislativo. Esto conlleva a que interpretes y jueces deberán determinar la disciplina normativa aplicable a este tipo de figuras<sup>24</sup>.

En la sentencia referida (22 de octubre de 2001), la Corte concluyó estableciendo la siguiente jerarquía de fuentes aplicables a los contratos atípicos:

- i) normas imperativas;
- ii) voluntad de las partes;
- iii) normas generales sobre obligaciones y contratos;
- iv) normas de «usos y prácticas sociales»; y
- v) normas de los contratos típicos aplicables de acuerdo con la analogía.

Esto lleva a concluir que las reglas aplicables a los contratos de colaboración consorciales serán las imperativas del Código de Comercio, las cláusulas libremente pactadas por las partes, las normas generales sobre obligaciones y contratos comerciales, los usos y prácticas, y las normas de contratos típicos aplicables de acuerdo con la analogía, que en este caso vienen a ser, en lo pertinente, el contrato de sociedad y el contrato de cuentas en participación.

#### **b) Carencia de personalidad jurídica**

Como nota característica, en general, de los contratos de colaboración empresaria consorciales en el derecho colombiano, se debe señalar que los participantes del acuerdo no pierden su independencia jurídico-económica y, además, no se da lugar al nacimiento de una persona jurídica diferente de ellos. Igualmente, indica la Superintendencia de Sociedades, «Estas agrupaciones no tienen personalidad propia, como quiera que cada una de las empresas conserva su propia personalidad e independencia jurídica»<sup>25</sup>. Como consecuencia de ello, también ha indicado la Superintendencia que el consorcio podría resultar de la unión de una o varias sociedades que estuvieren vigiladas por dicha entidad, lo cual no hace que dicha competencia se extienda al contrato

---

<sup>24</sup> Cf. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado ponente, Jorge Antonio Castillo Rugeles. Bogotá Distrito Capital, 22 de octubre de 2001. Ref. Expediente 5817. Proceso ordinario de Antonio María Vélez Garces contra La Nacional, Compañía de Seguros Generales de Colombia S. A.

<sup>25</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (2000: 191).

[...] pues como lo habíamos esbozado anteriormente, nuestra competencia solo recae sobre las *sociedades mercantiles* que se hallen en alguna de las causales previstas por la ley para tal efecto, y los consorcios, como lo expresamos, sencillamente no clasifican como sociedades, circunstancia definitiva que sustrae de nuestro conocimiento a estas organizaciones, a más que no existe norma legal que nos arroge competencia alguna sobre las mismas<sup>26</sup>.

c) Contrato consensual

Toda vez que se aplica el artículo 824 del Código de Comercio, que establece el principio general de libertad de forma en la manifestación del consentimiento, a menos que la ley quiera establecer alguna regla específica para algún contrato en particular.

d) Responsabilidad solidaria ante terceros<sup>27</sup>

El Código de Comercio colombiano establece en el artículo 825 la regla de la solidaridad pasiva, consistente en que cuando fueren dos o más los obligados en virtud de un negocio mercantil, se presumirá que se han obligado solidariamente; es decir, todos los contratantes responderán de forma solidaria ante terceros.

Al no haber regla alguna que regule los contratos consorciales en el derecho comercial colombiano, sin duda se aplica este principio general<sup>28</sup>.

e) Contrato plurilateral

Al buscar los partícipes en el consorcio la obtención de una finalidad común, esta categoría de colaboración cabe dentro de la de contratos plurilaterales, figuras que se destacan por oposición a aquellas de prestaciones recíprocas. Sobre esta característica dice la Superintendencia de Sociedades: «Son agrupaciones de empresas que ejercen una actividad económica afín, conexa o complementaria, que unen sus esfuerzos en un ánimo de colaboración para la gestión de intereses comunes o recíprocos»<sup>29</sup>.

El Código de Comercio colombiano contiene varias disposiciones aplicables a este tipo de contratos, por lo cual, al entender a los contratos de colaboración consorcial como plurilaterales, las mismas resultarán aplicables. Entre otros efectos regulados en dichas normas, se destaca:

i) El incumplimiento de alguno de los contratantes no genera en principio la resolución del contrato

---

<sup>26</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (2000: 192).

<sup>27</sup> Igualmente así precisado en el concepto de la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (2000: 191).

<sup>28</sup> ARRUBLA PAUCAR (1998: 259).

<sup>29</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (2000: 191).

Así, el artículo 865 del Código de Comercio de Colombia indica que «En los negocios jurídicos plurilaterales, el incumplimiento de alguno o algunos de los contratantes no liberará de sus obligaciones a los otros, a menos que aparezca que el negocio se ha celebrado en consideración a tales contratantes o que sin ellos no sea posible alcanzar el fin propuesto».

ii) La excepción de contrato no cumplido no tiene cabida

Como he indicado en anterior estudio citado, la regla de excepción de contrato no cumplido está regulada en el derecho privado colombiano en el artículo 1609 del Código Civil, de forma tal que los contratantes de los contratos de colaboración consorcial —como podría suceder también con los socios en las sociedades— no pueden alegar la aplicación de esta figura por el hecho de que alguno de los otros contratantes no haya cumplido lo que le corresponda para con el contrato.

iii) Las vicisitudes que afecten a alguno de los contratantes no afectan en principio a todo el contrato

El artículo 903 del Código de Comercio establece que «En los negocios jurídicos plurilaterales, cuando las prestaciones de cada uno de los contratantes se encaminen a la obtención de un fin común, la nulidad que afecte el vínculo respecto de uno solo de ellos no acarreará la nulidad de todo el negocio, a menos que su participación, según las circunstancias, sea esencial para la consecución del fin previsto».

Igualmente, el artículo 104 del Código desarrolla para el caso particular del contrato plurilateral de sociedad, el mismo efecto.

iv) De ejecución sucesiva<sup>30</sup>

Los contratos de trato o ejecución sucesiva son aquellos que requieren el paso del tiempo para la producción de sus efectos. Esto resulta importante, puesto que en el Código de Comercio existen figuras cuya aplicación dependerá de que el contrato pertenezca a ciertas categorías, como es el caso que comentamos. Así por ejemplo, en el sistema jurídico colombiano, la revisión de los contratos por imprevisión, en orden a obtener la terminación o los reajustes que el juez considere convenientes, no es previsible de los contratos de ejecución instantánea. De acuerdo con el artículo 868 del Código de Comercio, solo se aplica dicha figura a los contratos de ejecución sucesiva, o de ejecución instantánea, cuando sus efectos hayan sido diferidos.

En cuanto a la aceptación en la cesión de contrato, el artículo 887 del Código de Comercio determina igualmente que en los contratos mercantiles, de ejecución periódica o sucesiva, cada una de las partes puede hacerse sustituir

---

<sup>30</sup> En igual sentido, ARRUBLA PAUCAR (1998: 259).

en todo o en parte por un tercero, sin necesidad de aceptación del contratante cedido, a menos que por ley o estipulación de las partes no se hubiese prohibido o limitado dicha sustitución.

El mismo artículo señala que en los contratos de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, se puede hacer la cesión; pero en este caso, al igual que en los contratos *intuitu personae*, se requiere la aceptación del contratante cedido.

Será entonces este un aspecto a considerar a la hora de celebrar el contrato, y determinar en las cláusulas correspondientes la posibilidad de permitir o no la cesión de la posición contractual.

#### f) Administración y operación

Al no establecerse nada sobre la administración del contrato, las partes son libres de fijar en el contrato las pautas para la administración del contrato consorcial, el cual podría delegarse en alguno o algunos de los contratantes, o bien en un tercero especialmente designado para tales efectos. Ello requeriría la celebración de un contrato de mandato, regido por los artículos 1262 y siguientes del Código de Comercio; y si el mismo conllevara representación, por los artículos 832 a 844 del mismo Código.

En este punto debe destacarse, a pesar de que ello pueda deducirse de lo que se ha explicado, que en el contrato de colaboración empresarial todos y cada uno de los partícipes tienen derecho a operar la empresa conjunta, siendo lo más recomendable hacerlo mediante una cabeza visible, que operará, mediante las reglas del mandato, con o sin representación.

Por otro lado, es del caso señalar que con los aportes de los consorciados no se forma un patrimonio independiente, toda vez que, al no nacer de él una persona jurídica titular, seguirán siendo propietarios cada uno de los partícipes individualmente considerados. Ello no obsta para que se pueda pensar en una figura a través de la cual operar patrimonialmente. Así, una primera posibilidad sería que entre todos abran un establecimiento de comercio, siendo propietarios en común del mismo<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Téngase en cuenta la indicación de ARRUBLA PAUCAR al señalar que «Las cámaras de comercio, efectuando una interpretación restrictiva de los artículos 27 y 28 del Código de Comercio y de la resolución 1353 de 1983 de la Superintendencia de Industria y Comercio, no registran los contratos de consorcio. Sin embargo, para salir del problema de orden práctico, registran un establecimiento de comercio con el nombre de consorcio, a cuyos propietarios colocan como si estuvieran en sociedad de hecho» (ARRUBLA PAUCAR 1998: 262).

Igualmente, cabe la posibilidad de constituir entre los partícipes una fiducia para que un fiduciario administre los bienes<sup>32</sup>, figura mediante la cual podría llegar a operar la empresa conjunta, como pudiese ser, por ejemplo, una fiducia de inversión inmobiliaria o de administración, y los mismos partícipes en el contrato ser los beneficiarios de la fiducia<sup>33</sup>.

Igualmente, se insiste, por parte de la doctrina, en que el contrato de colaboración empresaria presenta como una de sus notas predominantes la expectativa de lucro y el derecho a participar en las utilidades del negocio<sup>34</sup>.

Finalmente, es necesario comentar que en el proyecto de ley 119 de 1993, que desembocó en la ley 222 de 1995, por medio de la cual se reformaron varias normas del contrato de sociedad y se agregaron otras, se contenía un proyecto de regulación de los contratos de colaboración empresaria en Colombia, pretendiendo regular los contratos de agrupación y de unión transitoria<sup>35</sup>. Como indica el profesor Reyes Villamizar, «Al revisar el texto de las normas aludidas, se llegó a la conclusión de que, a pesar de que la regulación propuesta era coherente, podía resultar inadecuada para el buen desarrollo de estas formas de contratación»<sup>36</sup>.

Los proyectados artículos eran del siguiente tenor:

Artículo 63. Contrato de agrupación. Mediante el contrato de agrupación dos o más empresarios se unen para facilitar o desarrollar de manera estable, determinadas fases de su actividad económica o para mejorar o incrementar los resultados de esta. Por este contrato no se forma una persona jurídica independiente, ni se constituye una sociedad de hecho.

Artículo 64. Contrato de unión transitoria. Por el contrato de unión transitoria dos o más empresarios podrán reunirse para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro, concretos. Por este contrato no se forma una persona jurídica independiente, ni se constituye una sociedad de hecho. El consorcio y la unión temporal son modalidades de unión transitoria.

#### **4. LOS CONTRATOS CONSORCIALES O CONSORCIOS COMERCIALES**

Finalmente, se considera conveniente hacer referencia a una figura contractual que viene siendo utilizada en Colombia, la denominada «contratos consorciales», que de manera generalizada y equívoca suele denominarse como «consorcios

---

<sup>32</sup> «Pueden constituir un fondo común para sufragar los gastos generados en desarrollo del contrato». SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (2000: 191).

<sup>33</sup> Sobre la fiducia en Colombia véase RODRÍGUEZ AZUERO (2005).

<sup>34</sup> MARZORATTI (2003: 294) citando a Cabanellas y este a su vez a Williston.

<sup>35</sup> Véase sobre el particular REYES VILLAMIZAR (1999: 20-21). También ARRUBLA PAUCAR (1998: 262-264) y GAVIRIA GUTIÉRREZ (1996: 185-188).

<sup>36</sup> REYES VILLAMIZAR (1999: 20).

comerciales». Decimos equívoca pues, como pudo advertirse, el contrato de colaboración empresaria se manifiesta en las formas de unión de varias empresas con el propósito de obtener una finalidad común, de la manera como lo hemos referido. En este caso, como se verá, se trata de varias personas (naturales o jurídicas, no necesariamente empresarios) que aportan a un fondo común, con el fin de adquirir bienes o servicios, teniendo como característica que dichos fondos son administrados por una «sociedad administradora de consorcio comercial».

Ahora, de acuerdo con lo señalado en el artículo 2 de la Resolución 11746 del 21 de noviembre de 1988<sup>37</sup>, las sociedades administradoras de consorcios comerciales tienen por objeto la conformación de grupos y la administración de fondos aportados por los integrantes de los mismos, con la finalidad de adquirir bienes o servicios, mediante el pago de cuotas periódicas o extraordinarias. Esta resolución fue modificada por la número 330-528, del 22 de febrero de 2005, en cuyos artículos 1 a 3 se precisa la denominación, naturaleza jurídica y objeto de las ahora llamadas «sociedades administradoras de planes de autofinanciamiento comercial»<sup>38</sup>, los que establecen:

#### Artículo 1. Naturaleza y denominación social

Las sociedades dedicadas a la administración de los planes provenientes del aporte periódico de sumas de dinero destinadas a la formación de fondos que conforman un grupo de personas con el fin de autofinanciar la adquisición de un bien o servicio, mediante un fondo común, serán denominadas sociedades administradoras de planes de autofinanciamiento comercial.

Las Sociedades Administradoras de Planes de Autofinanciamiento Comercial son aquellas sociedades anónimas dedicadas a la administración de planes para la adjudicación de bienes o prestación de servicios, mediante la formación de fondos en que participan personas interesadas en su adquisición, mediante el pago de cuotas periódicas o excepcionales.

Las personas serán agrupadas en función de un bien o servicio determinado.

---

<sup>37</sup> Se puede tener acceso a esta resolución en la página web de la Superintendencia de Sociedades, <<http://www.supersociedades.gov.co>>.

<sup>38</sup> En el artículo 6 de la Resolución se define el «plan» en los siguientes términos: «Plan: Es el sistema que ofrecen las Sociedades Administradoras de Planes de Autofinanciamiento Comercial para la adquisición de determinados bienes o servicios. Los grupos estarán conformados por planes que entre sí no difieran en su valor en más de 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Cada plan debe estar acompañado de un estudio técnico actuarial».

Igualmente, quienes se unen al «plan» reciben la denominación de «grupo», el que se concibe así: «Grupo. Es un conjunto finito de un número de suscriptores integrados al sistema consorcial por medio de un contrato de adhesión. El grupo debe estar integrado por un máximo de 120 suscriptores relacionados con un plan determinado».

## Artículo 2. Objeto social

El objeto social será exclusivo y limitado a la administración de los planes, conformación de los grupos, realización de asambleas, adjudicaciones y entrega de los bienes o servicios, mediante la vinculación de un contrato de adhesión. No está permitida la entrega de dinero, el otorgamiento de préstamos a los suscriptores, ni la colocación de planes para adquisición de vivienda.

Al suscriptor le serán proporcionados los elementos de información sobre el contrato de adhesión que es utilizado para formalizar este tipo de operaciones, a fin de que los mismos tengan un conocimiento claro y suficiente para tomar la decisión más adecuada a sus necesidades.

Los dineros aportados para la conformación de los grupos serán administrados a través de un Contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre la sociedad administradora de planes de autofinanciamiento comercial y una entidad fiduciaria constituida en Colombia, y debidamente autorizada por la Superintendencia Bancaria, cuyos aspectos y detalles serán regulados en acto separado.

## Artículo 3. Desarrollo del objeto social

Las Sociedades Administradoras de Planes de Autofinanciamiento Comercial, en desarrollo de su objeto social, contratarán con la entidad fiduciaria para que esta actúe como recaudadora de las cuotas que deben pagar los suscriptores.

Para estos efectos es importante tener en cuenta el concepto emitido por la Superintendencia de Sociedades, mediante oficio 330-21895 de abril 23 de 1997<sup>39</sup> donde dijo la entidad:

Los contratos consorciales efectivamente deben garantizar al suscriptor la adquisición del bien o servicio pactado con él, máxime, teniendo en cuenta que las partes adquieren obligaciones mutuas; así: el suscriptor se compromete con la sociedad al pago oportuno de dichas cuotas, y la sociedad a su turno a adquirir un determinado bien o servicio, con el fin de efectuar la adjudicación entre los integrantes del mismo grupo, mediante el sistema de sorteo u oferta.

En dicho oficio indicó también la Superintendencia de Sociedades que estos contratos no tienen el carácter de aleatorios, puesto que

[...] así el mecanismo de ejecución sea a través del sistema de sorteo y de oferta, no se da la contingencia de pérdida o de ganancia propia de los contratos aleatorios, toda vez que la sociedad se encuentra obligada a cumplir con la adjudicación y entrega correspondiente del bien o servicio pactado en el contrato, ya sea en las asambleas por el sistema del sorteo o de oferta, o a la finalización del grupo, en el evento que el suscriptor no hubiese salido favorecido en los sorteos, o no hubiese ofertado, esto siempre que el suscriptor cumpla con los pagos a que se obliga.

---

<sup>39</sup> Ministerio de Desarrollo Económico y SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (1997: 117-119).

Insistiendo la Superintendencia en que este tipo de contratos gozan de la característica de ser de *adhesión*, señala que «[...] el articulado de esta clase de contratos debe observar las disposiciones previstas en la resolución 11746 de 1988, y contar con la aprobación de esta Superintendencia»<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Vale la pena indicar que, de acuerdo con lo establecido en el párrafo del artículo 1 del decreto 1941 de 1986, la Superintendencia de Sociedades ejerce la vigilancia y el control sobre las sociedades administradoras de consorcios comerciales. Así, el artículo 1 de la resolución 330-528 de 2005, expresa: «Primero. Que de conformidad con lo establecido en el artículo 1 literal c y en el párrafo del mismo artículo del decreto 1941 de 1986, en concordancia con el numeral 10 del artículo 21 del decreto 1080 de 1996 y el literal a del artículo 6 del decreto 3100 de 1997, corresponde a la Superintendencia de Sociedades ejercer las funciones de vigilancia y control sobre las sociedades administradoras de consorcios comerciales, cuya actividad de acuerdo a lo previsto en el literal b del artículo 1 del decreto 1970 de 1979, es “[...] la captación de recursos del ahorro privado con destino a la formación de fondos en que participen grupos de personas interesadas en la adquisición de determinados bienes o servicios, mediante abonos anticipados, periódicos o excepcionales, de cuotas que comprendan el valor del bien o servicio ofrecido y los gastos de administración del fondo o gestiones del grupo correspondiente”. Vigilancia que es ejercida por la Superintendencia de Sociedades en los mismos términos previstos para la Superintendencia Bancaria en el decreto 1970 de 1979, incorporado al decreto 1730 de 1991, sustituido por el decreto 663 de 1993 y parcialmente modificado por la ley 510 de 1999, reglamentada por el decreto 2211 de 2004 y la ley 795 del 14 de enero de 2003».

Igualmente consideramos conveniente citar el artículo 10 de la misma resolución, en el que se señala: «Artículo 10. Sobre el contrato. Los modelos de contratos destinados a la celebración de contratos por adhesión de este sistema, serán evaluados y aprobados previamente por la Superintendencia de Sociedades.

»El contrato de adhesión debe estar escrito en idioma español, con caracteres legibles a simple vista (Arial 10 punto o equivalente). Si por alguna razón debe ser expresado en otro idioma, la sociedad debe demostrar que se trata de una traducción fiel que realizó un perito oficial y debe incluirse la siguiente cláusula: “En caso de que hubiere discrepancias, siempre prevalecerán los términos del texto en idioma español”.

»El suscriptor cuenta con cinco (5) días hábiles, contados a partir de la firma del contrato de adhesión para cancelar o desistir del negocio.

»Los planes o contratos suscritos diez (10) días antes de la celebración de la próxima asamblea, no serán incluidos en la relación de participantes de la misma.

»Requisitos del contrato:

»1. Identificación de la sociedad.

»2. Código del grupo del que formará parte el suscriptor, número de participación y número de participantes.

»3. Término de duración del plan.

»4. Períodos en que se realizarán las asambleas.

»5. Clase del bien o servicio que se pretende adquirir.

»6. Número de pagos periódicos del plan elegido por el suscriptor.

»7. Requisitos claros y expresos que el suscriptor debe cumplir para la entrega del bien o la prestación del servicio.

»8. Las causas que justifiquen la no entrega del bien, o la prestación del servicio a cargo de la Sociedad.

Igualmente, señaló la entidad que «[...] una vez se ha participado como suscriptor en todas las asambleas hasta la finalización de un grupo, sin salir favorecido por sorteo o por oferta, la sociedad se encuentra obligada a la entrega del bien o servicio pactado».

## BIBLIOGRAFÍA

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto

1998      *Contratos mercantiles*. Tomo II, *Contratos atípicos*. Tercera edición. Medellín: Diké.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y Julio Alberto KELLY

1987      *Contratos de colaboración empresarial*. Buenos Aires: Heliastra.

ETCHEVERRY, Raúl Aníbal

2005      *Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios*. Buenos Aires: Astrea.

FARINA, Juan

1997      *Contratos comerciales modernos*. Segunda edición. Astrea: Buenos Aires.

FORERO FORERO, Claudia Helena y Carlos Alberto RAMÍREZ RUIZ

1999      «Asociaciones de colaboración no societarias con ánimo de lucro». Tesis de grado. Universidad de La Sabana, Chía.

GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique

1996      *Nuevo régimen de sociedades*. Medellín: Diké.

GÓMEZ CALERO, Juan

2001      «Las agrupaciones de interés económico. Las uniones temporales de empresas». En OLIVENCIA, Manuel, Carlos FERNÁNDEZ NOVOA, Rafael JIMÉNEZ DE PARGA (directores) y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo (coordinador). *Tratado de derecho mercantil*. Madrid: Marcial Pons.

---

»9. Los seguros que sea necesario contratar y a cargo de cuál de las partes corresponde el pago de las primas.

»10. Los costos adicionales que se causen con motivo de la adquisición, entrega del bien o prestación del servicio, y quién debe asumirlos.

»11. Las obligaciones contraídas y los derechos adquiridos por cada una de las partes.

»12. Forma de devolución al retiro voluntario o incumplimiento del suscriptor. Inclusión de la cláusula de los cinco (5) días hábiles con que cuenta el suscriptor para cancelar o desistir del negocio.

»13. Firma de las partes y fecha.

»Es responsabilidad de la sociedad el diligenciamiento en su totalidad de todos los ítems del contrato, al momento de suscribir el contrato».

- LE PERA, Sergio  
2001 *Joint venture y sociedad, acuerdos de coparticipación empresaria.* Cuarta reimpresión. Buenos Aires: Astrea.
- LORENZETTI, Ricardo Luis  
2000 *Tratado de los contratos.* Tomo III. Buenos Aires: Rubinzahl-Culzoni.
- MARZORATI, Osvaldo J.  
2003 *Derecho de los negocios internacionales.* Volumen 2. Tercera edición. Buenos Aires: Astrea.
- MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO Y SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA  
1997 *Doctrinas y conceptos jurídicos.* Bogotá: Grupo de Publicaciones, Superintendencia de Sociedades.
- MUTIS VANEGAS, Andrés y Andrés QUINTERO MUNERA  
2001 *La contratación estatal, análisis y perspectivas.* Bogotá: Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco  
1999 *Reforma al régimen de sociedades y concursos.* Segunda edición. Bogotá: Temis.  
2002 *Derecho societario.* Tomo I. Segunda edición. Bogotá: Temis.
- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA  
2000 *Doctrinas y conceptos jurídicos.* Bogotá: Superintendencia de Sociedades.
- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio  
2005 *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina.* Bogotá: Legis.
- RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana  
2003 «Contratos internacionales de asociación y colaboración». En CALVO CARAVACA, Alfonso y Luis Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores). *Curso de contratación internacional.* Madrid: Colex, pp. 527-536.

**SÉTIMA PARTE**  
**DERECHO INTERNACIONAL**



## EL LARGO CAMINO DE BRASILIA A BRASILIA

*José Manuel Boza Orozco\**

Releyendo a Mafalda uno puede ver que, salvo por el conflicto israelí-palestino, han desaparecido grandes problemas internacionales que tanto la preocupaban, como por ejemplo la guerra de Vietnam, la división de Berlín o la carrera armamentista nuclear. En la medida en que esos referentes históricos han quedado en el pasado, se deja de percibir la naturalidad con la cual sus tribulaciones reflejaban la atmósfera de su tiempo. Algo parecido sucede, a escala local, con el debate sobre la frontera entre Perú y Ecuador. Tras la firma de los Acuerdos de Brasilia, el tema ya no genera mayor preocupación ni temores. Ya no es fácil recordar la intensa polémica pública desatada durante las negociaciones con el Ecuador. Esta se desvaneció y con el tiempo la disputa se ha ido convirtiendo en una oscura referencia bibliográfica, en una nota a pie de página. Ahora más bien parece inverosímil que la negociación haya estado inmersa en un clima de tanta incertidumbre. Tal vez por eso es preciso tratar de recrear las condiciones imperantes de 1995 a 1998 para comprender a cabalidad el papel clave que desempeñó Fernando de Trazegnies en la solución del intricado problema peruano-ecuatoriano.

De Trazegnies entró en escena en julio de 1997, dos meses antes de que Perú y Ecuador encarasen, por primera vez en la historia, la controversia sobre la zona de la cordillera del Cónedor. La negociación se asemejaba entonces a una obra en construcción, una obra cuyo guión estaba siendo escrito y reescrito paso a paso, sin un final prefijado. A partir de ese momento, de Trazegnies asumiría una creciente responsabilidad en la conducción del proceso, hasta terminar siendo el canciller que suscribió el conjunto de acuerdos que resolvió la disputa. Sin embargo, para alcanzar dicha meta antes habría de recorrer el largo camino que se extendió de la primera reunión que presidió en la capital brasileña hasta la firma del arreglo definitivo efectuada un año más tarde en esa misma ciudad.

---

\* Ministro consejero del servicio diplomático peruano. Colaboró intensamente con la delegación peruana encargada de las conversaciones con Ecuador que logró el Acuerdo de Paz. Actualmente desempeña funciones en la embajada del Perú en Chile.

## 1. EL TELÓN DE FONDO

La desconfianza caracterizó la negociación. Gran parte del recelo que primó en las esferas estatales nació del temor ante lo desconocido. El hecho de que el gobierno ecuatoriano reconociera la vigencia del Protocolo de Río de Janeiro tras un lapso de 35 años creó una situación inédita. Nadie tenía experiencia en la implementación del mecanismo de solución de controversias que establece el tratado. Existían, por lo tanto, amplios márgenes de interpretación sobre los alcances de los desacuerdos, las características de los procedimientos a seguir, el papel que desempeñarían los países garantes y las alternativas de solución disponibles. El abanico de posibilidades que se abrió en 1995 generó naturalmente inseguridad en medios diplomáticos y militares ajenos a la idea de que la frontera fuera objeto de discusión entre los dos países.

Las sensibilidades y susceptibilidades inherentes a cualquier iniciativa sobre límites internacionales se veían agudizadas en este caso debido a la prolongada ausencia de diálogo. La Declaración de Itamaraty cerró en efecto un paréntesis de medio siglo sin que Perú y Ecuador discutesen sobre sus discrepancias fronterizas. La concesión mutua ante la realidad, reconocer la vigencia del tratado y la existencia de desacuerdos sobre la frontera, trastocó la inmovilidad cimentada durante décadas. Rompió la inercia y activó un conjunto de iniciativas internacionales que demandó capacidad de actuar y reaccionar sobre la marcha, dentro de un marco de condiciones cambiantes y con diversos actores a la vez. Ello desafió el anquilosamiento producido por el ejercicio inocuo de reiterar monólogos excluyentes, conforme a la postura tradicional de negar que ciertamente significaba un problema discordar sobre la definición del límite compartido. El efecto más pernicioso de dicha práctica fue desmotivar la formulación de políticas viables para resolver la controversia y culminar la demarcación. No en vano el solo hecho de asumir en 1995 el compromiso de tratar los desacuerdos fronterizos despertó críticas tan fuertes.

La imagen del diferendo peruano-ecuatoriano como una situación irresoluble estaba enraizada en círculos políticos, diplomáticos y militares. Una expresión clara de ello quedó registrada en el seminario sobre defensa nacional y relaciones internacionales organizado en 1989 por el Centro de Altos Estudios Militares (CAEM) y el Centro Peruano de Estudios Internacionales (CEPEI). Al analizar la evolución de la relación con el Ecuador, el embajador Harry Belevan señaló que «[...] el llamado “problema limítrofe” se ha incubado en el tejido sociocultural de ese país en forma tal que, si por un artilugio aún inconcebible, aquél se resolviese satisfactoriamente para nuestro vecino norteño, tendrían varias generaciones que decantar ese sentimiento antiperuano que los define». Agregó que «[...] como

la única solución posible para esos segmentos de la población ecuatoriana pasa por una aberración jurídica inadmisible, creo que no debemos esforzarnos en imaginar una respuesta definitiva y abrupta a esta situación que marca y enmarca nuestra relación vecinal».

Diego García Sayán concluyó su extensa ponencia sobre el tema limítrofe sugiriendo que la prioridad era fortalecer la cooperación bilateral para «[...] generar un clima apropiado que mucho más adelante permita resolver todos los puntos controvertidos que pudieran existir. De hecho, estamos lejos del momento en que se puedan definir los procedimientos para negociarlos y resolverlos con eficacia». En cambio, el diagnóstico pesimista efectuado por Carlos Pellegrini, general de la Fuerza Aérea Peruana (FAP), resultó acertado a mediano plazo. Su conclusión fue: «La posición antagónica del Ecuador respecto al Perú, entonces, no solo subsiste sino que, en el tiempo, evidencia indicadores de haberse endurecido y de solo estar a la espera de una ocasión propicia para una intervención militar como ocurrió en el verano de 1981». Paradójicamente, al contrario de lo previsible, el conflicto militar que Pellegrini anticipó condujo al artificio aparentemente inconcebible que dio por finalizado el diferendo<sup>1</sup>.

El escepticismo en torno a la viabilidad de resolver el problema bilateral no estaba circunscrito a los ámbitos estatales. Conforme a la visión académica más difundida tanto en el Perú como en el Ecuador, su solución definitiva requería un lento y profundo cambio de mentalidades en ambas naciones. Dicho punto de vista subsistió, aunque con diferentes matices, tras el inicio de las negociaciones, incluso entre analistas de uno y otro país que propugnaban poner fin a la inveterada disputa.

Autores peruanos tan dispares como Félix Denegri y Hugo Neira concordaban a fines de 1995 en que los espectros subjetivos restringían marcadamente el margen de maniobra de los negociadores. Denegri proponía abrir nuevos espacios culturales de diálogo a fin de crear el ambiente propicio para abordar y concluir la demarcación fronteriza, pero advertía que los esfuerzos de negociación podían frustrarse, una vez más, por la endémica desconfianza nacida de la historia imaginada<sup>2</sup>. Neira consideraba que el riesgo principal no residía en la guerra sino en la construcción de la identidad y conciencia nacional de un país a expensas de otro, sobre la base del discurso del mito de la Amazonía perdida por culpa ajena. De acuerdo con su punto de vista, se requería contar con el tiempo, la paciencia, el coraje y el talento necesarios para revertir dicha ideología de exculpación<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> BAHAMONDE (1990: 20-21, 90-91 y 158).

<sup>2</sup> DENEGRI (1996: 327-339).

<sup>3</sup> NEIRA (1996: 593-596).

Del lado ecuatoriano, de conformidad con los términos empleados por el sociólogo Adrián Bonilla, el conflicto expresaba el choque de dos políticas exteriores, dos imágenes históricas, dos dinámicas sociales de identidad nacional fundadas sobre percepciones antagónicas de la legalidad y el pasado. Concluía que la salida negociada precisaría un esfuerzo sin precedentes de las dirigencias políticas para superar los riesgos internos de modificar el horizonte mental tradicional, sin descartar la posibilidad de que los actores no estuviesen en posibilidades reales de correr esos riesgos y la situación permaneciera inamovible hasta el siguiente conflicto<sup>4</sup>.

Diversos especialistas de terceros países concordaban con dichas perspectivas centradas en las condicionantes subjetivas del tema. El diplomático estadounidense William Krieg concluyó en 1986 que si bien no era previsible que a mediano plazo se reanudaran las hostilidades, era menos probable todavía que se alcanzara un arreglo definitivo sin que se produjera antes un profundo cambio psicológico en los pueblos de ambos países. De acuerdo con su análisis, ninguna de las partes tenía nada que ganar que compensara los elevados riesgos políticos internos que provocarían las concesiones requeridas. El mejor escenario previsible era que el *statu quo* se mantuviera y que la ejecución conjunta de proyectos de desarrollo redujera eventualmente la desconfianza de ambos lados. Resumió el panorama señalando: «[...] es más probable que el problema permanezca siendo una “herida abierta”, empleando la expresión del presidente ecuatoriano Febres Cordero, hasta que mucho más tiempo haya pasado, aunque una herida abierta siempre está en peligro de infección»<sup>5</sup>.

Diez años más tarde, su discípulo David Scott Palmer recalca que el «peso de la historia» era el elemento que hacía particularmente difícil resolver la disputa y que si bien la historia no es inmutable, sus cambios solo ocurrían con el paso del tiempo<sup>6</sup>. Señalaba que las partes podían fracasar nuevamente, como en tantas ocasiones anteriores, por el alto contenido emocional de la controversia y el peso legado del pasado, aún cuando todo indicaba que los dos gobiernos estaban realmente comprometidos a intentar acabar con la disputa. Palmer concluía que las posibilidades de éxito descansaban en que la población evitase ser manipulada por la retórica nacionalista y que las dirigencias políticas mantuviesen la convicción

<sup>4</sup> BONILLA (1996: 34, 40).

<sup>5</sup> KRIEG (1986: 12, 251-264, 333-335).

<sup>6</sup> SCOTT PALMER (1997: 142-144). Puede argüirse que en alguna medida el cambio de mentalidad requerido comenzó a verificarse a inicios de la década de 1990. En 1992, 79% de los ecuatorianos consideraban que la solución del problema limítrofe contribuiría al desarrollo económico de ambos países. A fines de 1994, las encuestas revelaban que 58% de la población peruana y 71% de la opinión pública ecuatoriana aceptarían resolver la disputa mediante concesiones recíprocas (SIMMONS 1999: 18).

necesaria para resolver el problema, sin sacrificar los intereses nacionales legítimos y las necesidades reales de ambos países.

Dentro del plano de la dinámica negociadora cotidiana, la principal fuente de incertidumbre para el equipo peruano residía en el carácter plurilateral de las tratativas. La aguda contradicción entre las partes llevaba, sin mucha dificultad, a la conclusión de que el papel de los garantes era clave en cada etapa del proceso y sería determinante en última instancia, tal como en efecto lo fue. Dentro de ese contexto, la imposibilidad de predecir con certeza los criterios y las pautas de comportamiento de los garantes producía lógicamente inquietud y alimentaba prejuicios y temores. Las ventas de armas al Ecuador de la Argentina y Chile durante el conflicto ahondaron las suspicacias, sobre todo entre los analistas geopolíticos militares, pero el pragmatismo político del gobierno de Estados Unidos era el tema que despertaba más preocupación en Lima.

La inquietud expresada con mayor frecuencia era que en Washington primasen criterios de equidad con el objeto de atender, en alguna medida, la retórica amazónica ecuatoriana. Inclusive el autor estadounidense Bruce St. John reconocía que iniciativas propiciadas por el Departamento de Estado en 1977 y 1978 contemplaron propuestas que reflejaron cierta sensibilidad ante el discurso amazónico ecuatoriano<sup>7</sup>, razón por la cual no era infundado el recelo peruano. El hecho de que en los trabajos de funcionarios del Departamento de Estado, como William Krieg<sup>8</sup>, o del Departamento de Defensa, como Gabriel Marcella<sup>9</sup>, se planteara abiertamente el tema de la equidad para resolver el problema incidía notablemente en aumentar la preocupación, sobre todo por el papel determinante del informe de Krieg en la formación de opiniones al interior de los círculos gubernamentales de Estados Unidos. St. John concluyó que ello acentuó en Lima la desconfianza en torno al apego al derecho de la política que Estados Unidos llevaría a cabo como garante<sup>10</sup>.

Finalmente, la sombra de la amenaza militar bajo la cual se llevó a cabo la negociación constituyó, además de obvia fuente de tensión, un factor de presión que alternadamente incentivaba y desalentaba la solución pacífica del diferendo. No obstante la violencia del enfrentamiento bélico, la falta de un resultado decisivo motivó que el teatro de operaciones del conflicto quedara desmilitarizado con supervisión de los garantes, de modo tal que así como la presencia en el terreno de los garantes inhibía la reanudación de las hostilidades, su retiro la provocaría. Esa condicionalidad fue utilizada en ocasiones por los garantes para destrabar la

---

<sup>7</sup> ST. JOHN (1996: 81-82).

<sup>8</sup> KRIEG (1986).

<sup>9</sup> MARCELLA (1995).

<sup>10</sup> ST. JOHN (1999: 105).

ejecución de medidas concretas en la etapa inicial de distensión militar<sup>11</sup>, pero la estabilidad militar estaba constreñida temporalmente por la naturaleza transitoria del operativo de paz desplegado. Ello imprimía, en consecuencia, un carácter perentorio a la consecución de un acuerdo de paz que consolidara el cese al fuego convenido en 1995, aunque no todos los mandos militares peruanos concordaran con el objetivo de lograr dicha meta sin haber tenido antes la oportunidad de obtener una victoria clara sobre el terreno.

La persistencia al interior de ciertos círculos geopolíticos peruanos del deseo de lograr un resultado militar decisivo menoscababa los esfuerzos para encontrar un arreglo negociado, aun cuando no existiera manera alguna de solucionar a la fuerza el problema de fondo. Adicionalmente, las desventajas tácticas evidenciadas en 1995 impedían al Perú asegurar la supremacía militar en un campo de batalla restringido a las nacientes del río Cenepa. En contraposición, ausente el factor sorpresa y tras el rearme de la aviación peruana, las fuerzas ecuatorianas tampoco tenían condiciones aptas para ocupar efectiva y establemente la zona desmilitarizada, aunque contaban con tecnología militar capaz de imponer costos elevados y capacidad operativa para alcanzar objetivos políticos significativos<sup>12</sup>. En suma, en caso de estallar un nuevo conflicto, ninguna de las partes contaba con ventajas tácticas suficientes para controlar la zona desmilitarizada sin extender el ámbito de las acciones a un enfrentamiento bélico generalizado. Conforme al enfoque de seguridad propuesto desde Lima,

La única forma de disuadirlos a que no hagan operaciones focalizadas en la zona de la cordillera del Condor, es amenazarlos con una guerra total en la cual nosotros tendríamos ventaja. De tal manera que si nosotros no tenemos una clara ventaja militar sobre Ecuador, estoy convencido de que las infiltraciones ecuatorianas se van a repetir y, peor aún, si nosotros perdiéramos el equilibrio a favor de Ecuador estoy convencido de que Ecuador nos atacaría en una guerra frontal y total<sup>13</sup>.

La facilidad con la cual se planteaba la posibilidad de una guerra total y la fascinación de algunos por dicha alternativa, la estética guerrera, ciertamente alentaban la búsqueda de una solución pacífica, pero la reanudación de las hostilidades permaneció siendo una opción factible, no obstante la incapacidad de prever realistamente los costos de una guerra generalizada. Paralelamente, la amenaza bélica mantuvo firme el compromiso de los garantes de persistir involucrados en las negociaciones, un importante condicionante de política internacional no siempre calibrado en Lima en toda su dimensión.

---

<sup>11</sup> WEIDNER (1996: 54).

<sup>12</sup> MARCELLA (1995: 16, 20-21).

<sup>13</sup> OBANDO (1995: 68).

De acuerdo con los testimonios recogidos tras la conclusión del acuerdo global por Palmer, McClintock y Biato<sup>14</sup>, el motor que impulsó el accionar de los garantes fue prevenir la desestabilización de la seguridad regional y por ello en ningún momento consideraron que hubiese otra alternativa que colaborar decididamente con la consecución de un arreglo definitivo. Esto confirma que tiende a subvaluarse el riesgo potencial percibido desde la óptica de los garantes en relación con el conflicto peruano-ecuatoriano, el único que provocó confrontaciones armadas internacionales en el continente americano durante la segunda mitad del siglo XX.

## 2. EL INTERMEDIO

A mediados de 1997, tras treinta meses de gestiones, conversaciones, negociaciones, encuentros y desencuentros, aún no se trataba directamente la controversia medular que motivó los conflictos militares del Cenepa y de Paquisha. La influencia gravitante del tema había estado marcadamente presente a lo largo de todo el proceso, pero la ejecución previa de cada punto de la Declaración de Itamaraty postergó más de dos años el inicio de las conversaciones sobre los desacuerdos fronterizos, los entonces denominados «impasses subsistentes».

Implementar el plan de distensión militar demandó casi un año de acciones coordinadas hasta que en febrero de 1996 quedara estabilizada la zona fronteriza. La definición de la agenda y los procedimientos para abordar los desacuerdos requirió casi un año adicional de intensas y minuciosas negociaciones conducidas personalmente por el Canciller Francisco Tudela. Los seis meses restantes transcurrieron preparando y llevando a cabo, hasta junio de 1997, las discusiones sobre las divergencias fronterizas menores relativas a las áreas de Lagartococha, Zarumilla y Cusumasa-Yaupi.

El complejo andamiaje procesal elaborado mediante las cuatro reuniones ministeriales sostenidas en 1996 quedó recogido en el Acuerdo de Santiago de octubre de ese año. Conforme al mismo, se perseguiría un «acuerdo global» que comprendiera todos los desacuerdos planteados sobre la mesa. Los arreglos parciales solo entrarían en vigencia dentro del marco de un paquete. La lógica era emprender un esfuerzo conjunto, *a single undertaking* usando la expresión del representante estadounidense Luigi Einaudi, en busca de un arreglo integral y permanente. La alternativa era muy simple: el acuerdo resolvía todo o no había acuerdo.

El debate en Brasilia sobre las controversias fronterizas se inició con tropiezos en abril de 1997. La delegación peruana, presidida entonces por el embajador

---

<sup>14</sup> PALMER (2000), McCLINTOCK (2000) y BIATO (2004).

Alfonso Arias Schreiber, asumió la tarea bajo la imprevisible situación de tener al canciller peruano secuestrado. Arias Schreiber suplió en la medida de lo posible la ausencia forzada de Tudela, pero la falta de este se hizo patente a la hora de precisar divergencias de fondo sobre los procedimientos acordados que surgieron en la reunión inaugural en la capital brasileña. Finalmente, tras una larga y ardua sesión de discusiones que concluyó al alba, prevaleció la opinión sostenida por la delegación peruana. Los garantes propondrían medios para tratar los desacuerdos al concluir el conjunto de las cinco rondas de conversaciones programadas en Brasilia. El proceso negociador entró así en una fase sin mayor espacio para concertar discrepancias, ni instancia dirimente o mediadora. El objetivo perseguido era que las partes expusiesen en detalle sus puntos de vista, con la finalidad de establecer con claridad la gama real de intereses en juego y las alternativas viables para abordar cada tema.

La dinámica de las tres primeras rondas de conversaciones consistió en intercambiar recuentos detallados de los hechos ocurridos y exhaustivas exposiciones sobre la base de los argumentos esgrimidos medio siglo antes por los demarcadores de cada país. Luego las delegaciones procedían a preparar, de un día para el otro, en prolongadas jornadas nocturnas, comentarios y réplicas a través de las cuales se empeñaban en rebatir cada uno de los puntos sustentados por la otra parte. Finalmente, el listado pormenorizado de los numerosos puntos en desacuerdo quedó registrado en extensas actas.

Tal como era previsible, las discusiones adquirieron pronto el mismo tono polémico que emanaba de la documentación elaborada cuando surgieron las disputas demarcatorias en la década de 1940. Estas habían permanecido congregadas desde entonces y el paso del tiempo no redujo el antagonismo. La aspereza del intercambio de comentarios y réplicas entre las delegaciones llevó en más de una ocasión a que los garantes interviesen para calmar los ánimos exacerbados. En ese ambiente enrarecido, la delegación peruana, con su equipo de asesores, procedió con los trabajos preparatorios para las dos rondas finales previstas, las reuniones en las cuales se abordaría el problema de la frontera en la zona de la cordillera del Cóndor entre los ríos Santiago y Zamora.

A diferencia de los casos anteriores, el tema de la cordillera del Cóndor o Santiago-Zamora nunca había sido objeto de conversación alguna entre las partes. Apenas el gobierno ecuatoriano cuestionó en 1950 la existencia del límite en dicha zona, quedó desactivada toda instancia bilateral encargada de asuntos de frontera. Las tres iniciativas emprendidas por los garantes en la década de 1950 para facilitar el diálogo al respecto fracasaron antes de que llegaran a reunirse los representantes de Perú y Ecuador. Luego, el desconocimiento ecuatoriano del tratado limítrofe impidió concretar cualquier iniciativa sobre la frontera desde

1960 hasta 1995. En vista de ello, después del lapso de 45 años, tras la firma de la Declaración de Itamaraty empezó la búsqueda y recopilación de los antecedentes y la información complementaria indispensables para construir la base documental necesaria.

El debate central programado para septiembre de 1997 requeriría un conjunto integrado de argumentaciones y sustentaciones jurídicas y técnicas que había sido innecesario elaborar mientras se persistió en negar la innegable existencia de una controversia limítrofe con el Ecuador. La concesión crucial hecha por el Perú en 1995 consistió precisamente en reconocer que la conclusión de la demarcación solo sería posible una vez respondidos los cuestionamientos ecuatorianos relativos al tratado<sup>15</sup>. Tal como señaló Antonio Belaunde, debido a la evolución histórica del problema, era preciso que la validez o invalidez de las respectivas pretensiones jurídicas quedase claramente establecida, como condición previa a la conclusión de la demarcación en el terreno<sup>16</sup>.

Durante esa coyuntura fue cuando Tudela renunció al cargo de Canciller. La dimisión de Tudela resultó seguida por la renuncia de Arias Schreiber a la presidencia de la delegación peruana. Esta perdió otro integrante más cuando uno de sus miembros, Eduardo Ferrero, fue nombrado ministro de Relaciones Exteriores. En otras palabras, salió del escenario el canciller que condujo las negociaciones durante los dos años anteriores y la delegación encargada de sostener las conversaciones en Brasilia quedó reducida a tres miembros: el embajador Jorge Colunge, el almirante Jorge Brousset y el historiador Percy Cayo.

En esas circunstancias, de Trazegnies aceptó presidir la delegación peruana. Su nombramiento se vio acompañado por la incorporación del embajador Hugo de Zela como delegado. Ambos combinarián sus estilos opuestos para conformar un equipo particularmente efectivo a la hora de negociar. La especialización jurídica en negociaciones y arbitrajes del primero habría de complementarse enriquecedoramente con la sagacidad y experiencia diplomática del segundo. No en vano de Trazegnies calificaría tiempo después la actitud del embajador De Zela como de pesimismo constructivo, en contraste con el infatigable optimismo que el almirante Brousset mantuvo, incluso de manera solitaria en determinadas ocasiones.

La presencia de Trazegnies significó un impulso decisivo para la negociación, dentro del ambiente más bien pesimista reinante a mediados de 1997. Adelantó que había aceptado ser designado presidente de la delegación con el entendido de que dirigiría un esfuerzo leal para alcanzar una solución al conjunto de los problemas existentes entre Perú y Ecuador. Dejó claro que no se prestaría a

---

<sup>15</sup> BIATO 2004: 8.

<sup>16</sup> BELAUNDE (1995: 19-21, 334-336).

subterfugios para socavar o dilatar el proceso negociador y que estaba convencido de que era posible encontrar una solución integral mutuamente conveniente. Dicha convicción se topó con el escepticismo de muchos e incluso alguna que otra sonrisa sardónica, pero la mantuvo firme no obstante el desaliento y los obstáculos que habrían de surgir antes de la conclusión del acuerdo global.

De Trazegnies imprimió al trabajo del equipo un nuevo enfoque que se tradujo en la reformulación de las exposiciones que se encontraban en preparación final. Propuso dejar de lado el esquema narrativo e histórico empleado hasta entonces y reemplazarlo por la perspectiva de un litigante que plantea una demanda judicial. Ello implicó concentrar los argumentos en los puntos claves sin disipar la atención en asuntos secundarios o complementarios, con la finalidad de ceñir el debate a la consecución del objetivo político de culminar la demarcación de la frontera delimitada. También significó profundizar los esfuerzos en demostrar que toda interpretación limítrofe distinta a la sostenida por el Perú era jurídica y técnicamente inadmisible.

Hoy todo parece más simple de lo que en efecto era. Suele ser así. Conocida la respuesta de un problema matemático, este deja de parecer complicado. Sin embargo, la primera dificultad residía en que el reconocimiento ecuatoriano del Protocolo de Río de Janeiro invirtió premisas básicas del debate. A partir de 1995 los argumentos largamente sostenidos por el Perú para reclamar dicho reconocimiento perdieron vigencia. Desde entonces el Ecuador reclamaba más bien el respeto escrupuloso del tratado y el cumplimiento estricto de su letra, con la lógica de que era imposible efectuarlo por un error geográfico en su texto. En otras palabras, el Ecuador exigía la sujeción plena al texto como condición necesaria para su ejecución. Para el Perú no dejaba de plantear un aparente dilema reclamar la culminación de la ejecución del tratado y probar, a la vez, que la interpretación literal propugnada por el Ecuador era insostenible.

A parte de la totalidad de autores ecuatorianos, diversos especialistas peruanos y de terceros países consideraban que de hecho existía un error geográfico o material en la letra del tratado. Estos solían agregar que el error era subsanable recurriendo a la intención de los signatarios o al arbitraje de Dias de Aguiar. Krieg, por ejemplo, señalaba que la posición peruana parecía tozuda al negar la incompatibilidad entre la letra del tratado y la realidad impuesta por la geografía, pero que era posible comprenderla si se tomaban en cuenta ciertas afirmaciones contenidas en el laudo de 1945<sup>17</sup>.

Año tras año se había consolidado en el Perú la errada idea que toda duda sobre la delimitación pactada en 1942 estaba resuelta de modo unívoco por el

---

<sup>17</sup> KRIEG (1986: 256).

fallo arbitral de Dias de Aguiar. Sobre la base de esa presunción, bastaba con exigir su acatamiento como cosa juzgada para solucionar el problema fronterizo. No obstante, la realidad era más compleja. La ambigüedad en torno al sentido literal de la delimitación no estaba circunscrita al tratado. El texto de la sentencia arbitral no describe con precisión la integridad del trazado limítrofe que corresponde a la referencia geográfica «*divortium aquarum* entre el río Zamora y el río Santiago» contenida en el tratado.

El laudo en su conjunto, es decir, incluyendo sus partes analítica, considerativa y resolutiva, contiene conceptos fundamentales para sostener que la frontera sigue la línea terrestre natural más fácil de reconocer a lo largo de la zona, pero no describe taxativamente las características geográficas específicas de toda la línea de frontera. El punto clave es que la sentencia arbitral no dicta expresamente que las divisorias de aguas formadas por el río Cenepa constituyen parte del límite. El arbitraje ni siquiera menciona el río Cenepa en sus considerandos o en el fallo propiamente dicho. Solo se refiere a él de modo tangencial en dos ocasiones al analizar las interpretaciones de las partes. Por lo tanto, no podía exigirse que se cumpliese algo que el laudo no señala expresamente.

En consecuencia, el fallo arbitral era una herramienta fundamental para sustentar la interpretación peruana del tratado, pero el reto jurídico esencial era otro. Este era probar que demarcar la divisoria de aguas conformada por las nacientes del río Cenepa era una obligación que emana del tratado limítrofe, confirmada luego por el laudo, cosa que no era lo mismo ni daba igual. Lo accesorio, el laudo, tenía que seguir la suerte de lo principal, el tratado, y no viceversa como algunos especialistas sostenían. El deber de la delegación era demostrar fehacientemente que dicha obligación nacía directamente del texto del tratado. El desafío técnico consistía en demostrar que la realidad geográfica también sustentaba esa obligación jurídica, en abierta contradicción con el núcleo de la posición ecuatoriana.

Hoy, vistos los resultados obtenidos, los argumentos empleados por la delegación peruana no generan discusión alguna, pero el panorama era muy distinto a mediados de 1997. La estrecha imbricación de asuntos técnicos y jurídicos cuando se analiza y discute el tema de la cordillera del Cónedor ha frustrado a más de uno. La cordillera no está mencionada en el tratado ni en la resolución de la sentencia arbitral. El río Cenepa tampoco está mencionado en el tratado y, tal como se ha indicado, solo de paso en el laudo arbitral. Ante ello, el equipo de asesores de la cancillería peruana propuso evitar entablar el debate en los términos planteados por el Ecuador, es decir, en función de la presencia o ubicación física del punto de referencia geográfico estipulado en el tratado.

Los asesores jurídicos Fabián Novak y Fernando Pardo introdujeron la idea de desmontar los elementos constitutivos del error jurídico para probar su ausencia

en el tratado. El objetivo era derrumbar el componente sustantivo del supuesto error geográfico aducido por el Ecuador, concentrando la argumentación peruana en la falta de las condiciones requeridas para que se conformara la figura jurídica del error. Paralelamente, el equipo de asesores técnicos planteó sustentar la demanda peruana sobre la base del principio científico de la unicidad de las divisorias de aguas. El argumento técnico esencial consistía, en resumen, en que el límite estaba determinado físicamente por la única línea divisoria de aguas que une los puntos extremos del sector de frontera, al margen de la multiplicidad de ríos que pueden ser separados por ella. Emplear ese enfoque contaba con la ventaja adicional de aprovechar la utilización de dicho principio en el arbitraje de 1945 y en el laudo de 1994 respecto al caso de Laguna del Desierto entre la Argentina y Chile.

Si bien las dos propuestas eran simples en su formulación, ambas eran heterodoxas en el sentido de que se apartaban de los enfoques empleados tradicionalmente para tratar el asunto. Ello despertaba naturalmente reticencias desde perspectivas más conservadoras. El trasfondo del recelo percibido en el debate interno era la inquietud motivada por el hecho de que tan solo el Perú mantenía que existía línea de frontera. El Ecuador se limitaba a negarlo, sin proponer un trazado fronterizo alternativo. La posición del Ecuador era, en esencia, que había un vacío en la descripción limítrofe de 1942, no una divergencia de interpretaciones. Para el Ecuador toda variante de la línea propugnada por el Perú era aceptable. Le bastaba con el desvío de dicha línea para satisfacer sus reclamos. El Perú no tenía esa opción. La delegación peruana estaba forzada a demostrar que era inadmisible cualquier interpretación limítrofe concebible que se apartara un ápice de la divisoria de aguas formada por las nacientes del Cenepa.

La delegación adoptó los nuevos enfoques desarrollados en la cancillería, no obstante la persistencia de ciertas críticas y objeciones al respecto<sup>18</sup>. El hecho de que el Canciller Ferrero hubiese participado antes como delegado en su elaboración facilitó de manera significativa la aprobación de dicha línea argumental. Con ello todo quedó expedito para llevar a cabo las dos rondas de conversaciones restantes en Brasilia. La contraposición era tal que el mismo tema sería visto en dos rondas separadas, de acuerdo con el enfoque de cada parte, como dos caras de una misma moneda.

Las reuniones en Brasilia de septiembre de 1997 dejaron en evidencia la profundidad del desencuentro entre ambas partes. Las delegaciones ni siquiera

<sup>18</sup> Antonio Belaunde, quien fuera asesor jurídico durante las negociaciones sostenidas entre Perú y Ecuador de enero a abril de 1995, consideraba, por el contrario, que era insostenible el principio de la unicidad de las líneas divisorias de aguas y que el tribunal arbitral de Laguna del Desierto había errado judicialmente al emplearlo (BELAUNDE 1995: 109-112).

hicieron el esfuerzo de enumerar los cuantiosos puntos en discordia. Las actas correspondientes se limitaron a señalar que los desacuerdos quedaban registrados en las exposiciones y los comentarios hechos por las partes. De Trazegnies ha descrito la experiencia de constatar que las rondas de conversaciones no ofrecían la menor oportunidad para conciliar discrepancia alguna<sup>19</sup>. Cada parte sostuvo su punto de vista sin hacer la menor concesión de forma o de fondo.

En la cuarta ronda de conversaciones, el presidente de la delegación peruana presentó, con una firmeza que a veces no se alejaba mucho de la prepotencia, la demanda de que el Ecuador cumpliese con la obligación de terminar la demarcación de la línea divisoria de aguas, de conformidad con el tratado. El presidente de delegación ecuatoriano, el ex Canciller Edgar Terán, sostuvo con tono similar que, conforme al tratado, no era posible ejecutar la demarcación en la zona donde no se separan directamente las aguas que van a los ríos Zamora y Santiago.

Luego, en la ronda final, tras la exposición ecuatoriana sobre su aspiración de contar con algún tipo de acceso al Amazonas, de Trazegnies presentó el análisis mediante el cual se demostraba la ausencia de un error jurídico en el tratado. Seguidamente, el embajador Hugo de Zela leyó una declaración que provocó ofuscación entre los representantes ecuatorianos. La delegación peruana dejó sentado que no aceptaría discusión alguna que implicase una revisión de la frontera delimitada en 1942, de manera tal que quedaba descartada toda conversación referida a alguna fórmula de acceso soberano del Ecuador al Amazonas. Tras dicha declaración la sala permaneció en silencio. Este solo fue roto cuando el embajador Terán señaló secamente que la declaración peruana constituía un voto inaceptable. La sesión concluyó de inmediato sin ningún intercambio adicional de palabras. El único acuerdo alcanzado fue volver a encontrarse en Brasilia en noviembre para evaluar con los garantes la marcha del proceso.

### 3. EL TERCER ACTO

El 9 de octubre de 1997 el canciller Ferrero hizo pública la declaración mediante la cual el gobierno peruano rechazó expresamente la posibilidad de conversar sobre algún tipo de salida soberana ecuatoriana al curso del Amazonas. De acuerdo con Ferrero, dicha declaración pública significó el punto de inflexión que permitió al Perú retomar el control y la capacidad de iniciativa del proceso<sup>20</sup>. Sin embargo, tras haberse efectuado esta, las alternativas de acción en discusión oscilaban entre la suspensión temporal de las negociaciones y la aceptación formal de su fracaso

<sup>19</sup> DE TRAZEGNIES (1998: 156).

<sup>20</sup> FERRERO (1998: 18-20).

definitivo. La mayor parte de las especulaciones en Lima giraban en torno a cómo se procedería tras el colapso de la negociación. Las perspectivas de la reunión de evaluación programada en Brasilia no podían ser más negativas.

En esas circunstancias, días antes de que la delegación peruana partiese de Lima, los garantes presentaron un conjunto de medidas dirigidas a facilitar el entendimiento entre las partes. El núcleo de la propuesta consistió en separar las dos caras de la moneda. Los garantes plantearon tratar en distintos ámbitos los dos puntos pendientes de ejecución del tratado: la demarcación de la frontera y la suscripción del acuerdo de comercio y libre navegación fluvial. De esa manera la problemática fronteriza quedaba desvinculada del tema del acceso fluvial ecuatoriano. Desde la perspectiva brasileña, la fórmula permitía un ejercicio de «ambigüedad constructiva», donde el Ecuador dejaba de lado sus aspiraciones territoriales o soberanas y el Perú no demandaba la renuncia pública a las mismas, mientras ambas partes se concentraban en concertar acuerdos en los campos de interés mutuo<sup>21</sup>.

Tanto Ferrero como de Trazegnies reconocieron de inmediato que en dicha propuesta se encontraba la oportunidad de redefinir la agenda del proceso y reorientarlo hacia la consecución de un arreglo. Ferrero instruyó que se procediera a reestructurar el marco conceptual y procesal de las negociaciones sobre la base de la propuesta de los garantes. La reunión que para tal efecto se llevaría a cabo en la capital brasileña constituiría el punto de quiebre del conjunto de iniciativas emprendido desde el estallido del conflicto militar; pero para lograrlo, primero el equipo conformado por de Trazegnies y De Zela habría de negociar directa y arduamente con los altos representantes de los países garantes para salvaguardar los intereses peruanos.

La mediación de los garantes alcanzó en noviembre de 1997 su expresión más nítida y directa. Desde el punto de vista de los garantes, sus planteamientos subrayaban que los objetivos económicos y estratégicos anhelados por el Ecuador podían ser alcanzados, en la práctica, sin la revisión de la frontera con el Perú<sup>22</sup>. Ello significaba que el tema de la demarcación quedaba circunscrito al tratado y que los intereses amazónicos ecuatorianos quedaban constreñidos al ámbito del acuerdo de libre navegación dispuesto en 1942. Era obvio que el enfoque de los garantes en cuanto a la navegación fluvial respondía al sistema multimodal de hidrovías interconectadas entre Brasil y Paraguay, un modelo recogido hoy para el ámbito sudamericano en la iniciativa de integración física regional (Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Sudamericana-IIRSA). También era claro que los garantes no tenían dudas sobre la obligatoriedad de ceñirse al

<sup>21</sup> BIATO (2004: 11).

<sup>22</sup> BIATO (2004: 9).

tratado limítrofe para efectos de marcar en el terreno la línea frontera. El reto principal de la delegación peruana consistió, por lo tanto, en asegurar que los términos de referencia del convenio fluvial estuviesen amparados por el Protocolo de Río. No estaba en discusión el marco jurídico de la demarcación.

Este último punto no fue percibido con claridad desde Lima. La delegación consideraba que era necesario aprovechar la oportunidad avanzar lo más posible en la definición de los procedimientos para reformular el marco de la negociación. La cancillería peruana discrepó con dicho punto de vista. La delegación se vio entonces en la necesidad de negociar paralelamente con los garantes en Brasilia y con las autoridades políticas en Lima.

El meollo del debate entre Brasilia y Lima giró en torno a la evaluación de los garantes sobre el tema demarcatorio. En Lima persistía la noción de que ellos podrían mantener la intención de apartarse del marco jurídico impuesto por el tratado. La evidencia en Brasilia demostraba lo contrario. La propuesta sobre la mesa era someter ante un grupo de expertos la discusión jurídica y técnica sobre la demarcación pendiente, excluyendo criterios ajenos al marco legal pactado en 1942. La delegación ecuatoriana insistía en que el resultado del análisis de los expertos fuera obligatorio, mientras que la delegación peruana recibía instrucciones en sentido contrario. El temor de que los garantes no se ciñieran al Protocolo prevaleció en Lima. Las diferencias entre las perspectivas desde Brasilia y Lima impidieron que se aprobara el proyecto de texto comprensivo elaborado inicialmente.

Los garantes propusieron, como alternativa de última hora, un texto minimista que permitiera, al menos, redefinir la agenda del proceso. Esta quedaría fijada en torno a cuatro temas: navegación fluvial, integración fronteriza, demarcación y medidas de confianza militar, dejando para una oportunidad posterior la precisión sobre los procedimientos a seguir. La aprobación del texto alternativo demandó casi veinticuatro horas de constante intercambio de opiniones entre Lima y Brasilia. De Trazegnies y De Zela, con el apoyo de toda la delegación, insistieron la noche entera en sustentar la conveniencia de adoptar el texto propuesto por los garantes. Finalmente, la autorización presidencial requerida llegó a primera hora del 26 de noviembre y se procedió a firmar la Declaración de Brasilia.

En el camino de retorno a Lima, la delegación en su conjunto ocultaba con dificultades la frustración por la oportunidad perdida. Había sido innegable el desfase producido entre los delegados y las autoridades políticas en Lima. Como en toda negociación internacional, la delegación hubo de confrontar los intereses en juego con la otra parte y el margen de lo posible con las autoridades en su capital. En este caso, la distancia física entre la mesa de negociaciones y la cancillería peruana se había expresado con claridad. Lo que era evidente en Brasilia

no lo fue en Lima. Durante el viaje de retorno de Trazegnies se concentró en recomponer los ánimos y las expectativas. Sus palabras permitieron al equipo recobrar el aliento necesario para convencer a las autoridades en Lima de que la vía abierta con la Declaración de Brasilia permitía resolver el problema bilateral respetando escrupulosamente el Protocolo de Río de Janeiro.

Las reacciones de la opinión pública peruana oscilaron del reconocimiento de la importancia del paso conseguido en Brasilia hasta el rechazo al nuevo esquema negociador adoptado. Tal vez nadie sintetizó mejor la variación de opiniones que Alejandro Deustua (1997) cuando señaló que para unos haber evitado el colapso de las negociaciones era suficiente para considerar un éxito la suscripción de la Declaración de Brasilia. Para otros, se había logrado un avance irreversible al sujetar explícitamente los temas de la demarcación y la navegación fluvial al marco del tratado de 1942. Por último, algunos estimaban que los compromisos asumidos en la capital brasileña eran inciertos y negativos puesto que entraría en tela de juicio la totalidad de la línea de frontera que se extiende entre ambos países.

Las posteriores reuniones de evaluación en Lima llevaron a la recomposición del equipo de asesores de la delegación peruana. Tras discutirse en extenso las diferentes alternativas disponibles, el Canciller Ferrero optó por proseguir decididamente por la ruta abierta en Brasilia. Ello significó dejar de lado las suspicacias en torno a la idea de someter las interpretaciones de cada parte sobre la demarcación a la opinión de los expertos de los garantes. Los enfoques de cada parte habrían de ser confrontados y analizados por terceros, pero se mantuvo la resistencia a aceptar que las opiniones de los expertos fuesen obligatorias. Esa oposición se basó en el supuesto de que no era jurídicamente aceptable una decisión interpretativa complementaria relativa a un sector fronterizo ya sometido a un arbitraje previo<sup>23</sup>. No obstante, si bien las conclusiones de los expertos no serían vinculantes u obligatorias, estas serían determinantes para configurar toda propuesta de solución. El sometimiento de ambas posiciones a un análisis imparcial constituía en sí mismo un logro para la parte ecuatoriana. Para la parte peruana, el único logro relevante consistía en que el resultado final coincidiera con la interpretación de la línea fronteriza sostenida por el Perú en la zona de la cordillera del Condor.

De conformidad con las instrucciones impartidas por el Canciller peruano, la delegación reanudó las negociaciones para definir el cronograma de aplicación

---

<sup>23</sup> De Trazegnies no tenía oposición de principio ante la idea de recurrir a un arbitraje sobre el tramo fronterizo sin demarcar. En 1995 incluso propuso dicha opción en un artículo. No obstante, en Lima prevaleció la noción de que no era factible aceptar un fallo interpretativo complementario (FERRERO 1998: 37), aun cuando dicha opinión fuese inconsistente con la jurisprudencia internacional. De hecho, dos de los países garantes, Argentina y Chile, sometieron puntos en discordia del laudo limítrofe de 1902 a arbitrajes interpretativos adicionales en 1966 y 1994.

de la Declaración de Brasilia. Una primera reunión se llevó a cabo para tal efecto en Buenos Aires. Tras los acostumbrados avances y retrocesos que demandó la elaboración de cada documento a lo largo del proceso, en enero de 1998 se suscribió la versión final del mencionado cronograma. Conforme al mismo, cuatro comisiones binacionales trabajarían simultáneamente en las capitales de los países garantes sobre la base de la agenda convenida en la Declaración de Brasilia. Este esquema de trabajo significaría el desplazamiento, en ciertos momentos, de decenas de comisionados y asesores, así como la estrecha colaboración y coordinación de las seis cancillerías involucradas.

La comisión binacional de demarcación definiría los desacuerdos que serían sometidos al estudio y evaluación de los grupos de expertos, de manera tal que los temas no presentados a los expertos quedarían extinguidos al alcanzarse la solución global procurada. Trazegnies fue encargado de dirigir dicha comisión, en compañía del embajador Colunge y el almirante Brousset, y ella inició sus actividades el 17 de febrero de 1998, tres años después de la firma de la Declaración de Itamaraty.

La primera tarea del equipo encabezado por de Trazegnies fue precisar los alcances específicos de los desacuerdos demarcatorios que serían objeto del análisis de los expertos. Las tratativas con la contraparte ecuatoriana se tornaron más densas, meticulosas y lentas. Ante la imposibilidad de convenir en definiciones conjuntas se optó, como de costumbre, por elaborar y presentar propuestas alternativas a los representantes de los garantes, con el objeto de encontrar formulaciones mutuamente aceptables. En esta oportunidad no fue posible lograr un acuerdo sobre la descripción de los temas en discordia. Eventualmente, cada parte sometió su propia definición de cada problema al análisis de los expertos en los casos de Lagartococha, Cusumasa-Yaupi y Zamora-Santiago/cordillera del Condor.

El primer asunto, Lagartococha, giraba en torno a la validez de los últimos cuatro hitos de frontera instalados en 1946 el extremo oriental de la frontera peruano-ecuatoriana. En el caso Cusumasa-Yaupi se recogieron las divergencias técnicas registradas debidamente en las actas demarcatorias de 1948 y 1949. Finalmente, en cuanto al tema de la cordillera del Condor o de la divisoria Santiago-Zamora, ambas partes reiteraron sus enfoques irreconciliables del problema: la obligación de ejecutar conforme al tratado la demarcación restante versus la imposibilidad de ejecutar la demarcación descrita en el tratado.

La segunda tarea emprendida por de Trazegnies fue efectuar una revisión a profundidad de los argumentos elaborados hasta entonces por la parte peruana. En esa fase la responsabilidad directa de sustentar las interpretaciones peruanas recayó sobre los diplomáticos Luis Solari y Luis Sandoval, quienes fueron nombrados expertos para los grupos encargados de los sectores Lagartococha y

Zamora-Santiago/cordillera del Cóndor, respectivamente. El embajador Solari llevó a cabo un acucioso análisis de los antecedentes del caso a su cargo, que lo llevó a replantear el problema de Lagartococha en función de una lectura rigurosamente objetiva de las fuentes directas disponibles. El ministro Sandoval, quien tuvo bajo su responsabilidad los temas de los tramos pendientes Cusumasa-Yaupi y entre los hitos Cunhuime Sur y 20 de Noviembre, contó con la asistencia de los juristas extranjeros contactados para colaborar con la delegación peruana. Entre ellos, el profesor inglés Keith Hight resultó ser el internacionalista más efectivo para consolidar los argumentos desarrollados por el equipo peruano.

Conforme al derecho internacional, la figura jurídica del error requiere la presencia conjunta de sus tres elementos constitutivos: que el error de hecho exista y que este sea a la vez esencial y excusable. La falta de uno de esos tres elementos impide reconocer la figura del error. De acuerdo con el enfoque planteado por los asesores jurídicos, bastaba con demostrar la ausencia de uno de ellos para que no pudiese sustentarse jurídicamente que el tratado de 1942 contiene un error, tal como sostenía el Ecuador. Sin embargo, resultaba más conducente para asegurar los fines perseguidos demostrar la ausencia de los tres componentes del error.

La argumentación jurídica desarrollada por el Perú hasta entonces era particularmente sólida en cuanto a probar la ausencia del carácter esencial o excusable de algún error en el tratado. Sin embargo, ciertas dudas persistían en cuanto a la claridad para negar la presencia de un error de hecho en el texto limítrofe, debido a que la letra del tratado menciona expresamente la divisoria entre los ríos Zamora y Santiago, sin hacer referencia alguna al río Cenepa o a la cordillera del Cóndor. Este punto específico constituía una preocupación constante desde el punto de vista jurídico. La intervención de Hight fue clave para cementar la idea de que el texto del tratado de 1942 no contiene error de hecho alguno.

Hight sostuvo persuasivamente que la mención de los dos ríos comparables en la zona, el Santiago y el Zamora, constituía una descripción jurídicamente consistente que definía el emplazamiento del espacio geográfico delimitado. Sobre la base de esa premisa, el reputado internacionalista inglés desarrolló los argumentos jurídicos mediante los cuales se desvaneció el fantasma de la presencia de un error geográfico en la letra del tratado. El alivio de Trazegnies como jurista resultó palpable la tarde que Hight concluyó su exposición. A partir de entonces, tanto de Trazegnies como Colunge sostuvieron con renovada convicción de que incluso una lectura estrictamente literal del tratado llevaba a concluir que, de hecho, no existía un error en su texto.

Adicionalmente, identificando y analizando las fuentes bibliográficas empleadas por Dias de Aguiar, en especial las obras del internacionalista brasileño Hildebrando Accioly y del experto en demarcación italiano Vittorio Adami, se

logró precisar y desarrollar los conceptos jurídicos y técnicos empleados a inicios de la década de 1940 para definir la frontera peruano-ecuatoriana. Sobre la base de dicho análisis resultó claramente demostrable que el concepto hidrográfico de divisoria de aguas está técnica y jurídicamente unido a la formación orográfica o cordillera que sirve como accidente delimitador. También quedó comprobado, tal como expuso el propio Dias de Aguiar en otro laudo arbitral suyo, que la ubicación cartográfica exacta de los accidentes naturales no es un concepto relevante para efectos de la delimitación de fronteras. Con ello, mediante fuentes directas imparciales se desvirtuaban premisas básicas de las posiciones sustentadas por el Ecuador.

Tomando en consideración el conjunto de argumentos revisado, de Trazegnies denominó al vértice de la interpretación peruana como «el principio jurídico de los zapatos secos». De acuerdo con el mismo, la línea de frontera tenía que mantener obligatoriamente la característica de ser una línea terrestre o seca, por estar definida por una divisoria de aguas. En otras palabras, uno debía ser capaz de recorrer la línea limítrofe sin mojarse los zapatos, evitando cortar todo curso de agua entre los puntos extremos, zigzagueando entre las nacientes de todos los ríos ubicados en la zona.

Una vez finalizada la exhaustiva revisión, de Trazegnies dispuso que equipos de comisionados y asesores se desplazaran al extranjero para contactar directamente a los expertos designados por los países garantes. El objetivo perseguido consistió en proporcionarles fuentes directas de información para que efectuaran sus análisis sin las distorsiones provenientes de las numerosas fuentes bibliográficas disponibles. Desde 1995 se había constatado que la vasta cantidad de textos ecuatorianos vinculados a la temática fronteriza había logrado convertir una serie de afirmaciones parcializadas y sin sustento en supuestos hechos incontrovertibles. El alto número de obras ecuatorianas al respecto produjo que la reiteración de determinadas distorsiones claves las transformara en argumentos fácticos para diversos autores provenientes de terceros países e incluso del Perú.

Las fuentes directas contrarrestaban dicho efecto. Estas permitían demostrar que Perú y Ecuador desde 1942 hasta 1950 demarcaron de común acuerdo la línea de frontera a lo largo de la mayor parte de la cordillera del Cónedor, con pleno conocimiento de la realidad geográfica y en fiel cumplimiento del tratado limítrofe. Los argumentos sostenidos por el Ecuador para evadir la obligación de concluir la demarcación no resistían la confrontación con las fuentes de información directas conseguidas por el Perú desde 1995 en los archivos documentales en Lima, Estados Unidos y Brasil. Sobre la base de dicha información, los equipos peruanos expusieron ante los expertos, en detalle, la problemática de cada caso y los argumentos correspondientes.

La última fase del análisis jurídico y técnico consistió en llevar a cabo en Brasilia las reuniones de los grupos de expertos. En ellas, el ministro Sandoval y el embajador Solari expusieron las versiones definitivas de las argumentaciones peruanas, y luego ambos hubieron de discutir en extenso con los expertos ecuatorianos al interior de cada grupo. La contraparte de Sandoval fue el veterano embajador Teodoro Bustamante, y Solari hubo de lidiar con el ex Canciller Julio Prado Vallejo, experimentado diplomático que fuera precisamente director de la oficina de demarcación fronteriza de su país desde 1946 hasta 1950. Aludiendo a las referencias cinematográficas de ese entonces, la exposición de Sandoval fue calificada como una superproducción similar a la de la película *Titanic*, por su envergadura y ayudas visuales. La intervención de Solari fue comparada con la sobresaliente actuación de Jack Nicholson en *Mejor imposible*.

El resultado concreto de la meticulosa labor llevada a cabo por el equipo dirigido por de Trazegnies se expresó el 8 de mayo de 1998. La tarde de ese día los grupos de expertos emitieron sus opiniones. Los expertos de los garantes reconocieron sin ambages la validez íntegra de la interpretación peruana sobre el tramo sin demarcar a lo largo de la cordillera de Cónedor. También definieron el trazado fronterizo correspondiente al tramo Cusumasa-Yaupi en cumplimiento del fallo arbitral de Dias de Aguiar, y reconocieron la validez de los hitos instalados en las nacientes del río Lagartococha, conforme al punto de vista sostenido por el Perú.

Los expertos señalaron que el tratado en efecto determina los elementos indispensables para fijar la frontera sobre la cordillera del Cónedor, a lo largo de la única línea divisoria de aguas que une los puntos extremos del sector limítrofe, en concordancia total con la lectura del tratado propugnada por el Perú. Concluyeron que era una obligación internacional completar la demarcación de las divisorias que bordean las nacientes del río Cenepa, describiéndolas taxativamente para evitar el más mínimo margen de duda, tanto de modo textual como mediante su ilustración cartográfica para zanjar el asunto de manera incontrovertible.

#### **4. EL ACTO FINAL**

El semestre que transcurrió entre mayo y octubre de 1998 habría de demandar los mayores y mejores esfuerzos de de Trazegnies como negociador. Los expertos ecuatorianos rechazaron de plano la opinión de sus colegas en el caso de la cordillera del Cónedor. La parte ecuatoriana no estaba dispuesta a aceptar automáticamente dicha opinión y tampoco podía demandarse que la cumplieran. Los representantes ecuatorianos recalcaron que el Perú había abogado para que las opiniones de los expertos carecieran de efecto obligatorio. La parte peruana habría de asumir el costo de no haber aceptado en su momento conferirles carácter vinculante.

El rechazo inicial ecuatoriano a las opiniones de los expertos agotó las negociaciones al interior de la comisión presidida por de Trazegnies. Una situación similar ocurrió en la capital argentina. El trabajo de la comisión encargada de elaborar el acuerdo de libre navegación fluvial también se frenó en su etapa final. Ello motivó que de inmediato se celebrara una reunión de viceministros para intentar desbloquear la situación. El encuentro de los viceministros y los altos representantes de los garantes se llevó a cabo en mayo en Buenos Aires, pero no permitió que se lograra avance alguno. En julio, un segundo intento para deshacer el doble nudo se efectuó entre los cancilleres de las partes en Washington. La reunión ministerial también resultó infructuosa. Se avanzó con la idea de establecer reservas naturales colindantes en la zona fronteriza, pero la insistencia peruana en demarcar el límite se contrapuso irresolublemente a la propuesta ecuatoriana de crear un parque binacional sin separación física. De esa manera quedaron agotadas las negociaciones entre viceministros y ministros de Relaciones Exteriores para concertar fórmulas que permitieran concluir la ejecución del Protocolo de Río de Janeiro, tanto en sus aspectos demarcatorios como de navegación fluvial.

Entre tanto, una vez conocido el resultado de las opiniones técnicas y jurídicas desapareció toda posibilidad de fijar en la zona de la cordillera del Cóndor una línea de frontera ajena a la divisoria de aguas. Había quedado demostrado por el Perú y reconocido por los expertos que todo el sistema fluvial del río Cenepa discurre íntegramente dentro de territorio peruano. Como efecto de ello, círculos ecuatorianos opuestos a aceptar dicha situación propiciaron acciones para evitar que se alcanzara un arreglo. En el transcurso del cambio de gobierno del mandatario interino Fabián Alarcón al presidente electo Jamil Mahuad, tropas ecuatorianas se infiltraron a territorio peruano a través de la zona sin demarcar al sur del área desmilitarizada. La primera reacción peruana fue responder militarmente a la provocación y las tropas de ambos países estuvieron a punto de reiniciar las hostilidades.

Afortunadamente, los esfuerzos del Canciller Ferrero impidieron que se concretara la opción bélica. Desplegó toda su energía para preservar la solución pacífica que descansaba sobre la base de las opiniones de los expertos. Tal vez nunca se multiplicó tanto Ferrero como esos días para demostrar ante las autoridades políticas y militares que el interés nacional residía en asegurar los logros decisivos alcanzados en la negociación con el Ecuador. La alternativa belicista era un recurso de último minuto ajeno a los intereses peruanos. Gracias a la decidida actitud de Ferrero y el concurso activo de los garantes, tras intensas negociaciones sostenidas en la embajada de Brasil en Quito se amplió la zona supervisada por la Misión de Observadores Militares Ecuador-Perú (MOMEP) y se disipó la amenaza de la guerra.

El bloqueo persistió, sin embargo, entre los cancilleres de Perú y Ecuador. Esto llevó al inicio de tratativas presidenciales con el apoyo decidido del jefe de Estado brasileño, Fernando Enrique Cardoso. A partir de agosto de 1998 hubo una serie de encuentros entre jefes de Estado y altos asesores de las partes y los garantes para encontrar una solución viable. Los presidentes de las comisiones de demarcación y de libre navegación, de Trazegnies y Alfonso de los Heros, así como el presidente de la comisión que negoció exitosamente el acuerdo de integración fronteriza, el embajador Jorge Valdez, redoblaron sus esfuerzos para tratar de alcanzar el acuerdo global que se perfilaba en el horizonte.

La traba principal residía en el marco subjetivo resultante tanto del «peso de la historia» como de las acciones militares ocurridas en 1995. Las opiniones de los expertos confirmaron que la retórica limítrofe mantenida por el Ecuador desde 1950 era infundada. Reconocerlo significaba para ese país aceptar que su percepción territorial tenía que ceñirse estricta y perpetuamente al espacio pactado en 1942. Medio siglo de reclamos posteriores había sido en vano. Como resultado de ello, el punto central del conflicto militar de 1995, Tiwinza, se había convertido en el discurso ecuatoriano en un símbolo de dignidad nacional, en el último bastión del mito de la Amazonía perdida, una suerte de Troya amazónica.

Sin embargo, conforme a la línea de frontera reconocida por los expertos, toda la zona del conflicto, la integridad de las nacientes del Cenepa, se encontraba sin duda alguna en territorio peruano y las autoridades peruanas se opusieron a toda propuesta que no la respetase escrupulosamente. Toda alternativa que significara una alteración suya fue rechazada por el Perú. La posibilidad de convenir en la permuta de áreas equivalentes fue descartada, al igual que la idea de recurrir a las concesiones recíprocas contempladas en el tratado para hacer ajustes geográficos. La parte peruana no cedió en su oposición a modificar la frontera. La parte ecuatoriana persistió en procurar la concesión de una leve modificación de la frontera.

En medio de esa coyuntura Eduardo Ferrero renunció al cargo de Canciller, mientras se llevaba a cabo en Estados Unidos un nuevo encuentro presidencial para continuar discutiendo sobre un posible arreglo. La dimisión de Ferrero fue seguida por la del viceministro Hugo Palma y la del presidente de la comisión de navegación fluvial. De manera similar a lo que ocurrió en julio de 1997, cuando renunciaron el Canciller y el presidente de la delegación peruana, Fernando de Trazegnies asumió la responsabilidad de cubrir el vacío producido. El 12 de octubre fue nombrado ministro de Relaciones Exteriores y a partir de entonces le cupo dirigir desde la cancillería el último tramo de la negociación con el Ecuador.

A la semana se logró concluir el acuerdo de libre navegación fluvial previsto en el tratado, pero se mantuvo inamovible la negativa peruana a modificar la línea de frontera para contemplar alguna concesión territorial simbólica, tal como pretendía

la parte ecuatoriana. La imposibilidad de alcanzar un acuerdo directo al respecto motivó que las partes no tuvieran otra opción que solicitar el concurso presidencial de los países garantes. Estos solicitaron como condición previa que los congresos de Perú y Ecuador aprobasen el procedimiento de recurrir a los garantes como instancia definitoria asumió la tarea de sustentar el pedido de los garantes ante el Congreso, dentro de un clima político enardecido por la sensibilidad del tema, las expectativas e inseguridades latentes, las variables de política interna y los sentimientos nacionalistas. Además, en el caso peruano, a diferencia del ecuatoriano, la política informativa seguida durante las negociaciones había sido deficiente. La falta de fluidez y claridad en la difusión de la información concerniente a las tratativas en curso solo alimentaba las dudas y los resquemores de la opinión pública.

Las prolongadas sesiones sostenidas ante el Congreso por de Trazegnies confirmaron el alto grado de sensibilidad y desconfianza imperante. No obstante contar con la seguridad de que la opinión de los expertos garantizaba culminar, finalmente, la demarcación de la frontera de conformidad con el tratado limítrofe, el intenso debate parlamentario resultó acucioso, acalorado y en ciertas ocasiones incluso agresivo. En un momento de particular tensión, de Trazegnies recalcó que el mejor homenaje a los soldados muertos en 1995 era precisamente asegurar que quedase fijada a perpetuidad la integridad de la frontera peruana y evitar así que hubiesen luchado en vano. Las disputas y controversias con el Ecuador sobre la frontera habían subsistido durante casi 170 años, más de un siglo hasta la firma del tratado limítrofe en 1942 y casi sesenta años después permanecía inconclusa la tarea demarcatoria. Era hora de lograr el objetivo nacional de señalar en el terreno de la totalidad del límite con ese país. Al final de la noche, tras agotarse las discusiones, en la sede del Congreso prevaleció el ánimo de resolver de manera definitiva el problema con el Ecuador y fue aprobada la iniciativa de recurrir en última instancia a los garantes.

Días después los garantes emitieron su punto de vista vinculante. Luego, el 26 de octubre de 1998, Fernando de Trazegnies suscribió en Brasilia el conjunto de convenios que conforma el acuerdo global y definitivo alcanzado entre Perú y Ecuador, con el concurso de los cuatro países garantes del Protocolo de Río de Janeiro.

## EPÍLOGO

De Trazegnies comparó en una ocasión el papel que desempeñó en la negociación con el Ecuador como el del director de una orquesta<sup>24</sup>. Sin embargo, hay buenos y malos directores. La mejor partitura puede ser cacofónica en manos torpes y una conducción inspirada puede asegurar el resultado contrario. La conducción

---

<sup>24</sup> DE TRAZEGNIES (1998: 157).

de de Trazegnies en este caso logró que se produjera una sincronía perfecta con la opinión de los expertos. De hecho, esta no pudo haber sido escrita con mayor claridad para despejar toda duda sobre el tramo de la frontera persistentemente cuestionado por el Ecuador.

Dicha opinión constituye la primera ocasión en la cual un instrumento jurídico señala de manera inequívoca que el trazo de la frontera bordea las nacientes del río Cenepa. Tiende a desconocerse u omitirse señalar este hecho fundamental. El grado de precisión técnica, jurídica y geográfica logrado en 1998 con la opinión de los expertos no tiene precedentes en el conjunto de textos limítrofes y demarcatorios que vinculan a Perú y Ecuador.

Gracias a ello, la tarde del 11 de mayo de 1999 un helicóptero MI-17 despegó de una cima en la cordillera del Cóndor que separa las aguas que discurren hacia el sur al río Cenepa y hacia el norte al río Coangos. Una brigada peruano-ecuatoriana venía de instalar en ese lugar el último hito fijado sobre la frontera entre ambos países, casi 57 años tras la firma del tratado limítrofe.

## BIBLIOGRAFÍA

ADRIANZÉN, Alberto

1998 «Perú y Ecuador: enemigos íntimos». *Quehacer*. Lima, número 113, pp. 8-14.

1998b «Herida cerrada, heridas abiertas». *Quehacer*. Lima, número 115, pp. 4-7.

BAHAMONDE, Ramón (editor)

1990 *Relaciones del Perú con Brasil, Colombia y Ecuador*. Lima: Centro Peruano de Estudios Internacionales.

BELAÚNDE, Antonio

1995 *Nuestro problema con Ecuador*. Lima: Ariel.

BONILLA, Adrián

1996 «Proceso político e intereses nacionales en el conflicto Ecuador-Perú». *Nueva Sociedad*. Caracas, número 143, pp. 30-40.

1999 «Fuerza, conflicto y negociación: proceso político de la relación entre Ecuador y Perú». En BONILLA, Adrián (editor). *Ecuador-Perú: horizontes de la negociación y el conflicto*. Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, pp. 13-30.

BIATO, Marcelo

1999 «O processo de paz Peru-Ecuador: 1995-1998». *Parcerias Estratégicas*. Brasilia, número 6, pp. 241-247.

- DENEGRI, Félix
- 1996     *Perú y Ecuador. Apuntes para la historia de una frontera.* Lima: Bolsa de Valores de Lima e Instituto Riva-Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- DE TRAZEGNIES, Fernando
- 1998     «Con la razón y con el corazón». *El Dorado.* Lima, Promperú.
- DEUSTUA, Alejandro
- 1997     «Perú-Ecuador: una nueva ruta de solución». *Quehacer.* Lima, número 110, pp. 20-21.
- 1998a    «¿En la etapa final?». *Quehacer.* Lima, número 114, pp. 31-35.
- 1998b    «La diplomacia presidencial». *Análisis Internacional.* Lima, número 15.
- DOWNES, Richard y Gabriel MARCELLA (editores)
- 1998     *Security Cooperation in the Americas: Lessons from the 1995 Ecuador-Peru Conflict.* Miami: North-South Center.
- ESPINOSA, Carlos
- 1999     «La negociación como terapia». En BONILLA, Adrián (editor), *Ecuador-Perú: horizontes de la negociación y el conflicto.* Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, pp. 111-138.
- FERRERO, Eduardo
- 1998     «El proceso para la plena ejecución del Protocolo de Río de Janeiro. Un testimonio». *Análisis Internacional.* Lima, número 15.
- HACKLEY, Susan
- 2004     *First, empathize with your adversary.* Washington: Negotiation.
- KRIEG, William
- 1986     *Ecuadorean-Peruvian Rivalry in the Upper Amazon.* Washington: US State Department Press.
- MARCELLA, Gabriel
- 1995     *War and Peace in the Amazon: Strategic Implications.* Carlisle: Strategic Studies Institute.
- MCCLINTOCK, Cynthia
- 2000     *The United States and Peru in the 1990.* Washington: GWU.
- NAMIHAS, Sandra (editora)
- 2000     *Proceso de Conversaciones para la solución del diferendo peruano-ecuatoriano.* Lima: Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

NEIRA, Hugo

- 1996 *Hacia la tercera mitad*. Lima: Sidea.

OBANDO, Enrique

- 1995 «La agenda de seguridad y defensa nacional en el Perú». *Análisis Internacional*. Lima, número 9, pp. 67-76.

PALMER, David Scott

- 1997 «Peru-Ecuador Border Conflict: Missed Opportunities, Misplaced Nationalism, and Multilateral Peacekeeping». *Journal of Inter-American Studies*. Washington, volumen 39, número 3, pp. 109-148.
- 1999 «El conflicto Ecuador-Perú: el papel de los garantes». En BONILLA, Adrián (editor). *Ecuador-Perú: horizontes de la negociación y el conflicto*. Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, pp. 31-60.
- 2000 *Overcoming the Weight of History*. Boston: University of Boston.

SIMMONS, Beth

- 1999 *Territorial Disputes and their Resolution: The Case of Ecuador and Peru*. Washington: United States Institute of Peace.

ST. JOHN, Bruce

- 1996 «Conflict in the Cordillera del Condor: The Ecuador-Peru Dispute». *IBRU Boundary and Security Bulletin*. Durham, volumen 4, número 1, pp. 78-85.
- 1999 «Las relaciones Ecuador-Perú: una perspectiva histórica». En BONILLA, Adrián (editor). *Ecuador-Perú: horizontes de la negociación y el conflicto*. Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, pp. 89-110.

WIEDNER, Glenn

- 1996 «Operation Safe Border: The Ecuador-Peru Crisis». *Joint Force Quarterly*. Washington, número 11, pp. 52-58.

# EL ESTATUS JURÍDICO INTERNACIONAL DE LA SOBERANA ORDEN DE MALTA

*Jorge Luis Collantes González\**

## INTRODUCCIÓN

El origen de la Soberana Orden de Malta (SOM)<sup>1</sup> se remonta a alrededor del año 1050, cuando el Califa de Egipto consintió que mercaderes de la República de Amalfi pudieran construir una iglesia, un convento y un hospital en Jerusalén. La finalidad del hospital era brindar atención y asistencia independientemente de las creencias, fe o raza de las personas.

Posteriormente, mediante la bula del 15 de febrero de 1113 del papa Pascual II, se aprobó la fundación del hospital y quedó este convertido en orden religiosa con el nombre de Orden de San Juan de Jerusalén y bajo la tutela de la Santa Sede. Asimismo, la bula reconoció que la Orden de San Juan de Jerusalén tendría derecho a elegir libremente a sus autoridades, sin interferencia de autoridades laicas ni religiosas. En virtud de aquella bula, el hospital se transformaba en una orden exenta de la Iglesia en materia de elección de sus autoridades y se le reconocía también la propiedad sobre sus bienes.

La presencia de la SOM en el tiempo está llena de interesantes circunstancias que han atraído la atención de historiadores, juristas y curiosos. Desde su nacimiento hasta hoy atravesó por diferentes momentos, unos de gloria y otros de incertidumbre<sup>2</sup>, pero siempre permaneció en el tiempo con los mismos objetivos que se recogen en su lema: *Tuitio Fidei et Obsequium Pauperum* (la defensa de la fe y el servicio a los pobres).

---

\* Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de Cataluña. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

<sup>1</sup> <<http://www.orderofmalta.org>>.

<sup>2</sup> Véase MARROCO TRISCHITTA (s/a).

Desde sus primeros años hasta la actualidad la SOM mantiene a la cabeza a un Gran Maestre<sup>3</sup>, a quien en la comunidad internacional se le reconocen las prerrogativas propias de un jefe de Estado. Asimismo, la Orden ejerce derecho de legación, emite pasaportes y sellos postales, acuña monedas y su presencia en el plano internacional es cada vez mayor, tal como lo demuestran su labor humanitaria, su quehacer institucional en lo cotidiano y el volumen de sus relaciones internacionales.

En el presente aporte intentaremos contestar las siguientes interrogantes: ¿Cuál es la situación jurídica de la SOM en el sistema de fuentes del derecho internacional en materia de subjetividad y soberanía? ¿Se trata de una organización no gubernamental? ¿Cómo se explica la soberanía en una orden de carácter religioso como la SOM respecto de la Santa Sede y la autoridad de un jefe de Estado como es el papa? ¿Con qué normas se regulan las relaciones entre la SOM y los Estados? ¿Están los Estados obligados a respetar las prerrogativas de la Orden si no mantuvieran relaciones diplomáticas con esta?

## 1. LA CREACIÓN Y LA PERMANENCIA DE LA ORDEN EN EL TIEMPO

### 1.1 Recorrido histórico: desde la bula del 15 de febrero de 1113 hasta nuestros días

Con la constitución del reino de Jerusalén por los cruzados, la Orden asumió la defensa militar de los territorios cristianos, sin que ello implicase un abandono de las tareas de asistencia humanitaria. La Orden pasó a ser religiosa y militar a la vez.

Tras la pérdida de Tierra Santa (1291), la Orden se estableció en Rodas (1310), donde la alimentó su poderío militar para defensa de la cristiandad.

En 1523 el sultán Solimán hizo que la Orden abandonara Rodas. Quedó entonces temporalmente sin base territorial, hasta que en 1530 se instaló en Malta. Importa rescatar aquí un dato que suele pasar inadvertido: la Orden se retiró de Rodas con honores y el Gran Maestre fue respetado por las tropas del sultán en su dignidad de soberano.

Una vez instalada en Malta, la Orden vivió sus mejores épocas. Su protagonismo en defensa de la cristiandad es intenso y quizá lo más memorable sea su participación en la batalla de Lepanto (1571). En Malta se funda el Gran Hospital (1664); destacan también la enseñanza de la medicina (se graduaría la primera mujer médica para luego ejercer su profesión), la existencia de una biblioteca y

<sup>3</sup> Si bien se reconoce como primer Gran Maestre *strictu sensu* a frey Raymond du Puy, quien asume su cargo en 1120, no se desconoce al beato Gerardo como su antecesor, quien figura oficialmente en la lista de gobernantes de la Orden.

la implantación de cátedras de Náutica y Matemáticas, así como la creación de la primera cátedra de Oftalmología del mundo.

En 1789 Napoleón organiza su expedición a Egipto y en el camino ocupa la isla de Malta. Si bien hay datos que pudieran hacer pensar que la Orden podía repeler la ocupación padecida, también es necesario tener en cuenta que en tales circunstancias habría pesado más su convicción de nunca utilizar las armas contra otros cristianos. Tampoco hay que perder de vista el poderío de los ejércitos napoleónicos. Ante todo ello, lo cierto es que la Orden abandona la isla de Malta y empieza un período de exilio. Napoleón pone fin a los mejores años de la Orden, pero esta continúa manteniendo representaciones diplomáticas<sup>4</sup>.

Años después, y tras ir temporalmente a Messina, Catania y Ferrara, en 1834 la Orden se instala en Roma, donde está actualmente el Palacio de Malta (vía Condotti 68), y donde posee la villa magistral del Aventino. Ambos lugares son ajenos a la jurisdicción italiana<sup>5</sup>.

## 1.2 La Orden de Malta en el Perú (a propósito de Fernando de Trazegnies)

El 16 de abril de 1953 Ferdinand de Trazegnies escribía una carta a la cancillería de la Orden, mediante la cual daba cuenta de que el gobierno peruano reconocía oficialmente a la Soberana Orden del Malta, a la vez que reportaba su decisión de establecer relaciones diplomáticas regulares con la Orden en tanto *entidad internacional independiente*.

Conocí a Fernando de Trazegnies en la distancia, cuando tiempo atrás un colectivo de juristas españoles y yo decidimos escribir un libro de derecho civil para que se publicara en el Perú. El objetivo de aquel libro<sup>6</sup> era compartir parte de las investigaciones recientes en universidades españolas. Algunos autores, tentados inicialmente por el derecho comparado, tenían en mente abordar en sus aportes el derecho peruano; por ello previamente se necesitaban civilistas peruanos, para tener una orientación sobre el sistema civil del Perú. Aquella necesidad de consultores académicos quedó cubierta por profesores de la Pontificia Universidad Católica del Perú, quienes de manera desinteresada facilitaron a sus colegas españoles su aproximación a un ordenamiento jurídico que les era ajeno. Una de aquellas personas fue el profesor Fernando de Trazegnies Granda, hijo de Ferdinand de Trazegnies.

---

<sup>4</sup> La Orden mantuvo un representante en Francia hasta 1831. Asimismo, el imperio austrohúngaro acreditó representación diplomática ante el Gran Maestre en 1880.

<sup>5</sup> Un punto aparte merece la organización periférica de la Orden. Si bien en un inicio esta se daba por lenguas, luego se dio paso a los grandes prioratos, los prioratos y las asociaciones nacionales.

<sup>6</sup> COLLANTES GONZÁLEZ (2006a: 3).

Al recibir nuestra petición de colaboración para el libro que se tenía en mente, el profesor de Trazegnies respondió al llamado con sencillez y humildad. Me dijo: «Con mucho gusto puedo ayudarlos... en la medida de que se trate de preguntas que están dentro de mis conocimientos».

Con lo que significó para la Orden la toma de las isla de Malta por Napoleón, resulta irónico, a la vez que ineludible, comentar que el profesor Fernando de Trazegnies aportó a nuestro libro un trabajo titulado «La presencia del Código Napoleón en el Perú: los conflictos entre la tradición y la modernización».

Possiblemente haya sido la coincidencia que se daba en de Trazegnies, en tanto su pertenencia a la Orden de Malta y en cuanto su condición de jurista, lo que lo habría llevado a describir —quizá con nostalgia— que el Código Napoleón fue

Impuesto por los ejércitos napoleónicos que lo llevan en la punta de sus bayonetas, es también sugerido, inculcado, presionado, por los embajadores de Napoleón para introducirlo en el mayor número de países de Europa. Pero además de ese beneficio otorgado a la fuerza, no cabe duda que también la sencillez, la elegancia, la sistematización y el espíritu de libertad que el Código trasunta, cautivan a muchos otros países incluso ajenos al entorno europeo, como la Luisiana norteamericana... Japón... Egipto... Turquía... y otros, que lo buscan y lo acogen por decisión propia<sup>7</sup>.

Así fluyó la comunicación entre el profesor de Trazegnies y quien se suma a esta cita académica tras recibir invitación. Obviamente, en el tema elegido también confluyen varios aspectos suyos: su condición de jurista, su pertenencia a la Orden y su atención a la historia, sumadas a la fascinación que el derecho internacional (DI) me ha suscitado siempre.

En la carta de 1953, Ferdinand de Trazegnies señalaba también que ya el 27 de febrero de 1951 la Asociación Peruana de Caballeros de la Orden de Malta estaba oficialmente creada y en funcionamiento. Hoy está presidida por el profesor Fernando de Trazegnies Granda.

## 2. LA SUBJETIVIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La subjetividad en el DI es un tema permanente, innovado, no estático y una materia no codificada. Si analizamos el recorrido histórico de nuestra disciplina, veremos que los sujetos de DI no son ni han sido siempre los mismos. Como bien explica Mariño Menéndez<sup>8</sup>, las normas sobre la subjetividad jurídico-internacional

<sup>7</sup> DE TRAZEGNIES (2005: 3).

<sup>8</sup> Véase MARIÑO MENÉNDEZ (1999: 323-324).

no excluyen la incorporación de nuevas categorías de sujetos: no existe un sistema cerrado de subjetividades.

En la actualidad, junto a los Estados, se reconoce como sujetos de DI a organizaciones internacionales, pueblos, individuos y otros entes que, como el Comité Internacional de la Cruz Roja, dependiendo de las circunstancias, son titulares de derechos y/u obligaciones. En este sentido, la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre el *Asunto de las reparaciones por daños sufridos al servicio de Naciones Unidas* del 11 de abril de 1949 es suficientemente clara y bastante aceptada en la doctrina, en tanto que «Los sujetos de derecho, en un sistema jurídico, no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o en la extensión de sus derechos».

En efecto, los sujetos de DI tienen naturaleza distinta y es imposible encontrar identidad entre los Estados soberanos y las organizaciones internacionales en materia de subjetividad internacional. De la misma manera, es también incomparable el individuo como sujeto de DI respecto a las organizaciones internacionales. Esta naturaleza distinta que se da entre los sujetos de DI explica por qué, en el marco jurisdiccional, la responsabilidad internacional de los distintos sujetos se ventila ante jurisdicciones institucionalizadas que no son las mismas. Así, las controversias entre Estados puedan ser conocidas por la CIJ, mientras que para la responsabilidad internacional del individuo será competente —y en virtud del principio de complementariedad— la Corte Penal Internacional (CPI). Tanto a la CIJ como a la CPI les es imposible asumir una jurisdicción frente a uno u otro sujeto de DI, y ello no solo en virtud de sus estatutos sino también por lo inservible que resultarían las normas procedimentales en uno y otro caso.

En conexión con esto, importa subrayar que la ausencia de una base territorial en la actualidad no puede conllevar a una negativa de subjetividad internacional, pues la aceptación del DI contemporáneo de las organizaciones internacionales o del individuo como sujetos de DI deja bastante claro que la ausencia de un territorio no es un condicionante de subjetividad internacional.

### **3. LA SOBERANÍA DE LA ORDEN DE MALTA**

#### **3.1 La soberanía en el marco jurídico internacional de nuestros días**

La soberanía implica una facultad de obrar exenta de cualquier poder externo. El paradigma de la soberanía es el Estado. El Estado es poderoso. El Estado puede gobernarse, legislar, administrar justicia y mantener relaciones internacionales.

Sin embargo, en la actualidad, dicha facultad está —nos plazca o nos cueste reconocerlo— erosionada, matizada o resquebrajada. Ningún Estado puede hoy

en día, a la luz del DI, obrar lícitamente a su antojo. Posiblemente los ejemplos más claros de estas restricciones sean las impuestas por las normas de *ius cogens*, como aquellas referidas al respeto de los derechos humanos y a la prohibición del uso de la fuerza<sup>9</sup>.

Otros ejemplos de restricciones a la soberanía de los Estados las encontramos cotidianamente en el marco de la economía y la política en los países de la Unión Europea. Ningún Estado comunitario puede desentenderse del cumplimiento del derecho comunitario sin que ello implique su responsabilidad. En fin; pero a lo que a nuestro tema atañe, ¿es posible que a una orden religiosa como la SOM se le pueda reconocer soberanía?

### 3.2 La soberanía de la SOM

Desde una perspectiva jurídica, importa subrayar que en el año 1800 los ingleses ocuparon Malta. Posteriormente se celebró el Tratado de Amiens de 1802, que no solo puso fin a la guerra entre ingleses y franceses sino que estableció que la isla de Malta sería devuelta a la Orden para ser poseída en las mismas condiciones existentes antes de la guerra. A la vez, se reconoció la vigencia del ordenamiento vigente al momento en que los caballeros de la Orden abandonaron Malta. Sin embargo, y como es sabido, Gran Bretaña no devolvió la isla y, por esas cosas propias de la «ley» de los más fuertes, el Tratado de París de 1824 puso a la isla de Malta bajo soberanía británica.

No obstante, la Orden conservó su existencia, mantuvo relaciones diplomáticas y preservó su soberanía. Posteriormente, después del exilio maltés y de instalarse en Roma, fue recuperando su protagonismo en el plano internacional, al tiempo que sus facultades soberanas empezaron a ser más notorias. En el plano jurídico, importa subrayar que el 27 de junio de 1961 se promulgó la Carta Constitucional de la Soberana Orden Militar de San Juan, Rodas y Malta, que se reformó por el Capítulo General Extraordinario del 28 al 30 de abril de 1997, texto que reitera el carácter soberano de la Orden.

La Carta Constitucional de 1961 no ha sido cuestionada por ningún Estado. No se trata de una norma de derecho privado sujeta al engranaje legislativo de Estado alguno; tampoco Estado alguno la ha considerado como suya. La Carta Constitucional no es una norma sometida al control soberano de ningún Estado, tal como ocurre con los estatutos fundacionales de las personas jurídicas de derecho privado. La Carta Constitucional es una ley de leyes ajena a la ley de los Estados. De cara a los Estados, la Carta Constitucional y todo el ordenamiento

---

<sup>9</sup> Sobre el *ius cogens* internacional, véase HANNIKAINEN (1988: 315 y ss.).

melitense es un derecho extranjero. Esto ha sido subrayado por la sentencia del 5 de noviembre de 1991 de la Corte de Casación de Italia<sup>10</sup>, que reconoció que la Orden de Malta es «portadora de un propio ordenamiento independiente».

Sin embargo, hemos de señalar que, por su naturaleza religiosa, la Orden encuentra en el papa a un superior, quien innegablemente es un jefe de Estado (Ciudad del Vaticano) a la luz del DI. Dicha jerarquía no se da más que en el plano espiritual, en tanto que se trata del jefe de la Iglesia católica. En esta relación jefe de la Iglesia-orden religiosa, el Papa viene a ser el jefe espiritual, de la misma manera que lo es para todos los católicos y colectivos católicos; pero lo que en el plano internacional existe es una relación entre dos sujetos de DI (*vis-à-vis*). En este sentido, son bastante ilustrativas las declaraciones del Gran Maestre de la SOM: «Yo no podría ser vasallo del Santo Padre más que desde el punto de vista estrictamente espiritual [sic]. Nuestras relaciones con el Vaticano son las de dos países soberanos»<sup>11</sup>.

Por su parte, el texto constitucional de la Orden aborda todos los requisitos de soberanía: gobierno, administración de justicia y poder legislativo propios, los que en la práctica funcionan, al igual que en el seno de los Estados<sup>12</sup>. Se trata de una *soberanía funcional y efectiva*. No sobre el papel; por ello, puede afirmarse que la soberanía de la Orden es una situación de derecho y de hecho.

Como norma fundamental de un ente soberano, la Carta Constitucional de la SOM ocupa el vértice de la pirámide en una estructura kelseniana dentro del sistema melitense. Dada su supremacía en dicho sistema de fuentes, importa subrayar que el artículo 3 del texto constitucional señala:

Parágrafo 1. La Orden es sujeto de Derecho Internacional y ejerce funciones soberanas.

Parágrafo 2. Las funciones legislativa, ejecutiva y judicial están reservadas a los órganos melitenses competentes, según las disposiciones de la Carta Constitucional y del Código<sup>13</sup>.

Sin embargo, para un lector atento de la Carta Constitucional de la Orden no pasaría inadvertido que dicho texto reconoce la figura del *cardinalis patronus* y la del prelado, cargos que son nombrados desde el Vaticano por el papa, es decir, por un jefe de Estado; lo cual volvería a plantear dudas sobre la soberanía de la Orden respecto de una presunta relación de vasallaje ante la Santa Sede.

<sup>10</sup> La controversia había surgido a raíz de que en 1978 la administración tributaria italiana consideró un terreno agrícola de la SOM como un inmueble a título privado. Contra esto, la SOM presentó un recurso de casación (*Asunto Soberana y Militar Orden de Malta contra la Administración Financiera*).

<sup>11</sup> Traducción extraída de DE LAS HERAS y BORRERO (2004: 21).

<sup>12</sup> Véase DE VERGOTTINI (2004: 83 y ss.).

<sup>13</sup> Se refiere al Código de Rohan.

Tomar como punto de partida la figura del *cardinalis patronus* o la del prelado para negar el carácter soberano de la Orden conlleva una falacia, puesto que la Carta Constitucional reconoce al *cardinalis patronus* como un promotor de intereses espirituales y como un *representante*. Se trata de un representante diplomático en lo temporal y de un promotor en lo espiritual.

Respecto del nombramiento del prelado por el papa, este se hace en tanto que se trata de un cargo eclesiástico y ello no desvirtúa soberanía ni implica sometimiento en lo temporal, pues bajo derecho comparado es bastante asumido que en organizaciones soberanas por excelencia, como los Estados, el vicario general castrense sea nombrado por el pontífice. Ante lo cual no debemos perder de vista que tal circunstancia se da en una institución con una actividad de *ius imperium* tan indiscutible como es la defensa<sup>14</sup>: en las fuerzas armadas.

### 3.3 Manifestaciones de soberanía

#### 3.3.1 Emisión de moneda

La Soberana Orden de Malta emite moneda. En nuestros días su moneda despierta mayor interés numismático que económico. No tiene circulación efectiva en el mercado internacional e, interesantemente, ello ha servido para algún intento de argumentación acerca de que más que prerrogativa soberana es una prueba de falta de soberanía.

En la actualidad, la no circulación de moneda no desvirtúa la soberanía ni la subjetividad internacional. Es muy sabido que no en todos los Estados se mantiene en curso una moneda propia y que otros sujetos de DI como las organizaciones internacionales ni siquiera la tienen.

En este sentido, hay que tener presente que la circulación de una moneda propia en el territorio de los Estados no es regla sin excepciones, por si ya no hay una tendencia. En efecto, en algunos Estados circula la moneda de otro Estado, sin que ello implique una negación de su condición de soberanos. Así, en el Ecuador circula el dólar, habiéndose suprimido el curso legal del sucre; en Kitibati, el dólar australiano; en Mónaco, el euro; y Panamá tiene como moneda oficial al balboa, equivalente al dólar, moneda que circula libremente en el marco de una economía dolarizada.

Por otro lado, y sin ir más lejos, la introducción del euro en Europa desplazó al marco alemán, a la peseta española, a los francos franceses, a la lira italiana, a los florines holandeses y demás monedas de Estados que hoy comparten la moneda única.

---

<sup>14</sup> A modo de ejemplo, véase el acuerdo entre la Santa Sede y España hecho en la Ciudad de El Vaticano el 28 de julio de 1976.

Si bien en uno y otro de los casos mencionados hay ausencia de circulación exclusiva de moneda nacional —sea por aceptación de moneda extranjera, por coexistencia de moneda nacional con la extranjera o por inmersión en una unidad monetaria en el marco de una integración regional—, lo cierto es que en ningún caso la ausencia de moneda nacional en circulación efectiva ha dado lugar a que, con una argumentación jurídica, se haya cuestionado la subjetividad internacional de Estado alguno.

Los ejemplos expuestos desvirtúan toda tesis que apunte a que la no circulación de la moneda de la SOM en el contexto de una economía globalizada signifique falta de soberanía o falta de subjetividad internacional.

### *3.3.2 Emisión de sellos postales, pasaportes, matrículas y derecho de legación*

La SOM emite sellos postales y cuenta con un servicio de correos (correo magistral). Asimismo, emite pasaportes de servicio y diplomáticos, estos últimos utilizados por quienes ejercen funciones diplomáticas. Tales funciones diplomáticas son ejercidas en el contexto del derecho de legación que la Orden ejerce desde hace siglos. Además, la Orden expide matrículas para autos, para los que están al servicio del gran magisterio.

## **4. LA SOBERANA ORDEN DE MALTA COMO SUJETO DE DERECHO INTERNACIONAL**

### **4.1 Breve referencia de la subjetividad internacional de la SOM en la doctrina**

La bibliografía sobre la subjetividad jurídica internacional de la SOM apunta a tres tendencias diferentes. Un sector de la doctrina niega tajantemente la subjetividad internacional de la Orden; otro la afirma contundentemente y sin tapujos; y uno último habla de una subjetividad jurídica internacional o la niega, pero en ambos casos sin argumentación alguna.

En negación a la subjetividad internacional de la SOM se sostiene que sus relaciones con distintos países son de *mera cortesía*, la que de una u otra manera se extendería hasta la concesión unilateral de inmunidad y extraterritorialidad por parte de Italia a los Palacios Magistrales, llegándose a exponer también que «[...] la Orden es una entidad cautiva de la Santa Sede»<sup>15</sup>.

No muy lejos de los negadores, un sector de la doctrina, entre ellos Díez de Velasco<sup>16</sup>, señala que la ausencia de territorio y la dependencia de la Santa Sede hacen dudosos sostener la personalidad jurídica internacional de la Orden.

---

<sup>15</sup> Véase DE LAS HERAS y BORRERO (2004: 60).

<sup>16</sup> DÍEZ DE VELASCO (1944: 333).

En contraposición a los negadores, la jurisprudencia, precisamente italiana, apunta a la personalidad internacional de la SOM. En este sentido van las sentencias de la Corte de Casación de Italia del 17 de diciembre de 1931, del 13 de marzo de 1935, del 14 de julio de 1953, del 3 de mayo de 1978 y del 5 de septiembre de 1991.

Nada lejos de esta tendencia jurisprudencial, la sentencia del Tribunal de Apelación de Roma del 23 de enero de 1978 reconoció la jurisdicción de la SOM como fuero competente para una controversia laboral entre un trabajador y la Orden.

En esta misma dirección, la sentencia de la Corte de Casación del 3 de marzo de 1978 reconoció en la Orden a un ente soberano, a la luz del DI, que goza de inmunidad jurisdiccional y fiscal.

Esta jurisprudencia —que va desde el derecho laboral (derecho privado) hasta el derecho fiscal (derecho público)—, vista en su conjunto, da lugar a una constante que sintoniza con el dictamen del Consejo de Estado del 29 de octubre de 1869, que calificó a la SOM como «entidad extranjera»<sup>17</sup>. Asimismo, esta jurisprudencia despeja toda idea que apunte a que el estatus jurídico de la Orden sea una mera cortesía italiana, toda vez que si se tratara de ello la justicia italiana no habría sentenciado de la misma manera, ya que posiblemente habría ponderado el derecho a la tutela judicial efectiva en el caso del trabajador y el principio de igualdad ante la ley en los casos de naturaleza fiscal. Nada de ello se produjo, lo que confirma el valor de la jurisprudencia citada.

## 4.2 La presencia y el reconocimiento de la SOM en el seno de la comunidad internacional contemporánea

### 4.2.1 Derecho de legación y vigencia de las normas de derecho diplomático

#### a) Las relaciones diplomáticas de la SOM

##### — *Un breve recorrido por la regulación jurídica de las relaciones diplomáticas*

Una de las manifestaciones de soberanía por excelencia de los sujetos clásicos del DI es el derecho de legación, mediante el cual los Estados tienen representación en el exterior y reconocen delegaciones extranjeras en su territorio.

En la actualidad, las relaciones diplomáticas ya no se producen en el marco meramente interestatal; con la irrupción de las organizaciones internacionales en el contexto de las relaciones internacionales, los Estados envían representaciones a las diversas organizaciones internacionales y estas cuentan con representaciones en los Estados.

---

<sup>17</sup> La expresión *entidad extranjera* está extraída de DE LAS HERAS Y BORRERO (2004: 118).

Asimismo, la irrupción de las organizaciones internacionales ha dado lugar a una alteración —o innovación— en las formas de la diplomacia, mediante la cual la diplomacia clásica (*vis-à-vis* entre Estados) como única forma de diplomacia se ha visto acompañada de la diplomacia multilateral, muy propia de la que se produce en el seno de las organizaciones internacionales.

Todas estas relaciones se rigen por el derecho diplomático, codificado en textos convencionales como la Convención de Viena de Relaciones Diplomáticas de 1961 y la Convención de Viena de Relaciones Consulares de 1963. Las normas de ambas convenciones no son fruto del azar ni de un antojo de los Estados. Ambos textos son considerados como la trascipción a derecho convencional de normas consuetudinarias que fueron tejiéndose durante los siglos. Precisamente en el transcurso de esos siglos en los que se fueron moldeando y robusteciendo las normas consuetudinarias del derecho diplomático, la Orden de Malta ha mantenido relaciones diplomáticas aun cuando había perdido su base territorial. Por ello, se puede decir que la Orden es uno de aquellos sujetos cuyas relaciones dieron lugar a la creación de dicho derecho consuetudinario posteriormente codificado.

— *Las relaciones diplomáticas de la SOM en una perspectiva jurídica*

La Orden de Malta mantiene relaciones diplomáticas con 96 Estados<sup>18</sup>, relaciones oficiales con otros Estados<sup>19</sup>, misiones permanentes ante las Naciones Unidas<sup>20</sup> y organismos especializados<sup>21</sup>, así como misiones y delegaciones ante otras organizaciones internacionales.

---

<sup>18</sup> En Europa, con Albania, Austria, Bielorrusia, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Federación Rusa (las relaciones con la Federación Rusa las ejerce una misión diplomática especial), Hungría, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Macedonia, Malta, Moldavia, Montenegro, Polonia, Portugal, República Checa, Rumania, San Marino, Santa Sede y Serbia. En América, con Argentina, Bélice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Uruguay y Venezuela. En Asia, con Afganistán, Armenia, Camboya, Filipinas, Georgia, Jordania, Kazajstán, Líbano, Tailandia, Tayikistán y Timor Oriental. En África, con Angola, Benín, Burkina Faso, Cabo Verde, Camerún, Chad, Comoras, Costa de Marfil, Egipto, Eritrea, Etiopía, Gabón, Guinea, Guinea-Bissau, Guinea Ecuatorial, Liberia, Madagascar, Malí, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Mozambique, Níger, República Centroafricana, República del Congo, República Democrática del Congo, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Seychelles, Somalia, Sudán y Togo. En Oceanía, con Micronesia, Islas Marshall y Kiribati. Fuente: <<http://www.orderofmalta.org/attdiplomatica.asp?idlingua=4>>. Consultada el 13 de marzo de 2009.

<sup>19</sup> A saber, Alemania, Bélgica, Francia, Luxemburgo, Principado de Mónaco y Suiza.

<sup>20</sup> En las sedes de Nueva York, Ginebra y Viena.

<sup>21</sup> Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), Programa Mundial de Alimentos (PMA), Organización Mundial de la Salud (OMS), Alto Comisionado

Sería propio de un volumen aparte hablar de la historia, el desarrollo y el mantenimiento de las relaciones internacionales de la SOM con cada Estado, habida cuenta su amplitud y de que datan desde la inexistencia del Estado como modelo de organización política. Tal volumen conllevaría hablar de imperios, reinos y repúblicas que han dado lugar a muchos Estados con los que la Orden mantiene relaciones diplomáticas en la actualidad.

Por su intensidad, las relaciones diplomáticas de la Orden en nuestros días son una muestra de una evidente *subjetividad en el DI*, lo cual lleva a plantearnos una subjetividad internacional no solo sobre la base de los acuerdos del DI convencional, sino sobre la base del DI consuetudinario. Dicho en otros términos, ¿la subjetividad y la soberanía de la SOM en el DI se dan solo en el marco del DI convencional o tienen soporte en el DI general?

Respecto de una subjetividad y una soberanía de la Orden bajo derecho consuetudinario, es necesario apuntar no solo el reconocimiento de los Estados que la Orden recibe sino la *soberanía efectiva* que ejerce. En realidad, soberanía y subjetividad internacional van íntimamente ligadas. En conexión con esto, hemos de preguntarnos si concurrirían los elementos de la costumbre internacional, es decir, si concurren tanto un elemento material como un elemento formal u *opinio iuris* al respecto.

Sobre el elemento material de la costumbre internacional, hay que tener presente que este se da con la práctica y mediante un uso constante y uniforme. Respecto de ello hemos de señalar que el ejercicio de funciones soberanas (en gobierno, legislación y administración de justicia) por la Orden es uniforme en el tiempo; y que, al igual que sus relaciones diplomáticas, ello es más que constante.

Respecto del elemento formal de la costumbre internacional, dicho elemento exige una convicción de obligatoriedad. En el caso de la subjetividad y soberanía de la Orden, este elemento puede encontrarse, entre otros aspectos, en el cotidiano respeto de los Estados a la inmunidad de la Orden y sus legaciones mediante las que se hace representar.

Otro punto importante a tener presente es la actitud que los Estados tienen al no solo reconocer los pasaportes que la SOM emite sino también al respetar la inmunidad de los titulares de los pasaportes diplomáticos de la Orden que ejercen funciones diplomáticas.

---

de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) y Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA).

Asimismo, otro aspecto a considerar en cuanto a la práctica de los Estados respecto de las actuaciones soberanas de la Orden es el número de Estados que han celebrado acuerdos bilaterales en materia postal, que reconocen como válidos los sellos postales de la Orden y que permiten la circulación de tales en su territorio. Sobre ello importa anotar que si bien Italia inicialmente se opuso a la emisión de sellos, más cierto es que en la práctica ya van tres décadas en las que Italia tolera la circulación de sellos y la actividad postal propia de la SOM.

En conexión con estos elementos constitutivos de la costumbre internacional, importa tomar nota de que la admisión de la SOM en la Asamblea General de las Naciones Unidas se realizó mediante una resolución que no tuvo votos en contra.

#### *4.2.2 La vigencia de las normas de derecho diplomático y la SOM*

La vigencia del derecho diplomático implica la validez de sus fuentes. En esta línea, cabe distinguir entre las fuentes que caen en la esfera del DI y otras que pertenecen al derecho doméstico.

Centrándonos en las fuentes de DI, hemos de tener presentes las fuentes convencionales, la costumbre, los principios, la jurisprudencia y la doctrina<sup>22</sup>.

Las fuentes convencionales reconocen la vigencia de la costumbre normativa en materia de relaciones diplomáticas. En este sentido, la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas es bastante contundente al reconocer en el preámbulo que «[...] las normas del derecho internacional consuetudinario han de continuar rigiendo las cuestiones que no hayan sido expresamente reguladas en las disposiciones de la presente Convención».

La Orden de Malta no es signataria de dicha Convención. No obstante, resultaría ingenuo (o alucinógeno) negar las relaciones diplomáticas que la SOM mantiene hoy en día<sup>23</sup>. Esta realidad lleva a preguntarse qué normas regulan las relaciones diplomáticas de la SOM.

Antes de intentar responder, interesa citar que Cassani Pironti<sup>24</sup> sostiene que un estudio de las relaciones internacionales tras la pérdida de la isla de Malta demuestra que la pérdida del archipiélago maltés no afectó el derecho de legación activa y pasiva de la Orden, lo cual es jurídicamente relevante a los fines de comprobar la absoluta continuidad de su estatus internacional, independientemente de la posesión territorial de la isla de Malta.

---

<sup>22</sup> Sobre estas fuentes, véase COLLANTES GONZÁLEZ (2006b: 26-29).

<sup>23</sup> La SOM posee más embajadas y representaciones que muchos Estados de la comunidad internacional.

<sup>24</sup> *La Soberana Militar Orden de Malta*. En <<http://www.monografias.com/trabajos40/orden-de-malta/orden-de-malta.shtml>>. Consultada el 27 de diciembre de 2006.

En conexión con lo dicho por Cassani, importa recordar que hay quienes han expuesto que las relaciones de la Orden son meras relaciones de cortesía ajena al DI. Por el contrario, creemos que la ausencia de firma de las convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961) y sobre Relaciones Consulares (1963) no implica carencia de derechos ni exoneración de obligaciones en relación con la SOM como sujeto de un ordenamiento. Así pues, es inaceptable que se puedan considerar las relaciones diplomáticas de la SOM como una manifestación de cortesía, toda vez que aceptarlo implicaría un intento de desregularización de las relaciones internacionales normadas en el marco del DI general. Con esa misma lógica, estaríamos negando que tales convenios sean la codificación de un derecho consuetudinario y el valor del mismo preámbulo de ambas convenciones, para caer en un positivismo ya superado en la doctrina.

De allí también que, aun cuando la SOM no sea Estado Parte de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y otras convenciones multilaterales que codifican el derecho diplomático, las normas consuetudinarias de derecho diplomático sean aplicables a las relaciones diplomáticas de la SOM, independientemente de que hayan sido o no codificadas o de que la SOM haya firmado o no tratados multilaterales. Las relaciones de la Orden se rigen por el DI general.

### **Las relaciones de la SOM con la Santa Sede**

Como es sabido, en el plano temporal la Orden y el Vaticano son dos sujetos de derecho diferentes y sin subordinación. En lo religioso, esto cambia.

En conexión con lo expuesto, importa señalar que el artículo 4 de la Carta Constitucional de la SOM señala lo siguiente: «Parágrafo 1. La orden es persona jurídica reconocida por la Santa Sede».

Las relaciones internacionales que la Santa Sede y la SOM mantienen se rigen por el derecho diplomático, tal como se refleja en el citado artículo 4 de la Carta Constitucional: «Parágrafo 5. La orden mantiene una representación diplomática ante la Santa Sede, según las normas del derecho internacional».

Bajo derecho canónico, la Orden de Malta es una orden religiosa laica, pues si bien entre sus miembros hay religiosos, la mayoría de sus miembros son laicos. No obstante, hay que tener en cuenta que la Orden no es aconfesional sino un ente católico. A la luz de ello, no es extraño encontrar aclaraciones respecto de la autoridad papal y la Santa Sede, como se lee en el citado artículo 4 de la Carta Constitucional: «Parágrafo 6. La naturaleza religiosa no excluye el ejercicio de las prerrogativas soberanas que corresponden a la Orden en cuanto sujeto de derecho internacional reconocido por los Estados».

## 5. LA ORDEN Y LOS FINES ALTRUISTAS DE LAS ONG: *OBSEQUIUM PAUPERUM Y SOBERANÍA*

Antes de entrar en el tema de fondo de este ítem, conviene recordar que, a la luz del DI contemporáneo y del valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1946, no es posible negar que los seres humanos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos y que, dotados de razón y conciencia, hemos de comportarnos fraternalmente los unos con los otros<sup>25</sup>.

Precisamente, la idea de igualdad y fraternidad entre los seres humanos ha dado lugar a una proliferación vertiginosa de organizaciones no gubernamentales (ONG) cuya actividad está encaminada a la defensa de los derechos humanos y a fines humanitarios, fiel reflejo de que la sociedad civil de nuestros días es cada vez más comprometida. En el plano internacional, la actividad de las ONG las lleva a participar de alguna manera en el seno de las Naciones Unidas mediante un estatuto consultivo en el Consejo Económico y Social (Ecosoc)<sup>26</sup> e, innegablemente, han logrado un poder fáctico en la medida en que son colectivos bastante influyentes ante la opinión pública, pudiendo también en algunos casos llegar a acelerar la firma de tratados interestatales.

La actividad y los fines humanitarios de la SOM y de muchas ONG se parecen en gran medida; pero por muchas razones —que se dan en la teoría y en la práctica—, la Orden no es una ONG. En relación con las similitudes que podrían llevar a confundir a la SOM con una ONG, estas se derivan principalmente de los objetivos hospitalarios y benéficos de la Orden, recogidas en el lema *Obsequium Pauperum*.

En la actualidad, todo apunta a que el servicio a los necesitados no sea más que una frase en la que subyacen solidaridad y cooperación; aspectos no solo tenidos en cuenta en el DI y la doctrina internacionalista, sino también bastante bien arraigados en la legislación de los Estados<sup>27</sup>.

La solidaridad, entendida como un valor, ha trascendido tanto en la sociedad civil y en la sociedad internacional de nuestros días, que muchos Estados la promueven a golpe de cargas e incentivos fiscales. También se refleja en el reconocimiento, por parte de los Estados, del contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1946.

En conexión con ello, igualmente se observa que la solidaridad entre los seres humanos y la cooperación entre los pueblos están presentes en textos constitucionales

---

<sup>25</sup> Artículo 1 de la Declaración.

<sup>26</sup> <<http://www.un.org/spanish/aboutun/ONGs/brochure.htm>>. Consultada el 13 de marzo de 2009.

<sup>27</sup> Véase VIDAL GIL (2002).

de Estados y ello no ha implicado un menoscabo de su soberanía. Por ejemplo, el artículo 2 de la Constitución de Francia, que señala que «El lema de la República es “Libertad, Igualdad, Fraternidad”». Otro ejemplo lo encontramos en el preámbulo de la Constitución Española, donde, más próximo a las relaciones internacionales, se lee que: «La Nación española [...], en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: [...] Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra».

Por su parte —y no muy lejos del reconocimiento de términos como la solidaridad, la fraternidad o la cooperación—, la Carta Constitucional de la SOM reconoce entre sus fines la «ayuda al prójimo» (artículo 2); y ello de ninguna manera desgubernamentaliza o resta facultades soberanas a la Orden, sino que, por el contrario, a la luz de su *soberanía funcional*, la materialización de tales fines queda reforzada en las prerrogativas propias del ente soberano, como ocurre con la identificación de personas que participan en labores humanitarias sobre el terreno mediante la expedición de pasaportes propios.

Retomando el tema de las ONG, si bien hay una serie de semejanzas entre estas y la Orden, hay también una serie de diferencias. Tales diferencias se dan en muchos aspectos, que sistematizamos en ocho.

En primer lugar, las ONG tienen la nacionalidad de un Estado. Como colectivo o personas jurídicas, se crean y rigen por la ley del país cuya nacionalidad poseen y con la cual cobran personería jurídica. La SOM, en cambio, tiene una personería jurídica internacional<sup>28</sup>, pues la pregunta «¿Qué nacionalidad tiene la SOM?» es incontestable en términos jurídicos.

En segundo lugar, los acuerdos celebrados entre las ONG y los Estados no pertenecen al DI público, sin perjuicio de que porque así lo acuerden las partes estos pudieran caer en la esfera del DI *privado*, o de que ante una arbitrariedad de un Estado respecto de una ONG extranjera el Estado de la nacionalidad de la ONG pudiera ejercer la protección diplomática en virtud del nexo de la nacionalidad. En cambio, las reclamaciones que pudiera hacer la SOM a otros Estados serían *de tu a tú*, en tanto dos entes soberanos sometidos al DI público.

En tercer lugar, las ONG no ejercen derecho de legación, mientras que la Orden sí lo hace.

En cuarto lugar, la toma de decisiones en las ONG por sus órganos de gobierno ha de hacerse observando no solo su norma interna (estatutaria o reglamentaria) sino también las leyes estatales, mientras que la Orden solo ha de observar en sus decisiones el ordenamiento melitense y el DI.

---

<sup>28</sup> Al respecto es bastante claro el artículo 3 de su Carta Constitucional.: «La Orden es sujeto de DI y ejerce funciones soberanas».

En quinto lugar, los directivos y presidentes de ONG no gozan de inmunidad a la luz del DI, mientras que el Gran Maestre de la Orden sí, en tanto que es asimilado a la figura de un jefe de Estado.

En sexto lugar, las relaciones de las ONG con las Naciones Unidas se ciñen a una loable participación en el seno del Ecosoc, mientras que la SOM tiene estatuto de observador en la Asamblea General, al igual que otros indiscutibles sujetos de DI, como la Liga de Estados Árabes, la Organización de Estados Americanos, la Unión Europea o Palestina.

En séptimo lugar, el derecho melitense se aplica por tribunales melitenses y sus decisiones no están sujetas a revisión por la soberana administración de justicia de ningún Estado, mientras que las normas estatutarias o reglamentarias de las ONG, si bien pueden ser aplicadas por sus autoridades internas, el derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares permite que la situación personal de un particular pueda ser llevada a un tribunal estatal. Un ejemplo de esto lo encontramos en materia laboral: las controversias laborales entre trabajadores de las ONG y estas son sometidas a la justicia del Estado, mientras que las controversias entre trabajadores de la SOM y la Orden se someten a los tribunales magistrales de la Orden.

En octavo lugar, en operaciones humanitarias sobre el terreno, el personal de las ONG utiliza el pasaporte que le corresponde a cada quien en razón de su nacionalidad. La SOM expide pasaportes propios, lo cual facilita la actividad de personas que posiblemente con su nacionalidad de origen tendrían inconvenientes que podrían ir desde una negativa en la obtención de un visado hasta la desconfianza que pudieran despertar según la situación política o bélica que se viva. Es decir que, a la luz del DI, la Orden puede emitir documentos válidos para identificar a los suyos, mientras que las ONG no.

Ante estos detalles, conviene aclarar que las diferencias no implican una imposible similitud en algunos aspectos. La similitud que podría encontrarse entre la SOM y las ONG es consecuencia de la cada vez mayor sensibilización de las personas en torno a consideraciones de humanidad y de la asimilación de la solidaridad más allá del ámbito personal para darse en esfuerzos colectivos. Pero tales esfuerzos y fines compartidos, a la luz del DI, ni dan lugar a soberanía de las ONG ni pueden desvirtuar la soberanía de un ente soberano como la SOM.

## 6. CONCLUSIONES

Como es sabido, con la capitulación por la isla de Malta la Orden perdió territorio. Napoleón se hizo con la isla, pero la Orden nunca cedió soberanía sino que la conservó, tal como lo demuestra, entre otras cosas, la persistencia de derecho de legación, manteniendo incluso la Orden una representación diplomática en Francia tras la pérdida de su base territorial a manos de franceses.

Las relaciones diplomáticas han persistido junto a otras prerrogativas soberanas. Por su parte, los Estados mantienen una práctica uniforme en respetar las prerrogativas derivadas de la soberanía de la SOM, tal como el respeto a la inmunidad e inviolabilidad de los locales de las misiones diplomáticas de la Orden y de los privilegios e inmunidades de sus agentes diplomáticos, así como en la inclusión de los embajadores de la Orden dentro del cuerpo diplomático acreditado en su territorio. Ello, sumado al estatuto de observador en la Asamblea General de las Naciones Unidas y a la negativa de ejercer jurisdicción por parte de los tribunales italianos con el argumento de tratarse de un sujeto con ordenamiento propio, nos permite concluir que la SOM es un ente soberano, *sui géneris* y con subjetividad jurídica bajo el DI consuetudinario.

En conexión con lo expuesto, hay que tener presente que en las dos ocasiones en que la Orden mantuvo base territorial (Rodas y Malta), la pérdida de territorio no dio lugar a una sucesión de Estados o algo parecido. Por el contrario, desde la figura del Gran Maestre las funciones gubernamentales continuaron ejerciéndose (incluso por sus lugartenientes), como lo demuestra el nombramiento de representantes diplomáticos. Esto lleva a concluir que la subjetividad y la soberanía de la Orden bajo el DI general justifican las prerrogativas del Gran Maestre en tanto persona asimilable a la figura de los jefes de Estado.

Acerca de la figura del Gran Maestre, importa decir que posiblemente su primera aparición en la escena internacional —en una escena incómoda— sea cuando el sultán Solimán tomó Rodas, ocasión en la que se lo respetó en su condición de soberano al permitírselo salir. Tal condición fue igualmente tomada en consideración en la toma de la Malta por Napoleón. Y en esta línea es bastante ilustrativo el cambio de notas de 1960 con Italia, documento en el que se lee que «[...] se deja establecido el reconocimiento del Gran Maestre de la Orden como Jefe de un Estado extranjero»<sup>29</sup>.

La práctica de los Estados respecto del Gran Maestre en tanto persona asimilable a la figura de los jefes de Estado es uniforme, no habiendo tenido noticia de precedentes en contrario respecto de esto; ello se observa también en las visitas que este hace a los Estados, pues más allá de ser tratado protocolarmente como un jefe de Estado, utiliza el pasaporte que le corresponde, es decir, el de la Orden; y los Estados lo admiten, ante lo cual no debe perderse de vista que tal admisión implica un acto administrativo en toda regla, constante y uniforme.

En cuanto a si debería o no la SOM ser considerada una ONG, el gobierno efectivo es un elemento presente en la Orden. En este sentido, es contradictorio llamarla no gubernamental.

---

<sup>29</sup> Traducción extraída de RUDA SANTOLARIA (1995: 74).

En relación con la soberanía de la Orden y su condición de orden religiosa ante el Vaticano, es cierto que hay una sujeción en lo espiritual, mas no en lo temporal. Esto tampoco da lugar a contradicción alguna entre el DI y el derecho canónico, toda vez que la doctrina de la Iglesia católica reconoce dos ámbitos diferenciados: lo temporal y lo espiritual; y, a su vez, el DI reconoce la libertad religiosa. Esta sumisión en lo espiritual y la soberanía en lo temporal no es ninguna novedad sino una circunstancia que refleja el *dualismo cristiano*<sup>30</sup>.

En cuanto a la cuestión de cuál es el marco jurídico regulador de las relaciones entre la SOM y los Estados, ello no podría responderse sino señalando al DI. La SOM, en tanto sujeto de DI —al igual que los Estados— está sometida a las normas del ordenamiento de la comunidad internacional en la que está inmersa y las relaciones diplomáticas de estas no escapan de tal afirmación. Decir que las relaciones de la Orden son ajenas al derecho diplomático o al DI para relegarlas a la mera cortesía es negar el alcance de estas normas, que se fueron condensando mediante la larga práctica de enviar legaciones, una práctica en la cual la Orden ha participado repetida y prolongadamente aun en sus momentos más difíciles.

Bajo una óptica del DI general, la subjetividad y la soberanía de la SOM no obligan a los Estados a establecer relaciones diplomáticas con la Orden, pero aun así las normas del DI general conllevan la obligación jurídica de respetar su soberanía, quedando incluidos dentro de esta obligación aquellos Estados con los cuales la Orden no mantiene relaciones diplomáticas.

## BIBLIOGRAFÍA

- COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis (coordinador)
- 2006a *Temas actuales de derecho civil*. Trujillo: Normas Legales.
- COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis
- 2006b «La diplomacia: funciones y administración pública», en COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis y Javier JUNCEDA MORENO (coordinadores). *Temas actuales de derecho administrativo*. Trujillo: Normas Legales.
- DE LAS HERAS Y BORRERO, Francisco Manuel
- 2004 *Análisis jurídico de la Soberana Orden de Malta*. Madrid: Dikinson.
- DE TRAZEGNIES, Fernando
- 2005 «Presencia del Código Napoleón en el Perú. Los conflictos entre tradición y modernización», en COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis (coordinador). *Temas actuales de derecho civil*. Trujillo: Normas Legales.

---

<sup>30</sup> Es bastante conocida la expresión «Al César lo que es del César...».

DE VERGOTTINI, Giuseppe

2004 *Derecho constitucional comparado*. Buenos Aires: Universidad.

DÍEZ DE VELASCO, Manuel (editor)

1994 *Instituciones de derecho internacional*. Madrid: Tecnos.

FERNÁNDEZ, Alfred

2000 «La universalidad de los derechos humanos. El artículo primero de la Declaración de los Derechos Humanos en los textos de las culturas y religiones». En BARRIO MAESTRE, José María y Alfred FERNÁNDEZ, editores, *Educación para los derechos humanos. Hacia una cultura de los derechos humanos: un manual alternativo de los derechos fundamentales y del derecho a la educación*. Ginebra: Universidad de Verano de Derechos Humanos y del Derecho a la Educación.

HANNIKAINEN, Laury

1988 *Peremptory Norms (ius cogens) in International Law*. Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing Company.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M.

1999 «Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales en el derecho internacional». En CARDONA LLORENS, Jorge. *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*. Volumen III, pp. 315-362.

MARROCO TRISCHITTA, Marcello Maria

s/a *Los caballeros de Malta. Una leyenda hacia el futuro*. Traducción de Alfredo Luna Tobar. Disponible en <<http://www.orderofmalta.org/pdf/historia.pdf>>. Consultada el 11 de marzo de 2009.

RUDA SANTOLARIA, Juan José

1995 *Los sujetos de derecho internacional: el caso de la Iglesia católica y del Estado de la Ciudad del Vaticano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

VIDAL GIL, Ernesto

2002 *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español*. Valencia: Tirant lo Blanch.

## **UNA ENTIDAD SUI GÉNERIS DEL DERECHO INTERNACIONAL: LA SOBERANA ORDEN MILITAR DE MALTA**

*Enrique de Rábago Bustamante\**

En pleno tercer milenio de la era cristiana, la Soberana y Militar Orden Hospitalaria de San Juan de Jerusalén, de Rodas y de Malta, es una cofradía de origen medieval, inspirada en sentimientos altruistas y profundamente humanitarios, presente en numerosas sedes diplomáticas, así como en hospitales, centros de refugiados, salas de auxilio, campamentos, automóviles, navíos, trenes y aviones, donde asiste a heridos de guerra, emigrantes, refugiados, exiliados y otras personas desvalidas.

Quizás algunos se sorprendan por el hecho de que un centenar de grandes organismos y Estados del mundo entero entre ellos la República del Perú hayan reconocido como entidad internacional a una orden caballeresca, de contenido aparentemente solo heráldico y con un pasado de gloria que pareciera no adaptarse a las necesidades y urgencias del presente. También habrá de sorprender que esta institución mantenga hoy relaciones diplomáticas con rango de embajada en 96 países, aun cuando se trata de una reducida milicia sin población, ni territorio, ni otros caracteres extrínsecos remarcables.

Si los fines de la Soberana Orden Militar de Malta no son los políticos y económicos propios de los Estados, sino los espirituales y humanitarios que señalan sus constituciones, se ofrece esta congregación como un saludable ejemplo de la preeminencia de los genuinos valores cristianos. Es oportuno recordar aquí que José Luis de Azcárraga, en las lecciones que hace muchos años ofreció acerca de la Orden de Malta en la Universidad Complutense de Madrid (1951), fundamentó en aquellos valores la personalidad y la permanencia de esta institución. Sostenía que, examinando los elementos que integran el Estado y la doctrina en materia de personas jurídicas internacionales, se concluye por aceptar como base de esa

---

\* Abogado graduado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Caballero de Honor y Devoción de la Soberana Orden Militar y Hospitalaria de San Juan de Jerusalén, de Rodas y de Malta.

personalidad la realización de un fin, por lo que es la pérdida de este fin (o conjunto de fines) lo que causaría la extinción de la personería jurídica<sup>1</sup>.

## 1. SOBRE LOS ORÍGENES HISTÓRICOS DEL PROBLEMA

La orden hospitalaria de San Juan de Jerusalén, la comunidad monástica dedicada a la gestión del hospital para asistencia de los peregrinos en Tierra Santa, se hizo independiente bajo la dirección del beato Gerardo de Saxo. La constitución del reino de Jerusalén en el año 1099, gran triunfo de Godofredo de Bouillon en la primera cruzada, obligó a la Orden a asumir la defensa militar de los enfermos en los territorios conquistados por los caballeros europeos a los musulmanes. La orden pasó a ser religiosa y militar a la vez. Todos los caballeros serían religiosos, ligados por los tres votos monásticos de pobreza, de castidad y de obediencia.

Después de la captura de Jerusalén, esta institución asistencial recibió generosos donativos en tierras y dinero. Mediante una bula del 15 de febrero de 1113, el papa Pascual II aprobó la fundación del hospital y lo puso bajo la tutela de la Santa Sede, con derecho de elegir libremente a sus superiores, sin interferencia de cualesquier otra autoridad laica o religiosa.

Por aquel acto, primer reconocimiento oficial por parte de la Santa Sede, la Orden fue canónicamente instituida, concediendo a sus miembros la facultad de elegir a sus propios maestres. La Iglesia romana sanciona, pues, el nacimiento de una nueva orden religiosa que en poco tiempo va a conseguir tal notoriedad que va a ser denominada «Sacra Milicia». Ya previamente Godofredo de Bouillon, Rogerio de Sicilia y otros príncipes cristianos habían dado su reconocimiento y apoyo a la organización, con privilegios y donaciones de todo género.

Pues bien, repasando la milenaria historia de la congregación hospitalaria de San Juan, tenemos que mientras estuvo asentada en las islas de Rodas y de Malta desde el siglo XIV hasta finales del XVIII era una entidad internacional ordinaria, un Estado soberano. Pero inmediatamente encontramos una dificultad: ¿era la Orden la entidad internacional o lo era su territorio? El Gran Maestre intercambió representantes diplomáticos y ejecutó tratados; pero lo que no está completamente claro es si esto lo hizo en tanto que cabeza de la Orden o como dignatario del Estado rodense o maltés (si tal cosa hubo).

Por lo tanto, si la milicia de San Juan era una entidad internacional autónoma, entonces nada más natural que después de la pérdida de Malta (1798) continuase su personería jurídica sin disminuir. De otro lado, si el Gran Maestre era soberano solo en tanto que dignatario supremo de un país, la pérdida de este territorio

---

<sup>1</sup> AZCÁRRAGA (1951: 642).

lógicamente debía reducirlo al nivel de otros monarcas exiliados, con la pérdida consiguiente del reconocimiento internacional. Posiblemente la respuesta —tal como sugiere el profesor Giorgio Cansacchi— sea que hasta que se produjo la pérdida de la isla hubo una unión personal, ya que la misma persona era cabeza de la Orden y jefe del Estado maltés<sup>2</sup>. Queda la evidencia de que la pérdida del territorio no terminó el estado legal del Gran Maestre en tanto que cabeza de una entidad internacional, ya que muchas naciones (Francia, España, Austria, Hungría, Rumania, San Marino, para empezar) han mantenido y mantienen desde hace tiempo relaciones diplomáticas con la Orden.

Cabe además observar que el Gran Maestre no era plenamente soberano en tanto que cabeza del Estado maltés, ya que la isla de Malta era considerada por el acta de donación del 24 de marzo de 1530 como un feudo del reino de Sicilia, perteneciente a la Corona de Aragón (luego integrada a España):

A condición, sin embargo, de que en el futuro ellos los conservarán como feudo nuestro en calidad de reyes de las dos Sicilias, y de nuestros sucesores en el dicho reino, tantos como hubiere, sin estar obligados a otra cosa que a dar todos los años, en el Día de Todos los Santos, un halcón, que deberán poner en manos del Virrey o Presidente que gobierne entonces el dicho reino, por personas que enviarán con buenas procuraciones de su parte, en señal de que reconocen haber recibido de Nos las dichas islas en feudo. Mediante lo cual quedarán exentos de cualquier otro servicio de guerra, o de otras cosas que los vasallos deben a sus señores<sup>3</sup>.

El hecho es que como jefe de la Orden de San Juan, el Gran Maestre, mientras era residente en Malta, firmó tratados e hizo otros actos internacionales sin consultar con el monarca español<sup>4</sup>. En consecuencia, parece claro que la congregación como tal era y es «soberana», es decir, sujeto de derecho internacional, cualquiera que haya sido su relación histórica con los territorios de Rodas o Malta.

## 2. LA SOBERANÍA DE LOS GRANDES MAESTRES EN RODAS

A comienzos del siglo XIV, ya perdida su localización en la ciudad sagrada de Jerusalén, se determinó emprender el traslado de la Orden Hospitalaria a la isla de Rodas, a fin de ganar plena soberanía sobre un territorio estratégico. Lugar de encuentro entre las rutas de Occidente y de Oriente, la isla de Rodas ofrecía puertos naturales donde proteger las naves a las que el clima y los vientos permitirían moverse con facilidad. Características magníficas para la que se convertiría en el cuartel general de la milicia de San Juan.

---

<sup>2</sup> CANSACCHI (1936: 14).

<sup>3</sup> DE RÁVAGO BUSTAMANTE (2004: 134).

<sup>4</sup> DE PIERREDON (1956: XXVI-XXVII).

En efecto, con la ayuda de algunas naves genovenses y chipriotas, la armada de la Orden de San Juan zarpó para sitiar la isla de Rodas en el verano de 1310 y terminó por arrebatarla al decadente imperio bizantino el 15 de agosto de dicho año. Este acontecimiento señala el principio de una nueva era en la historia de la milicia jerosolimitana, por todos reconocida como el más avanzado baluarte de Europa, llama del espíritu caballeresco y heredero, custodio y continuador de los ideales de las cruzadas. Las vivísimas simpatías que recogía la Orden se manifiestan en las legiones de voluntarios que acudieron a Rodas desde muchas naciones, y en las frecuentes donaciones y ofrendas que prelados, nobles y comuneros brindaron a su favor.

Como consecuencia de la conquista de Rodas, la Orden de San Juan se volvió un Estado independiente, soberano, dueño de importantes dominios terrestres e insulares, con leyes propias, ejército, marina de guerra y mercante. Además, gracias a la protección de la Santa Sede, esta corporación adquirió un inmenso patrimonio al recoger, en 1312, gran parte de los bienes de la suprimida milicia de los templarios. Se puede calcular que por efecto de esta sucesión resultaron aproximadamente doblados los bienes de los caballeros hospitalarios.

Durante este período los caballeros ampliaron sus dominios, pues una feliz empresa los llevó a la conquista de Esmirna y un trozo de tierra firme, necesarios no solo como bases navales, sino además como fuentes de abastos. Esmirna estuvo en posición de la Orden desde 1344 hasta 1402. Los caballeros prepararon enormes obras de fortificación en el archipiélago circundante a Rodas y en las Espóradas meridionales, transformando cada puerto en notable plaza fuerte. En Rodas se construyó una gran muralla y todo un sistema de fortificaciones, auténtica obra maestra de ingeniería militar de la época, cuya eficiencia quedó magníficamente demostrada durante los asedios sufridos por la isla.

En Occidente, entre tanto, los ideales de las cruzadas parecían volver a despertar lentamente y de cada nación llegaban jóvenes deseosos de vestir el hábito de San Juan. La nobleza de Francia, España, Italia, Portugal e Inglaterra mandaba a sus hijos segundones a militar bajo las banderas de la Sacra Milicia y en 1319, durante el capítulo general convocado en Montpellier por el Gran Maestre frey Helion de Villeneuve, se decidió reunir a los hospitalarios en compañías correspondientes a sus países de origen. Estos grupos se llamaban *lenguas* y tenían por jefe un *pilier*, al que por derecho correspondía un cargo en el gobierno. Inicialmente se instituyeron las lenguas o naciones de Provenza, Auvernia, Francia, Italia, Aragón, Inglaterra (con Escocia e Irlanda) y Alemania. Más tarde, en 1492, Castilla y Portugal se separaron de la lengua de Aragón y constituyeron la octava. Cada lengua comprendía prioratos o grandes prioratos, bailías y encomiendas<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Cf. al respecto la sólida monografía de WALDSTEIN-WARTENBERG (1988).

Muchos eran los bienes que poseía la Orden en Europa, procedentes de legados de caballeros y donaciones de monarcas y señores. Para ejercer la administración de tales bienes, que resultaron bastante significativos, la congregación designaba a algunos de sus miembros con el rango de comendadores y bajo determinadas obligaciones. Junto con atender al patrimonio de la Orden, el comendador debía albergar al peregrino que pasaba y cuidar de los enfermos.

El Gran Maestre fue reconocido como príncipe soberano en Rodas por una bula de Nicolás V, el año 1446, y desde entonces, si no antes, la congregación sanjuanista fue continuamente reconocida como entidad internacional. La constitución de la Orden como soberana de Rodas se puede comparar con la de las «repúblicas» aristocráticas de Venecia y Génova de la misma época.

### **3. ESPLendor Y PODER DE LA ORDEN EN MALTA**

En el capítulo general de la Orden Hospitalaria reunido en mayo de 1524, en su nueva sede provisional de Viterbo, se expone la intención del emperador Carlos V de conceder las islas de Malta y Gozo, y la base de Trípoli, pero se indica también la dura contrapartida exigida por el monarca. Las dos islas serían concedidas como feudo perpetuo, pero el Gran Maestre debería prestar juramento de fidelidad al soberano y sus sucesores. Esta condición era inaceptable: dicho juramento constituiría una grave violación de la regla que imponía una rígida neutralidad en los conflictos entre Estados cristianos. La primera reacción al proyecto imperial es, pues, negativa.

Aquel capítulo general decide tratar con el soberano y declara que acepta Malta y Gozo a condición de quedar libre de cualquier vinculación. La única obligación sería ofrecer una misa cada año en acción de gracias por el beneficio recibido, o bien el regalo de un halcón que se entregaría el día de Todos los Santos al virrey de Sicilia. A continuación, Carlos V permite que una delegación visite la isla: ocho caballeros, uno por lengua o nación, desembarcan en Malta y la inspeccionan minuciosamente. Ese primer contacto es decepcionante, pues Malta resulta ser grande, recosa, inhóspita, sin punto de comparación con Rodas en cuanto a clima o belleza natural. Para fortificarla tendrán que invertirse cantidades ingentes de dinero.

Finalmente, el emperador decide aceptar la petición formulada por los caballeros y concede a la Orden de San Juan las islas de Malta y Gozo, desgravadas de cualquier feudo, junto con la fortaleza de Trípoli en el norte de África. Ante la alternativa de una misa o un halcón, Carlos V elige este último. El 23 de marzo de 1530, a un mes de su solemne coronación en San Petronio de Bolonia, queda la donación formalizada mediante un documento suscrito en Castelfranco Emilia, ducado de Módena.

El diploma de la concesión imperial especifica que, a fin de que la Orden pueda tener una sede segura y definitiva, en la cual constituir su nuevo propugnáculo, se le otorga «[...] en perpetuo feudo, noble y franco, las ciudades, los castillos, las islas de Malta y Gozo y el territorio de Trípoli con sus jurisdicciones en mero y mixto imperio, y con todas las otras debidas facultades, privilegios y prerrogativas». El servicio feudal consistía en remitir anualmente un halcón al virrey de Sicilia, «[...] en memoria y reconocimiento de los beneficios que la Orden ha recibido»<sup>6</sup>. Otra condición importante de aquel documento fue la perpetua neutralidad de la isla de Malta y de la congregación sanjuanista en las guerras entre príncipes cristianos. Algunos meses después, el 26 de octubre de 1530, el cuadragésimo cuatro Gran Maestre, Philippe de Villiers, desembarcaba en el sitio de Birgu y tomaba solemnemente posesión del territorio.

El encargo de diseñar la nueva capital, que tomaría el nombre de Valletta, fue dado al arquitecto Francisco Laparelli da Cortona (1521-1570). Con ese nombre se procuraba homenajear a Jean Parisot de la Valette, cuadragésimo noveno Gran Maestre de la congregación, quien había defendido la isla con tan arduo tesón, frente al ataque de los turcos<sup>7</sup>. Ayudado por un compañero maltés, Gerolamo Cassar, Laparelli haría de la sede caballeresca de Malta un ejemplo de estilo arquitectónico para Europa. El proyecto de la nueva capital se benefició con el auspicio financiero de la Santa Sede y de varios príncipes y soberanos, como Felipe II de España, Carlos IX de Francia, Sebastián I de Portugal y Cosme de Médicis, gran duque de Toscana.

Gracias a los sanjuanistas, Malta se consolidará como un Estado que trata de igual a igual a las mayores potencias europeas, gozando una posición de notable prestigio y firmeza política. Sin ir muy lejos, podemos evocar los tratados que el Gran Maestre Lascaris firmó con el rey Luis XIV de Francia (1653-1655) en el marco de un audaz plan de expansión colonial, por el cual los caballeros adquirieron cuatro pequeñas islas francesas en las Antillas: San Cristóbal, San Bartolomé, San Martín y Santa Cruz. Para gobernarlas fue enviado frey Charles de Galles, pero quizás porque la función colonizadora y comercial escapaba de las tradiciones de la milicia jerosolimitana, aumentó cada vez más el número de caballeros contrarios a mantener esas posesiones, y también a causa de la dificultad de enlace con tierras tan lejanas. Así es que al cabo de doce años aquellas islas fueron cedidas a la Compañía Francesa de las Indias Occidentales<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> SILENZI DE STAGNI (1949: 110).

<sup>7</sup> El heroico comportamiento de los caballeros hospitalarios en aquellas circunstancias está tratado con detalle en BRAFORD (1961).

<sup>8</sup> Cf. ATTARD (1992: 102-103).

Otro hecho de gran simbolismo ocurre en 1747, cuando los cuatro ministros plenipotenciarios de la Orden que estaban acreditados en las cortes de Roma (Papado), Viena (Sacro Imperio), París (Borbones de Francia) y Madrid (Borbones de España) fueron reconocidos con el rango de embajadores. En aquella época únicamente se concedía a las potencias importantes acreditar embajadores, mientras que los demás Estados enviaban ministros plenipotenciarios.

#### 4. PÉRDIDA DEFINITIVA DE LA TERRITORIALIDAD

Es obvio que la diminuta isla de Malta, a no ser por la milicia de San Juan, nunca habría alcanzado una posición internacional tan elevada. Mas la dominación de los caballeros hospitalarios en el Mediterráneo estaba terminando: la congregación era una fuerza política exigua, mientras que la isla constituía una posición estratégica demasiado importante para que las grandes potencias no deseasen apoderarse de ella.

Ya sabemos que la tarea de atención médica, tanto en las campañas militares como en tiempos de paz, ha sido básica y fundamental en la historia de los caballeros de San Juan. En Malta, como en Rodas, los desvelos de la Orden, aparte de su propia defensa, eran el cuidado de los enfermos, la asistencia a los pobres y una buena organización de los servicios de salud. En Rodas se pueden admirar aún las ruinas de la Gran Enfermería y en Malta la parte moderna del edificio destinada a acoger a los «señores enfermos» suscita admiración y maravilla tanto por las dimensiones como por su avanzada tecnología.

Extinguida la protección de la corte de Versalles, a consecuencia de la revolución jacobina, fue necesario buscar otros apoyos poderosos. Los Estados Unidos de América llegaron a ofrecer su protección a la Orden de Malta, proponiendo asegurarle un territorio en el Nuevo Mundo; también Rusia, Inglaterra, Austria y la Francia republicana se interesaron por la isla de los caballeros, aunque sus intenciones eran en propio interés. El Gran Maestre y sus consejeros no ignoraban, por cierto, los peligros que tendrían que afrontar al entrar, más o menos abiertamente, en la esfera de influencia de una determinada nación.

Pero la situación exigía decisiones urgentes y el zar Pablo I de Rusia entabló negociaciones secretas con el Gran Maestre Emmanuel de Rohan para obtener un concordato (firmado en enero de 1797) que ponía al hospital y a su territorio bajo el protectorado de Rusia. Estipulado el acuerdo, el soberano demandó la creación de un gran priorato ruso.

Entonces, Francia se decidió a actuar enseguida contra Malta, aprovechando que las opiniones de los caballeros estaban divididas y que las ideas de la revolución habían penetrado en algunas clases de la población isleña, animadas por

una secular aspiración a la libertad. Ya Napoleón preparaba el asalto a la pequeña isla del Mediterráneo, en su camino hacia Egipto. Bonaparte llegó a las costas de Malta el 7 de junio de 1798 y pidió se le dejase entrar en el puerto principal junto a Valletta; mas el nuevo Gran Maestre, Ferdinand von Hompesch, contestó que la isla era neutral y solamente podía admitir cuatro naves de cualquier Estado combatiente al mismo tiempo. Al rehusar esta exigencia de la Orden, rápidamente ocuparon los invasores Gozo, conquistaron La Notable y pusieron sitio a la capital. Solicitada la tregua el 11 de junio, un día después se rendían los caballeros hospitalarios, cediendo a Francia las islas de Malta, Gozo y Comino.

Al dejar la isla de Malta, nuestra congregación estableció su sede provisoria en Trieste, a orillas del Adriático, contando con la protección del imperio austriaco. Desde allí frey Ferdinand von Hompesch envía a las grandes potencias una protesta por la traición de Bonaparte: el general ha violado abiertamente la neutralidad de Malta, dice, y añade que considerará siempre válida su soberanía sobre la isla que le ha sido sustraída por la fuerza. La corte imperial de Viena indujo entonces a Von Hompesch a que abdicase; y así resultó que el zar Pablo I de Rusia se convirtió de facto en el septuagésimo segundo Gran Maestre, siendo reconocido como cabeza de la Orden por la mayor parte de los hospitalarios, aunque no por la Santa Sede.

Aunque ortodoxo y padre de familia, Pablo I respetó la catolicidad de la Orden bajo todos los aspectos; y en un momento histórico muy complejo, como fue el provocado por las guerras napoleónicas, terminó por salvar la continuidad histórica de la milicia de San Juan. Según acuerdos multilaterales tomados en 1799, al conseguirse la derrota de los franceses la isla de Malta debía ser vigilada por tropas napolitanas, inglesas y rusas, para luego ser restituída a los caballeros. Pero cuando en septiembre de 1800 la guarnición napoleónica finalmente capituló, Inglaterra no permitió que las tropas rusas entrasen a Malta. El porvenir de la isla, clave estratégica del Mediterráneo, ambicionada por tantas potencias, dependía pues del resultado de las grandes luchas internacionales.

Todavía el tratado de Amiens, concertado el 27 de marzo de 1802 entre Francia e Inglaterra, preveía la devolución de Malta a los hospitalarios, los cuales bajo el mando del Gran Maestre Giovanni Battista Tommasi (elegido mediante un procedimiento *sui generis* tras el asesinato de Pablo I), empezaron a trasladarse a un convento de Messina. Pero las cláusulas de Amiens tampoco fueron respetadas, ya que en el verano de 1803 volvía a empezar la guerra franco-inglesa. La cuestión de Malta quedó así en suspenso hasta el 30 de mayo de 1814, cuando en el tratado de París fue reconocida definitivamente la soberanía inglesa sobre la isla.

## 5. ALGUNOS EJEMPLOS DE LA JURISPRUDENCIA

Siguiendo la argumentación del profesor Olivier Farran, podemos citar el caso judicial de Nanni versus Pace y la Soberana Orden de Malta, en que el origen y estado legal actual de la congregación fueron ampliamente discutidos. Esta pendencia, ventilada ante el Tribunal de Casación italiano, se refiere a la validez de una donación por colación, la misma que por una especie de vínculo correspondía a un descendiente del conde Mattia Pace por ser heredero en línea principal o agnaticia, debiendo quedar el resto —al extinguirse la familia en línea masculina— a favor de la Orden soberana. En la sentencia definitiva, luego de varias instancias de apelación, el Tribunal de Casación resolvió así:

*Soberanía* es una noción complicada que el derecho internacional contempla desde el punto de vista externo, en forma negativa, pudiéramos decir, teniendo en consideración solamente la independencia *vis-à-vis* de otros Estados. Por esta razón simplemente es suficiente exigir la prueba de la autonomía de la Orden en relación con nuestro Estado. Históricamente, el elemento esencial de dicha autonomía se puede encontrar en la naturaleza política de la misión que la Orden ha venido cumpliendo, a saber, resistir con la ayuda de las armas a las invasiones de sarracenos y mahometanos y establecer sus hospitales en Oriente. Tales atributos de soberanía e independencia no han cesado, en el caso de la Orden, en la actualidad. Tampoco ha terminado su personalidad en derecho internacional, no obstante el hecho de que, como resultado de la ocupación británica de Malta, dicha personalidad no puede ser identificada con la posesión del territorio<sup>9</sup>.

Junto con ese bello y contundente párrafo de los magistrados italianos, podemos reproducir una norma legislativa de la República Argentina del 4 de septiembre de 1948 (firmada por el general Juan Domingo Perón), que reconoce a la Soberana Orden Militar de Malta como entidad internacional autónoma y dispone la iniciación de las correspondientes relaciones diplomáticas. En sus considerandos indica que «[...] de conformidad con la constitución que dicha orden ha adoptado libremente, conduce sus asuntos interiores y sus relaciones con el extranjero sin la intervención de ningún Estado, siendo estas pruebas de su carácter como entidad de derecho internacional». Y añade que los principios de la política exterior argentina «[...] favorecen el afirmamiento y extensión de sus relaciones y las metas humanitarias que inspiraron la creación de la Soberana Orden de Malta, así como la importancia de la labor de beneficencia y servicio social que mantiene y efectúa en la actualidad [...]»<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> D'OLIVIER FARRAN (1955: 9).

<sup>10</sup> SILENZI DE STAGNI (1949: 126).

Adicionalmente, una serie de hechos históricos apoyan la convicción de que esta tradicional hermandad era soberana sin respecto alguno a la posesión de Malta. Primero, el haber concertado tratados entre la fecha de la pérdida de Rodas y la adquisición de Malta, en especial el que se pactó con Carlos V para asegurar la neutralidad de la isla. (Por otro término del mismo tratado, los caballeros se comprometieron a abandonar Malta si en cualquier momento lograban recapturar Rodas de los turcos.) Segundo, en la Francia prerrevolucionaria las propiedades de la Orden, como pertenecientes a una entidad internacional, se hallaban exentas de la jurisdicción del Estado.

Desde el fallecimiento del Gran Maestre Tommasi (1805), el cargo máximo de la congregación permaneció vacante y la Orden fue dirigida solo por lugartenientes generales. Su propia sede cambió varias veces, ya que de Messina se trasladó a Catania, luego a Ferrara y finalmente, en 1834, a la ciudad de Roma. El llamado Palacio Malta, ubicado en la céntrica vía Condotti, había sido la residencia del embajador sanjuanista ante el romano pontífice. Después de tanto peregrinar, los hospitalarios llegaban pues a la capital del orbe cristiano, encontrando sin duda la solución más lógica a sus numerosos problemas.

La situación internacional había cambiado ya tanto que no permitía una restauración de la soberanía territorial de la Orden; y es que la tendencia de los pueblos europeos y americanos a la independencia, junto con las nuevas identidades nacionales, hacían imposible la actividad estadual, administrativa y militar de la congregación, que se había mantenido fiel a sus constituciones medievales. Abandonada por lo tanto la aspiración de reconstruir un Estado soberano con territorio propio, la milicia de San Juan de Jerusalén volvió a su primitiva función humanitaria y social: la actividad de socorro a los enfermos, refugiados y desvalidos, en la que recogió nuevos laureles, quizás no menos gloriosos que los conseguidos sobre los campos de batalla de Palestina o en las guerras navales del Mediterráneo.

Para renovar y potenciar la estructura periférica, o sea en regiones fuera de la península Itálica, se decidió la abolición de las antiguas lenguas y la creación de las asociaciones nacionales de caballeros. La primera en fundarse fue la de Renania-Westfalia, en 1859, seguida de la silesiana en 1866, de la británica en 1875 y de la italiana en 1877. Otras asociaciones nacionales entran pronto en actividad, asegurando importantes contribuciones a la obra hospitalaria: en 1886 nace la española, en 1891 la francesa y en 1899 la portuguesa. En el ámbito de cada territorio, la asociación recibe un tratamiento particular que depende, sustancialmente, del tipo de relación existente entre el Estado interesado y el gobierno de la Orden de San Juan<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> MARROCCO TRISCHITTA (1995: 53-54).

## 6. VÍNCULOS DE LA ORDEN CON LA IGLESIA CATÓLICA

Examinemos ahora las relaciones especiales que mantiene la Orden Hospitalaria con la Santa Sede apostólica, así por su efecto sobre la existencia de la congregación en tanto que entidad internacional autónoma como por la claridad que arroja sobre la naturaleza jurídica de la Orden. Debe tenerse en cuenta que, por tradición, el Gran Maestre goza de los honores cardenalicios y es por tanto un príncipe de la Iglesia, con tratamiento de alteza eminentísima; pero no participa en los cónclaves, ni en los concilios, ni en ninguna de las asambleas del Sacro Colegio de Cardenales<sup>12</sup>.

La Orden de Malta, según el derecho canónico, es una congregación religiosa laica y las ocho puntas de la cruz, símbolo de la hermandad, hacen referencia a las ocho bienaventuranzas, recordándonos visiblemente su talante espiritual. Según las normas de la Carta Constitucional, el papa nombra como representante suyo ante la congregación a un cardenal que, con el título de cardenal patrono, tiene la función de promover los intereses espirituales de la Orden y de sus miembros y se ocupa de las relaciones con la Santa Sede. Otra prerrogativa del pontífice es la de designar al prelado de la Orden entre una terna de candidatos propuesta por el Gran Maestre. El prelado es el superior eclesiástico del clero de la Orden.

La segunda dignidad en importancia, la de Gran Comendador, corresponde al superior religioso de los caballeros profesos y de los caballeros y damas de obediencia. Sus deberes incluyen la divulgación de los principios de la fe, la vigilancia sobre los prioratos y subprioratos y la redacción de los informes de visitadores y de los informes que han de someterse a la Santa Sede sobre el estado de la Orden. En particular, está a cargo de la formación de los miembros de la hermandad en el cumplimiento de los principios de *Tuitio Fidei* y *Obsequium Pauperum*. El Gran Comendador también cuida la capilla del Palacio Magistral y se encarga de organizar las peregrinaciones. Ejerce la función de lugarteniente en los casos de la muerte, renuncia o impedimento permanente del Gran Maestre.

Algunos analistas, tomando en consideración ciertos hechos del pasado, han afirmado que la Orden no es realmente una entidad internacional autónoma, sino solo un organismo o dependencia de la Santa Sede. Así, un autor reciente llega a sostener que es reconocida como soberana únicamente en aquellos países donde están asentados sus miembros y donde mantiene funciones caritativas a causa del patronazgo del Papa. Pero el profesor Giorgio Cansacchi ha examinado cuidadosamente esta cuestión, señalando muchos factores que atestiguan

---

<sup>12</sup> Cf. RUDA SANTOLARIA (1995: 72-74). RUDA SANTOLARIA, Juan José 1995 *Los sujetos de derecho internacional: el caso de la Iglesia católica y del Estado de la Ciudad del Vaticano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

la existencia internacional de la Orden de modo completamente independiente al Romano Pontífice<sup>13</sup>.

Cansacchi cita, por ejemplo, un decreto del imperio francés del 3 de junio de 1855 que prohibía a los súbditos de esa nación llevar la insignia de la Orden de Malta, sobre la base de que no emanaba de ningún Estado. Este punto es recalado porque, en el mismo decreto, el imperio permitió a sus ciudadanos usar la insignia de la Orden del Santo Sepulcro, concedida por el patriarca latino de Jerusalén, sobre la base de que este actuaba como agente del papa. Más aún, la ley del 7 de julio de 1866, suprimiendo las congregaciones religiosas en Italia, no fue aplicada a la Orden Hospitalaria en virtud de «[...] la naturaleza internacional de la institución, que no puede ser objeto de un estatuto del Estado». Todavía más destacado es el hecho de que la Orden acredita representantes en las cortes y gobiernos extranjeros incluso si hay una nunciatura apostólica en los mismos.

Por cierto, hay una legación de la Soberana Orden Militar de Malta acreditada ante los jerarcas de la Iglesia católica y domiciliada en la Villa Malta del monte Aventino. Lógicamente, esto no sería posible si la Orden fuese simplemente un organismo del papado. Sin embargo, se afirma por quienes niegan la independencia legal de la hermandad que esta legación no cobija un verdadero agente diplomático, sino al *procurator generalis* que, según norma del derecho canónico, cada congregación monástica debe mantener en el Vaticano. En este punto, Cansacchi destaca que la redacción de las cartas credenciales del embajador de la Orden de Malta ante el papa se hace de acuerdo con los usos diplomáticos habituales y que el representante, cuando es nuevo, es recibido en audiencia pontifical siguiendo el protocolo acostumbrado para todos los legatarios de naciones extranjeras<sup>14</sup>.

Aún más interesante es el hecho de que el embajador en cuestión es por regla común un caballero secular, y como tal en verdad poco capacitado para representar a una orden religiosa. De hecho, las publicaciones oficiales del Vaticano consignan al representante de la Soberana Orden Militar de Malta entre el cuerpo diplomático, y no entre los prelados de las corporaciones religiosas. Así pues, es indiscutible que el embajador de la Orden en el Vaticano no es un simple *procurator*, sino un verdadero representante diplomático, es decir, el agente de una entidad internacional.

Para más explicitación diremos que el príncipe-Gran Maestre y su residencia en Roma gozan de los beneficios de la inmunidad soberana. Su tratamiento ceremonial cuando realiza una visita oficial a otro país es exactamente el mismo que corresponde a un jefe de Estado «normal». Los pasaportes de la Orden son reconocidos aun por Estados que no mantienen relaciones diplomáticas con ella,

---

<sup>13</sup> CANSACCHI (1936: 9-14).

<sup>14</sup> CANSACCHI (1940: 69).

y las condecoraciones de la milicia de San Juan son reconocidas por muchos Estados como válidamente concedidas a sus súbditos: todas estas son pruebas claras, aunque quizá menos sustantivas, de soberanía<sup>15</sup>.

## 7. RELACIONES HISTÓRICAS DE MALTA CON EL PERÚ

Con la entrada del antiguo territorio de los incas a la órbita cristiana y occidental, en virtud de la capitulación de Toledo (26 de julio de 1529) y de la empresa conquistadora del gobernador don Francisco Pizarro, se dieron las condiciones históricas para la vinculación de la Soberana y Militar Orden de San Juan con nuestro país. Salvando el caso de algunos caballeros sanjuanistas que vinieron desde España y otros lugares de Europa a servir oficios públicos en el virreinato del Perú, como por ejemplo don Alonso Pérez de Guzmán —hijo del poderoso duque de Medina Sidonia y corregidor del Cusco de 1670 a 1676—, contamos con un valioso registro de caballeros de las órdenes militares nacidos en América. Este magnífico instrumento de trabajo, que llega hasta el año 1900, ha sido elaborado por el historiador y diplomático limeño Guillermo Lohmann Villena<sup>16</sup>.

Gracias a dicha fuente sabemos que los más antiguos miembros peruanos de la Orden fueron dos criollos nativos de Lima: don Andrés Francisco y don Antonio Lorenzo Pérez Manrique de Lara, hijos del presidente de la audiencia de Nueva Granada, doctor Dionisio Pérez Manrique de Lara (primer marqués de Santiago). Ambos hermanos fueron admitidos simultáneamente en el rango de caballeros de justicia, en 1662.

Mucho tiempo después, y ya en plena etapa republicana, la Asociación Peruana de Caballeros de Malta vino a formarse oficialmente el 27 de febrero de 1951, gracias al impulso de don Ferdinand de Trazegnies y Maeck (1906-1980), diplomático belga de antiquísima familia, afincado por varias décadas en Lima<sup>17</sup>. De Trazegnies se halló secundado en estos afanes fundacionales por don Waldemar Schroeder y Mendoza, caballero reconocido por sus dotes de cristiano benefactor. Podemos precisar que entre los fundadores de la Asociación Peruana de Caballeros de Malta se hallaron, en el rango de Gran Cruz magistral, don Diómedes Arias Schreiber (admitido el 13 de octubre de 1945) y don Ricardo Rivera Schreiber (18 de junio de 1947); y como caballeros magistrales, don Ferdinand de Trazegnies (1

---

<sup>15</sup> PASINI COSTADOAT (1948: 235).

<sup>16</sup> LOHMANN VILLENA (1947: 450).

<sup>17</sup> Véanse las elogiosas semblanzas de Trazegnies firmadas por LOHMANN VILLENA (1970: 3-4) y de la VÁLGOMA y DÍAZ-VARELA (1970: 5-7).

de diciembre de 1947), don Carlos de Zavala y Oyague (26 de junio de 1948) y don Waldemar Schroeder y Mendoza (también el 26 de junio de 1948).

La Asociación Peruana de Caballeros de Malta quedó legalmente constituida por escritura pública del 7 de junio de 1957, otorgada ante el notario Dr. Elías Mujica Álvarez-Calderón e inscrita en el Registro de Personas Jurídicas de la ciudad de Lima. Reúne a todos los caballeros de la Orden de San Juan con nacionalidad peruana o que, teniendo nacionalidad extranjera, residan en el territorio de nuestro país. Su finalidad es afirmar y difundir las virtudes cristianas de la caridad y la fraternidad, de acuerdo con los principios de la religión católica y mediante la práctica de tareas orientadas a aliviar la miseria y la enfermedad y que contribuyan al desarrollo de la cultura, la ciencia y la educación.

En su condición de miembro *in gremio religionis*, don Ferdinand de Trazegnies no solo promovió la fundación de la precitada agremiación, sino también obtuvo del gobierno de nuestra república el reconocimiento de entidad soberana para la Orden de San Juan de Jerusalén. El inicio de las relaciones diplomáticas quedó formalizado mediante decreto supremo del 15 de abril de 1953, dándose acreditación oficial al precitado de Trazegnies. Hoy por hoy, la República del Perú figura entre las más de noventa naciones con las cuales mantiene relaciones diplomáticas la Orden Militar de Malta.

En otros momentos han ejercido como representantes de la Orden de Malta en el Perú el conde Georges Potocki (nacido en Viena en 1889 y muerto en Ginebra en 1961), quien fuera embajador de Polonia ante el gobierno de Washington y ministro plenipotenciario de la Soberana Orden Hospitalaria en Lima desde 1950; y más tarde el empresario andaluz don Tomás Díez Hidalgo. Este último (nacido en Jerez de la Frontera en 1893 y muerto en la misma ciudad el 25 de abril de 1973) se había casado en París, el 26 de abril de 1926, con doña Julia Fraser-Luckie Iglesias, nieta del que fuera presidente de la república, general Miguel Iglesias. Díez Hidalgo recibió en 1933 el nombramiento de agregado civil ad honórem a la legación de España en el Perú y ejerció este cargo hasta 1958, fecha en la cual asumió las funciones de embajador de la Orden de Malta en nuestro país. Cinco años después renunció a dichas funciones y regresó definitivamente a su patria.

Tras la muerte del caballero español don Fernando de Espá y Cuenca, quien fuera por muchos años embajador de la Orden de San Juan ante el gobierno de Lima, lo sucedió en 1995 un distinguido académico y jurista limeño: el doctor Fernando de Trazegnies Granda, IV Marqués de Torrebermeja y VI Conde de las Lagunas. Este personaje, a quien rendimos homenaje con la presente publicación, es el mayor de los tres hijos habidos en el matrimonio de don Ferdinand de Trazegnies (antes citado) con doña Rosa Granda y Vásquez de Velasco. Nació en Lima el 3 de septiembre de 1935, terminó la secundaria en el colegio de la Inmaculada, de sacerdotes jesuitas, e ingresó en 1953 a la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En este claustro obtuvo el título de abogado, se incorporó después de unos años a la docencia y obtuvo posteriormente el grado de Doctor en Derecho (1977).

El doctor de Trazegnies Granda ha enseñado materias de filosofía e historia del derecho, jurisprudencia civil e informática jurídica. En su alma máter, la Universidad Católica, ha sido director universitario y miembro del Consejo Ejecutivo (1970-1972 y 1975-1987), decano de la Facultad de Derecho (1976-1987) y presidente del Fondo Editorial (cargo que ejerce desde 1977). Es miembro de número de la Academia Peruana de Derecho, la Academia Peruana de la Lengua y la Academia Nacional de la Historia. Pertenece también a la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, el Instituto Nacional de Derecho de Minería y Petróleo, el Instituto Peruano de Arbitraje y el Centro Peruano de Estudios Internacionales, entre otras instituciones<sup>18</sup>.

## 8. ACTIVIDAD DE LOS CABALLEROS EN EL PERÚ

Con referencia a los vínculos formales del Estado peruano con la Soberana Orden Militar de Malta, uno de los acontecimientos más importantes ha sido la visita oficial del septuagésimo octavo príncipe y Gran Maestre de la congregación, frey Andrew Willoughby Ninian Bertie, quien estuvo en la ciudad de Lima del 23 al 26 de noviembre de 1999. El ilustre visitante fue recibido y condecorado en palacio de gobierno por el entonces presidente de la república, ingeniero Alberto Fujimori. En la sede gubernativa de la Plaza Mayor de Lima, asimismo, suscribió un convenio de cooperación para la asistencia en materia humanitaria, destinado a fortalecer y desarrollar las relaciones de amistad existentes con el Perú y facilitar la ayuda que brinda la Soberana Orden de Malta a diversas instituciones hospitalarias y benéficas en nuestro país. Gracias a dicho convenio, las donaciones correspondientes serán recibidas libres de impuestos y aranceles.

Además, el Gran Maestre Bertie se reunió con el arzobispo de Lima y pri-mado de la Iglesia en el Perú, cardenal Juan Luis Cipriani Thorne; fue declarado «huésped ilustre» de la capital de la república por el alcalde limeño, doctor Alberto Andrade Carmona; y realizó sendas visitas al Policlínico Orden de Malta y al Colegio Nacional Orden de Malta. Su Alteza Eminentísima realizó esta visita oficial en compañía del maestro de ceremonias del gran magisterio, príncipe Paolo Francesco Boncompagni-Ludovisi, y del secretario general de la corporación, don Francesco Guariglia. Es indudable que su presencia en nuestro país resultó facilitada por el hecho de que el embajador dimisionario de la Orden, doctor

---

<sup>18</sup> Sobre la trayectoria de este personaje, remitimos a la entrevista con HAMPE MARTÍNEZ (2000: 93-96).

Fernando de Trazegnies Granda, se desempeñaba a la sazón como ministro de Relaciones Exteriores.

La Asociación Peruana de Caballeros de Malta rige actualmente su vida institucional por el Estatuto de seis títulos y 44 artículos que se aprobó en asamblea general de socios el 14 de junio de 1988<sup>19</sup>. En virtud de elecciones realizadas en el año 2006, se encuentra presidida por don Fernando de Trazegnies Granda, IV Marqués de Torrebermeja. Este presentó sus cartas credenciales ante el presidente Alberto Fujimori como embajador de la Soberana Orden Militar de Malta en 1995, según está dicho. Pero hubo de apartarse de esta función dos años después, al asumir responsabilidades como jefe de la comisión negociadora de límites de Perú con Ecuador, primero, y luego como ministro de Relaciones Exteriores (1998-2000).

En el campo de los negocios, el doctor de Trazegnies Granda se ha desempeñado como miembro del directorio del Banco Continental, Banco Internacional, Corporación Financiera de Desarrollo y Apoyo S. A., y como presidente de T-500 Puratos del Perú. Su producción bibliográfica es sumamente extensa. Además de documentos de trabajo, colaboraciones en obras colectivas y artículos en revistas y diarios, ha publicado *Introducción a la filosofía del derecho y a la teoría general del derecho* (1973); *La idea del derecho en el Perú republicano del siglo XIX* (1980); *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor* (1981); *La responsabilidad extracontractual* (2 volúmenes, 1988); *Imágenes rotas*, compendio de narraciones breves (1992); *Postmodernidad y derecho* (1993); *En el país de las colinas de arena*, novela documentada y estudio jurídico sobre la inmigración china al Perú (2 volúmenes, 1994); *Reflexiones sobre la sociedad civil y el Poder Judicial* (1996). Ganó el premio nacional Cosapi a la Innovación en 1994. Ha presidido la Fundación Peruana para la Conservación de la Naturaleza (1991-1998).

Con respecto a las importantes tareas sociales de la congregación en el Perú, debemos destacar por un lado la existencia del Policlínico Orden de Malta en el cono sur de Lima (hoy diócesis de Lurín), que constituye una obra extraordinaria. Este policlínico cuenta ya con treinta años de vida y es el resultado de una colaboración que refleja muy bien el espíritu religioso, hospitalario y militar de la Orden: el terreno ha sido cedido gratuitamente por la Iglesia católica, la construcción e instalaciones médicas fueron procuradas por la Asociación Peruana de Caballeros y el servicio de médicos es puesto por la Sanidad de Policía. En esta forma, en los últimos años el policlínico ha extendido enormemente su campo de acción; cubre ahora prácticamente todas las ramas de la medicina (diagnóstico,

---

<sup>19</sup> Este instrumento normativo fue elevado a escritura pública el 20 de diciembre de 1988, ante el notario Dr. Felipe de Osma Elías. Véase el texto correspondiente en RÁVAGO BUSTAMANTE (2004: anexo documental IV: 164-181).

rayos X, laboratorio, odontología, obstetricia, emergencia, etcétera) y brinda aproximadamente cien mil prestaciones de salud cada año.

Por otro lado, existe un colegio nacional denominado «Soberana Orden Militar de Malta» (antes Escuela Primaria de Varones 835), ubicado en el pueblo joven San Gabriel, distrito de Villa María del Triunfo, en el que se imparte educación a más de cuatro mil alumnos y al cual la Orden apoya en todo lo que puede. Desde 1969, la junta directiva de la Asociación Peruana de Caballeros ha colaborado en la construcción y el mantenimiento de ciertos servicios y ha hecho donaciones de libros a la biblioteca. Todos los años, el embajador o encargado de negocios de la Orden y un representante de la asociación nacional acuden a la ceremonia por el día del colegio y dirigen un mensaje al alumnado, destacando los valores espirituales de esta congregación.

No menos importante es la tarea que realiza el Comité de Damas de la Asociación Peruana de la Orden de Malta, constituido en enero de 2003. Este comité ha concentrado hasta ahora sus labores asistenciales en el Puericultorio Pérez Araníbar, del distrito de Magdalena del Mar (Lima), donde se reúnen 560 niños y jóvenes de escasos recursos. Durante su primer año de actividad, las damas donaron al puericultorio 240 colchas, 170 colchones y almohadas, 120 polos nuevos y gran cantidad de toallas, juguetes y utensilios de cocina. Los residentes del puericultorio han sido beneficiados con útiles escolares y material de manualidades. Asimismo, se ha hecho entrega de diez audífonos a la Asociación Helen Keller del Perú, que reúne a niños y jóvenes con discapacidad auditiva y visual.

Ya en años precedentes, bajo el patronazgo de don Waldemar Schroeder y Mendoza (m. 1957), la Asociación Peruana de Caballeros había formado una interesante filmoteca y biblioteca con destino a la colonia de enfermos del mal de Hansen y había dotado una beca para la capacitación especializada de un médico leprólogo. Una donación brindada por la Meehan Family Foundation y entregada el 15 de marzo de 2000 a la parroquia del Santísimo Sacramento de la ciudad de Lima, ha aportado gran cantidad de medicinas, material ortopédico, muebles, computadoras, bicicletas para niños, ropa y una silla de ruedas. Es de esperar que esta labor de asistencia social pueda incrementarse en los próximos años, mediante el concurso de nuevas personas vinculadas por pertenencia formal o simpatía con los ideales de la Sacra Milicia.

## 9. LA ORDEN DE SAN JUAN EN LA ACTUALIDAD

La actual organización de la Orden cuya sede principal se encuentra en Roma, vía Condotti 68 no es muy diferente, en sustancia, de la de sus primeros siglos. La soberanía es ejercida por el Gran Maestre que gobierna con el Soberano Consejo, órgano

compuesto por cuatro altos cargos: el Gran Comendador o Superior Religioso de los Caballeros Profesos y de los Caballeros y Damas de Obediencia; el Gran Canciller o Ministro del Interior y de Asuntos Exteriores; el Gran Hospitalario o Ministro de Sanidad y Asuntos Sociales; y el Recibidor del Común Tesoro o Ministro de Hacienda. A estos acompañan cuatro consejeros titulares y dos suplentes elegidos por el capítulo general entre los caballeros profesos.

La Soberana Orden Militar de Malta es un ente originario de derecho internacional, que expide sus propios pasaportes, emite sellos, acuña monedas y crea entidades públicas dotadas de personalidad jurídica propia. La vida de la corporación está regida por la Carta Constitucional y el Código, ambos reformados en 1997. Sus actividades operativas son gestionadas por seis grandes prioratos, cuatro subprioratos y 45 asociaciones nacionales de caballeros. Mantiene en la actualidad relaciones diplomáticas bilaterales con 96 países de los cinco continentes y posee el estatus de observador permanente ante numerosas organizaciones internacionales, tales como las Naciones Unidas, la Comisión Europea, el Consejo de Europa, el Comité Internacional para las Migraciones, el Comité Internacional de la Cruz Roja, etcétera.

Las actividades diplomáticas de la Orden están estrechamente vinculadas a su misión humanitaria: de hecho, la presencia de sus legaciones en el exterior sirve para apoyar las tareas promovidas por los caballeros. En el plano de las relaciones internacionales, la milicia de San Juan es neutral, imparcial y apolítica. Por tanto, debido a estas características, puede actuar como mediadora cuando un Estado requiera su intervención para resolver una disputa.

Los Estados con los que la Orden mantiene vinculaciones diplomáticas reconocen al Gran Maestre, como jefe supremo de la congregación, las prerrogativas, inmunidades, privilegios y honores que corresponden a los jefes de Estado, junto con el título de Alteza Eminentísima. La Iglesia católica le atribuye el rango de cardenal. El Sumo Pontífice designa, como representante suyo, un cardenal que recibe el título de cardenal patrono y que está asistido por el prelado de la Orden, también designado por el Santo Padre. El prelado es el superior eclesiástico del clero de la Orden y asiste al Gran Maestre en cuanto concierne a la espiritualidad.

La naturaleza caballeresca explica y justifica el mantenimiento del carácter elitista de la Orden, ya que muchos de sus caballeros procedían en el pasado de las familias nobles del mundo cristiano. Hoy, la mayoría de los caballeros y damas no pertenecen al estamento nobiliario. Las batallas no se combaten ya con la espada sino con instrumentos pacíficos de lucha contra las enfermedades, la miseria, la marginación y la intolerancia, y en la defensa y la divulgación de la fe católica. Pero los miembros de la Orden pueden definirse como fervientes católicos, animados por una altruista nobleza de espíritu y de comportamiento. Así, todos los

caballeros y las damas responden a la condición prevista antiguamente para la concesión de títulos de nobleza: haberse distinguido por su especial virtud.

La antigua regla del *Obsequium Pauperum*, esto es, la asistencia a los que sufren, sigue en vigencia hoy en más de 110 países. Las actividades de la Orden incluyen asistencia médico-social, auxilio a las víctimas de conflictos armados y de catástrofes naturales, ayuda a los jóvenes y organización de cursos de primeros auxilios. La acción humanitaria de la congregación se desarrolla a través de sus once mil miembros, sus cerca de ochenta mil voluntarios y sus diez mil empleados, muchos de ellos médicos o sanitarios. Los organismos nacionales de la Orden (grandes prioratos, asociaciones nacionales, servicios de socorro y fundaciones) son los responsables del desarrollo de las actividades en los países en los que están presentes.

Al rayar el siglo XXI, la congregación puede sentirse orgullosa de cultivar relaciones diplomáticas con 96 Estados del mundo entero:

- a) Afganistán, Armenia, Camboya, Filipinas, Georgia, Jordania, Kazajstán, Líbano, Tailandia, Tayikistán y Timor Oriental, en el continente asiático;
- b) Albania, Austria, Bielorrusia, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Federación Rusa, Hungría, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Macedonia, Malta, Moldavia, Montenegro, Polonia, Portugal, República Checa, Rumania, San Marino, Santa Sede y Serbia, en el continente europeo;
- c) Angola, Benín, Burkina Faso, Cabo Verde, Camerún, Chad, Comoras, República del Congo, República Democrática del Congo, Costa de Marfil, Egipto, Eritrea, Etiopía, Gabón, Guinea, Guinea-Bissau, Guinea Ecuatorial, Liberia, Madagascar, Malí, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Mozambique, Níger, República Centroafricana, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Seychelles, Somalia, Sudán y Togo, en el continente africano;
- d) Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Uruguay y Venezuela, en el continente americano;
- e) Micronesia, Islas Marshall y Kiribati, en Oceanía.

## 10. RESOLUCIÓN Y ENJUICIAMIENTO DEL PROBLEMA

En 1951, el papa Pío XII nombró una comisión *ad hoc* de cinco cardenales para hacer una investigación minuciosa sobre el «estado moral y económico» de la Orden de San Juan. La comisión especial elevó su informe en marzo de 1953. Reducidas a los puntos más importantes, las conclusiones de los comisionados eran las siguientes:

- a) La orden es realmente una entidad soberana internacional con pleno derecho a intercambio de agentes diplomáticos, a concertar tratados, etcétera. Pero sus poderes y prerrogativas no son equivalentes, en el sentido ordinario del término, a los de un Estado.
- b) Es también una orden religiosa que busca la santificación de sus miembros. En esta capacidad, está regida por las leyes canónicas y depende indirectamente de la Sagrada Congregación de Religiosos.
- c) Las cuestiones mixtas, es decir, entre las leyes canónicas y el derecho internacional, deben ser resueltas por convenio entre esta corporación y la Secretaría de Estado del Vaticano<sup>20</sup>.

El reconocimiento de la República de Malta, la transformación de las legaciones en embajadas, el interés por las organizaciones internacionales, fueron entre otras las manifestaciones de una política de altas miras que en 1987, en un momento particular para esta antigua institución caballerescas, indujeron al septuagésimo séptimo Gran Maestre, frey Angelo de Mojana di Cologna, a concebir el diseño de la «Futura Estrategia» en vistas al nuevo milenio. En aquel entonces las organizaciones periféricas habían comenzado ya a advertir la oportunidad de una participación más amplia en la vida de la Orden Hospitalaria y los presidentes de las asociaciones nacionales se hacían portavoces de esas instancias, representando la necesidad de encontrarse para confrontar las propias ideas y perspectivas. El objetivo era unirse en torno a un programa que pudiese, por una parte, interpretar mejor los dictámenes del Concilio Vaticano II y, por la otra, adecuar las estructuras a las exigencias surgidas en los últimos decenios del siglo XX.

Dentro de la perspectiva modernizadora se ha incluido también la reforma de la Carta Constitucional y del Código Melitense, para homogeneizarlos con los dictámenes del Concilio Vaticano II y del nuevo Código de Derecho Canónico. Una revisión sugerida también por la necesidad de resolver muchos problemas surgidos en la interpretación de las normas vigentes desde 1961 (todavía bajo el influjo de la comisión evaluadora nombrada por el papa Pío XII), así como de reorganizar las estructuras tradicionales de la Orden, de carácter básicamente centralista. Para elaborar propuestas de modificación a uno y otro instrumento normativo, el Gran Maestre Bertie creó una comisión presidida por el conde Carlo Marullo di Condojanni, la cual presentó los resultados de su trabajo con ocasión del II Seminario para la Futura Estrategia, celebrado en la propia isla de Malta en diciembre de 1993.

---

<sup>20</sup> OLIVIER FARRAN (1955: 20-21).

Entre los temas tratados en aquella ocasión, cuatro fueron los más importantes: las relaciones entre la sede central y los entes melitenses, la estructura de las clases, la posición de las damas (en las categorías de obediencia, devoción y gracia magistral) y el carisma e imagen de la Orden. Dada la delicadeza y complejidad de los temas, y con el fin de discutir y aprobar las modificaciones estatutarias, se decidió convocar a un capítulo general extraordinario, que se reunió del 28 al 30 de abril de 1997. Quedó aprobada entonces la nueva Carta Constitucional de la Soberana y Militar Orden Hospitalaria de San Juan de Jerusalén, de Rodas y de Malta, documento que consta de cuatro títulos y 37 artículos.

El programa general de la Futura Estrategia y la serie de reformas constitucionales sugieren, pues, un panorama más vasto y complejo que nunca y que pone en evidencia las exigencias de un organismo internacional en constante expansión. En este marco ha tenido particular importancia para la Orden el obtener el estatus de observador permanente ante la Asamblea General de las Naciones Unidas. El escaño correspondiente fue inaugurado el 26 de septiembre de 1994 por el entonces Gran Canciller, Carlo Marullo di Condojanni, quien brindó un discurso en la sesión de apertura. Se trata de un reconocimiento que, además de dar prestigio a la antigua institución caballeresca, le ofrece notable ayuda en sus misiones hospitalarias y le abre la posibilidad de establecer lazos más estrechos con los numerosos Estados y organismos internacionales presentes en ese foro universal.

El carácter intrínseco de la Orden de San Juan mantiene todavía hoy gran vigencia moral, porque denota el espíritu de servicio, abnegación y disciplina que anima a la gente de bien. Y es un hecho que, en los últimos cuarenta años, la milicia hospitalaria ha ampliado notablemente su radio de acción: desde el ámbito restringido de su sede en la romana vía Condotti, ha atraído la atención internacional y sus ideales sanjuanistas han echado raíces profundas en casi todas las regiones del mundo. No se es caballero o dama, ya sea en el ámbito clerical o laico, solo por privilegio de nacimiento o por méritos adquiridos, sino por haber sabido responder a la invitación de trabajar allí donde surgen necesidades materiales y morales.

Tal como lo hiciera saber el Gran Maestre frey Andrew W. N. Bertie durante su visita a los cofrades peruanos, en 1999, «[...] la Orden de Malta subsiste como institución honorífica y sus caballeros se consagran a la labor hospitalaria y de beneficencia. Somos una orden religiosa y también militar dijo, pues usamos los aspectos militares para hacer labores de bien social. Trabajamos actualmente para ayudar a ex drogadictos, enfermos de sida y ancianos que, debido al resquebrajamiento de la familia en los últimos años, han quedado desamparados. Además, acudimos constantemente a socorrer a los afectados por fenómenos naturales, epidemias o guerras».

## BIBLIOGRAFÍA

ATTARD, Joseph

1992 *The Knights of Malta*. San Gwann. Malta: Publishers Enterprises Group.

BASCAPE, Giacomo C.

1940 *L'Ordine Sovrano di Malta e gli ordini equestri della Chiesa nella storia e nel diritto*. Milán: Ceschina.

BRAFORD, Ernle Dusgate SELBY

1961 *The great siege of Malta*. Londres: Hodder & Stoughton.

CANSACCHI, Giorgio

1936 «La personalità di diritto internazionale del Sovrano e Militare Ordine Gerosolimitano, detto di Malta». En *Il Diritto Ecclesiastico*.

1940 «Il diritto di legazione attivo e passivo dell'Ordine di Malta». En *Diritto Internazional*.

CIERBIDE MARTINENA, Ricardo (editor)

1999 *Estatutos antiguos de la Orden de San Juan de Jerusalén*. Pamplona: Institución Príncipe de Viana & Instituto Complutense de la Orden de Malta.

COCCA, Aldo Armando

1968 «Fines institucionales de la Soberana Orden de Malta». *Anales de la Universidad del Salvador* (Buenos Aires), volumen 4, pp. 85-103.

1977 *La Orden de los Caballeros de Malta*. Buenos Aires: Plus Ultra.

COSTARELLA, Mario

1952 *I cavalieri di Malta nella tradizione e nelle opere*. Roma: Regionale.

DE ANJOU DE BORBÓN-CONDÉ, Alexis (príncipe)

1990 *La verdadera historia de los caballeros de San Juan*. Madrid: Prensa y Ediciones Iberoamericanas.

DE AZCÁRRAGA, José Luis

1951 «La Orden de Malta, sujeto de derecho internacional». *Revista Española de Derecho Internacional*. Madrid, volumen 4, pp. 642 y ss.

DE GIORGIO, Roger

1985 *A city by an order*. Valletta: Progress Press.

DE LA VÁLGOMA Y DÍAZ-VARELA, Dalmiro

1970 *Revista del Instituto Peruano de Investigaciones Genealógicas*. Lima, volumen 15, pp. 5-7.

DE PIERREDON, Géraud de

1956 *Histoire politique de l'Ordre souverain de Saint-Jean de Jérusalem (Ordre de Malte), de 1789 à 1955*. Dos volúmenes. Segunda edición. París: Saclidis.

- 1967 «Mission hospitalière de l'Ordre souverain de Malte à travers les âges». *Acta Leprologica*. Génova, número 29, pp. 5-72.
- D'OLIVIER FARRAN, Charles
- 1955 *La Soberana Orden de Malta en el derecho internacional*. Traducido de International and Comparative Law Quarterly (Londres, volumen. 3, 1954). Lima: Lumen.
- DE RÁVAGO BUSTAMANTE, Enrique
- 2004 *La Soberana Orden Militar de Malta y el Perú* (estudio histórico-jurídico). Lima: edición privada.
- HAMPE MARTÍNEZ, Teodoro
- 2000 «Testimonio: Fernando de Trazegnies Granda». En *Abogados/Directorio Jurídico del Perú*. Lima, volumen 5, pp. 93-96.
- HOPPEN, Alison
- 1979 *The fortification of Malta by the Order of Saint John, 1530-1798*. Edimburgo: Scottish Academic Press.
- LASARTE FERREYROS, Luis
- 1993 *Apuntes sobre cien familias establecidas en el Perú*. Anotaciones y edición de Juan Miranda Costa. Lima: Rider.
- LOHMANN VILLENA, Guillermo
- 1947 *Los americanos en las órdenes nobiliarias*. Dos volúmenes. Madrid: CSIC, Instituto Gonzalo Fernández de Oviedo.
- 1970 *Revista del Instituto Peruano de Investigaciones Genealógicas*. Lima, volumen 15, pp. 3-4.
- LOVERA DI CASTIGLIONE, Carlo
- 1954 *I cavalieri sensa terra*. Viterbo.
- MARROCCO TRISCHITTA, Marcello Maria
- 1995 *Caballeros de Malta: una leyenda hacia el futuro*. Roma: Asociación de Caballeros Italianos de la Soberana y Militar Orden de Malta.
- MORENÉS Y MARIÁTEGUI, Carlos
- 1995 *Historia resumida de la Soberana Orden de Malta*. Madrid: Instituto Complutense de la Orden de Malta.
- OZCARIZ, Miguel de (S. J.)
- 1766 *Epítome cronológico de todos los grandes maestres de la sagrada religión de San Juan Jerosolimitano, que ahora se llama de Malta*. Pamplona: Antonio Castilla.

PASINI COSTADOAT, Carlo Alberto

- 1948 «La personalidad internacional de la Soberana y Militar Orden de Malta». *Revista Peruana de Derecho Internacional*. Lima, tomo VIII, número 27, pp. 229-248.

PAU ARRIAGA, Antonio

- 1996 *La Soberana Orden de Malta; un milenio de fidelidad*. Madrid: Prensa y Ediciones Iberoamericanas.

PEYREFITTE, Roger

- 1958 *Los caballeros de Malta*. Traducción de Silvina Bullrich. Buenos Aires: Sudamericana.

ROSAS SILES, Alberto

- 1995 «La nobleza titulada del virreinato del Perú». *Revista del Instituto Peruano de Investigaciones Genealógicas*. Lima, volumen 21, pp. 27-539.

RUDA SANTOLARIA, Juan José

- 1995 *Los sujetos de Derecho internacional: el caso de la Iglesia católica y del Estado de la Ciudad del Vaticano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SALVÁ, Jaime

- 1944 *La Orden de Malta y las acciones navales españolas contra turcos y berberiscos en los siglos XVI y XVII*. Madrid: CSIC, Instituto Histórico de Marina.

SAVELLI, Agostino

- 1943 *Storia di Malta dai primordi ai giorni nostri*. Milán: Istituto per gli studi di Politica Internazionale.

SILENZI DE STAGNI, Adolfo

- 1949 «La Soberana Orden Militar de Malta». *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* Buenos Aires, tercera época, año IV, número 13, pp. 101-133.

VATIN, Nicolas

- 1994 *L'Ordre de Saint Jean de Jérusalem, l'Empire ottoman et la Méditerranée orientale entre les deux sièges de Rhodes (1480-1522)*. París: Peeters.

VISCONTI, Alessandro

- 1936 «La sovranità dell'Ordine di Malta nel diritto italiano». *Rivista di Diritto Privato*. Padúa, volumen 2, pp. 195 y ss.

WALDSTEIN-WARTENBERG, Berthold

- 1988 *Die Vasallen Christi. Kulturgeschichte des Johanniterordens im Mittelalter*. Köln: Böhlau Verlag.

## **LA POLÍTICA EXTERIOR DE GEORGE W. BUSH Y EL RETORNO A LAS CAVERNAS\***

*Fabián Novak Talavera\*\**

### **INTRODUCCIÓN**

Con Fernando de Trazegnies no solo me une una gran amistad y admiración por su trayectoria como jurista, profesor universitario y autor de libros siempre brillantes e innovadores, sino también recuerdos y experiencias vividas en dos procesos verdaderamente históricos para el Perú: el proceso de paz con Ecuador y el proceso de conversaciones con Chile, tendiente este último a ejecutar las cláusulas pendientes del Tratado de Lima de 1929.

En el primero de ellos me tocó desempeñarme al lado de Fernando como asesor jurídico; en el segundo, como negociador. En ambos casos, la inteligencia, el liderazgo, la visión de futuro, la creatividad y la decisión del Canciller fueron determinantes para el éxito de estos procesos, con cuya solución de Trazegnies inscribió definitivamente su nombre en la historia diplomática del Perú.

Sobran por tanto argumentos para haber aceptado con entusiasmo participar en este merecido y esperado homenaje. Para tal efecto, he decidido escoger un tema de política exterior.

En efecto, en las próximas páginas trataré de explicar mi visión de la actual política exterior norteamericana. Motivado por la erudición del homenajeado, no me limitaré a señalar fuentes bibliográficas tradicionales sino que, en la medida de lo posible, insertaré citas literarias, históricas, filosóficas y hasta de la cinematografía, esperando que ello sirva para enriquecer el análisis y sea del agrado de los lectores y, en especial, de Fernando de Trazegnies.

---

\* El presente artículo fue escrito en mayo de 2006, cuando era Presidente de los EEUU George W. Bush (nota del editor).

\*\* Profesor principal de Derecho Internacional Público de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue asesor jurídico de la Alta Dirección del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú y vicepresidente de la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

## 1. EL GOBIERNO DE GEORGE W. BUSH

Cuando el presidente George W. Bush inició su mandato, se creyó que estaría caracterizado por el «aislacionismo» defendido por los ex presidentes George Washington y Thomas Jefferson, quienes desde la fundación de la república advirtieron a sus conciudadanos del peligro de entrometerse en los viciados problemas del viejo mundo<sup>1</sup>.

Sin embargo, resultaba difícil para el presidente Bush mantener esta política, teniendo presente su condición de conductor de la potencia hegemónica mundial. Más aún, la opción por el intervencionismo en asuntos internacionales resultaba casi una obligación a raíz de los atentados terroristas del 11 de septiembre del año 2001 en Nueva York y Washington, que arrojaron un saldo final de tres mil muertos.

Estos hechos transformaron la política de seguridad de Estados Unidos, así como su política exterior —no sabemos por cuánto tiempo—; pero lo más importante es que transformó el modelo de ejercicio del poder por parte de la superpotencia. Se terminaba así con una década de engañosa felicidad<sup>2</sup>, de un ejercicio moderado del poder, para pasar a un período oscuro en el cual el abuso del poder, so pretexto del combate al terrorismo, sería la característica. Precisamente en relación con el ejercicio del poder, señalaba don Nicolás de Piérola: «La moderación en el poder es condición esencial de su ejercicio [...] Solo los débiles y los incultos confunden la brutalidad con la energía [...] las cosas no cambian de naturaleza por bautizarlas con este o aquel nombre. Lo bueno es bueno, y lo malo es malo, por más empeño que se ponga en lo contrario<sup>3</sup>.

La administración Bush haría caso omiso a cualquier recomendación como la transcrita, para transformar la política exterior norteamericana.

El 11 de septiembre constituye entonces una fecha crítica para Estados Unidos y el mundo. Para el primero, se trataba del primer ataque recibido en sus tierras. Recordemos que desde 1814, cuando se produjo la guerra entre Estados Unidos y Gran Bretaña, durante la cual los británicos ocuparon brevemente Washington DC, incendiaron la Casa Blanca, el Capitolio y los edificios del Departamento del Tesoro y de Guerra, Estados Unidos no había sido víctima de ataque alguno. Incluso el ataque japonés a Pearl Harbor el 7 de diciembre de 1941 se situó en una base naval norteamericana ubicada en el Pacífico<sup>4</sup>; en este sentido, no son hechos comparables. Adicionalmente, habría que tener en cuenta que los sucesos del 11

<sup>1</sup> OJEDA (2003: 121).

<sup>2</sup> AJAMI (2002: 18).

<sup>3</sup> ULLOA (1989: 401).

<sup>4</sup> REUS (2002: 52).

de septiembre fueron apreciados por la población norteamericana en directo y en tiempo real, mientras que los sucesos de Pearl Harbor llegaron al conocimiento del pueblo norteamericano tiempo después y nunca en imágenes. En cuanto al mundo, el 11 de septiembre ha tenido también una importante significación. Esta fecha representa una vuelta a los primeros tiempos de la historia, a la época de las cavernas, cuando la ley del más fuerte era la única regla. Todo lo cual nos permite concluir, sobre este punto, que en la política exterior norteamericana y en la política de seguridad mundial existe un antes y un después del 11 de septiembre.

## 1. Características del personaje, su entorno e influencias

Para entender la actual política exterior norteamericana, así como el modelo imperante de ejercicio del poder por parte de la superpotencia, creemos importante empezar por analizar las características de quien dirige esa política, su entorno y probables influencias.

En este sentido, habría que empezar señalando que George W. Bush nació el 6 de julio de 1946 en New Haven, Connecticut, procedente de una dinastía política, pues su padre fue presidente de Estados Unidos desde 1988 hasta 1992.

Sin embargo, si bien George Bush nació en Connecticut, esto es, al noreste de Estados Unidos, se crió en Midland y Houston, Texas, por lo cual se lo considera un típico representante del sur profundo de Estados Unidos.

Bush obtuvo una licenciatura de la Universidad de Yale en 1968 y luego sirvió como piloto de caza de un F-102 en la Texas Air National Guard. En 1975 obtuvo una maestría en administración de empresas en la Escuela de Negocios de Harvard. Después de graduarse regresó a Midland e inició su carrera en el sector de energía. Tras colaborar en la exitosa campaña presidencial de su padre en 1988, congregó a un grupo de socios que en 1989 compró la franquicia de béisbol de los Texas Rangers. Varios años después decidió ingresar a la política y el 8 de noviembre de 1994 resultó elegido gobernador de Texas. Pasó a ser el primer gobernador en la historia de Texas elegido a un segundo término consecutivo de cuatro años, cuando fue reelegido el 3 de noviembre de 1998.

Durante su período como gobernador de Texas (1994-2000) apoyó decididamente la pena de muerte en Estados Unidos. Hasta el año 2000, más de 220 personas habían sido ejecutadas por inyección letal en Texas, de las cuales más de la mitad lo fueron durante el período de Bush.

Según todos sus biógrafos<sup>5</sup> se dedicó a la bebida durante un tiempo, hasta que encontró la religión a los 40 años. También se lo reconoce como parte de la

---

<sup>5</sup> KELLY (2004) y WOODWARD (2004).

cultura política del *Bible Belt*, es decir, posee un pensamiento puritano, es un moralista religioso, individualista y con valores extremadamente tradicionales<sup>6</sup>, todo lo cual determina que tenga una visión maniquea de la vida: las cosas para Bush son blancas o negras, buenas o malas. Su frase «O están con nosotros, o están con los terroristas. Una de dos: o se está del lado de la civilización y el bien o, con la barbarie y el mal. Escojan. Y los países que se equivoquen, tengan mucho cuidado», formulada el 20 de septiembre de 2001, confirma su particular perspectiva. En todo caso, otros personajes de la historia o de la cinematografía han compartido esta visión maniquea; es el caso de Lenin durante la revolución bolchevique o del personaje Charles Foster Kane en la película *El ciudadano Kane*<sup>7</sup>.

Por otro lado, George W. Bush reconoce tres influencias políticas importantes en su carrera: Woodrow Wilson<sup>8</sup>, Richard Nixon y Ronald Reagan. El primero ha ejercido una importante influencia en la política exterior norteamericana y en particular en la política exterior de George Bush, quien rescató «el destino manifiesto» o «la excepcionalidad histórica» a la cual se refería el presidente Wilson; este, como se sabe, consideraba que «Dios había creado a Estados Unidos para mostrar al mundo el camino de la libertad». Bush coincide perfectamente con este planteamiento, aunque pretendiera emplear métodos vedados por el derecho internacional para su materialización. Bush declaró en West Point: «El siglo XX terminó con la supervivencia de un único modelo de progreso humano, basado en las exigencias no negociables de la dignidad humana, la vigencia del Estado de derecho, los límites al poder del Estado, el respeto a las mujeres y la propiedad privada, la libre expresión, la igualdad ante la justicia y la tolerancia religiosa»<sup>9</sup>.

Estas palabras pueden compararse con los discursos de Wilson, y específicamente con el discurso «Las cuatro libertades» que el presidente Roosevelt pronunció en 1941. Sin embargo, ellos formulaban declaraciones de esperanza y fe más que de lo no negociable<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> ENCICLOPEDIA SALVAT (2005: 243-244).

<sup>7</sup> Filme de Orson Welles (Estados Unidos, 1941), *El ciudadano Kane* retrata la vida del magnate periodista William Randolph Hearst, quien construye un imperio periodístico utilizando su poder para modificar voluntades y obtener prebendas. Charles Foster Kane, el personaje central, se caracteriza por exigir amor y fidelidad según sus propios términos. En un pasaje de la película dice a su amigo Jedediah que se está «con Kane o contra Kane».

<sup>8</sup> Thomas Woodrow Wilson (1856-1924), dos veces presidente de Estados Unidos de América por el Partido Demócrata, en 1913 y 1920, creía poder establecer un régimen de concordia, buena voluntad, libertad y justicia.

<sup>9</sup> HIRSH (2002: 31).

<sup>10</sup> HIRSH (2002: 32).

En cuanto a Nixon, su influencia es clara en tanto que, al igual que Bush, defiende los intereses norteamericanos a costa de invadir países, violar el derecho internacional y debilitar el sistema multilateral. Todo esto queda evidenciado en la película de Oliver Stone del mismo nombre, donde se califica la política de Nixon como perteneciente a la edad de piedra. Por si esto fuera poco, Nixon era un seguidor del filósofo alemán Oswald Spengler, partidario de la frase «el fin justifica los medios». En efecto, Spengler entendía que «El poder tiene una misión que, a despecho de la ley y la justicia, de la paz y la fraternidad, debe imperiosamente cumplir: preservar a la nación. Nos encontramos, pues, frente al eterno dilema del fin y de los medios, que debemos resolver en favor del primero»<sup>11</sup>.

En el caso de Reagan, este también abrazó los postulados de la derecha religiosa norteamericana: se alzó contra el aborto, a favor de la obligatoriedad del rezo en las escuelas y contra la mención de las tesis de Darwin en los textos escolares; igualmente, limitó la discriminación positiva a favor de mujeres y negros, y se manifestó contra el movimiento gay. Bush también sigue los lineamientos de Reagan en cuanto a la reducción y eliminación de las ayudas y prestaciones sociales que el Estado venía ofreciendo desde la construcción del New Deal por el presidente Roosevelt en 1929, creado para enfrentar la gran depresión de ese año. Bush y Reagan consideran que las prestaciones sociales «[...] limitan el espíritu emprendedor de la población asistida». Entienden que «[...] el gobierno no es la solución de nuestros problemas, el gobierno es nuestro problema»<sup>12</sup>.

De igual modo, así como Reagan creó en marzo de 1983 la frase «La Unión Soviética es el foco del mal en el mundo moderno, es el imperio del mal»<sup>13</sup>, Bush habla del «eje del mal» para referirse a aquellos Estados contrarios a los intereses norteamericanos. En ambos casos, la referencia al mal resulta, por decir lo menos, absurda. Como se sabe, el mal es inherente al ser humano, pero carece de existencia independiente, excepto en la formulación teológica en la que se lo identifica con Satán, quien se rebeló contra la inmanente voluntad de Dios. Por tanto, el mal no puede ser identificado como un enemigo a ser vencido por medios políticos o militares<sup>14</sup>. Sin embargo, Reagan y Bush designan al mal como enemigo común.

Finalmente, tanto Reagan como Bush fueron capaces de pactar con regímenes autoritarios o dictatoriales con tal de lograr sus propósitos. En el caso de Reagan, con dictaduras de Centro y Sudamérica; en el caso de Bush, tenemos los ejemplos

<sup>11</sup> SPENGLER (1966: 183). Véase también CAGNI y MASSOT (1993).

<sup>12</sup> ENCICLOPEDIA SALVAT (2005: 214-215).

<sup>13</sup> AMBROSE (1992: 249).

<sup>14</sup> PFAFF (2002a: 59).

de Pakistán, Rusia y China. Sin embargo, para ser justos, esta ha sido una constante en la política exterior norteamericana. Así, el presidente John Kennedy aplicó esta política en relación con el dictador Leónidas Trujillo en República Dominicana; allí señaló que «Hay tres posibilidades, por orden de preferencia: un régimen democrático decente, la continuación del régimen de Trujillo o un régimen castrista. Debemos de perseguir la primera, pero no podemos renunciar a la segunda mientras no estemos seguros de evitar la tercera»<sup>15</sup>.

En síntesis, con Bush hay un retorno al conservadurismo extremo y al elemento religioso como factor determinante de decisión política.

Por último, el entorno del presidente Bush resulta también importante para comprender su pensamiento y acción. En su primer gobierno, personajes como Dick Cheney (vicepresidente), Condoleezza Rice (secretaria de Estado), Donald Rumsfeld (secretario de Defensa) y Paul Wolfowitz (vicesecretario de Defensa) representan el ala más dura y conservadora del Partido Republicano. En particular, Wolfowitz se convirtió en el verdadero ideólogo del régimen.

Sobre esto último debemos recordar que fue Wolfowitz quien calificó al presidente Bill Clinton como traidor a la patria, por no haber aprovechado en los ocho años de su gobierno la superioridad militar de Estados Unidos. Asimismo, criticó a Clinton señalando que había dejado que un grupo de liliputienses ataran de pies y manos a Guliver. Pero sobre todo fue quien en 1992 elaboró el Proyecto para un Nuevo Siglo Americano, que en su época fuera rechazado por la administración Clinton y que diez años más tarde se convertiría en la Nueva Estrategia Nacional de Seguridad.

A Wolfowitz se sumarían otros analistas que compartían la idea de que, con la caída de la Unión Soviética, Estados Unidos debía adoptar una nueva estrategia para consolidar y perpetuar un mundo unipolar. Es el caso de Patrick Tyler<sup>16</sup>, Charles Krauthammer<sup>17</sup> y Joseph Nye<sup>18</sup>.

## 2. Definición y objetivos de la política exterior de Bush

Si revisamos la Nueva Estrategia de Seguridad Nacional presentada por el presidente Bush al Congreso norteamericano el 17 de septiembre de 2002, podemos concluir que la política exterior norteamericana podría ser calificada de neoimperial o neorrealista, al arrogarse la facultad de intervenir y hacer uso de la fuerza de

---

<sup>15</sup> Enciclopedia Salvat (2005: 215).

<sup>16</sup> TYLER (1992: 41).

<sup>17</sup> KRAUTHAMMER (1990-1991).

<sup>18</sup> NYE (1990).

manera unilateral, preventiva y al margen del derecho internacional y del Sistema de las Naciones Unidas, con el propósito de alcanzar dos objetivos básicos:

a) Eliminar toda potencia hostil; es decir, terminar con aquellos Estados que representen una amenaza para la seguridad de Estados Unidos. Este fue el caso de Afganistán e Irak, pero más adelante podría ser el de Irán o el de Corea del Norte, entre otros, que eventualmente podrían significar una amenaza para la potencia del norte.

b) Impedir que otro Estado o coalición de Estados alcance su misma posición hegemónica, sobre todo en los campos político y militar.

Este último objetivo resulta por demás novedoso, pues no se limita a desarrollar una política de contención en relación con probables enemigos —que caracterizó todo el período de la Guerra Fría— sino que también desarrolla una labor más proactiva con el propósito de eliminar futuros competidores.

Sobre este último tema cabe citar a Condoleezza Rice, quien en el año 2000 afirmó lo siguiente: «Seremos lo bastante fuertes como para disuadir a aquellos adversarios en potencia que emprenden la carrera armamentista con la esperanza de superar o igualar el poderío de Estados Unidos»<sup>19</sup>.

En el mismo sentido se manifestaría el presidente George Bush en un discurso de inauguración pronunciado en la Academia de West Point, en junio de 2002: «Estados Unidos cuenta con fuerzas militares superiores a cualquier adversario y tiene intención de mantenerlas y, con ello, volverá inútiles las carreras armamentistas de otras épocas, y limitará las rivalidades al ámbito del comercio y otros esfuerzos de paz»<sup>20</sup>.

De esto se desprende que el interés del gobierno norteamericano no sería la búsqueda del equilibrio del poder sino más bien desaparecer las rivalidades estratégicas y la competencia en materia de seguridad. En otras palabras, la meta es hacer que las ventajas que actualmente tiene Estados Unidos se vuelvan permanentes, un hecho consumado que hará que los otros Estados ni siquiera intenten ponerse a la par como líderes, protectores o policías globales<sup>21</sup>.

Esta política de eliminar a los Estados enemigos o competidores se ha repetido a lo largo de la historia. Baste recordar el evento bíblico de la muerte de los inocentes, en la que el rey Herodes mandó asesinar en Belén a todos los menores de dos años por temor a que en ese grupo de niños se encontrara el Mesías, es decir, su sucesor. Esto mismo se repite en la literatura. Es el caso de *Macbeth* o *Ricardo III*, de William Shakespeare, los dos personajes centrales no solo eliminan a sus

---

<sup>19</sup> MEDINA (2003: 138).

<sup>20</sup> IKENBERRY (2002: 8).

<sup>21</sup> IKENBERRY (2002: 9).

enemigos sino también a sus probables sucesores. En el primer caso, Macbeth decide eliminar a su mejor amigo, Banquo, por considerarlo un riesgo para la perpetuidad de su poder. Señala: «¿De qué me sirve el poder sin la seguridad? Banquo es mi amenaza perpetua: su altiva condición me infunde miedo [...] A mí me otorgan una corona estéril, un éxito irrisorio, que no pasará a mis hijos, sino a los de un extraño»<sup>22</sup>. La preocupación no es ajena a Maquiavelo, quien recomienda que «El Príncipe [...] deberá atender únicamente a que sus amigos no tomen mucha fuerza, al paso que con sus tropas procurará debilitar y abatir a los fuertes y poderosos: de esta suerte conservará su independencia, y no tendrá partícipes en la soberanía»<sup>23</sup>.

Finalmente, cabría comentar que la administración Bush sustenta sus objetivos de política exterior fundamentalmente en el uso de la fuerza. Bush considera al igual que Licurgo, del siglo VII a. C.) que «[...] el poder se sustenta en una estructura militar y vertical»<sup>24</sup>. Como se sabe, Estados Unidos tiene un presupuesto militar de 400.000 millones de dólares, mayor que el presupuesto militar de los 17 países que le siguen, todos juntos. Este presupuesto equivale también al 45% del gasto mundial en compra de armas. Asimismo, desde el final de la Guerra Fría, Estados Unidos ha construido una infraestructura militar internacional de commandos regionales, ha firmado acuerdos para establecer bases militares en diversas zonas del mundo y ha entablando relaciones con fuerzas armadas extranjeras que asumen una presencia militar estadounidense global y permanente. Las fuerzas armadas de Estados Unidos están desplegadas en unos cuarenta países y mantienen estrechos contactos de mando y personal militar que incluyen intercambios y misiones de entrenamiento en casi todos los países de Europa, con algunos de los ex Estados soviéticos y en partes del Asia y América Latina. Incluso ha construido bases militares en Pakistán y Uzbekistán, en el Asia Central<sup>25</sup>.

Con Bush, la ideología neoimperial guarda más relación con el ejercicio del poder militar que con el ejercicio de un verdadero liderazgo. Bush considera que desde los tiempos de Tucídides y Maquiavelo nada ha cambiado, por lo cual el poder militar de un Estado determina su destino; la interdependencia y las instituciones internacionales son fenómenos secundarios y frágiles, y las amenazas a la supervivencia o a la seguridad de un Estado dictan sus objetivos<sup>26</sup>. En síntesis, la administración Bush no sigue las lecciones realistas de George Kennan sino el espíritu de los

<sup>22</sup> SHAKESPEARE (1960a: 404).

<sup>23</sup> MAQUIAELVO (1980: 22).

<sup>24</sup> Enciclopedia del Salón del Hogar (s/a: 9).

<sup>25</sup> PFAFF (2002b: 86-87).

<sup>26</sup> HOFMANN (2002: 70).

generales atenienses, que según cuenta Tucídides, informaron a los melinos de que entre los fuertes y los débiles solo importa el lenguaje del poder (militar)<sup>27</sup>.

### 3. Estrategias e instrumentos para alcanzar sus propósitos

Con el propósito de alcanzar los dos objetivos de su política exterior planteados en su Nueva Estrategia de Seguridad Nacional, Estados Unidos postula la implementación de seis estrategias fundamentales que se reseñan a continuación.

#### a) *Uso preventivo de la fuerza*

En efecto, Estados Unidos sostiene la necesidad de usar la fuerza contra los Estados que representen una amenaza potencial a su seguridad nacional, antes de que estos puedan convertirse en un problema actual. Como lo señala Ikenberry, «Esta política de no admitir lamentos prefiere errar por exceso y no por omisión». Si bien el uso preventivo no es una novedad en la política exterior estadounidense, sí lo es «[...] la petulancia y desvergonzada franqueza con la que Bush ha expuesto esta doctrina al mundo entero»<sup>28</sup>.

Esta política del uso de la fuerza preventiva tiene sus raíces en el Imperio romano, para ser luego retomada por la Alemania nazi de los años 1930 y por el Estado judío en la década de 1940. De lo primero nos da cuenta Maquiavelo, en *El Príncipe*: «Los romanos, que preveían los peligros antes que llegaran, se aplicaban a preaverlos con celeridad, sin dejar que se agravaran o empeoraran. Ajustados a estos principios, decretaron prontamente la guerra contra Filipo y contra Antíoco en Grecia, para no tener que defenderse de estos mismos soberanos en adelante»<sup>29</sup>.

Los que sostienen un concepto amplio de legítima defensa —entre los que se encuentran Westlake<sup>30</sup>, Mc Dougal<sup>31</sup>, Mac Chesney<sup>32</sup>, Waldock<sup>33</sup> y Bowett<sup>34</sup>, entre otros<sup>35</sup>— plantean que una visión realista de las relaciones internacionales, el sentido común y la naturaleza destructiva de las armas modernas, obligan a reconocer a los Estados el derecho a defenderse ante ataques armados inminentes que puedan

---

<sup>27</sup> HOFMANN (2003: 84).

<sup>28</sup> IKENBERRY (2002: 13-14).

<sup>29</sup> MAQUIAELVO (1980: 23).

<sup>30</sup> WESTLAKE (1910: 299).

<sup>31</sup> MC DOUGAL (1963, pp. 737-738).

<sup>32</sup> Brunson Mac Chesney, citado por WESTON (1980: 312).

<sup>33</sup> WALDOCK (1953: 497-498).

<sup>34</sup> BOWETT (1958: 188-192).

<sup>35</sup> Es el caso de SCHWEBEL (1973: 481).

presentarse y no esperar a que el mismo se ejecute para reaccionar. En otras palabras, este sector sostiene que no es posible crear una situación de indefensión por el respeto escrupuloso del concepto de ataque armado previo, dando así una oportunidad innecesaria a un agresor cuyas intenciones son claramente manifiestas.

Esta concepción de la legítima defensa preventiva ha sido incluso muchas veces aplicada en la práctica, fundamentalmente por las potencias hegemónicas del momento. Incluso fue admitida indirectamente por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, que si bien rechazó la pretensión alemana de justificar la invasión de Dinamarca, y luego de Noruega, Bélgica, Holanda, Luxemburgo y la Unión Soviética, con el argumento de que Noruega sería ocupada por los aliados, admitió la legítima defensa preventiva ante un ataque inminente, la cual, agregó, «[...] debía enmarcarse dentro de las condiciones que para su ejercicio había enunciado Webster en el asunto *The Caroline*»<sup>36</sup>.

Sin embargo, lo cierto es que en el derecho internacional actual la legítima defensa preventiva no encuentra mayor asidero. Por el contrario, desde 1945, con la creación de las Naciones Unidas, es claro en señalar la necesidad de que exista un ataque armado previo para que la legítima defensa pueda ser ejercida válidamente. La Carta de las Naciones Unidas, en su artículo 51, no admite dudas: «Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado». El presupuesto entonces es claro: solo «en caso de ataque armado» el Estado puede defenderse haciendo uso de la fuerza<sup>37</sup>.

Esta visión restrictiva de la legítima defensa —esto es, limitada a la existencia de un ataque armado previo— es compartida por la gran mayoría de los publicistas, como es el caso de Henkin<sup>38</sup>, Akehurst<sup>39</sup>, Skubiszewski<sup>40</sup>, Rodríguez Carrión<sup>41</sup>, Wright<sup>42</sup> y Jessup<sup>43</sup>, entre muchos otros<sup>44</sup>. En este mismo sentido se

---

<sup>36</sup> D'AMATO (1987: 105-106).

<sup>37</sup> *Minority Report*, de Steven Spielberg, formula una crítica directa a la política norteamericana de uso de la fuerza preventiva. Muestra la existencia de una división del precrimen, es decir, una división de policías, en el año 2025, con capacidad para detener, juzgar y condenar a ciudadanos por crímenes que supuestamente cometerán en el futuro, identificados por tres personas con capacidad de predicción, a quienes denominan *precognitivos*. Al final, se nos muestran los peligros de un esquema de este tipo para la seguridad de las personas y de los Estados.

<sup>38</sup> HENKIN y otros (1987: 740-741).

<sup>39</sup> ACEHURST (1992: 317).

<sup>40</sup> SKUBISZEWSKI (1968: 213).

<sup>41</sup> RODRÍGUEZ CARRIÓN (1989: 57).

<sup>42</sup> Quincy Wright, citado por WESTON (1980: 312).

<sup>43</sup> JESSUP (1948: 738).

<sup>44</sup> COMBACAU (1985).

ha manifestado la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, mediante su relator Roberto Ago, quien descarta cualquier posibilidad de interpretar el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas en el sentido de autorizar una legítima defensa preventiva:

Señalamos igualmente que se ha insistido mucho en el hecho de que la Carta solo ha reconocido este carácter de «inmanencia» a la facultad de invocar la legítima defensa como justificación de un comportamiento observado «en caso de ataque armado» contra el Estado. No es posible encontrar en el texto del artículo 51, explícita ni implícitamente, ninguna ampliación de esa facultad a otros casos en que el Estado sea objeto de una infracción relativa a un derecho que, sea cual fuere su importancia, no sea de los afectados por un acto de agresión. La idea de que el supuesto mencionado en el artículo 51 solo responde a una finalidad paradigmática se rechaza, pues, por absurda y, además, contraria a todo lo que resulta de los trabajos preparatorios<sup>45</sup>.

Hay que recordar, igualmente, que el referido artículo 51 es una excepción al artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas, que consagra la prohibición del uso de la fuerza, por lo cual debe ser interpretado restrictivamente<sup>46</sup>.

Adicionalmente, en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, la Corte Internacional de Justicia también planteó la exigencia de un ataque armado previo para convalidar el ejercicio de la legítima defensa, no solo en el ámbito del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas sino también del derecho consuetudinario: «En el caso de la legítima defensa individual, el ejercicio de dicho derecho requiere que el Estado interesado haya sido víctima de una ataque armado. La invocación de la legítima defensa colectiva no altera nada al respecto»<sup>47</sup>.

Por último, debe señalarse que la visión restrictiva de la legítima defensa, que exige la presencia de una ataque armado previo, no solo encuentra sustento en el propio texto de la Carta de las Naciones Unidas, en la jurisprudencia citada y en la doctrina de los publicistas, sino también en la práctica de las Naciones Unidas; tanto el Consejo de Seguridad como la Asamblea General de la Organización han respaldado esta interpretación, condenando todo intento de legítima defensa preventiva. Así sucedió por ejemplo cuando Egipto pretendió impedir por la fuerza la navegación y el transporte por el canal de Suez, en 1951; en 1964, cuando las fuerzas aéreas británicas bombardearon el fuerte Harib, en la República Árabe de Yemen, so pretexto de evitar que se repitieran los conflictos fronterizos que habían tenido lugar entre dicho Estado y la Federación de Arabia

<sup>45</sup> Ago (1980: 70).

<sup>46</sup> CARRILLO SALCEDO (1992: 327).

<sup>47</sup> Corte Internacional de Justicia, *Reports 1986*, párrafo 195.

del Sur; en 1981, en relación con el ataque y la destrucción por parte de Israel del reactor nuclear Osiraq, ubicado en Iraq, antes de que este entrase en funcionamiento; en 1985, a propósito del bombardeo de Israel al cuartel general de la Organización para la Liberación de Palestina en Túnez, supuestamente para «[...] prevenir posibles actos terroristas»<sup>48</sup>; o respecto de la invasión estadounidense de Panamá en 1989, que también pretendió ser justificada sobre la base de la legítima defensa preventiva<sup>49</sup>.

No obstante, la actual administración norteamericana insiste en plantear el uso preventivo de la fuerza como pilar de su política de seguridad. Esto tan solo pone en evidencia, su escasa o nula vocación por mantener vigentes los principios y normas del derecho internacional así como por evitar conflictos armados internacionales.

### *b) Uso de la fuerza unilateral*

Si bien en un principio, al inicio de la década de 1990, Estados Unidos consideró importante «legitimar» sus intervenciones actuando con otros Estados o en el marco de una organización internacional, a partir del 11 de septiembre se entiende que esta asociación no solo no es necesaria en términos políticos y militares sino que incluso puede resultar inconveniente.

En efecto, la actual administración norteamericana no confía en el multilateralismo ni en el sistema de seguridad colectiva de la ONU, al que califica de anacrónico y carente de respuesta ante las amenazas que enfrenta la comunidad internacional. Al respecto, se deben tener presentes las palabras de Condoleezza Rice pronunciadas el año 2000: «Estados Unidos se proyectará desde el suelo firme del interés nacional y no en función de la ilusoria comunidad internacional. No dudaremos a la hora de actuar en solitario si fuera necesario para hacer uso del derecho a defendernos actuando en forma preventiva»<sup>50</sup>.

Los conservadores norteamericanos quieren, por tanto, reducir al mínimo lo que calificaron como un «globalismo fanático» de los años de Clinton, pues entienden que resulta inaceptable para una superpotencia verse limitada «por una masa amorfa llamada sociedad globalizada», dejando que esta se entrometa e influya en asuntos vinculados a la seguridad estadounidense<sup>51</sup>.

Lo que resulta paradójico es que muchos estadounidenses no recuerden que las principales instituciones internacionales que hoy rechazan, tales como la ONU, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización del

<sup>48</sup> GIULIANO, SCOVAZZI y TREVES (1991: 44).

<sup>49</sup> GUEVARA (2003: 117-119).

<sup>50</sup> HIRSH (2002: 38).

<sup>51</sup> HIRSH (2002: 38).

Tratado del Atlántico Norte (OTAN) o la Organización Mundial del Comercio (OMC), se hicieron básicamente en Estados Unidos y han permitido contar con un sistema internacional viable<sup>52</sup>.

Por otro lado, la actual administración estadounidense también entiende que las operaciones conjuntas y el uso de la fuerza mediante coaliciones tienden a entorpecer las operaciones efectivas, como sucedió en el bombardeo aliado sobre Kosovo. Así lo explicó el Secretario de Defensa Donald Rumsfeld en el 2002: «La misión debe determinar la coalición, y no la coalición la misión, pues en tal caso la misión se reduciría a la búsqueda del mínimo común denominador aceptable para la mayoría de los participantes, cosa que no podemos aceptar»<sup>53</sup>.

Asimismo, se entiende que la diferencia entre las fuerzas armadas estadounidenses y las del resto de sus tradicionales aliados es hoy en día tan abismal, que es poco el aporte que estos últimos pueden brindar a una acción militar norteamericana; y por el contrario, son muchas las condiciones que ellos pueden imponer.

En otras palabras, si bien inmediatamente después de terminada la Guerra Fría los presidentes Bush y Clinton «simularon que nada había cambiado», tiempo después Estados Unidos reconoció que su poderío militar era único y que aquí no existía una orquesta sino una banda compuesta por un solista<sup>54</sup>.

Obviamente, este planteamiento resulta también contrario al derecho internacional, específicamente a todo el capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas, que limita el uso lícito de la fuerza al hecho de que este sea ejercido por la organización y no por un Estado de manera unilateral.

### *c) Uso de la fuerza sin límite espacial y redefinición del concepto de soberanía*

El gobierno de George W. Bush reclama su derecho a usar la fuerza en cualquier parte del mundo que represente una amenaza potencial a su seguridad, dejando de lado el respeto a la soberanía de dichos Estados.

Efectivamente, Estados Unidos entiende hoy que es imprescindible redefinir el concepto de soberanía, pues es necesario que algunos países puedan intervenir en cualquier lugar del mundo y en cualquier momento para destruir la amenaza terrorista. Esta estrategia define, más que ninguna otra, el carácter imperial de su política, pues los límites del imperio se extienden hasta donde alcanza su interés.

La potencia del norte sostiene que aquellos países que albergan terroristas, o que no son capaces de combatirlos en su propio territorio, o que simplemente

<sup>52</sup> HIRSH (2002: 37).

<sup>53</sup> IKENBERRY (2002: 13-14).

<sup>54</sup> HIRSH (2002: 46).

incumplen un deber considerado esencial por Estados Unidos, pierden sus derechos de soberanía<sup>55</sup>. Así lo señaló Richard Haass, encargado del planeamiento político en el Departamento de Estado:

Lo que estamos viendo en este gobierno es la aparición de un nuevo cuerpo o principio de ideas [...] sobre lo que podría llamarse los límites de la soberanía. La soberanía implica obligaciones. Una es no matar en masa al propio pueblo. Otra es no apoyar el terrorismo en ninguna forma. Si un gobierno no cumple con estas obligaciones, entonces pierde algunos de los beneficios habituales de la soberanía, incluido el de que no se metan con él dentro de los límites de su propio territorio. Otros gobiernos, entre ellos el de Estados Unidos, adquieren el derecho de intervenir<sup>56</sup>.

El planteamiento de una soberanía condicionada no es nuevo. Las grandes potencias han transgredido deliberadamente las normas de la soberanía del Estado desde que fueron establecidas; Estados Unidos mismo lo ha hecho en el hemisferio occidental desde el siglo XIX. Lo nuevo y provocador es que el presidente Bush pretenda aplicarlo globalmente<sup>57</sup>.

Resulta sumamente peligroso abrir un abanico indeterminado de temas habilitantes para la intervención unilateral. En otras palabras, con solo pretender una intervención unilateral sin límite espacial alguno ya se están violando los principios de no intervención y de soberanía territorial de los Estados; pero agregar que tal intervención se producirá cuando un Estado incumpla una «obligación internacional», resulta a todas luces un atentando contra la estabilidad y seguridad jurídica de la comunidad internacional. Por lo demás, cabe preguntarse quién determinará estas obligaciones y establecerá cuándo se ha producido un incumplimiento. La respuesta obvia es que la superpotencia. Entonces, no estamos frente a un planteamiento serio sino tan solo ante una falacia que pretende esconder las verdaderas pretensiones de la potencia hegemónica.

#### *d) Depreciación práctica de reglas y normas del derecho internacional*

La relativización del derecho internacional por parte de la actual administración norteamericana viene de la violación de numerosos preceptos y principios que constituyen la base del sistema jurídico internacional; pero también del abandono de compromisos internacionales asumidos, eludiendo asumir nuevos compromisos e incluso socavando compromisos ya existentes, de los cuales no forma parte.

---

<sup>55</sup> HIRSH (2002: 46)

<sup>56</sup> IKENBERRY (2002: 11).

<sup>57</sup> IKENBERRY (2002: 12).

En cuanto a lo primero, es decir, la violación de preceptos y principios del derecho internacional, queda claro que con sus intervenciones en Afganistán e Irak, Estados Unidos ha transgredido todo el capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas, el principio de prohibición del uso de la fuerza, el principio de solución pacífica de controversias, el principio de no intervención y el principio de soberanía territorial de los Estados, entre otros<sup>58</sup>, además de cometer el crimen de agresión. Asimismo, estas violaciones se presentan cuando Estados Unidos dicta medidas protecciónistas para la agricultura y el acero, desconociendo sus compromisos con la OMC.

En cuanto a lo segundo y lo tercero, esto es, el abandono de compromisos internacionales y la evasión de nuevos compromisos, tenemos la denuncia del Tratado de Misiles Antibalísticos de 1972, así como la no adhesión al Protocolo de Kyoto sobre el calentamiento global, al Tratado de Prohibición de Ensayos Nucleares, al Convenio sobre Armas Biológicas de 1992, al Convenio sobre Armas Químicas de 1993 y al Estatuto de Roma de 1998 que crea la Corte Penal Internacional.

Finalmente, Estados Unidos desarrolla una campaña contra la materialización de ciertos tratados que considera contrarios a sus intereses. Es el caso del Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional. El 26 de julio de 2002, Estados Unidos dictó la Ley ASPA-American Servicemembers Protection Act, según la cual las tropas norteamericanas se encuentran habilitadas para usar la fuerza y rescatar a cualquier ciudadano norteamericano detenido en La Haya, Holanda, para ser juzgado como presunto criminal en dicha Corte; asimismo, faculta a retirar la ayuda militar a los países que entreguen a ciudadanos norteamericanos a la Corte Penal Internacional, con excepción de los países miembros de la OTAN que sean parte del Estatuto de Roma<sup>59</sup>. Esto, más allá de significar una nueva violación al derecho internacional y a la soberanía de los Estados, traduce una voluntad de socavar los alcances del Estatuto de Roma y la competencia de la Corte Penal.

A ello tendríamos que sumar las resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, elaboradas e impulsadas por Estados Unidos y cuyo propósito consiste en excluir a las tropas norteamericanas de ser sometidas al Tribunal Penal Internacional en caso que cometieran algún crimen. En efecto, el 12 de julio de 2002, doce días después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, el Consejo de Seguridad de la ONU aprobó la resolución 1422 en la cual pide, de conformidad con el artículo 16 del Estatuto de Roma,

[...] que la Corte Penal Internacional, si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizada por la ONU y

<sup>58</sup> REMIRO BROTÓNS (2003: 19).

<sup>59</sup> GÜELL PERIS (2003: 140).

que entraña la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, no inicie ni prosiga, durante el período de 12 meses, a partir del 1 de julio de 2002, investigaciones o enjuiciamientos de ningún caso de esa índole, salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario.

Posteriormente, la resolución 1487 renovaría los términos de la resolución antes referida<sup>60</sup>.

Por si esto fuera poco, Estados Unidos viene presionando a numerosos Estados para celebrar tratados bilaterales, de conformidad con el artículo 98 del Estatuto de Roma, a efectos de que se comprometan a no entregar al tribunal a posibles criminales norteamericanos, debiendo más bien ser conducidos a Estados Unidos. Esto contraviene la obligación de los Estados miembros de identificar, capturar y trasladar a todo presunto criminal para ser juzgado por el Tribunal. El artículo 98 del Estatuto, al que alude Estados Unidos, fue más bien pensado para supuestos puntuales, es decir, eximir a miembros de misiones diplomáticas, negociadores de alto al fuego, mediadores para la distribución de ayuda humanitaria o para la creación de zonas seguras, mas no para eximir de juzgamiento a todo un ejército<sup>61</sup>.

Asimismo, para frustrar la buena marcha de la Corte Penal Internacional, el gobierno de Bush amenazó en junio de 2002 con retirar los fondos destinados a las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas si no se resolvía su petición de excluir a ciudadanos norteamericanos de su jurisdicción<sup>62</sup>.

De todo esto podemos concluir que Estados Unidos estaría desarrollando una estrategia multilateral, bilateral y nacional para debilitar las estructuras de la Corte Penal Internacional, violando con ello el artículo 18 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, que dispone la obligación de los Estados que han firmado un tratado y luego no lo han ratificado, de no atentar contra su objeto y fin. Precisamente, en este caso, Estados Unidos estaría incumpliendo su obligación convencional.

Esta relativización del derecho internacional va de la mano con sus planteamientos de un intervencionismo unilateral y preventivo, pues en un mundo en el que no imperan las normas, impera la ley del más fuerte. Esto último fue también propuesto por Maquiavelo en *El Príncipe*: «Ciertamente es muy laudable en un príncipe la exactitud y fidelidad en el cumplimiento de sus promesas, y que no eche mano de utilizar artificios para eludirlos, pero la experiencia de estos tiempos nos demuestra que entre los que más se han distinguido por sus hazañas

<sup>60</sup> GÜELL PERIS (2003: 139-140).

<sup>61</sup> GÜELL PERIS (2003: 151).

<sup>62</sup> HIRSH (2002: 25).

y prósperos sucesos, hay muy pocos que hayan hecho caso de la buena fe, o que escrupulizaran de engañar a otros e incumplir tratados»<sup>63</sup>.

Históricamente es posible distinguir esta política en gobernantes que vivieron coyunturas similares, como Luis XIV en Francia (1660-1714) u Otto Von Bismarck (1815-1898) en Alemania. Este último sostuvo que «La estabilidad de todos los tratados entre grandes potencias es muy condicional en cuanto se le pone a prueba en la lucha por la existencia. Ninguna gran nación se hallará dispuesta a sacrificar su existencia en aras de la lealtad de un tratado cuando se ve obligada a elegir entre una y otra cosa»<sup>64</sup>.

Esta quizá sea la manifestación más nefasta de la actual política exterior norteamericana pues pone en evidencia que el principio de igualdad jurídica de los Estados solo se encuentra consagrado en el papel, provocando peligrosas adhesiones por parte de otros Estados interesados en «saltarse a la garrocha» el cumplimiento de determinadas disposiciones del derecho internacional.

#### e) *Legitimación y justificación de su acción interventora*

En este punto habría que empezar por recordar el pensamiento de Platón expuesto en *La República*. Según el filósofo griego existen dos grandes excusas para el abuso del poder: la razón de Estado y la mentira útil. En el caso de la política exterior norteamericana existen ambas: la primera viene a ser garantizar la seguridad de Estados Unidos; la segunda, extender la democracia y las libertades al mundo entero.

Lo cierto es que Estados Unidos se encuentra interesado en reemplazar a todos los gobiernos de Oriente Próximo, Asia Central, Afganistán, entre otros, a los que considera hostiles a los intereses norteamericanos<sup>65</sup>. Sin embargo, para darle un mejor ropaje a sus intenciones, el gobierno de Bush retoma parcialmente el pensamiento de Woodrow Wilson, en el sentido de que Estados Unidos debe expandir la democracia y los derechos humanos por el mundo. Plantean una visión «musculosa del wilsonianismo»; quieren explotar el poder supremo del que goza su nación tras 1990 para establecer una nueva versión de ese orden mundial benevolente, propuesto por primera vez a los estadounidenses por Wilson<sup>66</sup>.

Michael Ledeen, influyente teórico del American Enterprise Institute, de Washington, señala igualmente la necesidad de que Estados Unidos lleve a cabo «[...] una amplia revolución democrática para liderar a todos los pueblos del

<sup>63</sup> MAQUIAVERO (1980: 85).

<sup>64</sup> MASSOT (1994: 150).

<sup>65</sup> PFAFF (2002a: 62).

<sup>66</sup> PFAFF (2002a: 63-64).

Oriente próximo de la tiranía, pues Estados Unidos es el único país verdaderamente revolucionario de la Tierra»<sup>67</sup>.

Se trata, por tanto, de justificar la intervención al existir una «causa justa», lo que nos recuerda a autores de la talla de Francisco de Vitoria, Francisco Suárez y Hugo Grocio, quienes basados en el pensamiento de San Agustín y Santo Tomás de Aquino invocaban la causa justa para declarar lícita una guerra<sup>68</sup>. Como sabemos, este pensamiento ha sido ampliamente superado desde que la Carta de las Naciones Unidas consagrara el principio de prohibición del uso de la fuerza.

En efecto, la administración norteamericana busca legitimar su acción intervencora señalando que tiene como propósito compartir los beneficios de la democracia y los derechos humanos vigentes en ese país, aunque utilizando la fuerza militar y la imposición. Pretende vendernos la idea de que con su intervención militar cumple el propósito de liberar y proteger a pueblos subyugados por sus gobernantes, más que desarrollar una labor de conquista y expansión. Por esta razón, Bush alude al Plan Marshall cuando señala que ayudará a Afganistán e Irak a construir un gobierno libre y estable, un sistema educativo y una economía viable<sup>69</sup>.

Este intervencionismo como herramienta de la política exterior norteamericana quedó ratificado por Condoleezza Rice, cuando en su informe sobre la Estrategia de Seguridad Nacional señala que la misma «estará basada en un internacionalismo distintivamente americano que refleje la unión de nuestros valores con nuestros intereses nacionales»<sup>70</sup>.

En realidad, Estados Unidos utiliza la misma estrategia que Napoleón Bonaparte empleó durante sus conquistas. Así, recordemos por ejemplo, que cuando Napoleón conquista Italia, organiza en Milán una reunión con los dirigentes y la nobleza milanesa, a quienes pretende engañar, presentándose como un protector y un libertador y no como el conquistador de Italia. Napoleón les dijo:

Seréis libres y en situación más segura aún que Francia. Milán será la capital de esta nueva república [...].

Tendréis quinientos cañones y la amistad de Francia. De entre vosotros, yo escogeré los cincuenta hombres que habrán de gobernar el país en nombre de Francia. Adoptad nuestras leyes, modificándolas con arreglo a vuestras costumbres [...] sed juiciosos y estad unidos. Tal es mi voluntad. Y si los Habsburgo se apoderasen nuevamente de Lombardia, yo os juro que defenderé vuestra causa y que nunca os abandonaría. Si vuestro país perece, es que yo habré dejado de existir<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> PFAFF (2002a: 66).

<sup>68</sup> REMIRO BROTÓNS (2002: 93).

<sup>69</sup> HIRSH (2002: 28).

<sup>70</sup> OJEDA (2002a: 15).

<sup>71</sup> LUDWIG (1976: 59).

Esta misma posición fue asumida por Napoleón ante sus tropas, a las que pretendía hacerles creer que conformaban un ejército libertador. Al respecto, cabe citar la arenga que Napoleón formula a sus soldados al conquistar Milán:

¡Soldados! Como un torrente os habéis precipitado desde lo alto del Apenino [...] Milán es vuestro [...] Somos amigos de todos los pueblos, y más en particular de los descendientes de Bruto, de los Escipiones y de los grandes hombres que hemos tomado por modelo. Levantar de nuevo el Capitolio y colocar en él con honor las estatuas de los héroes que lo hicieron célebre; despertar al pueblo romano, entumecido por varios siglos de esclavitud, tal es el fruto de vuestras victorias; ellas harán época en la posteridad, y vosotros tendréis la gloria inmortal de haber cambiado la faz de la hermosa región de Europa [...] Regresaréis entonces a vuestros hogares, y vuestros conciudadanos dirán, señalándoos: sirvió en el ejército de Italia<sup>72</sup>.

La misma política fue seguida por algunos conquistadores romanos e incluso por Adolfo Hitler en la Segunda Guerra Mundial. En todo caso, resulta claro que el propósito norteamericano, incluso en el supuesto de ser real, carece de sentido, pues los cambios no pueden ser impuestos por la fuerza. No nos encontramos en la Edad Antigua, en los tiempos del Imperio romano, cuando la fuerza era el elemento decisivo para someter a otros pueblos y expandir su poder. Como se sabe, el Imperio romano fue el Estado más vasto y mejor organizado de la antigüedad: se extendía por Europa hasta el Mar del Norte, y la parte sur de la gran isla Británica, el Rin y más allá del Danubio; por el Asia anterior, hasta el Mar Negro; y por el África septentrional, hasta la línea del desierto del Sáhara. El Imperio romano creó, con sus ochenta millones de habitantes, una sola nación. El triunfo máximo del genio político de Roma consistió en haber romanizado tan radicalmente a los antiguos vencidos, que ya desde los tiempos de Augusto el mayor orgullo de un habitante de Galia, España, Siria o Grecia, era decir: «soy ciudadano romano»<sup>73</sup>. «Que se nos conceda la igualdad, que tengamos las mismas leyes, que solo formemos con vosotros un único Estado, una *civitas*; que solo tengamos un nombre, y que a todos se nos llame igualmente romanos»<sup>74</sup>, dice el reclamo del jefe de los lacios ante el senado romano.

Hoy, para transformar una sociedad, se requiere generar cambios en los valores predominantes en ella, lo cual exige mucho más que la imposición. Señala Kant

<sup>72</sup> LUDWIG (1976: 56). Asimismo debemos recordar que cuando Julio César es asesinado por Bruto, Casio, Decio, Casca y otros senadores romanos, también se señaló como excusa o justificación la «liberación de Roma de la tiranía y de la ambición». Sin embargo, como lo manifestara Marco Antonio, el asesinato de Julio César fue producto de la envidia y no de una razón de Estado. Véase SHAKESPEARE (1960b: 1241-1242).

<sup>73</sup> SECCO ELLAURI (1965: 262-263).

<sup>74</sup> SECCO ELLAURI (1965: 281).

que si bien era correcto aspirar a una sociedad internacional unida por principios éticos aceptables para todas las naciones, ello resulta un objetivo difícil de cumplir, en tanto no puede ser obtenido por el mero voluntarismo de un Estado<sup>75</sup>. La misma idea es sostenida por John Rawls, quien señala la necesidad de una aceptación voluntaria por parte de todos los componentes de la comunidad internacional, de establecer ciertos parámetros comunes en torno al sistema de gobierno y otros aspectos vinculados<sup>76</sup>.

Quizás sería pertinente culminar este punto con las palabras de Guillermo Medina:

La ambición de Estados Unidos o de sus dirigentes de cambiar el mundo a imagen y semejanza de su propia sociedad capitalista, multicultural, democrática y feliz en su riqueza, es peligrosa, voluntarista, irreal y contradictoria. Es peligrosa porque es imperial, es decir, imperativa y requiere el uso sistemático de la coerción. Es contradictoria por incoherente con los valores americanos que hasta ahora han sido admirados en el mundo. Es irreal porque cree que todos los seres humanos no solo quieren la libertad y la democracia, sino que están ansiosos de abrazar el modo de vida americano. Y es voluntarista porque los medios son inadecuados a los fines y ni siquiera el poderío de Estados Unidos puede convertir al mundo entero en un protectorado<sup>77</sup>.

*f) A nivel interno, el «miedo al terrorismo» como factor de respaldo y cohesión*

A partir del 11 de septiembre de 2001, la propaganda oficial y la privada (CBS, CNN, FOX, etcétera) alientan el miedo de la población al terrorismo como factor de cohesión interna en torno al presidente Bush. La utilización de los medios de comunicación escrita, televisiva y radial será puesta al servicio de la «causa americana», al igual que en el pasado, desde la asunción del presidente Woodrow Wilson, primer jefe de Estado norteamericano en crear una agencia estatal de propaganda oficial.

La manipulación del miedo ha permitido al presidente Bush encontrar una racionalidad a su administración y una palanca para aumentar su poder y popularidad en su país. Otra técnica fue apelar a la retórica orwelliana; es decir, Bush señaló a los norteamericanos que la guerra no era una opción sino una necesidad impuesta por el caos mundial<sup>78</sup>.

La estrategia del miedo como elemento de propaganda tampoco es nueva. Este mismo mecanismo fue utilizado en la década de 1930 por Joseph Goebbels,

---

<sup>75</sup> KANT (1989).

<sup>76</sup> RAWLS (2004: 33 y 43). Véase también LÁZARO (2004: 33 y 34).

<sup>77</sup> MEDINA (2003: 150).

<sup>78</sup> HOFFMANN (2003: 73).

ministro de Educación y Propaganda de la Alemania nazi, contra los judíos; también por el gobierno de Israel contra los palestinos, entre 1948 y 1967, logrando etiquetarlos como terroristas<sup>79</sup>; y en el caso del presidente Ronald Reagan, contra lo que él denominó «el imperio del mal» (Unión Soviética) para consolidar su popularidad interna.

La utilización de este elemento perturbador de la voluntad por parte de la administración norteamericana no solo quedó registrada en la invasión a Afganistán e Irak; incluso ha sido recogida en documentales elaborados en Estados Unidos, como *Fahrenheit 9/11*, de Michael Moore, donde se hace un recuento de la mala utilización de la prensa para difundir imágenes parciales o visiones distorsionadas de la realidad<sup>80</sup>.

#### 4. A manera de conclusión

Todo lo dicho hasta aquí confirma que estamos ante una nueva política exterior norteamericana; de acuerdo con esta, lo militar prima sobre lo político y el uso de la fuerza unilateral y preventivo, sin límite espacial y al margen del derecho internacional, constituye la estrategia central para mantener su hegemonía y el sistema unipolar imperante.

Fundado en un realismo descarnado, Estados Unidos entiende que si bien esta estrategia puede merecer un inicial rechazo de gran parte de la comunidad de Estados, así como de la opinión pública internacional, finalmente todos terminarán aceptando las condiciones de su nueva hegemonía, por temor o conveniencia, con lo cual —concluyen— la «estabilidad internacional» se encuentra garantizada.

La realidad indica, sin embargo, que las características de la actual política exterior norteamericana no solo desestabilizan el sistema jurídico internacional y debilitan el multilateralismo, sino que también resquebrajan la vigencia de los derechos y las libertades individuales, a nivel interno e internacional, todo lo cual abre una brecha de resentimiento y desconfianza, incluso entre sus tradicionales

<sup>79</sup> OJEDA (2002b: 10).

<sup>80</sup> Existe una muy amplia filmografía sobre la utilización de la prensa para distorsionar la verdad de los hechos. En *Caballero sin espada*, de Frank Capra, por ejemplo, el senador Jefferson Smith, hombre idealista y de principios, ve destruida su imagen por la prensa dirigida por un periodista corrupto llamado James Taylor. Asimismo, podríamos recordar la película *Un día muy particular*, de Ettore Scola (1977), que retrata el ambiente de opresión y terror desatado en la Italia fascista por el régimen de Mussolini contra los homosexuales, los comunistas y todos aquellos ideológicamente contrarios al fascismo.

socios estratégicos. A la larga, esto puede provocar, como sucedió con otros imperios, el derrumbe de la propia hegemonía norteamericana<sup>81</sup>.

Históricamente está comprobado que la unipolaridad tiende a poseer una vida corta, pues el país hegemónico termina perdiendo el dominio exclusivo ante el surgimiento de nuevos poderes. Así tenemos el caso de Francia en 1660, cuando Luis XIV subió al trono. Francia no solo era un gran poder, el más grande y rico del mundo, el que tenía la administración centralizada más eficiente, una rica agricultura y un potencial de desarrollo industrial, sino también un poder militar considerable, con el ejército más poderoso de Europa. Todo esto terminó en 1714, cuando emergieron nuevas potencias como Inglaterra, Austria y Rusia<sup>82</sup>. Lo mismo sucedió con Gran Bretaña en 1860 y su posición de dominio total en el sistema internacional. Gran Bretaña contaba con un gran poder naval tres o cuatro veces más fuerte que las cuatro potencias navales que le seguían, todas juntas; era un imperio colonial, económica y financieramente muy fuerte, con un nivel per cápita de industrialización dos veces mayor que el país que le seguía y con 53,2% de las manufacturas del mundo. Esta situación duró hasta 1914, cuando Estados Unidos y Alemania emergieron como nuevas grandes potencias<sup>83</sup>.

Creemos firmemente, por tanto, que la mejor manera en que Estados Unidos puede prolongar al máximo su hegemonía es retornando a los valores y principios que históricamente inspiraron su política exterior, y que le permitieron afianzar su predominio en el mundo. Un poder basado en la mera imposición y en el predominio militar carece de futuro.

En el mismo sentido se pronuncian la mayoría de los analistas y científicos políticos norteamericanos, quienes señalan que para el mantenimiento de la hegemonía norteamericana, la legitimidad —esto es, el respaldo voluntario de la comunidad internacional— ha resultado fundamental hasta la fecha.

---

<sup>81</sup> La cinematografía ha recogido en más de una oportunidad experiencias sobre cómo la pérdida de confianza y legitimidad ha traído abajo los imperios. Es el caso de *La caída del imperio romano*, de Anthony Mann (Estados Unidos). En un pasaje que se desarrolla en el Senado romano en tiempos del emperador Cómodo, un senador se pregunta cómo muere un imperio. «Es que llega un momento en que se pierde la fe y la confianza en ese imperio y allí, allí empieza la caída», concluye él mismo. Una idea similar nos es transmitida en *La caída de los dioses*, de Luchino Visconti (Italia), que retrata un sistema político absolutista que no se detiene ante nada, que sacrifica los derechos y libertades con el propósito de perpetuarse en el poder. Otras películas, como *Ran*, de Akira Kurosawa (Japón), ponen énfasis en cómo la ambición desmedida puede terminar con el poder que uno pretende mantener... similar a la ambición desmedida del presidente Bush por consolidar la hegemonía norteamericana, sin importar los límites.

<sup>82</sup> LAYNE (1995: 137-143).

<sup>83</sup> LAYNE (1995: 146-153).

En efecto, históricamente, la política exterior estadounidense ha tenido como pilares la credibilidad y la confianza. Tan solo por poner un ejemplo, recordemos que cuando en la década de 1960 se produce el incidente de los misiles soviéticos en Cuba y el ex secretario de Estado norteamericano Dean Acheson se entrevista con el presidente francés Charles de Gaulle para obtener su apoyo y le ofrece mostrarle unas fotografías que acreditaban la existencia de misiles soviéticos armados con cabezas nucleares en Cuba, De Gaulle responde: «[...] la palabra del Presidente me basta»<sup>84</sup>. Difícil imaginar una respuesta similar tras la mentira sobre la existencia de armas nucleares en Irak.

Sobre la importancia de ejercer el poder con credibilidad y legitimidad, por parte de Estados Unidos, podríamos citar diversos autores. Henry Kissinger, por ejemplo, afirma que «La tendencia dominante en la política exterior norteamericana debe ser transformar el poder en consenso, de modo tal que el orden internacional se base en acuerdos antes que en aceptaciones renuentes»<sup>85</sup>. Ikenberry, por su parte, refiere lo siguiente: «El secreto de la larga y brillante carrera de Estados Unidos como líder del mundo fue su capacidad para ejercer el poder en un marco multinacional y de alianzas, lo que hizo su poder y su agenda, más aceptable para los demás países»<sup>86</sup>. Sobre lo mismo, señala Hoffmann que «Un poder hegemónico interesado en prolongar su dominio debe concentrarse especialmente en servirse de los métodos y las instituciones internacionales, pues ganar prestigio e influencia [legitimidad] compensa, y con mucho, la pérdida en libertad de acción»<sup>87</sup>.

Finalmente, el propio Maquiavelo en su ya mencionada obra, reconoce que «[...] no hay fortaleza mejor que el afecto del pueblo» y añade que «[...] el principio debe evitar que se lo menosprecie y aborrezca, pues ello históricamente es causa de la caída de los imperios»<sup>88</sup>.

Precisamente, la búsqueda del consenso distinguió la hegemonía norteamericana de otras hegemonías producidas a lo largo de la historia. En la antigüedad, el Imperio romano no se caracterizó por la búsqueda de consensos ni mostró interés por legitimar su poder, lo cual justamente fue la causa de su caída. Lo mismo podemos decir de Carlos V, Luis XIV y los gobernantes de Alemania posteriores a Otto von Bismarck, quienes trataron de expandir sus dominios imperiales e imponer un orden coercitivo. Estos órdenes cayeron cuando otros

<sup>84</sup> BRZEZINSKI (2004: 57).

<sup>85</sup> HIRSH (2002: 49).

<sup>86</sup> IKENBERRY (2002: 15-16).

<sup>87</sup> HOFFMANN (2002: 79).

<sup>88</sup> MAQUIAELO (1980: 104).

países decidieron que no estaban dispuestos a vivir en un mundo dominado por un Estado arrogante y coercitivo<sup>89</sup>.

La paz, la democracia, los derechos humanos y el libre mercado, ideas que conquistaron el planeta, fueron difundidas por las diversas administraciones norteamericanas; no existen otros principios que puedan considerarse rivales serios y articulados para organizar el mundo. Las ideas intolerantes encarnadas por el poder fascista y comunista fueron vencidas. El propósito de cualquier nueva administración estadounidense debería ser, entonces, defender, mantener y extender estos principios sobre la base del consenso, permitiendo consolidar la hegemonía norteamericana basándose en su legitimidad.

Sin embargo, Bush no busca el consenso sino más bien proclama y practica la imposición. Tiene una concepción quasi-soviética o quasi-fascista del ejercicio del poder y en ese sentido entiende que el poder militar es suficiente para mantener la hegemonía norteamericana. Esto determina no solo que Estados Unidos venga perdiendo credibilidad sino también legitimidad. Esta pérdida de legitimidad no solo se presenta con relación a países históricamente poco afines a la hegemonía norteamericana, como es el caso de los países islámicos. Es cierto que el gobierno de Bush, con relación a estos países, está simplemente ratificando la desconfianza y hasta la animadversión que ya existe contra el liderazgo norteamericano, extendiéndose incluso al resto de occidente, al que consideran intolerante. La desconfianza también es compartida por sus tradicionales socios de occidente, quienes comienzan a vislumbrar a Estados Unidos como una potencia dispuesta a actuar al margen del derecho internacional y de la comunidad internacional. Como señala Hirsh: «[...] mientras el mundo reciba de Bush solo órdenes marciales y no una visión en la que pueda reconocerse, se mostrará menos inclinada a seguirlo»<sup>90</sup>. En el mismo sentido se manifiesta Medina cuando nos dice que

Cuanto más aplique Washington una estrategia de dominación basada en el poder militar, más se acentuará la precariedad moral y política de su hegemonía, más aislado se encontrará de su renovado poder y más creará el antiamericanismo en el mundo. De continuar la senda del unilateralismo belicista, Estados Unidos desencadenará una dinámica que solo será sostenible mediante la escalada de la fuerza en el exterior y un recorte de los derechos y libertades en el interior<sup>91</sup>.

<sup>89</sup> HOFFMANN (2002: 19).

<sup>90</sup> HIRSH (2002: 32-34).

<sup>91</sup> MEDINA (2003: 150). La cinematografía también ha recogido ejemplos de la historia sobre la pérdida de legitimidad del poder. Uno de los casos más emblemáticos es *El acorazado Potemkin*, película soviética hecha en 1905 por Serguéi Eisenstein. En ella se narra la sublevación de un grupo de marineros de esta nave, encabezados por Grigori Vakulinchuk, frente a las costas del puerto de Odesa, ante el abuso y la hambruna ocasionada por el régimen zarista. La prepotencia y el abuso del poder no solo genera esta insurrección sino también el de la población de Odesa y luego el de

Todo lo expuesto hasta aquí nos lleva a concluir que, paradójicamente, Estados Unidos está perdiendo poder para ejercer «poderío» o «dominación». Efectivamente, si nos atenemos al concepto de poder acuñado por Max Weber, llegaremos a la conclusión de que la legitimidad es la justificación del poder, la misma que consiste en el consentimiento de los ciudadanos o de los Estados de subordinarse a un poder superior. Por el contrario, cuando el poder solo está justificado en la coerción y el uso de la fuerza pura, nos encontramos ante lo que se denomina poderío o dominación<sup>92</sup>. En este sentido, la actual administración norteamericana, estaría perdiendo poder.

Duguit distingue igualmente entre «poderío material» y «poder»: el primero reposa en la posibilidad de coaccionar a otros, mientras que el segundo se basa, además, en la creencia del coaccionado de que es legítimo aceptar la coacción. En tal sentido, el poderío es la ley del más fuerte, es omnipresente, ya que resulta de la desigualdad de fuerzas. El poder aparece cuando los que obedecen creen, al mismo tiempo, que es normal que ellos obedezcan, que esto es bueno, justo, legítimo. Así, el poder comprende dos elementos: la coacción material y la creencia de que esta coacción está bien fundada<sup>93</sup>. Este mismo concepto es compartido por Burdeau<sup>94</sup> y Juan Jacobo Rousseau<sup>95</sup>.

Por tanto, de mantenerse los rasgos de la actual política exterior norteamericana, indefectiblemente, Estados Unidos irá perdiendo credibilidad y legitimidad, y con ello el poder que tanto esfuerzo le costó construir.

En este contexto, es pertinente culminar este ensayo haciendo una invocación, la misma que el político y orador romano Marco Tulio Cicerón le hiciera al subversivo Catilina en el siglo I a. C.: «¿Hasta cuándo abusarás, Catilina de nuestra paciencia? ¿Por cuánto tiempo aún hemos de seguir siendo juguete de tu insensatez? ¿A qué extremo irá a llegar tu temeridad sin límites? ¿No han logrado, para nada, intimidarte [...] ni el pánico del pueblo, ni esta asistencia en masa de próceres personajes [...]. ¿No te percatas de lo escandalosas que resultan todas tus maquinaciones?»<sup>96</sup>.

Esperamos que, a diferencia del subversivo romano, Bush o sus sucesores respondan positivamente a este llamamiento.

la propia guardia zarista. Aquí se refleja claramente cómo el poder sin legitimidad tiende a permitir la insurrección contra quien detenta ese poder.

<sup>92</sup> WEBER (1964).

<sup>93</sup> BLANCAS Y RUBIO CORREA (1987: 168-169).

<sup>94</sup> BURDEAU (1984).

<sup>95</sup> ROUSSEAU (1985: 32).

<sup>96</sup> CICERON (1963: 1). Los discursos de Cicerón fueron pronunciados contra el Patricio y subversivo Lucio Sergio Catilina, cuya famosa conjura no fue sino un eslabón en la cadena de conflictos intestinos del último siglo republicano de la Roma esclavista.

## BIBLIOGRAFÍA

AGO, Roberto

- 1980 *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional.* Volumen 2. Nueva York:  
Naciones Unidas.

AJAMI, Fouad

- 2002 «El centinela solitario». *Foreign Affairs en español.* México DF, volumen 2,  
número 1, pp. 3-19.

AKEHURST, Michael

- 1992 *Introducción al Derecho Internacional.* Madrid: Alianza Universidad.

AMBROSE, Stephen

- 1992 *Hacia el poder global. La política exterior norteamericana desde 1938 hasta Reagan.* Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano.

BLANCAS, Carlos y Marcial RUBIO CORREA

- 1987 *Derecho constitucional general.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

BOWETT, Derek W.

- 1958 *Self-defense in International Law.* Manchester: Manchester University Press.

BRZEZINSKI, Zbigniew

- 2004 «La seguridad de Estados Unidos en un mundo unipolar». *Política Exterior.* Madrid: volumen XVIII, número 97.

BURDEAU, Georges

- 1984 *Método de la ciencia política.* Buenos Aires: Depalma.

CAGNI, Horacio y Vicente MASSOT

- 1993 *Spengler, pensador de la decadencia.* Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio

- 1992 *Curso de Derecho Internacional Público.* Madrid: Tecnos.

CICERON, Marco Túlio

- 1963 *Catilinarias. I Discurso en el Senado.* México DF: Universidad Nacional Autónoma de México.

COMBACAU, Jean

- 1985 «Self-Defense in the UN Practice». En *The Current Legal Regulation of the Uses of Force by Individual Subjects.* Leyden: Nijhoff, pp. 9-38.

- D'AMATO, Anthony  
1987 *International Law Coursebook*. Cincinnati: Anderson Publishing.
- ENCICLOPEDIA DEL SALÓN DEL HOGAR  
s/a *Civilizaciones antiguas: Grecia*. México DF: Fundación Educativa Héctor García.
- ENCICLOPEDIA SALVAT  
2005 *Historia Universal*. Tomo 20. Fin de siglo. Las claves del siglo XXI. Lima: Salvat.
- GIULIANO, Mario, Tullio Scovazzi y Tullio TREVES  
1991 *Diritto Internazionale*. Parte Generale. Milán: Giuffré.
- GÜELL PERIS, Sonia  
2003 «Ofensiva Jurídica contra la Corte Penal Internacional». *Política Exterior*. Madrid, volumen 17, número 94, pp. 139-151.
- GUEVARA, Ernesto  
2003 *La legítima defensa en la Carta de Naciones Unidas: artículo 51*. Tesis para optar el título de abogado. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.
- HENKIN, Louis, Lorie DAMROSCH, Richard CRAWFORD, Oscar SCHACHTER, Hans SMITH  
1987 *International Law: Cases and Materials*. Minnesota: West Publishing Co.
- HIRSH, Michael  
2002 «El mundo de Bush». *Foreign Affairs en Español*. México DF, volumen 2, número 3. Disponible en <<http://www.foreignaffairs-esp.org/2002/3.html>>. Consultada el 21 de marzo de 2009.
- HOFMANN, Stanley  
2002 «Choque de globalizaciones». *Foreign Affairs en Español*. México DF, volumen 2, número 3. Consulta: 21 de marzo de 2009.  
<<http://www.foreignaffairs-esp.org/2002/3.html>>
- HOFMANN, Stanley  
2003 «La evolución de Estados Unidos». *Política Exterior*. Madrid, volumen XVII, número 94.
- IKENBERRY, G. John  
2002 «La ambición imperial de Estados Unidos». *Foreign Affairs en Español*. México DF, volumen 2, número 3. Consulta: 21 de marzo de 2009.  
<<http://www.foreignaffairs-esp.org/2002/3.html>>

- JESSUP, Phillippe  
1948 *A Modern Law of Nations*. Nueva York: Macmillan.
- KANT, Emmanuel  
1989 *Paz perpetua*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KELLY, Kitty  
2004 *La familia: la verdadera historia de la dinastía Bush*. México DF: Plaza & Janés.
- KRAUTHAMMER, Charles  
1990-1991 «The Unipolar Moment». *Foreign Affairs: America and the World*. Volumen 70, número 1.
- LAYNE, Christopher  
1995 «The Unipolar Illusion. Why new great powers will rise». En Brown, Michael (editor). *The Perils of Anarchy. Contemporary Realism and International Security*. Cambridge: MIT Press, pp. 130-176.
- LÁZARO, Jorge  
2004 «Kant, Rawls y Charvet: tres visiones de la teoría del contrato social aplicadas a la sociedad internacional». *Política Internacional*. Lima, número 77, pp. 33-48.
- LUDWIG, Emil  
1976 *Napoleón*. Barcelona: Juventud.
- MAQUIAVELO, Nicolás  
1980 *El príncipe*. Madrid: EDAF.
- MASSOT, Vicente Gonzalo  
1994 *Un mundo en equilibrio. La realpolitik en la Europa de Bismarck*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano.
- Mc DOUGAL, Myers S.  
1963 «The Soviet Cuban Quarantine and Self-defense». *American Journal of International Law*. Washington, volumen 57, número 3.
- MEDINA, Guillermo  
2003 «Irak, la punta del iceberg». *Política Exterior*. Madrid, volumen XVII, número 93, pp. 137-152.
- NYE, Joseph  
1990 *Bound to Lead: The Changing Nature of American Power*. Nueva York: Basic Books.

- OJEDA, Jaime
- 2002a «La doctrina Bush. Guerra preventiva, dominación mundial». *Política Exterior*. Madrid, volumen XVI, número 90, pp. 7-16.
- 2002b «El nuevo orden de Bush. De oriente próximo a Cachemira». *Política Exterior*. Madrid, volumen XVI, número 88, p. 9-14.
- 2003 «Gulliver en Liliput». *Política Exterior*. Madrid, volumen XVII, número 93, pp. 119-136.
- PFAFF, William
- 2002a «El 11-S y el orden mundial». *Política Exterior*. Madrid, volumen XVI, número 90, pp. 57-66.
- 2002b «El resurgimiento del “destino manifiesto”». *Política Exterior*. Madrid, volumen XVI, número 86, pp. 85-97.
- RAWLS, John
- 1999 *The Law of Peoples*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- REMIRO BROTÓNS, Antonio
- 2002 «Bush y los Estados hampones». *Política Exterior*. Madrid, volumen XVI, número 90, pp. 91-98.
- 2003 «La tentación de la agresión. Ilegalidad del unilateralismo». *Política Exterior*. Madrid, volumen XVII, número 92, pp. 19-23.
- REUS, Carlos Manuel
- 2002 «Estados Unidos y el mundo después de septiembre 11». *Política Internacional. Revista de la Academia Diplomática del Perú*. Lima, número 69, pp. 52-62.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro
- 1989 «El derecho internacional en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto Nicaragua-Estados Unidos». En *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1987*. Bilbao: Universidad del País Bajo, pp. 15-64.
- ROUSSEAU, Jean Jacques
- 1985 *El contrato social*. Tomo II. Madrid: Sarpe.
- SCHWEBEL, Stephen
- 1973 «Aggression, Intervention and Self-Defense in Modern International Law». En *Recueil des Cours*, 1972-II. Tomo 136. Leyden: Sijthoff, pp. 411-497.
- SECCO ELLAURI, Oscar
- 1965 *La Antigüedad y la Edad Media*. Buenos Aires: Kapelusz.

SHAKESPEARE, William

1960a *Macbeth*. Madrid: EDAF.

1960b *Julio César*. Madrid: EDAF.

SKUBISZEWSKI, Krzysztof

1968 «Use of Force by States. Collective Security. Law of War and Neutrality». En Sorensen, Max (editor) *Manual of Public International Law*. Nueva York.

SPENGLER, Oswald

1966 *La decadencia de Occidente. Bosquejo para una morfología de la historia universal*. Madrid: Espasa-Calpe.

TYLER, Patrick

1992 «US Strategy Plan Calls for Insuring no Rivals Develop». *New York Times*, 8 de marzo.

ULLOA, Alberto

1989 *Don Nicolás de Piérola. Una época de la historia del Perú*. Lima: Editorial Minerva.

WALDOCK, Claud

1953 «The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law». *Recueil des Cours*, 1952-II. Tomo 81. Leyden: Sijthoff, pp. 451-517.

WEBER, Max

1964 *Economía y sociedad*. México DF: Fondo de Cultura Económica.

WESTLAKE, John

1910 *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

WESTON, Burns

1980 *International Law and World Order*. Minnesota: West Publishing Company.

WOODWARD, Robert

2004 *Plan de ataque*. Madrid: Planeta.

# EL TRATADO DE 1929 EN LA HISTORIA DEL PERÚ

*Fernando Vidal Ramírez\**

Con el tratado celebrado en Lima el 3 de junio de 1929 y su protocolo complementario se puso fin a la cuestión de Tacna y Arica, azarosa secuela que derivó del Tratado de Ancón del 20 de octubre de 1883. Las cláusulas pendientes de cumplimiento han sido también una azarosa secuela que culminó con la suscripción del acta de ejecución suscrita el 13 de noviembre de 1999 y sus documentos complementarios, aunque todavía queda pendiente la delimitación de la frontera marítima, cuya dilucidación ha sido sometida a la Corte Internacional de La Haya. Con este estudio del significado y la trascendencia del Tratado de 1929 me adhiero al homenaje a Fernando de Trazegnies Granda.

## 1. LOS ANTECEDENTES MEDIATOS: EL TRATADO DE ANCÓN

### 1.1 La situación del Perú en 1883

Después del combate de Angamos, la situación del Perú, en su obligado enfrentamiento bélico con Chile, se tornó sumamente difícil. En diciembre de ese mismo año, Piérola había asumido la jefatura del gobierno tras producir la caída del presidido por el general Prado. A consecuencia de la batalla de Tacna, las tropas bolivianas desaparecieron del escenario de la guerra. Luego del holocausto de Arica, Chile ya podía llevar la guerra con avance incontenible.

El Perú, que desde el inicio del conflicto había buscado una solución pacifista, deseaba llegar, por todos los medios que permitieran el decoro y la dignidad nacional, a la paz. Tal sentimiento alentaba también Bolivia. Y tales fueron los motivos que impulsaron a Piérola a participar, en octubre de 1880,

---

\* Doctor en Derecho. Miembro de la Comisión Revisora del Código Civil de 1984 y de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Ex Presidente de la Academia Peruana de Derecho. Socio del Estudio Rodríguez-Mariátegui & Vidal Abogados.

en las conferencias de Arica, atendiendo a la mediación de Estados Unidos de Norteamérica. Las conferencias fracasaron, pues la posición peruana fue la de mantener la intangibilidad territorial, negar todo pago indemnizatorio y someter la cuestión al arbitraje del presidente de Estados Unidos; mientras que la de Chile fue la de la cesión del litoral boliviano y de Tarapacá, el pago de una indemnización, la retención de Moquegua, Tacna y Arica por tropas chilenas hasta que se cumpliera con el pago de la indemnización y la exigencia de que el Perú asumiera el compromiso de no fortificar Arica cuando le fuere devuelta, y de convertir el puerto en exclusivamente un puerto comercial<sup>1</sup>.

Chile continuó pues la guerra, bombardeando los puertos del litoral peruano e incursionando en poblaciones de la costa norte. Después de la heroica defensa de San Juan y Miraflores y de la ocupación de Lima, Piérola se dirigió al interior del país. Desde allí, fueron infructuosos sus esfuerzos para entrar en arreglos con Chile, cuyos personeros desconocieron su autoridad. En noviembre de 1881, estando en Tarma, Piérola dimitió; ordenó a las autoridades políticas y a los comandantes que mantenían tropas en armas ponerse a disposición de Cáceres<sup>2</sup>.

Con la ocupación de Lima, Chile consideró que había llegado el momento de entablar negociaciones para la paz y con esta finalidad propició la formación de un gobierno provisorio. Pero ya se habían formado en Lima diversas agrupaciones de vecinos notables, por propia iniciativa y para la misma finalidad, decididas todas a desconocer el gobierno de Piérola y designar un mandatario que pudiera llegar a un entendimiento con el invasor. Así, en febrero de 1881 fue designado Francisco García Calderón para que asumiera un gobierno provisional, unipersonal, sujeto a la Constitución de 1860 y que debía convocar al último congreso constitucional; esto es, al que había estado en funciones hasta 1879, quince días después de celebrar el armisticio. El gobierno así designado quedó instalado en marzo del mismo año y tomó como sede Magdalena, utilizando la casona que había servido de descanso a los últimos virreyes y que también habían ocupado San Martín y Bolívar.

El Congreso, convocado y reunido en el distrito de Chorrillos, declarado zona neutral<sup>3</sup>, autorizó a García Calderón a negociar la paz pero sin cesión territorial, lo que, pese a la mediación norteamericana, determinó el fracaso de las negociaciones y el destierro del propio Presidente, que fue llevado cautivo a Chile en noviembre de 1881<sup>4</sup>. El gobierno provvisorio lo asumió Lizardo Montero en su condición de vicepresidente.

<sup>1</sup> BASADRE (1983, tomo VI: 217).

<sup>2</sup> BASADRE (1983, tomo VI: 276).

<sup>3</sup> BASADRE (1983, tomo VI: 265 y ss.).

<sup>4</sup> Véase GARCÍA CALDERÓN (1949).

Poco después de la instalación del gobierno de García Calderón, Cáceres había iniciado, en abril de 1881, la campaña de La Breña. Esta actitud beligerante llevó a Chile, en septiembre de 1882, a reabrir negociaciones con el presidente García Calderón, ya cautivo. Utilizó para el efecto la mediación del ministro norteamericano en Santiago, Cornelio A. Logan, que asumió la posición chilena de una paz con cesión territorial y una futura adquisición de Arica y Tacna. Estas negociaciones fracasaron frente a la firme actitud de García Calderón de no hacer una cesión territorial, lo que motivó que Logan se dirigiera a Montero, en noviembre del mismo año, ofreciéndole el reconocimiento de su gobierno por Chile y negociar una paz sobre la base de la cesión definitiva de Tarapacá y la compra de Arica y Tacna, sin resultado alguno, pues el gobierno de Montero respaldó la actitud de García Calderón.

Mientras tanto, a la resistencia de Cáceres seguían las exacciones de Chile en el territorio peruano ocupado e incursionado por sus tropas. Frente a este estado de cosas había ya insurgido Iglesias, en agosto de 1882, con «el grito de Montán». En su proclama, Iglesias sostuvo la necesidad de terminar con el daño y la humillación de la ocupación enemiga por medios prácticos, pues desde febrero de 1881 la guerra no se hacía ya contra Chile sino contra «nuestros propios desventurados pueblos», y por eso la situación se reducía a escoger entre la ocupación chilena, con todos sus perjuicios materiales y morales, o el reconocimiento valeroso de la derrota<sup>5</sup>.

Iglesias organizó su gobierno en Cajamarca y convocó a una Asamblea Legislativa con representantes de la zona norte del país, que se instaló en el mes de diciembre de 1882. La asamblea eligió presidente a Iglesias y acordó ajustar la paz con Chile, «[...] siempre que las condiciones impuestas por el vencedor no sean tales que amenacen la independencia nacional ni cieguen en lo absoluto las fuentes de su regeneración y de su progreso» y que el tratado que se celebrase fuera sometido para su ratificación a un congreso constituyente, el que además debía dictar una nueva constitución y las leyes que permitieran la elección popular de un nuevo presidente de la nación<sup>6</sup>.

Con el establecimiento del gobierno de Iglesias hubo dos gobiernos en el Perú, pues el de Montero seguía en funciones en Arequipa. El de Montero contaba con el apoyo de Cáceres, era reconocido por la mayor parte de los pueblos del territorio nacional, mantenía la alianza con Bolivia y representaba la resistencia a Chile. El de Iglesias ejercía su acción en un radio estrecho, estaba desvinculado de Bolivia y solo representaba el propósito de la paz.

---

<sup>5</sup> BASADRE (1983, tomo VI: 315).

<sup>6</sup> BASADRE (1983, tomo VI: 316).

Chile había reconocido el gobierno de García Calderón y se había visto precisado a reconocer a Montero, ante el cautiverio al que había sometido al presidente. Fracasadas las negociaciones con el gobierno de Arequipa, Chile comenzó a apoyar al de Cajamarca y a iniciar tratativas para la paz, al mismo tiempo que Iglesias iba aumentando su respaldo y consiguiendo el apoyo de personajes influyentes, como el de José Antonio de Lavalle, quien, junto con Mariano Castro Zaldívar, suscribiría el Tratado de Ancón.

## 1.2 El Tratado de Ancón

El tratado de paz, denominado «de Ancón» porque su redacción definitiva fue convenida en ese balneario, se suscribió en Lima el 20 de octubre de 1883. Según relata Basadre<sup>7</sup> antes de suscribirlo, no obstante la cesión de Tarapacá, discutieron largamente el negociador chileno Novoa, que demandaba la venta de Tacna y de Arica, y el negociador peruano Lavalle, que se oponía, para convenir, por último, en la celebración del plebiscito que definiera la soberanía a la que quedarían sujetas.

El plebiscito quedó pactado en el artículo tercero, que dispuso la posesión por Chile de las provincias de Tacna y Arica por un término de diez años, transcurrido el cual, mediante plebiscito, debía decidirse si quedaban definitivamente bajo la soberanía de Chile o si se reintegraban al territorio peruano, para cuyo efecto, mediante un protocolo especial, debía establecerse la organización del plebiscito y su realización. El protocolo plebiscitario no fue negociado con el tratado y ello trajo graves consecuencias posteriores.

## 1.3 La vigencia del tratado

Como se ha indicado anteriormente, la asamblea legislativa que autorizó a celebrar el tratado dispuso que este debía ser sometido para su ratificación al congreso constituyente que el presidente Iglesias se había obligado a convocar. El plazo de diez años de la posesión de los territorios de Tacna y Arica, así como el término para llevar a efecto el plebiscito, debían contarse desde que se ratificara el tratado y se realizará su canje.

Convocado el congreso constituyente, se instaló el 1 de marzo de 1884, promulgó la ley aprobatoria del tratado el 11 de mismo mes y se procedió al canje de ratificaciones el 20 de mayo de ese mismo año. De este modo, el denominado

---

<sup>7</sup> BASADRE (1983, tomo VI: 347).

Tratado de Ancón inició su vigencia y comenzó también el cómputo del plazo para el plebiscito que debía definir la situación de Tacna y Arica.

#### **1.4 El incumplimiento del artículo tercero del Tratado de Ancón**

Como se ha recordado, por el artículo tercero del tratado quedó pactado que la soberanía definitiva sobre los territorios de Tacna y Arica debía decidirse mediante un plebiscito al cumplirse diez años de su ratificación, para cuyo efecto debía suscribirse un protocolo especial que formaría parte del tratado. Este protocolo nunca pudo ser acordado y formalizado, lo que determinó que Chile, después de cumplido el plazo, continuara en posesión de los territorios de Tacna y Arica, detentándolos.

El artículo tercero del tratado fue el que más controversias causó en la época misma de su suscripción y de su sometimiento al Congreso Constituyente para su ratificación. Recibió el rechazo de las colectividades tacneña y ariqueña, y de personalidades de la época como García Calderón, Piérola y Cáceres.

Se generaron serias dudas respecto de las verdaderas intenciones de Chile, como las que registra Basadre<sup>8</sup>, quien ha dejado expuesto que escritores chilenos llegaron a afirmar que la posesión de Tacna y Arica por diez años fue una cesión sin el nombre. A este respecto, es importante citar a Conrado Ríos Gallardo, ministro de Relaciones Exteriores de Chile cuando se celebró el Tratado de 1929<sup>9</sup>, quien, comentando las inquietudes del negociador Novoa por no haberse concertado las bases para el protocolo, atribuye al presidente de Chile y a su ministro de Relaciones Exteriores el haber considerado que el artículo tercero ocultaba la cesión simulada de Tacna y Arica.

Alberto Ulloa Sotomayor ha escrito que el Perú, al finalizar la guerra, quedó no solamente vencido sino aniquilado por un largo período, como consecuencia de la conquista de Tarapacá, del desastre de sus finanzas, de la prolongada y expoliadora ocupación militar y de la inestabilidad política, entre otros factores, y que en tales condiciones no podía exigir de Chile la formalización del protocolo plebiscitario, que no era absolutamente preciso, hasta las proximidades del término de diez años de la posesión provisional de Tacna y Arica. Hacerlo, ha afirmado nuestro ilustre internacionalista, hubiera sido una grave imprudencia frente a la arrogancia triunfadora de Chile y mientras se ventilaban las tercerías de los acreedores internacionales del Perú<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> BASADRE (1983, tomo VI: 348-349).

<sup>9</sup> RÍOS GALLARDO (1959: 11 y ss.).

<sup>10</sup> ULLOA SOTOMAYOR (1997: 23-24).

Chile no permaneció inactivo ante la inexistencia del protocolo. Según registra Basadre, frente a la empobrecida situación económica en que se hallaba el Perú, en 1886 Chile formuló una propuesta para entregar no solo la suma pactada en el tratado (diez millones de pesos o de soles), sino una suma aún mayor para la cesión de Tacna y Arica, propuesta formalizada en 1888 y reiterada en 1889 y 1890. Estas proposiciones recibieron, a su vez, el reiterado rechazo de nuestra cancillería<sup>11</sup>.

En 1892 el Perú planteó el inicio de negociaciones para la concertación del protocolo, lo que dio lugar a que Chile presentara fórmulas para obviar el plebiscito y otras alternativas que impidieron arribar a acuerdos. El Perú insistió en la búsqueda de fórmulas viables para la solución del diferendo y quedaron detenidas las tratativas debido a cambios en la política interna de Chile y a la guerra civil desatada en el Perú por el enfrentamiento de Piérola y Cáceres. De este modo, la situación de los territorios ocupados en virtud del Tratado de Ancón, quedó inalterada<sup>12</sup>.

En 1894, al cumplirse el plazo de diez años de la ratificación del tratado y sin haberse concertado el protocolo, el plebiscito para definir la soberanía sobre los territorios de Tacna y Arica era irrealizable y Chile continuaba detentándolos.

## 2. LOS ANTECEDENTES INMEDIATOS

### 2.1 La lucha por el plebiscito

Los años que siguieron al Tratado de Ancón fueron de inestabilidad política en el Perú, por lo que a sus protestas reiteradas replicaba Chile alegando esa inestabilidad como inconveniente para la negociación de los términos del protocolo, manteniendo además la posición de que continuaría con la posesión hasta que un plebiscito decidiera lo contrario, aunque llegando a sugerir alternativas de solución distintas, las cuales, en el fondo, estaban orientadas a continuar detentando los territorios de Tacna y Arica.

Al instalarse en 1895 el gobierno de Piérola, que dio inicio a un largo período de estabilidad política, el Perú inició también la búsqueda de entendimientos con Chile para viabilizar el plebiscito que decidiera la soberanía sobre Tacna y Arica, sin aceptar ningún planteamiento sustitutorio. En 1898, Billinghamurst, tarapaqueño de origen y residente en Iquique —años más tarde presidente del Perú—, fue comisionado a viajar a Santiago para negociar las bases de la celebración del

<sup>11</sup> BASADRE (1983, tomo VIII: 189).

<sup>12</sup> BASADRE (1983, tomo VIII: 189 y ss.).

plebiscito. Se suscribió entonces el protocolo que se conoce como Billinghurst-Latorre, que no alcanzó vigencia pues, pese a que el Congreso peruano lo aprobó, no obtuvo la aprobación del Congreso chileno: si bien el Senado le dio su visto bueno, su Cámara de Diputados lo rechazó a comienzos de 1901.

La frustración del Protocolo Billinghurst-Latorre produjo la ruptura de relaciones diplomáticas, la intensificación del proceso de chilenización<sup>13</sup> en los territorios de Tacna y Arica, y, como consecuencia, una azarosa etapa en las relaciones bilaterales del Perú y Chile, que ha sido estudiada por algunos de nuestros más destacados internacionalistas<sup>14</sup>.

En 1904 Chile y Bolivia firmaron el Tratado de Paz, Amistad y Comercio, que, al fijar la demarcación territorial comprendiendo los territorios de Arica, Tacna y Tarata como chilenos y estipular la construcción del ferrocarril de Arica a La Paz, motivó la protesta del Perú y su objeción a esas disposiciones alegando la precariedad de la posesión de Chile sobre esos territorios. Del respectivo intercambio de notas surgió nuevamente la posibilidad de negociar la ejecución de la cláusula pendiente del Tratado de Ancón, y con ella la reanudación de las relaciones diplomáticas.

En 1908 se formalizaron negociaciones. Chile planteó el englobamiento de la solución a la cláusula tercera del Tratado de Ancón con una serie de diversos convenios; paralelamente, abandonando la tesis de la cesión encubierta, planteó la división de los territorios en disputa. El Perú fijó su posición en el sentido de tener como única cuestión de fondo la solución plebiscitaria para definir la suerte de Tacna y Arica. Las tratativas no tuvieron resultado. Se produjo luego una nueva ruptura de relaciones diplomáticas, como consecuencia del «incidente de la corona» generado por el rechazo de la cancillería peruana a una corona de laureles ofrecida por el gobierno de Chile para ser colocada en la Cripta de los Héroes construida en el Cementerio General de Lima<sup>15</sup>.

En 1909 Chile propuso que el plebiscito se realizara tanto con la concurrencia de los oriundos de Tacna y Arica como con la de los residentes; esto porque, en aplicación de la política de chilenización y a propósito de la construcción del ferrocarril de Arica a la Paz, había radicado y seguía radicando allí un creciente número de nacionales chilenos. El Perú hizo una contrapropuesta para limitar la participación de los residentes a solo los que pudieran acreditar esta condición hasta 1907. Las tratativas fracasaron y coincidieron con la promulgación, por el Congreso de Chile, de la Ley de Colonización para Tacna, que autorizaba a su

<sup>13</sup> Véase BASADRE (1981), PALACIOS RODRÍGUEZ (1974) y MORALES ARIAS (1991).

<sup>14</sup> Véase BELAUNDE (1919), MAÚRTUA (1919) y ULLOA SOTOMAYOR (1997)

<sup>15</sup> Véase BASADRE (1983, tomo VIII: 283 y ss.) y ULLOA SOTOMAYOR (1997).

poder Ejecutivo a invertir considerables recursos en la zona. A su vez, esto coincidió con la agudización de la violencia del proceso de chilenización, que trasuntó en atentados contra los periódicos peruanos, la prohibición del funcionamiento de escuelas peruanas, la clausura de las iglesias y la expulsión de los sacerdotes peruanos —entre ellos, Juan Gualberto Guevara, años más tarde arzobispo de Lima y cardenal del Perú—, todo lo cual llevó al Perú, a comienzos de 1910, a una nueva ruptura de relaciones diplomáticas.

Según registra Basadre, en 1910 se produjeron las mediaciones oficiales del Canciller brasileño Rio Branco y del enviado chileno Alfonso, en las que se habría aceptado la cesión definitiva de Arica, aunque en el entorno del conflicto en ese momento existente con el Ecuador<sup>16</sup>.

En 1912, siendo Billinghurst presidente, hizo llegar a la cancillería chilena una propuesta que modificaba sustancialmente la posición hasta entonces sostenida por el Perú. Las bases propuestas fueron, entre otras, la postergación del plebiscito hasta 1931 y el derecho de votar de los nativos y de los residentes con antigüedad de cinco años. Chile planteó la reducción de la residencia a un año. Las tratativas condujeron a un acuerdo de aplazamiento del plebiscito hasta 1933 y la reducción a tres años de la residencia. El Congreso peruano no aprobó el resultado de estas negociaciones.

A lo largo de los años de conflicto por los territorios de Tacna y Arica no se había motivado una participación directa de Estados Unidos, ni de ningún otro Estado americano, para coadyuvar a su solución. Por eso, en 1917, cuando la comunidad internacional conoció los principios y fundamentos expuestos por el presidente Wilson ante el Congreso de su país, justificando la participación de Estados Unidos en la guerra europea, el Perú se sintió moralmente apoyado y se adhirió a la doctrina wilsoniana, particularmente en cuanto proclamaba que ningún pueblo podía ser sometido a la soberanía bajo la cual no quería vivir.

La posición asumida por el gobierno peruano y los brotes de alzamiento en las provincias cautivas trajeron como consecuencia la intensificación de la política de chilenización y represalia a las familias peruanas residentes. En 1918 estos hechos produjeron la ruptura de las relaciones consulares, que complementó aquella de las relaciones diplomáticas.

Esta situación de las relaciones bilaterales y los ideales que inspiraba la doctrina Wilson hicieron que el Perú modificara su posición respecto de la necesidad del protocolo para viabilizar el plebiscito, y que, por el contrario, orientara su política hacia un intento de revisión del Tratado de Ancón.

---

<sup>16</sup> Véase BASADRE (1983, tomo IX: 299-300).

## 2.2 El intento revisionista del Tratado de Ancón

Según relata Basadre<sup>17</sup>, el gobierno de José Pardo se inclinó desde enero de 1918 a la idea de rechazar el Tratado de Ancón, lo cual implicaba la reivindicación de Tarapacá, a través de la Sociedad de Naciones. Pardo acreditó una delegación a la conferencia de Versalles, que en junio de 1919 dio lugar al tratado que sirvió de origen a la Liga de las Naciones. Para entonces, el gobierno de Pardo llegaba a su fin. Augusto B. Leguía había ganado las elecciones y, sin esperar la transmisión del mando, dio el golpe de Estado del 4 de julio de 1919. En diciembre de ese mismo año, la Asamblea Nacional declaró la caducidad del tratado por incumplimiento de la cláusula tercera<sup>18</sup>.

En noviembre de 1920 el Perú planteó la demanda reivindicatoria de los territorios detentados por Chile, incluido el de Tarapacá, para retirarla en diciembre del mismo año. Alberto Ulloa Sotomayor sostiene que fue presentada, sin autorización del gobierno, como un acto propio de don Mariano H. Cornejo, ministro del Perú en Francia<sup>19</sup>.

La demanda del Perú ante la Liga de las Naciones no tuvo resultado alguno, como ocurrió con la de Bolivia para la revisión del tratado de 1904, pues, como comenta Ulloa Sotomayor, no hubiera sido posible la revisión y modificación de los tratados por la Asamblea, que se consideraba incompetente ya que, siendo un tratado bilateral, su revisión correspondía solo a los Estados contratantes<sup>20</sup>.

Sin embargo, la larga lucha en que estaba empeñado el Perú llamó la atención de Estados Unidos, y así apareció el arbitraje como fórmula de solución.

## 2.3 El arbitraje

En enero de 1922 el gobierno de Estados Unidos invitó a los del Perú y de Chile para que nombraran representantes que concurrieran a Washington para discutir las diferencias que provenían del incumplimiento del artículo tercero del Tratado de Ancón, lo que ocurrió en mayo del mismo año. El Perú abandonaba así su tesis de la caducidad del tratado; y Chile, su política de rechazar el arbitraje.

Fracasado todo intento de entendimiento directo, las representaciones del Perú y de Chile suscribieron, con fecha 21 de julio de 1922, un protocolo de arbitraje y un acta complementaria, precisando las divergencias que sometían al laudo del presidente de Estados Unidos. Lo fundamental era que se pronunciara

<sup>17</sup> BASADRE (1983, tomo IX: 156 y ss.).

<sup>18</sup> BASADRE (1983, tomo IX: 284).

<sup>19</sup> ULLOA SOTOMAYOR (1997: 31-32).

<sup>20</sup> ULLOA SOTOMAYOR (1997: 31-32)

«en la circunstancias actuales» sobre la procedencia o no del plebiscito. Si el laudo declaraba la procedencia del plebiscito, debía establecer las condiciones para su realización; si lo declaraba improcedente, se debía abrir una nueva etapa de negociaciones directas.

El laudo del presidente Calvin Coolidge fue emitido el 4 de marzo de 1925. El presidente de Estados Unidos se pronunció por la procedencia del plebiscito y ordenó a Chile la inmediata devolución de la provincia de Tarata, por haberla ocupado sin que formara parte de la de Tacna. Dispuesta la conformación de la comisión plebiscitaria, el presidente Coolidge le otorgó su representación al general John J. Pershing, a quien sucedería más tarde el general William Lassiter.

## 2.4 La frustración del plebiscito

La comisión plebiscitaria se instaló en Arica en agosto de 1925, presidida por el general Pershing, y dio por concluidas sus funciones el 14 de junio de 1926, luego de que el general Lassiter declarara la impracticabilidad del plebiscito ante los atropellos de que habían sido víctimas los nacionales peruanos.

La frustración del plebiscito por el que había luchado largamente el Perú hace sentenciosa la crítica de Alberto Ulloa Sotomayor al laudo del presidente Coolidge, en cuanto que no había visto en el arbitraje una cuestión de Derecho, sino tan solo una de hecho; esto es, si el plebiscito podía o no realizarse, cuando lo que debió ver era si debía o no realizarse<sup>21</sup>.

## 2.5 El retorno de las negociaciones

Al fracasar definitivamente toda posibilidad de consulta plebiscitaria, no quedaba otra alternativa que retornar a las negociaciones, para cuya finalidad había quedado comprometido el auspicio del gobierno de Washington, y para cuyo efecto, en 1928, Perú y Chile restablecieron relaciones diplomáticas. En el Perú seguía gobernando Leguía y en Chile había asumido el gobierno el general Ibáñez del Campo, quien nombró como su canciller a don Conrado Ríos Gallardo y como embajador en Lima a don Emiliano Figueroa Larraín, con instrucciones precisas para que las negociaciones se realizaran en Lima directamente con el presidente Leguía<sup>22</sup>.

En octubre de 1928 se iniciaron las negociaciones conducidas por el propio presidente Leguía con el plenipotenciario chileno. Según ha registrado Basadre, Leguía propuso la entrega al Perú de la totalidad del territorio en litigio; o la

<sup>21</sup> ULLOA SOTOMAYOR (1997: 36).

<sup>22</sup> Véase YEPES (1993).

entrega del morro, del puerto y de la ciudad de Arica; o la formación de un protectorado administrado por el Perú, Chile y Estados Unidos; o la neutralización de la provincia de Arica bajo mandato de Venezuela o Uruguay; o la división por partes iguales de la ciudad y de la bahía de Arica. Ninguna de las propuestas fue aceptada, y para evitar la ruptura de las negociaciones el gobierno de Estados Unidos alentó la fórmula de la división territorial<sup>23</sup>.

Ante la hipótesis de la partija, que determinaba para Tacna la pérdida de su puerto natural, el debate giró sobre la construcción por Chile de un puerto para el Perú. Ernesto Yepes, quien ha realizado una paciente investigación en el archivo del Departamento de Estado de Estados Unidos, haciendo un relato pormenorizado de las negociaciones, expone que se iniciaron con el planteamiento de Leguía para la devolución de Arica y Tacna, del que resultaron los planteamientos señalados por Basadre, hasta llegar a la fórmula de la partija, que supondría la construcción de un puerto para el Perú<sup>24</sup>. Relata Yepes que Leguía, frente a esta situación, gestionó y obtuvo que una comisión de ingenieros encabezada por Ralph Cady —a la sazón, encargado de la construcción de obras portuarias por el gobierno del presidente Leguía— hiciera un examen de la costa de Tacna y Arica. Esta comisión concluyó escogiendo la desembocadura del río San José, a muy corta distancia de la bahía de Arica, lugar no aceptado por Chile, que propuso, en el curso de las negociaciones, primero un lugar en las cercanías del río Lluta y luego otros llamados Escritos y La Yarada. Estos lugares no obtuvieron la plena conformidad de la comisión Cady y por ello no fueron aceptados por Leguía. Finalmente se llegó a la fórmula de la construcción de un muelle, oficinas para la agencia aduanera y una nueva estación para el ferrocarril a Tacna dentro del mismo puerto de Arica. Según Basadre, Leguía propuso que el acuerdo fuera sometido al presidente de Estados Unidos, Herbert Hoover<sup>25</sup>.

El presidente Hoover, «[...] no en calidad de árbitro, sino en ejercicio de buenos oficios»<sup>26</sup>, propuso a los gobiernos del Perú y de Chile, vía notas dirigidas a las respectivas cancillerías con fecha 15 de mayo de 1929, la división de Tacna para el Perú y Arica para Chile; y entre otras estipulaciones, que el gobierno de Chile concediera al del Perú, dentro de los 1.575 metros de la bahía de Arica, un malecón, un edificio para su aduana y una estación para el ferrocarril de Arica a Tacna, donde el Perú gozara de independencia dentro del más amplio puerto libre; que el gobierno de Chile mantuviera en el departamento de Arica la concesión

---

<sup>23</sup> BASADRE (1983, tomo IX: 331 y ss.).

<sup>24</sup> YEPES (1993: 29 y ss.).

<sup>25</sup> BASADRE (1983, tomo IX: 332).

<sup>26</sup> BASADRE (1983, tomo IX: 332).

otorgada por el gobierno del Perú a la Empresa del Ferrocarril de Arica a Tacna en el año 1852; que ambos gobiernos respetaran los derechos privados legalmente adquiridos en los territorios que pasaran a quedar bajo sus respectivas soberanías; y, que para consolidar sus relaciones de amistad, acordaran erigir en el morro de Arica un monumento. Ambos gobiernos aceptaron las bases propuestas por el presidente de Estados Unidos.

### **3. EL TRATADO DE 1929 Y SU PROTOCOLO COMPLEMENTARIO**

El 3 de junio de 1929, el ministro de Relaciones Exteriores del Perú, don Pedro José Rada y Gamio, y el plenipotenciario chileno, don Emiliano Figueroa Larraín, suscribieron el tratado y su protocolo complementario.

El propio presidente Leguía concurrió al Congreso, reunido en sesión secreta del 26 de junio de 1929, a solicitar su aprobación. El ministro de Relaciones Exteriores, Rada y Gamio, procedió luego a explicar el tratado durante las sesiones del mismo día 26 y los subsiguientes. El debate se inició el 28 y continuó el 1 y el 2 de julio; este último día, en virtud del dictamen de la comisión diplomática, se aprobó el tratado y su protocolo complementario. Con la aprobación del Congreso chileno, se procedió al canje de ratificaciones en Santiago, el 28 de julio del mismo año 1929. De este modo, cumplidas las formalidades de estilo, el tratado y su protocolo complementario iniciaron su vigencia.

El tratado declaró que quedaba definitivamente resuelta la controversia originada por el artículo tercero del Tratado de Paz, Amistad y Límites del 20 de octubre de 1883, «única dificultad pendiente entre los gobiernos signatarios» (artículo 1). Entre otras disposiciones, dejó establecido que el territorio de Tacna y Arica se dividía en dos partes, correspondiendo Tacna al Perú y Arica a Chile, precisándose la línea de la frontera, que en adelante se denominaría Línea de la Concordia, cediendo Chile a perpetuidad, a favor del Perú, todos los derechos sobre los canales del Uchusuma y del Mauri, sin perjuicio de la soberanía que le correspondería ejercer sobre la parte de dichos acueductos que quedaban en territorio chileno, respecto de los cuales Chile constituyó «[...] el más amplio derecho de servidumbre a perpetuidad a favor del Perú», comprendiendo tal servidumbre el derecho de ampliar los canales, modificar el curso de estos y recoger todas las aguas captables en su trayecto por el territorio chileno (artículo 2); que «[...] para el servicio del Perú» el gobierno de Chile debía construir a su costo, dentro de los 1.575 metros de la bahía de Arica, un malecón de atraque, un edificio para la agencia aduanera peruana y una estación terminal para el ferrocarril a Tacna, «[...] establecimientos y zonas donde el comercio de tránsito del Perú gozará de la independencia propia del más amplio puerto libre» (artículo 5); que el gobierno

de Chile debía entregar al del Perú seis millones de dólares y, además, sin costo alguno, todas las obras públicas ya ejecutadas o en construcción, así como los bienes raíces de propiedad fiscal ubicados en los territorios que quedaban bajo la soberanía peruana (artículo 6); que los gobiernos del Perú y de Chile debían respetar los derechos privados legalmente adquiridos en los territorios que quedaban bajo sus respectivas soberanías, «entre los que figura la concesión otorgada por el gobierno del Perú a la empresa del Ferrocarril de Arica a Tacna en mil ochocientos cincuentidós, conforme a la cual, al término del contrato, pasará a ser propiedad del Perú» y que «[...] sin perjuicio de la soberanía que le corresponde ejercer, Chile constituye a perpetuidad en la parte que la línea atraviesa su territorio el derecho más amplio de servidumbre en favor del Perú» (artículo 7); que debían celebrar un convenio de policía fronteriza para la seguridad pública de los respectivos territorios (artículo 9); que los gobiernos del Perú y Chile, para conmemorar la consolidación de sus relaciones de amistad, erigirían en el morro de Arica un monumento simbólico (artículo 11); y que para el caso de que los gobiernos del Perú y Chile no estuvieren de acuerdo en la interpretación que dieran a cada una de las disposiciones del tratado, la controversia sería decidida por el presidente de Estados Unidos (artículo 12).

El protocolo complementario dispuso que los gobiernos del Perú y Chile no podrían, sin previo acuerdo entre ellos, ceder a una tercera potencia la totalidad o parte de los territorios que, de conformidad con el tratado, quedaban bajo sus respectivas soberanías; tampoco, sin ese requisito, construir en ellos nuevas líneas férreas internacionales (artículo 1). Igualmente, que «[...] las facilidades de puerto que el tratado, en su artículo quinto, acuerda al Perú, consistirán en el más absoluto libre tránsito de personas, mercaderías y armamentos al territorio peruano, y desde este al territorio chileno» y que las operaciones de embarque y desembarque debían efectuarse, mientras se construyan las obras indicadas en el artículo quinto del tratado, por el recinto del muelle del Ferrocarril de Arica a La Paz, reservado al servicio del Ferrocarril de Arica a Tacna (artículo 2); y, que el morro de Arica debía ser desartillado y que el monumento convenido por el artículo 11 del tratado debía ser construido por Chile, a su costo (artículo 3).

En las actas de las sesiones secretas en las que se expuso, se debatió y se aprobó el Tratado de 1929 solo se transcribió el discurso del presidente Leguía:

Durante las tres veces que he ejercido el gobierno, encontré idéntica situación; un tratado de paz no cumplido; Tarata, Tacna y Arica cautivas; y dos pueblos, el Perú y Chile, cada vez más separados y con la aparente resolución de mantener y recuperar por la fuerza lo que la guerra dio o hizo perder. El tratado sobre el que vais a resolver pone término a esa situación, es decir, reconcilia a dos pueblos enemigos hasta ayer; libera Tarata y Tacna; estatuye una soberanía definitiva

para Arica y archiva para siempre en los dominios de la Historia el Tratado de Ancón, cuyas penosas derivaciones fueron para nosotros y para toda la América más perjudiciales, tal vez, que la guerra misma. Las estipulaciones más sobresalientes del tratado consisten en la devolución de Tacna al Perú, con sus obras públicas y los bienes raíces de propiedad fiscal valorizados en 36 millones de pesos chilenos; en la retención de Arica por Chile, conservando el Perú, en el territorio de esa provincia, un área suficiente para establecer un muelle y malecón de atraque, un edificio para su Aduana y una estación para su Ferrocarril, obras valorizadas en 30 millones de pesos chilenos, que el gobierno de Chile se compromete a construir por su cuenta. [...] Por último, al lado de las garantías que protegen los derechos privados, legalmente adquiridos, en Tacna y Arica, figura una cláusula en virtud de la cual, en la cumbre del morro histórico, se levantará un monumento que conmemore esta gran obra de reconciliación y de paz. [...] Este tratado, señores representantes, es una solución que podemos oponer con ventaja a las vacilaciones enfermizas, a los aplazamientos sistemáticos, a las capitulaciones culpables que caracterizaron nuestra política tradicional. En el camino de las soluciones, nadie que yo sepa, a excepción del señor De Piérola, tuvo el coraje patriótico de buscarlas. Todos tenían el empeño de aplazar y el aplazamiento, ese fatídico statu quo, aplicado a nuestro pleito con Chile, ha significado, en más de cuarenta años de nuestra vida, una insensatez semejante a la que comete el médico cuando retarda la operación de un enfermo grave sin advertir que las energías de este se agotan y la vida se acaba [...].

El Tratado de 1929 y su protocolo complementario produjeron hondas repercusiones, de diversa índole, tanto en el Perú como en Chile. En Chile, uno de sus más connotados internacionalistas, Ernesto Barros Jarpa, llegó a opinar que era un desastre para Chile, en un artículo publicado en *El Diario Ilustrado*, de Santiago, que reprodujo la revista *Mundial* en su número 572, del 4 de septiembre de 1931<sup>27</sup>.

En el Perú hubo desilusión por la pérdida definitiva de Arica, júbilo por la recuperación de Tacna y consenso en cuanto a que había sido la única solución posible.

Jorge Basadre, el más calificado historiador de la república, escribe que después de 1926 o en los años siguientes el gobierno de Chile bien pudo no hacer nada, y que esa política habría estado de acuerdo con la tesis de su presidente Ramón Barros Luco, para quien el problema no existía para Chile sino para el Perú, que no tenía ni a Tacna ni a Arica; pero que ni el presidente Carlos Ibáñez del Campo ni su canciller Conrado Ríos Gallardo escogieron esa política sino que, por el contrario, buscaron, con previsión y valor moral, la rehabilitación de Chile; y con la fórmula transaccional, la amistad peruano-chilena<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Colección de archivo del doctor Andrés Aramburú Menchaca.

<sup>28</sup> BASADRE (1983, tomo IX: 333-334).

Basadre critica a Leguía por no haber exigido al presidente de Estados Unidos un pronunciamiento luego de que el general Lassiter declarara impracticable el plebiscito, y por haber mostrado pasividad en el curso de las negociaciones. Pero, por otro lado, afirma que nada ganaba el Perú si continuaba el estado de cosas existente, pues el paso inexorable de los años podía marchitar sus derechos; en Tacna las nuevas generaciones eran mucho más chilenas que las anteriores y tan humano fenómeno podía acentuarse, lo que decidió a Leguía, con buena fe y coraje, a aceptar una solución realista y convenir en el único acuerdo posible con el vencedor de la guerra de 1879. ¿Hubiera podido Leguía —se pregunta nuestro historiador— obtener la neutralización de Arica o un puerto en esa bahía o en su inmediata cercanía si insistía porfiadamente y se encasillaba en actitudes de una determinada etapa de las negociaciones? ¿Qué hubiera pasado si se interrumpían, sin llegar a un acuerdo, las conferencias con Figueroa Larraín? ¿Podía haber habido un canciller chileno que otorgara más de lo que estaba dispuesto a conceder Ríos Gallardo...? He aquí —se responde Basadre— preguntas difíciles de contestar con certeza. Basadre, más que criticar el Tratado de 1929, repreuba que no se lo dotase de medidas preventivas o previsoras permanentes, ante una política unilateral para el desarrollo del puerto que permaneció chileno y que podía ser lesiva para la ciudad que volvió a ser peruana —y que a él se hallaba tan ligada—. Esto ahondó una separación artificial en pugna con la geografía y con la historia, afirma, al tiempo que comprueba que en 1929 no fueron liquidados, como debieran, los problemas relacionados con las fronteras entre los dos países. Posteriormente hizo una crítica más severa<sup>29</sup>.

Raúl Porras Barrenechea, quien prestó especial atención a la historia de los límites del Perú desde que trabajó en el archivo de la cancillería, señala que la solución no era seguramente la ideal, la de la justicia pura a la que el Perú tenía derecho, sobre todo después de la moción Lassiter, y que más bien representaba la realidad frente a la utopía de las reivindicaciones totales o la triste política de los aplazamientos<sup>30</sup>.

Alberto Ulloa Sotomayor, nuestro insigne internacionalista, lo califica como un arreglo valeroso, necesario, útil y conveniente. Valeroso —escribe—, porque al pactar la división del territorio disputado revivió una fórmula que si bien se había jugado en las negociaciones anteriores había sido rechazada por el Perú, por lo que constituía sin duda un desencanto para la aspiración nacional de recuperar provincias que, por títulos históricos, jurídicos y morales, pertenecían indiscutiblemente a la nación peruana, aspiración en la que esta había puesto su sensibilidad

---

<sup>29</sup> BASADRE (1981: 412 y ss.).

<sup>30</sup> PORRAS BARRENECHEA (1930: 94-95).

patriótica y su fe en la preponderancia de la justicia. Necesario —continúa Ulloa Sotomayor—, porque cerca de medio siglo había afirmado en el Perú la tenacidad para mantener su derecho, la fecunda habilidad de nuestra diplomacia para sostener un debate en condiciones de inferioridad real y política, y la posibilidad de realizar la unión espiritual de todos los peruanos en un grande y vibrante anhelo patriótico, pero sin que ninguna de esas condiciones hubiera podido remediar la impotencia efectiva del Perú para recuperar Tacna y Arica: cuando parecíamos cercanos a un reconocimiento de nuestro derecho, un camino para llegar a él o una definición doctrinaria en que apoyarnos, como en el Protocolo Billingham-Latorre, en las Conferencias Panamericanas, en la Paz Mundial de 1919, y en el proceso plebiscitario de 1925, la fuerza de Chile, contra la cual no se podía tener la ingenua ilusión de que se iba a alcanzar la fuerza de terceros, frustraba todas las esperanzas, mientras continuaba poseyendo no solo los territorios disputados sino hostilizando en ellos la vida de los peruanos. Fue, finalmente, un arreglo útil y conveniente para la política internacional del Perú —prosigue nuestro internacionalista—, porque el país no podía seguir indefinidamente con las preocupaciones internacionales y las necesidades materiales que le imponía el debate con Chile, pues la diplomacia chilena, aun cuando no hubiera tenido ningún éxito decisivo y solamente hubiera promovido o fomentado contrariedades transitorias, hostilizaba al Perú en Colombia, en el Ecuador y en Bolivia, habilitando militarmente a los gobiernos interesados o fomentando la desconfianza y la resistencia frente al Perú. Desde el punto de vista territorial —concluye Ulloa Sotomayor—, el Tratado de 1929 salvaba Tacna para el Perú. Tacna era, después de la chilenización, la más peruana de las dos provincias; y su comunicación marítima quedaba asegurada con el establecimiento del régimen de servidumbre para el ferrocarril y para el puerto<sup>31</sup>.

La solución aportada por el Tratado de 1929 y su protocolo complementario fue, pues, aceptada por el país, en la época inmediata a su celebración y con el paso de los años. Así lo confirma el consenso de opinión favorable de quienes se han dedicado al estudio de esta etapa de nuestra historia, como Alberto Wagner de Reyna<sup>32</sup> y Raúl Palacios Rodríguez<sup>33</sup>, Juan Miguel Bákula<sup>34</sup> y Ernesto Yepes<sup>35</sup>.

Bákula lo califica como una opción de paz. Considera que para el Perú esa opción significó creer que la amistad era posible, entendida en términos de lealtad, dignidad y entereza, y que para Chile la opción era similar; pero que,

<sup>31</sup> ULLOA SOTOMAYOR (1997: 37 y ss.).

<sup>32</sup> WAGNER DE REYNA (1961: 139 y ss.).

<sup>33</sup> PALACIOS RODRÍGUEZ (1974: 289).

<sup>34</sup> BÁKULA (1993: 8 y ss.).

<sup>35</sup> YEPES (1993: 134).

además, debía poner fin al hostigamiento paralelo que ejercía en otras capitales y a la desconfianza que suscitaban los actos del Perú. Esta opción de paz significó también —en la opinión de Bákula— un alivio en los gastos de defensa; y que la renuncia que el Perú hacía de sus expectativas sobre Arica quedara condicionada a la creación de un statu quo original, complicado pero permanente, en el que el sustrato estaba dado por el sentido de unidad dividida asignado a las provincias de Tacna y Arica.

Yepes, que con su estudio sobre la manera como se negoció el Tratado de 1929 plantea un aleccionador «para que no se repita», concluye en que no quiere que las páginas que ha escrito sean leídas como un alegato contra Chile, o como un llamado a los tambores avivando heridas que, cree, han cicatrizado o deben cicatrizar.

## BIBLIOGRAFÍA

- BASADRE, Jorge  
 1981 *La vida y la historia*. Lima: Industrial Gráfica.  
 1983 *Historia de la República del Perú*. Lima: Universitaria.
- BÁKULA, Juan Miguel  
 1993 «Las relaciones del Perú y Chile: perspectiva histórica». *Análisis Internacional*. Lima, número 2, pp. 4-18.
- BELAÚNDE, Víctor Andrés  
 1919 *Nuestra cuestión con Chile*. Lima: Biblioteca del Mercurio Peruano.
- GARCÍA CALDERÓN, Francisco  
 1949 *Memorias del cautiverio*. Lima: Internacional.
- MAÚRTUA, Víctor Manuel  
 1919 *La cuestión del Pacífico*. Lima: Americana.
- MORALES ARIAS, Carlos  
 1991 *El calvario de Tacna. 1879-1929*. Lima: Alfa.
- PALACIOS RODRÍGUEZ, Raúl  
 1974 *La chilenización de Tacna y Arica. 1883-1929*. Lima: Arica.
- PORRAS BARRENECHA, Raúl  
 1930 *Historia de los límites del Perú*. Lima: Rosay.
- RÍOS GALLARDO, Conrado  
 1959 *Los pactos de 1929*. Santiago: Nascimento.

HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

ULLOA SOTOMAYOR, Alberto

1997     *Posición internacional del Perú.* Lima: Fondo Editorial del Ministerio de Relaciones Exteriores.

WAGNER DE REYNA, Alberto

1961     *Los límites del Perú.* Lima: Universitaria.

YEPES, Ernesto

1993     *Cómo se negoció el Tratado de 1929.* Lima: Análisis.

**OCTAVA PARTE**  
**ARBITRAJE**



## **PLAZO PARA LAUDAR, SU PROTOCOLIZACIÓN Y REGISTRO Y LAUDO POR ACUERDO DE LAS PARTES**

*Fernando Cantuarias Salaverry\**

Me siento muy halagado por la oportunidad que me brinda el comité editor de participar en este justo homenaje a uno de los grandes juristas peruanos, el doctor Fernando de Trazegnies Granda. Desde que lo conocí, hace ya casi tres décadas, el doctor de Trazegnies ha sido una de las personas que, obviamente sin saberlo, ha inspirado mi quehacer profesional. Valgan pues estas líneas acerca de uno de los tantos temas en los que destaca este ilustre colega, como es el arbitraje, para rendirle mi más sincero homenaje por una vida plena y fructífera, que tanto ha influido e influirá en aquellos que hemos tenido la suerte de conocerlo.

### **1. PLAZO PARA DICTAR EL LAUDO ARBITRAL Y SU NOTIFICACIÓN A LAS PARTES**

La mayor parte de las legislaciones arbitrales latinoamericanas, si no todas, reconocen la facultad de las partes para acordar, ya sea directamente o por remisión al reglamento de alguna institución arbitral, el plazo dentro del cual los árbitros

---

\* Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). En el año 2006 fue reconocido por la prestigiosa revista *Latinlawyer* como uno de los 34 principales árbitros de América Latina. Además, la reputada revista *Who's Who Legal—Commercial Arbitration 2007* y *Commercial Arbitration 2008*— lo considera entre los 450 expertos líderes en este campo, en sesenta jurisdicciones. Es autor de *Arbitraje comercial y de las inversiones* (CANTUARIAS 2007).

deberán emitir el laudo arbitral final<sup>1</sup>. A falta de acuerdo, la gran mayoría de estas legislaciones establecen un plazo supletorio<sup>2</sup>.

El tema del plazo dentro del cual los árbitros deberán adoptar el laudo arbitral final es de suma importancia, ya que la emisión de un laudo arbitral tardío puede generar la anulación del mismo<sup>3</sup> e inclusive el restablecimiento de la competencia del poder judicial<sup>4</sup>.

El primer problema que observamos es que cuando las partes celebran un contrato, la gran mayoría de las veces ninguna de ellas sabe ni tiene cómo saber, al momento en que pacta un arbitraje, cuál será la complejidad que podrá tener un potencial y negado conflicto arbitral, cuántas pretensiones podrán ser sometidas al mismo tiempo a un tribunal arbitral, qué tan compleja podrá ser la etapa

---

<sup>1</sup> Panamá (artículo 25), Honduras (artículo 58), El Salvador (artículo 49), Uruguay (artículo 496[1]), Brasil (artículo 23), Venezuela (artículo 22), Ecuador (artículo 25), Bolivia (artículo 55[I]) y Perú (artículo 53). Las legislaciones arbitrales de Chile, Paraguay, Guatemala y México no establecen regla alguna al respecto. Sin embargo, como varias de ellas son depositarias de la Ley Modelo de UNCITRAL, se asume que las partes pueden establecer libremente el plazo para laudar. España (artículo 37-2) también reconoce esta facultad de las partes. SPINILLO y VOGELIUS (2002: 42): «*Parties are free to set the time limit within the arbitral award must be rendered*».

<sup>2</sup> Panamá (artículo 25) establece que a falta de acuerdo el laudo deberá emitirse en un plazo máximo de seis meses, contado a partir de la aceptación del último árbitro; Honduras (artículo 58) sigue la misma regla, pero otorga un plazo de cinco meses; El Salvador (artículo 49) hace lo mismo, pero el plazo máximo es de tres meses; Uruguay (artículo 496[1]) dispone que el laudo deberá dictarse dentro de los noventa días hábiles contados desde la primera actuación arbitral; Brasil (artículo 23) estipula un plazo de seis meses desde la instalación del arbitraje; Venezuela (artículo 22) establece un plazo de seis meses, contado desde la constitución del tribunal arbitral; Ecuador (artículo 25) establece que el plazo será de 150 días contados desde la audiencia de sustanciación; y Bolivia (artículo 55[I]) estipula un plazo de 180 días desde la última aceptación de los árbitros. Las legislaciones arbitrales de Chile, Paraguay, Guatemala, Costa Rica y Perú no identifican un plazo legal para la emisión del laudo arbitral. España (artículo 37-2) establece un plazo de seis meses que se inicia una vez vencido el plazo para contestar la demanda. SPINILLO y VOGELIUS (2002: 42): «*In the absence of this agreement the time limit will be set by the state court (CP Article 755). In the case of an amiable compositeur, the time limit is three months from the date of the appointment (CP Article 770)*».

<sup>3</sup> Artículo 63(1,g) de la Ley de Arbitraje peruana de 2008: «El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: [...] g) Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral».

<sup>4</sup> Artículo 65 (1,f) de la Ley de Arbitraje peruana de 2008: «Anulado el laudo, se procederá de la siguiente manera: [...] f) Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso g del numeral 1 del artículo 63, puede iniciarse un nuevo arbitraje, salvo que las partes acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que sobre la base de las actuaciones resuelva la controversia o, tratándose de arbitraje nacional, dentro de los quince (15) días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, decidan por acuerdo, que la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia».

probatoria, si se requerirá llamar a muchos testigos, si habrá que desarrollar y actuar peritajes o inspecciones oculares, etcétera.

Sin embargo, aun cuando existe pleno desconocimiento, es común encontrar en convenios arbitrales pactos acerca del plazo que tendrá un hipotético tribunal arbitral para resolver una también hipotética y desconocida controversia.

¿Cuál es la consecuencia de esto? Pues la existencia de cláusulas arbitrales patológicas que generan gravísimos daños al arbitraje y que son un «caramelo» para la parte que, enfrentada a un conflicto, no desea acceder al arbitraje, y que simplemente utilizará en su favor el plazo por lo general corto, apelando a acciones procesales que demoren o entorpezcan el proceso arbitral, con la única finalidad de que el plazo «pactado» a ciegas llegue a su vencimiento y, de esa manera, se genere una potencial causal de anulación del laudo arbitral.

En este sentido, si bien, como hemos visto, casi sin excepción las legislaciones arbitrales reconocen en las partes la facultad para establecer el plazo dentro del cual los árbitros deberán resolver una controversia, lo cierto es que no resulta recomendable que ellos ejerzan ese poder de manera anticipada (al momento de pactar el convenio arbitral), simplemente porque carecen de información suficiente para hacerlo de manera eficaz<sup>5</sup>.

Sin embargo, al mismo tiempo, si especialmente en arbitrajes ad hoc las partes no ejercitan esta facultad al momento de pactar el arbitraje, existe el riesgo de que una vez iniciado el procedimiento arbitral, la parte a la que no le interesa acceder al arbitraje se niegue a pactar un plazo prudencial para la emisión del laudo arbitral, obligando en ese caso a la aplicación de las disposiciones supletorias de la ley de arbitraje del lugar donde arbitran.

Este plazo supletorio es muchas veces peor que el que asumimos que las partes pactarían, por cuanto muchos legisladores, simplemente, sin conocimiento alguno, pretenden, por ejemplo, que un caso arbitral, cualquiera sea su cuantía, número de pretensiones, complejidad jurídica, de hecho y probatoria, etcétera, sea resuelto en sede arbitral dentro de los tres a seis meses de constituido<sup>6</sup> o de instalado un tribunal arbitral<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Es más, no entendemos por qué inclusive en arbitrajes administrados por centros de arbitraje que tienen normas reglamentarias acerca de la forma de establecer el plazo para laudar, igual algunas partes pactan un plazo arbitrario que lo único que hace es poner en riesgo la eficacia de su arbitraje.

<sup>6</sup> Véase *supra*, cita 2. Es el caso de las legislaciones arbitrales de Panamá, Honduras, El Salvador, Venezuela y Bolivia.

<sup>7</sup> Véase *supra*, cita 2. Nos referimos a las legislaciones arbitrales de Uruguay y Brasil.

Es cierto que todas estas legislaciones establecen la posibilidad de ampliar el plazo para laudar, sea por exclusiva decisión de las partes<sup>8</sup>, o por acuerdo de los árbitros<sup>9</sup>. Sin embargo, salvo la honrosa excepción de Venezuela<sup>10</sup>, la ampliación del plazo queda librada a un muchas veces improbable acuerdo de las partes; y cuando queda en manos de los árbitros, a períodos de tiempo máximos la mayoría de veces ridículos.

De esta manera, en lo que al arbitraje ad hoc se refiere, las legislaciones arbitrales de Panamá, El Salvador, Honduras, Brasil, Ecuador, Bolivia y España, ponen en serio riesgo el desarrollo de la actividad arbitral.

En efecto, cuando ambas partes desean de buena fe someter un conflicto a un arbitraje ad hoc, es de esperar que ellas acordarán un plazo razonable para laudar (y lo modificarán las veces que sea necesario en pro del arbitraje) o autorizarán a que sean los árbitros los que definan este importante tema. En cambio, cuando una de las partes no desea arbitrar, pues estas legislaciones arbitrales, al exigir el acuerdo de las partes (o, de lo contrario, se aplicará el muchas veces corto plazo supletorio de la ley), se ponen de parte del que quiere bloquear el arbitraje, arriesgando absurda e injustificadamente su desarrollo y efectividad.

Nosotros consideramos que esta respuesta legal es equívoca y contraria al arbitraje. Si las partes se someten a un arbitraje y designan a los árbitros que dirigirán con gran libertad el procedimiento arbitral, pues entonces no encontramos razón alguna para desconfiar de la prudencia, ética y razonabilidad de los árbitros para fijar el plazo para laudar, a efectos de que un arbitraje dure lo estrictamente necesario para hacer justicia a las partes.

Por ello, nos parece mucho más prudente e inteligente la práctica que se desarrolla conforme a las legislaciones arbitrales de Chile, Paraguay, Guatemala, Costa Rica y Perú, las cuales, al no regular un plazo supletorio para la emisión del laudo final, permiten que muchas veces sean los árbitros los que definan este

<sup>8</sup> Panamá, artículo 25: «El plazo podrá ser prorrogado en la forma que convengan las partes o que determine el reglamento aplicable»; Honduras, artículo 58: «[...] sin perjuicio de que las partes, de común acuerdo y en forma previa a su vencimiento, decidan prorrogarlo»; El Salvador, artículo 49: «[...] sin perjuicio de que las partes, de común acuerdo y en forma previa a su vencimiento, decidan prorrogarlo»; y Brasil, artículo 23: *«As partes e os árbitros, de comun acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado»*.

<sup>9</sup> Ecuador, artículo 25: «El término podrá prorrogarse, en casos estrictamente necesarios, hasta por un período igual, ya por acuerdo de las partes, ya porque el tribunal lo declare de oficio»; Bolivia, artículo 55(I): «Durante la vigencia del plazo originalmente pactado, dicho plazo podrá ser prorrogado [suponemos que por los árbitros] por un máximo de sesenta (60) días»; y España, artículo 37(2): «[...] este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada».

<sup>10</sup> Venezuela, artículo 22: «Este lapso podrá ser prorrogado por dicho tribunal una o varias veces, de oficio o a solicitud de las partes [...]».

tema, una vez que se conozca a fondo en que consistirá exactamente el conflicto en concreto<sup>11</sup>.

Por su parte, cuando el arbitraje es institucional (es decir, administrado por un centro de arbitraje), el reglamento de arbitraje correspondiente suele determinar el plazo para laudar. Inclusive, muchas veces, en ejercicio de la función supervisora que corresponde al centro de arbitraje, dicho plazo puede ser modificado para cada caso en concreto por el propio centro o por decisión de los árbitros, mediante resolución debidamente motivada.

Aquí tal vez el mejor ejemplo sea el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), cuyo artículo 24 establece un plazo para laudar de seis meses, contado desde la última firma del acta de misión o desde que la misma es aprobada por la corte de dicho centro, pero al mismo tiempo dicho plazo puede ser ampliado por esa corte, de ser necesario<sup>12</sup>.

Como bien explican Friedland y Santens<sup>13</sup>, cuya opinión compartimos plenamente, reglas de centros de arbitraje que establezcan plazos razonables para laudar, pero que al mismo tiempo permitan al propio centro de arbitraje ampliar los plazos cuando las circunstancias del caso en concreto así lo ameriten, son una señal correcta para las partes y, en especial, para el tribunal arbitral, de que se espera que emita el laudo en un plazo razonable. Además, esta clase de disposición reglamentaria se condice plenamente con la función de supervisión que debe desarrollar toda institución arbitral que se precie de ser seria.

En el caso del Perú, desgraciadamente las disposiciones reglamentarias de varios de los centros de arbitraje dejan mucho que desear en esta materia.

<sup>11</sup> Justo porque es materialmente imposible prever el tiempo razonable que deberá tomar un procedimiento arbitral, la Ley Modelo de UNCITRAL, de manera deliberada, no estableció un plazo supletorio dentro del cual los árbitros debían terminar sus funciones. HAUSMANINGER (1995: 42): «*It is noteworthy that the UNCITRAL Model Law has deliberately refrained from imposing a time limit, leaving the issue to be resolved by the parties and the arbitrators. It was felt that a fixed standard period would be inadequate since in international arbitration circumstances varied considerably from one case to another and the enforcement of such a rule would be difficult*». Las legislaciones arbitrales latinoamericanas citadas siguen esta inteligente y prudente decisión.

<sup>12</sup> Artículo 24: «1. El Tribunal Arbitral deberá dictar su Laudo final en el plazo de seis meses. Dicho plazo comenzará a correr a partir de la fecha de la última firma, del Tribunal Arbitral o de las partes, en el Acta de Misión o, en el caso previsto en el artículo 18(3), a partir de la fecha en que la Secretaría notifique al Tribunal Arbitral la aprobación del Acta de Misión por la Corte.

»2. La Corte puede, en virtud de solicitud motivada del Tribunal Arbitral o, si lo estima necesario, de oficio, prorrogar dicho plazo».

<sup>13</sup> FRIEDLAND y SANTENS (2004: 10): «*We believe that a default time limit, subject to extension, is a good signal to the arbitral tribunal that the arbitral institution expects the tribunal to issue an award within a reasonable time [...]*».

En efecto, salvo en el caso de los reglamentos arbitrales del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima<sup>14</sup>, del Centro de Arbitraje Amcham Perú<sup>15</sup> y del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE, ente estatal peruano que administra por decisión voluntaria de las partes algunos arbitrajes en materia de contratación pública)<sup>16</sup>, que establecen plazos reglamentarios para laudar y, al mismo tiempo, autorizan a sus órganos administrativos a que, en ejercicio de sus facultades de supervisión del arbitraje, amplíen, de ser necesario, dichos plazos; los demás centros de arbitraje, como son, por ejemplo, el Centro de Conciliación y Arbitraje del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú<sup>17</sup> y el Centro de Arbitraje de la Construcción<sup>18</sup>, simplemente establecen plazos arbitrarios (renunciando así a su obligación de supervisar los arbitrajes), forzando en los hechos a los árbitros a que muchas veces tengan que laudar a la carrera, o a tratar por todos los medios de lograr un acuerdo de las partes, o, lo que es peor aún, a laudar fuera de plazo, con los graves riesgos que ello genera<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> Artículo 55: «1. Dispuesto el cierre de la instrucción, conforme al artículo 47, el Tribunal Arbitral procederá a resolver la controversia en un plazo no mayor de treinta (30) días, prorrogable, por una única vez, por decisión del Tribunal Arbitral, por quince (15) días adicionales.

»2. En casos excepcionales, y de no mediar acuerdo entre las partes, el Consejo Superior de Arbitraje podrá autorizar al Tribunal Arbitral a fijar un plazo para emitir el laudo mayor al establecido en este Reglamento, o a establecer un plazo de prórroga mayor a aquél.

<sup>15</sup> Artículo 31: «1. El laudo final así como cualquier opinión individual deberá dictarse dentro de los 60 días siguientes al cierre de las audiencias.

»2. La Corte puede, en virtud de solicitud motivada del tribunal arbitral o, si lo estima necesario, por iniciativa propia, ampliar dicho plazo».

<sup>16</sup> Artículo 49: «Una vez presentados los alegatos o llevada a cabo la Audiencia de Informes Orales, el Tribunal Arbitral expedirá la resolución que fija el plazo para laudar, el que no podrá exceder de veinte (20) días, pudiendo ser prorrogado por quince (15) días adicionales, salvo que por las circunstancias particulares del caso, el Colegio de Arbitraje Administrativo del SNCA-CONSUCODE disponga la extensión de estos plazos a solicitud del Tribunal Arbitral».

<sup>17</sup> Artículo 5.01: «Salvo acuerdo diferente entre las partes el laudo se debe pronunciar dentro del plazo de veinte (20) días de vencido el término probatorio o de la fecha que las partes formulen su alegatos; lo que ocurra último.

»Si el tribunal lo considera necesario dispondrá de un plazo adicional que no excederá de diez (10) días».

<sup>18</sup> Artículo 26: «Los árbitros deberán emitir su laudo dentro de los 15 días posteriores a la fecha de presentación del alegato de las partes. Este plazo podrá ser ampliado a criterio del Tribunal Arbitral».

<sup>19</sup> Por ejemplo, el original reglamento de arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima (vigente desde 1996 hasta aproximadamente 1997), establecía en su artículo 33 que la duración del procedimiento arbitral, salvo pacto en contrario de las partes, no debía exceder los noventa días desde instalado el tribunal arbitral. Obviamente,

Por otro lado, emitido el laudo arbitral, este deberá ser notificado a las partes<sup>20</sup>, aunque en algunos casos la ley del lugar del arbitraje establece mecanismos particulares<sup>21</sup>, como son los casos de Colombia<sup>22</sup> y Ecuador<sup>23</sup>, que obligan a que el laudo arbitral sea entregado en audiencia.

La regla general es, sin embargo, la de notificar a las partes el contenido del laudo arbitral<sup>24</sup>.

La notificación del laudo arbitral no tiene por única finalidad que las partes conozcan el contenido del fallo, ya que, además, genera importantes consecuencias procesales: determina desde cuándo es exigible, desde cuándo corre el plazo para solicitar la aclaración, integración o corrección del laudo arbitral y desde cuándo corre el plazo para la interposición del recurso de anulación ante el poder judicial<sup>25</sup>.

la gran mayoría de arbitrajes difícilmente podían durar noventa días, lo que obligaba a los árbitros a hacer «malabares» para lograr que las partes acordaran ampliar este absurdo plazo.

<sup>20</sup> Sobre las reglas contenidas en las legislaciones arbitrales latinoamericanas acerca de las notificaciones, véase Perú, artículo 53; México, artículo 1418; Chile, artículo 3 de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional; El Salvador, artículo 27; Guatemala, artículo 6; Paraguay, artículo 5; Honduras, artículo 35; y Bolivia, artículo 8. Véase también el artículo 5 de la nueva Ley de Arbitraje de España.

Las demás legislaciones arbitrales latinoamericanas no contienen una referencia expresa a este tema, por lo que se corre el riesgo de tener que aplicar las disposiciones que, sobre notificaciones, establezcan los respectivos códigos procesales.

<sup>21</sup> VAN HOUTTE (2005: 177): «[...] it is not always required that an award is actually delivered to the parties. Under English law, for instance, when parties have agreed in the arbitration clause that the award be “made and published”, it suffices that the parties are given notice that the decision is ready to be picked up».

<sup>22</sup> Artículo 154 del decreto 1818: «Se señala fecha y hora para la audiencia de fallo, en la cual el secretario leerá en voz alta las consideraciones más relevantes del laudo y su parte resolutiva y allí se entregará copia auténtica del mismo».

<sup>23</sup> Artículo 29: «Las partes conocerán del laudo en audiencia, para el efecto el tribunal señalará día y hora en la cual se dará lectura del laudo y entregará copia a cada una de las partes».

<sup>24</sup> VAN HOUTTE (2005: 176-177). El autor identifica que las legislaciones arbitrales de Suecia (sección 31), Bélgica (artículo 1702), Finlandia (sección 38), Alemania (artículo 1054), Italia (sección 825), Holanda (artículo 1058) y Suiza, establecen la obligación de notificar o comunicar el laudo arbitral a las partes. Véanse también los artículos 37(7) y 33(5) de las recientes Ley de Arbitraje de España y *Arbitration Act* de Malasia, respectivamente.

Por su parte, las legislaciones arbitrales del Perú (artículo 53), Venezuela (artículo 31), Brasil (artículo 29), Panamá (artículo 31), Costa Rica (artículo 60), Guatemala (artículo 40[3]), Paraguay (artículo 36), Bolivia (artículo 50), Chile (artículo 31[4] de la Ley sobre Arbitraje Internacional) y México (artículo 1448), también establecen esta obligación.

En el caso de Honduras y El Salvador no existe norma expresa, aunque los artículos 70 y 64, respectivamente, establecen que cuando se emita una aclaración o corrección de un laudo arbitral, este deberá ser notificado a las partes.

<sup>25</sup> VAN HOUTTE (2005: 177): «The delivery of the award, however, is not only required to inform the parties of its content. It has also several procedural implications. In Switzerland, for instance, the

Por último, cabe aclarar que unas legislaciones arbitrales establecen que el tribunal arbitral debe notificar a las partes el original del laudo arbitral<sup>26</sup>; otras exigen la entrega de una copia<sup>27</sup>; y las menos, simplemente no se pronuncian al respecto<sup>28</sup>.

## 2. PROTOCOLIZACIÓN Y REGISTRO DEL LAUDO ARBITRAL Y SUS EFECTOS

Existen algunas legislaciones arbitrales como la de El Salvador<sup>29</sup> que exigen que el laudo, con sus correcciones, integración y aclaraciones, sea protocolizado ante un notario.

Felizmente esta es una exigencia formal que está desapareciendo<sup>30</sup> o cuya utilización queda, en todo caso, en manos de las partes<sup>31</sup>, ya que, como explica

---

*award becomes definitive through its communication; in Belgium, the arbitrators' mandate ends with the notification of the award. In many legal systems, the communication, notification or serving of the award is the starting point for the time period to submit to the court a request to set aside the award [...] Many European arbitration laws allow the parties to request the arbitrator to interpret unclear or ambiguous parts of the awards or to correct clerical mistakes».*

<sup>26</sup> VAN HOUTTE (2005: 178): «[This] solution implies that the award is rendered in as many originals as there are parties plus an original to be deposited at the state court's registry or at the arbitration institution». El autor identifica esta exigencia en las leyes de arbitraje de Bélgica (artículo 1702), Alemania (artículo 1054) e Italia (artículo 825). Véase también el artículo 37(7) de la reciente Ley de Arbitraje de España.

<sup>27</sup> VAN HOUTTE (2005: 178): «[This] solution supposes that the award is only rendered in one original, the parties receiving copies thereof». El autor identifica esta exigencia en las leyes de arbitraje de Inglaterra (artículo 55), Finlandia (artículo 37), Holanda (artículo 1058) y Suecia (artículo 31). Nosotros identificamos también las siguientes legislaciones arbitrales latinoamericanas: Venezuela (artículo 31), Brasil (artículo 29), Panamá (artículo 31), Guatemala (artículo 40[3]), Paraguay (artículo 36), Bolivia (artículo 55[II]), Chile (artículo 31[4]) y México (artículo 1448). Las leyes de arbitraje de Colombia (artículo 154 del decreto 1818) y Ecuador (artículo 29) establecen que en la audiencia en la que se dé lectura del laudo arbitral se entregará una copia a las partes.

<sup>28</sup> Tal es el caso de las legislaciones arbitrales de Honduras, El Salvador, Perú (artículo 53) y Costa Rica (artículo 60). En el caso del Perú, es práctica que los tribunales arbitrales notifiquen a las partes un original o una copia del laudo arbitral respectivo, sin que hasta la fecha se haya generado problema alguno.

<sup>29</sup> Artículo 62: «El laudo arbitral en el caso de arbitraje institucional será tenido por auténtico con la firma del árbitro o árbitros que hubieren intervenido y el sello del Centro respectivo, sin necesidad de trámite judicial o notarial alguno.

»En caso de arbitraje *ad-hoc*, el laudo se protocolizará notarialmente».

<sup>30</sup> El artículo 33(2) de la Ley Española de Arbitraje de 1988 establecía este requisito. Sin embargo, como explica MANTILLA-SERRANO (2004: 379), la vigente ley de arbitraje «[...] eliminates the archaic requirement of "protocolización" or deposit with a public notary».

<sup>31</sup> España, artículo 37(8): «El laudo podrá ser protocolizado notarialmente. Cualquiera de las partes, a su costa, podrá instar de los árbitros, antes de la notificación, que el laudo sea protocolizado»; y

Álvarez, la «[...] exigencia del requisito de la protocolización puede retrasar y desde luego encarecer el procedimiento arbitral [...] [además, esta] exigencia de la protocolización, es decir, la intervención de un notario para la plenitud del laudo, choca con el principio de la autonomía [de las partes] [...] por lo que se sostiene que lo lógico sería que bastase con su formalización por escrito sin más intervención que la de los propios árbitros»<sup>32</sup>.

Otras veces las leyes arbitrales exigen que el laudo arbitral se registre o deposite<sup>33</sup> en el poder judicial del lugar del arbitraje<sup>34</sup>. Esto ocurre en Bélgica<sup>35</sup>, Holanda<sup>36</sup> y Egipto<sup>37</sup>, entre otros lugares.

En la gran mayoría de los casos, el depósito o registro tiene por finalidad principal servir de autenticación del laudo arbitral<sup>38</sup>, aunque otras veces ese trámite culmina en una ratificación por el poder judicial local, que puede tener el efecto de convertir el laudo en un fallo judicial. En esas circunstancias, la doctrina se pregunta acerca de si el laudo arbitral podría seguir el procedimiento de reconocimiento y ejecución al amparo de la Convención de Nueva York de 1958 o si debería ejecutarse como una sentencia judicial en un tercer Estado<sup>39</sup>.

Sobre este particular, Van den Berg señala que la posición de las cortes ha sido afirmar que cualquier intervención judicial en el lugar del arbitraje no tiene

Costa Rica, artículo 61: «El tribunal o cualquiera de las partes podrá requerir la protocolización del laudo, si lo considera necesario».

<sup>32</sup> ÁLVAREZ RODRÍGUEZ (1988-1989: 103).

<sup>33</sup> Otros términos que se utilizan son *homologación e inscripción*.

<sup>34</sup> VÁRADY, BARCELÓ III y VON MEHREN (1999: 521): «*In some countries it is still necessary to deposit the award with a court at the place of arbitration*».

<sup>35</sup> Artículo 1702(2) del Código Judicial, según reforma de 1998: «*The chairman of the arbitral tribunal shall deposit the original of the award with the registry of the Court of First Instance; he shall notify the parties of the deposit*».

<sup>36</sup> Artículo 1058(1,b) de la Ley de Arbitraje de 1986: «*The original copy of a full or partial final award shall be deposited with the registry of the district court within the territory of which the place of arbitration is situated*».

<sup>37</sup> Artículo 47 de la ley 27 de 1994 sobre arbitraje comercial y civil: «*The party in whose favor the arbitral award has been made shall deposit, at the Secretariat of the court referred to in Article 9 of this Law, the original award or a copy thereof in the language in which it was rendered, or an Arabic translation thereof authenticated by a competent organism if it was rendered in a foreign language. The court's secretary shall evidence such deposit in a procès-verbal, and each of the two parties to arbitration may request a copy of the said procès-verbal*».

<sup>38</sup> VÁRADY, BARCELÓ III y VON MEHREN (1999: 521): «*Deposit can more easily be likened to authentication than to control [...]*».

<sup>39</sup> VAN DEN BERG (1989: 593): «*[...] if, in the country of origin, a leave for enforcement is issued by the court on the award, the leave may constitute a court judgment in that country. Such judgment may have the effect of absorbing the award into the judgment in that country. If in this case the enforcement is sought in another Contracting State, the question arises whether the award can be enforced as a foreign award under the Convention or as a foreign judgment on another basis*».

efectos extraterritoriales, por lo que si el laudo arbitral es convertido localmente en un fallo judicial, igual se puede reconocer y ejecutar al amparo de la Convención de Nueva York<sup>40</sup>.

En efecto, en el caso Robert E. Schreter vs. Gasmac Inc. (Ontario, Canadá, 1992)<sup>41</sup>, las partes habían acordado arbitrar en Atlanta, bajo las leyes del estado de Georgia. De conformidad con la ley del lugar del arbitraje, el Poder Judicial de Georgia confirmó el laudo arbitral. Cuando el laudo se presentó ante las cortes canadienses para su reconocimiento y ejecución al amparo de la Convención de Nueva York, Gasmac Inc. afirmó que el laudo había sido absorbido por la sentencia judicial y que, por lo tanto, solo cabía ejecutarlo en el Canadá como una sentencia judicial extranjera. Sin embargo, «El tribunal declaró que el artículo 35 de la Ley Modelo [de UNCITRAL] promulgado por la International Comercial Arbitration Act, Revised Statutes of Ontario, 1990, c. 1.9 hacía imperativo el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales. El tribunal no halló en los artículos 35 ni 36 indicios de que hubiera que considerar que los laudos se confundiesen con las sentencias que los confirmaban. Indicó que fallar en ese sentido “crearía una laguna en el alcance de la Ley”»<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> VAN DEN BERG (1989: 593-594): «Most courts hold that the merger of the award into the judgment in the country of origin does not have extraterritorial effect and that therefore the award remains a cause of action for enforcement in other countries on the basis of the Convention. [...] »[...] it is accepted that a judgment by which an award is declared enforceable (“judgment on the award», «leave for enforcement», «exequatur») has a territorial effect only, that is to say that it constitutes merely an authorization by the judiciary to execute the award within its jurisdiction. It may be that such judicial imprimatur has the effect of absorbing the award into the judicial decision within that jurisdiction. But it leaves the legal force and effect of the award itself unaltered as cause of action for enforcement in other countries». VÁRADY, BARCELÓ III y VON MEHREN (1999: 523): «What is particularly important is that deposit is not specifically required by the New York Convention».

<sup>41</sup> Citado en Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/2, del 4 de noviembre de 1993.

<sup>42</sup> En el caso Murmansk Trawl Flete vs. Bimman Realty Inc. (Ontario Court of Justice, General Division, 19 de diciembre de 1994), el demandante inició, al amparo de la Convención de Nueva York, un procedimiento de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral dictado en Nueva York. El demandado se opuso al pedido, alegando que el laudo no había sido confirmado por el Poder Judicial de Nueva York conforme a su derecho interno. La Corte desestimó la oposición, porque estimó que el laudo no requería de confirmación para ser válido en Ontario. Además, afirmó que debía reconocerse una política encaminada a evitar demoras derivadas de los procesos judiciales y a propiciar una resolución más eficiente de los litigios cuando las partes optaran por el arbitraje.

Por su parte, Várady, Barceló y von Mehren citan varios fallos emitidos por las cortes de la India<sup>43</sup>, Alemania<sup>44</sup> y Estados Unidos de América<sup>45</sup>, que confirman este parecer.

Cabe destacar que lo interesante de esta jurisprudencia es que, al mismo tiempo, varios de los fallos judiciales han sido de la opinión de que aun cuando el laudo arbitral mantiene su autonomía y puede ser reconocido y ejecutado como tal al amparo de la Convención de Nueva York, el hecho de que haya sido integrado a una sentencia judicial también permite su potencial reconocimiento y ejecución conforme a las reglas de *exequatur* de las sentencias judiciales<sup>46</sup>.

En efecto, en el citado fallo de los tribunales de la India, la Corte opinó que el acreedor tenía dos causas distintas para ejecutar el fallo: una, el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral; y la otra, el reconocimiento y la ejecución de la sentencia judicial<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> VÁRADY, BARCELÓ III y VON MEHREN (1999: 589-592). El caso fue entre COSID, INC (Estados Unidos.) vs. Steel Authority of India, Ltd. (India) ante la High Court of Delhi (1985). Aquí las partes habían pactado la venta de un producto y el contrato contenía un pacto arbitral CCI, con sede en Londres. Cuando ya se había exportado parte de lo pactado el gobierno de la India prohibió la exportación del producto, ante lo cual COSID inició el arbitraje y logró un fallo arbitral a su favor. Seguidamente, apeló a la Sección 26 del English Arbitration Act of 1950 y logró que una corte inglesa autorizara a ejecutar el laudo de la misma manera como se ejecuta una sentencia. Cuando COSID quiso reconocer y ejecutar el laudo en la India al amparo de la Convención de Nueva York, su contraparte afirmó que el laudo ya no lo era más, porque había sido integrado a un fallo judicial. Sin embargo, la Corte dijo que esta situación no impedía la ejecución del laudo arbitral como tal.

<sup>44</sup> VÁRADY, BARCELÓ III y VON MEHREN (1999: 592). Se trató en un caso muy similar al anterior resuelto por la Corte de Apelaciones de Hamburgo, en el que se afirmó «[...] that although it can be assumed that under English law the award merges into the judgment, in view of Artículo V(1)(e) of the Convention which requires the award to be “binding”, and which Convention has the purpose of facilitating enforcement of foreign awards, in Germany the award must be considered as not having been absorbed by the English judgment».

<sup>45</sup> VÁRADY, BARCELÓ III y VON MEHREN (1999: 602). Hablamos de los casos Island Territory of Curacao vs. Solitron Devices, Inc. (1973), Victrix Steamship Co. vs. Salen Dry Cargo (1987) y Waterside Ocean Navigation Co. vs. International Navigation (1984). «In both of the alter two cases, the court specifically commented that even after an award had been confirmed in the foreign jurisdiction —making it enforceable as a foreign judgment— it was still enforceable as a foreign award under the Convention [...]».

<sup>46</sup> VAN DEN BERG (2003: 661): «[...] the judgment on the award in the country of origin may be separately enforceable as a foreign judgment in other countries [...]».

<sup>47</sup> Véase supra, cita 43. VÁRADY, BARCELÓ III y VON MEHREN (1999: 591): «[...] as held by Anand J. in *M/s Copal Singh Hira Singh vs. Punjab National Bank* [...] a foreign judgment only creates a new obligation to pay but does not extinguish the original cause of action for the debt, and [...] a foreign judgment involves no merger of the original cause of action and creditor who obtained a foreign judgment has two remedies open to him: either to bring an action in the domestic tribunal on the foreign judgment or to bring an action in the domestic tribunal on the original cause of action [...] According to COSID, [the] original cause of action in this case has been the award in question».

Identificamos el mismo razonamiento en las mencionadas sentencias de los tribunales judiciales norteamericanos<sup>48</sup>.

Por último, Delaume<sup>49</sup> identifica el caso *Seetransport Wiking Trader Schiffahrtsgesellschaft MBH & Co. vs. Navimpex Centrala Naval* (Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos de América, 1994), en el que las partes celebraron un contrato de construcción de buques. Surgida una controversia, las partes arbitraron ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en París. Emitido el laudo, se intentó su ejecución en Estados Unidos de América, al amparo de la Convención de Nueva York, pero no prosperó porque el trámite se inició transcurridos tres años de dictado, por lo que la acción había prescrito. Ante ello, Seetransport volvió a intentar la ejecución de la deuda, pero esta vez como si fuera un fallo judicial, amparado en una sentencia de la Corte de Apelaciones de París que había declarado sin lugar el recurso de anulación del laudo arbitral planteado por Navimpex. Esta vez, la Corte norteamericana afirmó que cabía ejecutar la deuda como una sentencia judicial<sup>50</sup>.

### 3. LAUDO ARBITRAL POR ACUERDO DE LAS PARTES

Cuando las partes se encuentran dentro de un procedimiento arbitral, en algunas oportunidades suelen llegar a una transacción. Es más, Berger<sup>51</sup> afirma que aproximadamente 60% de todos los arbitrajes culminan en una transacción entre las partes<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> Véase supra, cita 45. VÁRADY, BARCELÓ III y VON MEHREN (1999: 602): «[...] the foreign confirmation had simply increased the options available to the enforcing party».

<sup>49</sup> DELAUME (1997: 483).

<sup>50</sup> VÁRADY, BARCELÓ III y VON MEHREN (1999: 599). La Corte dijo: «*Navimpex's unsuccessful challenge to the award in the French courts made the award-with-exequatur enforceable under French law, and the decree accomplishing that result is to be regarded as a judgment enforceable under Article 53 [of the Civil Practice Law and Rules of New York]*».

<sup>51</sup> BERGER (2003: 398): «*Approximately 60 per cent of all arbitrations are brought to an end by a settlement between the parties*». Por su parte, LORCHER (2001: 276), identifica que alrededor de 20% de todos los arbitrajes administrados por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) culminan en una transacción entre las partes.

<sup>52</sup> En el Perú no se cuenta con información alguna acerca de este particular, debido en parte a que más de la mitad de los casos son arbitrajes ad hoc y porque, además, los principales centros de arbitraje no incorporan en sus estadísticas cuántos arbitrajes culminan en una transacción de las partes. Véanse, por ejemplo, los datos estadísticos del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, <[http://200.37.9.27/CCL/ccl\\_arbitraje/es/ccl\\_estadisticas.aspx](http://200.37.9.27/CCL/ccl_arbitraje/es/ccl_estadisticas.aspx)>.

En estos casos, las partes pueden conformarse con formalizar un contrato de transacción y dar por terminado el arbitraje<sup>53</sup>. Sin embargo, muchas veces las partes pueden desear que su acuerdo se convierta en un fallo, con la finalidad de que goce de la autoridad y efectos propios de un laudo arbitral<sup>54</sup>.

En efecto, en algunos países una transacción puede no tener otro efecto que el de un simple contrato, por lo que convertir dicho acuerdo en un laudo arbitral puede resultar sumamente beneficioso para las partes<sup>55</sup>. Otras veces, las partes pueden ser nacionales o domiciliar en diversos Estados<sup>56</sup>, por lo que contar con una transacción convertida en laudo arbitral las puede ayudar decididamente al momento de pretender su ejecución<sup>57</sup>.

Todas estas razones han llevado a que un gran número de legislaciones arbitrales<sup>58</sup> y reglamentos de centros de arbitraje<sup>59</sup> reconozcan la posibilidad de que una transacción pueda convertirse en un laudo arbitral<sup>60</sup>.

<sup>53</sup> GAILLARD y SAVAGE (1999: 743): «*In some cases, the parties succeed in reaching a settlement in the course of the proceedings. If they do so, they may simply formalize their agreement in a contract and terminate the arbitral proceedings*».

<sup>54</sup> GAILLARD y SAVAGE (1999: 743): «*Alternatively, they may want their decision to be recorded by the arbitral tribunal in the form of an award. This is referred to as a consent award. In obtaining a consent award, the parties expect their settlement to benefit from the authority and effects attached to an award*».

<sup>55</sup> SANDERS (1979: 465-466): «*An award on agreed terms [...] may be useful since the recorded settlement may be enforced like any other arbitral award*».

<sup>56</sup> LORCHER (2001: 276): «*[...] a considerable number of the proceedings [...] include parties from different countries, so that frequently the award has to be enforced in a foreign country, as distinct from the seat of arbitration*».

<sup>57</sup> GAILLARD y SAVAGE (1999: 743-744): «*[...] the parties may seek a consent award in order to enjoy the recognition and enforcement procedures provided for in widely-ratified international conventions on arbitration*».

<sup>58</sup> Suecia (artículo 27), Holanda (artículo 1969), India (artículo 30), Alemania (artículo 1053), Costa Rica (artículo 63), México (artículo 1447), Panamá (artículo 30), Honduras (artículos 55 y 56), El Salvador (artículo 47[3]), Guatemala (artículo 39), España (artículo 36), Ecuador (artículo 28), Chile (artículo 30 de la Ley sobre Arbitraje Internacional), Malasia (artículo 32), Bolivia (artículo 51), Paraguay (artículo 34), Brasil (artículo 28) y Perú (artículo 50).

<sup>59</sup> LORCHER (2001: 276). El autor identifica que los reglamentos arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de la German Association for Arbitration, de la Japan Commercial Arbitration Association y de la Zurich Chamber of Commerce, entre otros, autorizan que se emita este tipo de laudo. En el Perú, son pocos los reglamentos arbitrales que reconocen esta posibilidad (por ejemplo, ver el artículo 52 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima). Sin embargo, como la Ley de Arbitraje peruana expresamente faculta la emisión de este tipo de laudo, no vemos problema alguno para que se aplique la ley, a falta de disposición reglamentaria.

<sup>60</sup> Por obvias razones, este laudo arbitral no tendrá que ser motivado. LORCHER (2001: 282) recomienda, en estos casos, «*If, in the jurisdiction where the agreed award is likely to be enforced, the law requires an award to be reasoned, it may be helpful if the award is not only designated as such but*

Ahora bien, la primera pregunta que cabe hacerse sobre este particular es si los árbitros están obligados a convertir en laudo una transacción cuando las partes se lo pidan. La respuesta es que en principio así debe ser, en aplicación del principio de autonomía de voluntad de las partes<sup>61</sup>. Sin embargo, como explica Briner, citando para estos efectos a Berger<sup>62</sup>, los árbitros pueden negarse a aceptar la solicitud de las partes únicamente cuando clara e inequívocamente verifiquen que la transacción viola disposiciones de orden público<sup>63</sup>. Este es justamente el estándar aplicable dispuesto por muchas legislaciones arbitrales que venimos comentando<sup>64</sup>.

---

*if it indicates at the same time that it has been rendered on the basis of a settlement agreed between the parties».* Artículo 56(1) de la Ley de Arbitraje peruana de 2008: «Todo laudo deberá ser motivado, a menos que [...] se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes [...].»

<sup>61</sup> GAILLARD y SAVAGE (1999: 744): «*The first question that arises here is whether the arbitrators are obliged to make a consent award where the parties so request. Most modern arbitration laws, which promote the principle of party autonomy, will require them to do so».*

<sup>62</sup> BRINER (1994: 146): «*According to Klaus Peter BERGER the arbitrator's refusal to record a settlement "should be limited to exceptional cases", i. e. violations of binding laws and order public as well as conflicts "with fundamental notions of fairness and justice". This should be the general test to be applied under all modern arbitration laws [...] their right [the right of the arbitrators] to refuse should be limited to truly blatant cases where the grave violations of mandatory norms of the "ordre public international" appears clearly and unambiguously from the face of the settlement».* Sobre este particular, véase además KREINDLER (1998: 28).

<sup>63</sup> El propio BRINER (1994: 136) identifica algunos supuestos: «*If the arbitrator has serious reasons to consider that the settlement contains a violation of public policy he should examine the matter in more detail. Examples of public policy include occurrences such as corruption, bribery, fraud, violation of foreign regulations, of import and export regulations, money laundering, etc. However, it is usually difficult for the arbitrator to have knowledge of such violations».* MANTILLA-SERRANO (2005: 199): «En la medida en que se solicita el concurso de los árbitros para convertir la transacción en laudo y teniendo en cuenta que, por un lado, al prestar su concurso, de una u otra forma, participan de dicha transacción, y, por otro lado, no son mandatarios de las partes, se permite a estos oponerse dictar dicho laudo. La facultad de objetar que se concede al árbitro debe, en todo caso, ejercerse con suma restricción y de manera razonable y justificada, pues está destinada a permitir al árbitro rehusar prestar su concurso si la transacción alcanzada por las partes, por ejemplo, conlleva una violación al orden público o compromete su responsabilidad».

<sup>64</sup> España, artículo 36: «[si] los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes»; México, artículo 1446: «[si] el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes»; Chile, artículo 30 de la Ley sobre Arbitraje Internacional: «[si] el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes»; Guatemala, artículo 39: «[si] el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes»; y Perú, artículo 50: «[si] el tribunal arbitral no aprecia motivo para oponerse, hará constar ese acuerdo en forma de laudo [...]». CRAIG, PARK y PAULSSON (2000: 358-359): «[...] the reserve is intended to assure that the consent award mechanism cannot be manipulated by the parties as an instrument of fraud».

Vinculado a esto último, surge la duda acerca de si la transacción que se pretende convertir en laudo arbitral debe reducirse a resolver las materias que han sido sometidas a conocimiento de los árbitros o que por lo menos formen parte del convenio arbitral, o si las partes pueden incluir temas adicionales.

Sobre este particular, compartimos plenamente la opinión de Mantilla-Serrano:

Por ser un laudo dictado de acuerdo con las partes, no debería haber obstáculo alguno respecto de la introducción de nuevas materias o puntos litigiosos que, ya fuera por no estar cubiertos por el convenio arbitral o por no haber sido invocadas durante el arbitraje, no hacían parte de las cuestiones sometidas inicialmente al mismo, pero que hacen parte del acuerdo alcanzado y, por lo tanto, del laudo que se dictará con base en ese acuerdo. Si hubiere en este nuevas materias o cuestiones litigiosas no previamente alegadas o discutidas en el arbitraje o ni siquiera cubiertas por el convenio arbitral original, nada obsta —salvo la normal salvaguarda del orden público— para que ellas puedan ser objeto del laudo por acuerdo de las partes, puesto que el acuerdo de someterlas al árbitro para que las eleve a laudo equivale a una expresión del consentimiento de las partes para darle competencia al árbitro sobre esas materias o cuestiones, y en sentido amplio, equivale también a un convenio arbitral<sup>65</sup>.

Por otro lado, interesa conocer la oportunidad en la que las partes pueden arribar a una transacción que posibilite solicitar a los árbitros su conversión a un laudo arbitral. En otras palabras, ¿en qué momento una transacción puede convertirse en laudo arbitral? Aquí consideramos plenamente aplicable la opinión de Lorcher<sup>66</sup>, quien, refiriéndose a la legislación alemana, entiende correctamente que la transacción se debe celebrar en cualquier momento de las actuaciones arbitrales (y antes de que el laudo sea notificado a las partes)<sup>67</sup>, razón por la cual

Las legislaciones arbitrales de Panamá (artículo 30), Honduras (artículos 55 y 56), El Salvador (artículo 47), Costa Rica (artículo 63), Paraguay (artículo 34) y Bolivia (artículo 51) no identifican esta facultad excepcional del tribunal arbitral.

<sup>65</sup> Mantilla-SERRANO (2004: 199).

<sup>66</sup> LORCHER (2001: 285): «*For the agreed award, German law merely requires that the parties settle a dispute “in the course of the arbitral proceedings”. One can conclude from the wording that there must have been a dispute, at least at the beginning of the proceedings. This may be helpful where an award of convenience is challenged, which has been rendered abusively and without a dispute existing. The wording adopted is, incidentally, also an indication that for a mediation which has been finally concluded by a settlement, the way is no longer open for subsequent arbitration and for an agreed award.*

<sup>67</sup> España, artículo 36: «Durante las actuaciones arbitrales [...]»; México, artículo 1447: «Si durante las actuaciones arbitrales [...]»; Ecuador, artículo 28: «En el caso de que el arbitraje termine por transacción [...]»; Chile, artículo 30 de la Ley sobre Arbitraje Internacional: «Si, durante las actuaciones arbitrales [...]»; Guatemala, artículo 39: «Si, durante las actuaciones arbitrales [...]»; Brasil, artículo 28: «Se, no recurso da arbitragem [...]»; Panamá, artículo 30: «En cualquier momento del procedimiento arbitral [...]»; Costa Rica, artículo 63: «Si, antes

no cabe, por ejemplo, que las partes arriben a una transacción y luego inicien un arbitraje con la sola finalidad de convertir su acuerdo en fallo arbitral, simplemente porque, en ese escenario, no existe ya conflicto alguno que requiera ser sometido a conocimiento de los árbitros.

Ahora bien, como explica Kreindler<sup>68</sup>, la transacción a la que arriben las partes puede nacer de una negociación directa entre ellas o gracias a la intervención y asistencia del tribunal arbitral. Por tanto, corresponde preguntarse seguidamente si los árbitros deben involucrarse en esta materia<sup>69</sup>.

Sobre este particular, Sanders<sup>70</sup> considera que si bien los árbitros son contratados para resolver una disputa y no para conciliar o mediar, no existe objeción para que intervengan si ambas partes están de acuerdo. Wetter<sup>71</sup>, en cambio, opina que los árbitros no deberían involucrarse.

En realidad, no existe consenso en la doctrina y en legislación comparada acerca de si los árbitros deben involucrarse en posibles acuerdos conciliatorios entre las partes, como tampoco acerca del grado de tal intervención<sup>72</sup>, por lo que este tema dependerá en gran medida de lo que disponga la legislación arbitral del lugar

---

de dictarse el laudo [...]»; Paraguay, artículo 34: «Si durante las actuaciones arbitrales [...]»; Bolivia, artículo 51: «Si durante las actuaciones arbitrales [...]»; y Perú, artículo 50: «Si durante las actuaciones arbitrales [...]» y artículo 118: «Si durante las actuaciones arbitrales [...]. Las legislaciones arbitrales de Honduras (artículos 55 y 56) y de El Salvador (artículo 47) hacen referencia a acuerdos conciliatorios arribados en audiencias convocadas por los árbitros, dentro del proceso arbitral, para dicho fin.

<sup>68</sup> KREINDLER (1998: 23): «*In arbitration as in litigation, there is essentially the same distinction between, on the one hand, settlements entered into in a hearing with the assistance of the tribunal and, on the other hand, those privately negotiated but subsequently submitted to the tribunal.*

<sup>69</sup> La pregunta resulta relevante porque, por ejemplo, como identifican Koch y Schafer (1999: 168), de las 452 solicitudes de arbitraje presentadas a la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en el año 1997, casi el 20% de los casos fueron transados por las partes durante el procedimiento arbitral. Se trata, pues, de una práctica usual.

<sup>70</sup> SANDERS (1979: 465-466): «*When, as often happens, settlement negotiations develop in connection with a hearing, the parties may wish to avail themselves of the assistance of arbitrators in arriving at and in formulating the terms of settlement. Although arbitrators are appointed to decide rather than to mediate or to conciliate, I see no objection to their assistance in arriving at a settlement if both parties request them to do so.*

<sup>71</sup> WETTER (1979: 291): «[...] while a tribunal should afford every opportunity to the parties to settle amicably the dispute, members of the tribunal should not take official part in negotiations since, if they prove abortive, the arbitrators may have consumed their precious capital of trust [...]».

<sup>72</sup> BERGER (2003: 398): «[...] opinions are still heavily divided on the question of the permissibility and degree of involvement of international arbitral tribunals in parties' settlement negotiations».

del arbitraje<sup>73</sup>, como de la tradición legal de los miembros del tribunal arbitral<sup>74</sup>, sujeto obviamente a lo que las partes pudieran haber previsto al respecto<sup>75</sup>.

En efecto, Berger identifica que, por ejemplo, la legislación norteamericana no permite a los jueces involucrarse en una conciliación entre las partes, porque se entiende como una prematura opinión del tribunal acerca de la controversia<sup>76</sup>. Como correlato, los árbitros norteamericanos tienden a considerar que no deben participar en la búsqueda de un acuerdo entre las partes. La legislación alemana, en cambio, autoriza expresamente a los jueces a intervenir<sup>77</sup>, lo que se refleja en la actitud positiva de los árbitros germanos de participar activamente en estas negociaciones<sup>78</sup>.

---

<sup>73</sup> SCHWARTZ (1994: 90): «Whether and to what extent it is appropriate for an arbitrator to suggest, initiate or otherwise become involved in settlement negotiations between the parties is the subject of divided opinion. In certain countries, it appears to be a normal expectation of parties and arbitrators alike that the arbitrators should play an active role in assisting the parties to settle their dispute at the outset of the arbitration and possibly even thereafter. In other countries, however, particularly in common law jurisdictions, an arbitrator would not normally be expected to become involved in helping the parties to settle their dispute, unless requested by them to do so».

<sup>74</sup> KOCH y SCHAFER (1999: 154-155) se preguntan por qué los árbitros en el *Common Law* son menos proclives a promover la conciliación que sus pares del sistema romano germanico, y llegan a la conclusión de que «The answer, we believe, lies in the fact that every arbitrator's perception of his or her role will be shaped by the legal and procedural culture with which he or she is most familiar [...]. Certain fundamental differences between the common and civil law systems may explain why lawyers from the former appear to be reluctant to engage in settlement discussions with the parties, while the latter may be more willing to do so. However, even within civil law systems, approaches vary, and are a function of different legal traditions within those systems».

<sup>75</sup> KOCH y SCHAFER (1999: 161): «If the arbitration agreement between the parties expressly forbids arbitrators to engage in attempts to settle the dispute, a tribunal trying to do so without the express written consent of the parties would be conducting a reference in violation of the parties' agreement. That, under most arbitration laws as well as the New York Convention, would be grounds for setting aside an award or not enforcing it. Similarly, if the parties agreed to conduct their reference under institutional arbitration rules which contained an express prohibition against arbitrators attempting settlement, arbitrators mediating a dispute before them would be falling foul of these rules and thus of the parties' agreement».

<sup>76</sup> BERGER (2003: 397): «Under American law, this is not permitted. It is seen as a premature expression of the tribunal's legal opinion and hence a possible ground for challenge. Aside from this, the role of the trial court in Anglo-American law is to listen, weigh and decide, not to actively shape the procedure».

<sup>77</sup> BERGER (2003: 397): «Section 279 of the German Code of Civil Procedure, in contrast, expressly prescribes that a judge should work toward a settlement of the dispute or of individual disputed issues at all times during the court procedure.

»Accordingly, s. 32.1 of the Arbitration Rules of the German Institution of Arbitration (DIS) adopts the rules of the Code of Civil Procedure for the arbitration process».

<sup>78</sup> BERGER (2003: 397-398). El autor identifica dentro de este grupo las legislaciones arbitrales de Holanda, Canadá y, en general, las leyes arbitrales que tienen como antecedente la Ley Modelo de UNCITRAL. KOCH y SCHAFER (1999: 157): «Experience has shown that judges and arbitrators from Germany, Austria and the German-speaking part of Switzerland will be considerably more proactive

En Latinoamérica el tema tampoco parece pacífico, por lo menos en términos de la normativa arbitral. En efecto, únicamente las legislaciones arbitrales del Perú, Bolivia<sup>79</sup>, Honduras<sup>80</sup> y El Salvador<sup>81</sup> se pronuncian expresamente acerca de este tema. Las otras legislaciones guardan silencio<sup>82</sup> o simplemente, aun cuando regulan la institución de la conciliación, la aceptan aunque fuera del ámbito del arbitraje<sup>83</sup>.

Si bien en la doctrina encontramos posiciones claramente a favor de la intervención de los árbitros en este tema, como la asumida por Caivano<sup>84</sup>, quien considera que

El arbitraje, no obstante ser un método adversarial y heterocompositivo de resolución de conflictos, tiene una amplitud y flexibilidad procedural, y mayor inmediación entre las partes y los juzgadores. Estas características, que hacen posible un mayor acercamiento, y el grado de confianza hacia el árbitro, que hará a las partes ver sin preconceptos cualquier fórmula conciliatoria que este proponga, son algunas de las razones por las que cuesta disociar el arbitraje de la conciliación<sup>85</sup>,

---

*in trying to achieve a settlement than their counterparts in France and Italy. Here, however, there are no fundamental differences of systems; the distinct attitudes are due to cultural and historical factors.* Artículo 30 del Arbitration and Conciliation Act de la India de 1995: «(1) It is not incompatible with an arbitration agreement for an arbitral tribunal to encourage settlement of the dispute and, with the agreement of the parties, the arbitral tribunal may use mediation, conciliation or other procedures at any time during the arbitral proceedings to encourage settlement».

<sup>79</sup> Artículo 31: «Son facultades de los árbitros [...] 3. Intentar en todo momento una conciliación entre las partes con referencia a la materia arbitrada [...]».

<sup>80</sup> Artículo 56: «En caso del arbitraje ad-hoc, iniciado el procedimiento y una vez presentadas por las partes su demanda y la contestación respectiva y en su caso la reconvenCIÓN y su réplica, los árbitros citarán a las partes para llevar a cabo una audiencia de conciliación [...]. El artículo 55, aplicable al arbitraje institucional, reserva esta audiencia a una etapa anterior al inicio del trámite arbitral.

<sup>81</sup> Artículo 47(3): «Vencidos los plazos [...], los árbitros citarán a las partes a una audiencia de conciliación en la forma que previene esta ley».

<sup>82</sup> México, Chile, Venezuela, Brasil, Uruguay, Perú y Guatemala. La Ley de Arbitraje de España tampoco se pronuncia acerca de este tema.

<sup>83</sup> Paraguay (artículos 53 al 67), Colombia (decreto 1818), Panamá (artículos 44 al 51), Ecuador (artículo 15) y Costa Rica (artículo 63).

<sup>84</sup> CAIVANO (1993: 208).

<sup>85</sup> CAIVANO (2000: 227): «Nadie mejor que el propio árbitro puede evaluar la oportunidad de una conciliación. Su contacto permanente con las partes, su conocimiento del caso y de las personalidades le permitirá evaluar cuándo la conciliación es posible y cuándo deviene en un intento estéril. De forma tal que la mejor regla a este respecto es la de dar al árbitro plena libertad para citar o no citar formalmente a las partes a audiencia de conciliación, y de determinar por sí el momento y el modo más adecuado para hacerlo».

lo cierto es que el tema en estudio parece no tener una respuesta clara, por lo que habrá que ver en cada caso lo que establezca la costumbre local (especialmente la judicial), a efectos de tener certeza acerca de si es válida la participación de los árbitros en una potencial conciliación.

Por otro lado, no siempre la transacción a la que arriban las partes comprende todas las pretensiones sometidas a conocimiento de los árbitros. En efecto, es común que las partes alcancen acuerdos parciales y dejen el resto en manos de los árbitros.

Como comprobamos al inicio del estudio de este tema, las legislaciones arbitrales latinoamericanas autorizan a que una transacción pueda convertirse en laudo arbitral<sup>86</sup>. Sin embargo, es válido preguntarse qué pasa cuando la transacción no comprende todas las reclamaciones en disputa: ¿cabe emitir un laudo arbitral parcial?

Si revisamos con calma las legislaciones arbitrales latinoamericanas, comprobaremos dos características: a) en su gran mayoría, asumen que la transacción que se convertirá en laudo comprende todos los temas en disputa<sup>87</sup>; y b) a excepción de dos, ninguna reconoce expresamente la existencia de laudos arbitrales parciales<sup>88</sup>.

Sobre este particular, consideramos que es absolutamente válido que las partes, en ejercicio de la autonomía de voluntad que se les reconoce en la gran mayoría

<sup>86</sup> Véase *supra*, cita 58.

<sup>87</sup> Chile, artículo 30 de la Ley sobre Arbitraje Internacional: «Si [...] las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones [...]»; México, artículo 1447: «Si [...] las partes llegaren a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones [...]»; El Salvador, artículo 47(3): «En caso de llegarse a un acuerdo los árbitros darán por terminado el trámite»; Honduras, artículo 56: «En caso de que hubiere acuerdo total entre las partes [...] se dará por terminado el trámite»; Bolivia, artículo 51(I): «Si [...] las partes acordaren una conciliación o transacción que resuelva la controversia, el Tribunal Arbitral dará por terminadas las actuaciones [...]»; Panamá, artículo 30: «[...] las partes podrán llegar a una transacción sobre la controversia, con lo cual pondrán fin al litigio»; Ecuador, artículo 28: «En el caso de que el arbitraje termine por transacción [...]»; Guatemala, artículo 39: «Si [...] las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones [...]»; Paraguay, artículo 34: «Si [...] las partes llegan a una transacción o a un acuerdo conciliatorio que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dictará un laudo [...]»; y Brasil, artículo 28: «Se [...] as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro [...] poderá [...] declarar tal fato mediante sentença arbitral [...]».

<sup>88</sup> La Ley de Arbitraje peruana de 2008 establece (artículo 54) lo siguiente: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios». Por su parte, Costa Rica (artículo 63) establece que «[s]i de la mediación, conciliación, transacción u otro proceso de solución de conflictos resultare un acuerdo total o parcial, el tribunal lo registrará en forma de laudo [...]. Sobre este tema, véase GAILLARD y SAUVAGE (1999: 735-736).

de las legislaciones arbitrales latinoamericanas, puedan autorizar a los árbitros la emisión de laudos arbitrales parciales. Es más, uno de los supuestos más claros es este, cuando las partes arriban a una transacción que no comprende todos los extremos de su controversia, pero al mismo tiempo desean convertir en laudo arbitral los acuerdos parciales que han alcanzado mientras se discuten en sede arbitral los demás extremos de la controversia.

Sin embargo, también somos conscientes de que la gran mayoría de las legislaciones arbitrales latinoamericanas guardan silencio acerca de la existencia de laudos arbitrales parciales, por lo que no es posible anticipar cuál será la reacción de sus poderes judiciales frente a este tipo de práctica.

Ante esta situación, recomendamos dos líneas de acción: en primer lugar, que en una futura reforma las legislaciones arbitrales latinoamericanas incorporen disposiciones como las contenidas en los artículos 36(1) y 37(1) de la Ley de Arbitraje de España y en los artículos 50 y 53 de la reciente Ley de Arbitraje del Perú, que reconocen expresamente la existencia de transacciones parciales y la posibilidad de que estos acuerdos sean convertidos en laudos arbitrales<sup>89</sup>.

En segundo término, y mientras se realizan las reformas propuestas, tal vez el camino más seguro, aunque claramente menos eficiente frente al laudo arbitral parcial, sea aplicar la regla dispuesta por el artículo 30 de la Ley de Arbitraje de Panamá: «El tribunal arbitral podrá incorporar en el laudo los acuerdos transaccionales parciales adoptados por las partes [...].»

Por último, el laudo arbitral por acuerdo de las partes se ejecutará en el lugar del arbitraje como cualquier laudo arbitral<sup>90</sup>; y además, podrá ser reconocido y ejecutado en un tercer Estado al amparo de la Convención de Nueva York<sup>91</sup>.

<sup>89</sup> MANTILLA-SERRANO (2004: 198) señala que la ley española «[...] introduce una precisión que no se encuentra en la Ley Modelo y que confirma la posibilidad para las partes de llegar a un acuerdo parcial, el cual puede dar origen a un laudo parcial por acuerdo de las partes, permitiendo así la prosecución del arbitraje respecto del resto de la controversia».

<sup>90</sup> Bolivia, artículo 51: «Este laudo tendrá la misma naturaleza y efectos que cualquier otro dictado sobre el fondo de la controversia»; Panamá, artículo 30: «La transacción podrá adoptar la forma y tener la eficacia del laudo [...]»; España, artículo 36(2): «[...] tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio»; Paraguay, artículo 34: «Este laudo tiene la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio»; Guatemala, artículo 39(2): «Este laudo tiene la misma naturaleza y efectos que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio»; Ecuador, artículo 28: «[...] este tendrá la misma naturaleza y efectos de un laudo arbitral [...]»; Chile, artículo 30 de la Ley sobre Arbitraje Internacional: «Este laudo tiene la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio»; México, artículo 1447: «Este laudo tendrá la misma naturaleza y efectos que cualquier otro dictado sobre el fondo del litigio»; y Perú, artículo 50(1): «[...] teniendo dicho laudo la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo de la controversia».

<sup>91</sup> CRAIG, PARK y PAULSSON (1990: 320): «*If agreed amounts are not paid voluntarily, a consent award would be granted recognition and be enforced as any other award. The enforcement procedures under*

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia  
1988-1989 «Formación, contenido y efectos del Laudo Arbitral en la Ley Española de Arbitraje». *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Madrid, volumen V, pp. 95-110.
- BERGER, Klaus Peter  
2003 «Integration of Mediation Elements into Arbitration: “Hybrid” Procedures and “Intuitive” Mediation by International Arbitrators». *International Arbitration*. Nueva York, volumen 19, número 3, pp. 387-403.
- BRINER, Robert  
1994 «Special Considerations which may Affect the Procedure (Interim Measures, Amiable Composition, Adaptation of Contracts, Agreed Settlements)». En *ICCA XII International Arbitration Congress*. Viena: ICCA.
- CAIVANO, Roque J.  
1993 *Arbitraje: su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc.  
2000 *Arbitraje*. Segunda edición. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando  
2007 *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- CRAIG, Laurence, William PARK y Jan PAULSSON  
1990 *International Chamber of Commercial Arbitration*. Segunda edición. París: ICC Publications.  
2000 *International Chamber of Commerce Arbitration*. Tercera edición. Nueva York: Oceana Publications, Inc./ICC Publishing S. A.
- DELAUME, Georges R.  
1997 «Recognition and Enforcement of State Contract Awards in the United States: A Restatement». *The American Journal of International Law*. Washington, volumen 91, número 3, pp. 476-489.

---

*the New York Convention and other bilateral and multilateral treaties make it easier for the parties to enforce an award than to bring suit in a national court under a settlement agreement*. LORCHER (2001: 278) identifica un fallo arbitral por acuerdo de las partes que fue reconocido y ejecutado: «[...] reference must be made to the Sperry decision of the US Supreme Court of 28 November 1989. It has recognized as a binding arbitral award “enforceable [...] in the courts of any nation in accordance with its laws”, an “Award on Agreed Terms” under the Algiers Accord, rendered by the Iran-United States Claims Tribunal».

FRIEDLAND, Paul D. y Ank SANTENS

- 2004 «The Internationalization of American Commercial Arbitration». *News and Notes from The Institute for Transnational Arbitration*. Texas, volumen 18, número 2.

GAILLARD, Emmanuel y John SAVAGE (editores)

- 1999 *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International.

HAUSMANINGER, Christian

- 1995 «Rights and Obligations of the Arbitrator with regard to the Parties and the Arbitral Institution. A Civil Law Viewpoint». *The ICC International Court of Arbitration Bulletin. The Status of the Arbitrator*. Suplemento especial. París, número 537.

KOCH, Christopher y Erik SCHAFER

- 1999 «Can it be sinful for an arbitrator actively to promote settlement?». *The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*. Londres, número 3, pp. 153-184.

KREINDLER, Richard H.

- 1998 «Settlement Agreements and Arbitration in the context of the ICC Rules». *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*. París, volumen 9, número 2.

LORCHER, Gino

- 2001 «Enforceability of Agreed Awards in Foreign Jurisdictions». *Arbitration International*. Volumen 17, número 3, pp. 275-285.

MANTILLA-SERRANO, Fernando

- 2004 «The New Spanish Arbitration Act». *Journal of International Arbitration*. Volumen 21, número 4, pp. 367-382.

- 2005 *Ley de Arbitraje*. Madrid: Iustel.

SANDERS, Pieter

- 1979 «Procedures and Practices under the Uncitral Rules». *The American Journal of Comparative Law*. Volumen 27, número 2-3, pp. 453-468.

SCHWARTZ, Eric A.

- 1994 «International Conciliation and the ICC». *The ICC International Court Arbitration Bulletin*. París, volumen 5, número 2.

- SPINILLO, Alessandro y Emilio VOGELIUS
- 2002 «Argentina». En Blackaby, Nigel, David Lindsey y Alessandro Spinillo (editores). *International Arbitration in Latin America*. La Haya: Kluwer Law International, pp. 17-59.
- VAN DEN BERG, Albert Jan
- 1989 «The New York Arbitration Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)». En *ICCA Yearbook Commercial Arbitration*. Volumen XIV. Kluwer Law International: La Haya.
- VAN DEN BERG, Albert Jan (editor)
- 2003 *ICCA Yearbook Commercial Arbitration*. Volumen XXVIII. Kluwer Law International: La Haya.
- VAN HOUTTE, Hans
- 2005 «The Delivery of Awards to the Parties». *Arbitration International*. Volumen 21, número 2, pp. 177/185
- VÁRADY, Tibor, John J. BARCELÓ III y Arthur T. VON MEHREN
- 1999 *International Commercial Arbitration*. Minnesota: West Group.
- WETTER, J. Gillis
- 1979 *The International Arbitral Process: Public and Private*. Volumen IV. Nueva York: Oceana.



# DON FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA Y ALGUNAS IDEAS SOBRE ARBITRAJE: NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL POR HABER LAUDADO SOBRE MATERIA NO SOMETIDA EXPRESA O TÁCITAMENTE A LA DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS

*Mario Castillo Freyre\**

*Rita Sabroso Minaya\*\**

## INTRODUCCIÓN. MI HOMENAJE A DE TRAZEGNIES

En homenaje a mi antiguo profesor, el doctor Fernando de Trazegnies Granda he escrito un artículo sobre arbitraje, a pesar de que la pauta de la invitación no incluye la materia arbitral. Lo he hecho en la medida en que Fernando de Trazegnies es uno de los más ilustres árbitros que existen en el Perú y, además, uno de los precursores del arbitraje en nuestro país.

Pero quiero empezar estas palabras recordando cómo y cuándo conocí a Fernando de Trazegnies.

Realicé una activa función en política universitaria cuando fui alumno de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, como delegado de aula, miembro del Consejo de la Facultad de Derecho, presidente del Centro Federado de Estudiantes de Derecho y presidente de la Federación de Estudiantes de la misma Universidad.

Mis comienzos como delegado de aula se dieron en 1985, cuando Fernando de Trazegnies Granda era decano (que lo fue durante doce años consecutivos). A fines de ese mismo año, salí elegido también miembro del Consejo de la Facultad de Derecho, de manera que tuve la oportunidad de tratar directamente

---

\* Magíster y Doctor en Derecho. Socio del estudio que lleva su nombre. Profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima.

\*\* Bachiller en Derecho, adjunta de cátedra del curso de Obligaciones y Contratos Típicos I en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente legal del área de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.

con Fernando de Trazegnies temas relacionados con las propuestas estudiantiles y otras materias relativas a la marcha de la Facultad.

Siempre me cayó bien Fernando de Trazegnies. Se trata de una persona con muy buen humor y, sin duda, con una gran vocación académica. Es uno de los profesores que más admirábamos todos quienes éramos alumnos de la Facultad.

La labor de Fernando de Trazegnies en la Facultad de Derecho fue muy fructífera. Los años en que ejerció el decanato fueron años de solidez, de afirmación de la Universidad Católica, en épocas en las que no necesariamente existían gobiernos democráticos. Fernando de Trazegnies supo capear esos temporales y desempeñarse de la mejor manera como decano, contribuyendo al constante progreso de nuestra Facultad.

No recuerdo la razón por la cual no llevé el curso de Filosofía del Derecho con él. Sin embargo, fui su alumno por partida doble. En 1989 me enseñó Derecho Comparado, en la maestría con mención en derecho civil de la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y también fue mi profesor en el doctorado en derecho en la misma casa de estudios, cuando se reabrió, luego de muchos años, en 1995.

En aquella oportunidad me tocó desempeñar el cargo de secretario ejecutivo de la Comisión Coordinadora del doctorado que presidía el ilustre Manuel de la Puente y Lavalle, e integraban los doctores César Delgado Barreto y Lorenzo Zolezzi Ibárcena, todos ellos maestros del suscrito y grandes amigos míos.

Cuando esta comisión convocó a la reinstalación del doctorado en derecho, se estructuraron los dos primeros seminarios. El primero de ellos era «Retos al derecho desde el avance de la ciencia». En ese momento la comisión empezó a pensar en quién sería el profesor ideal para dictar este curso y la respuesta fue unánime: nadie más idóneo para un seminario tan imaginativo como ese, que don Fernando de Trazegnies.

Al llevar el curso con él tuve serios problemas para escoger el título de mi monografía, porque todos debíamos desarrollar un tema que tuviera relación con el perfil de la asignatura. En verdad me resultaba muy difícil relacionar los temas de obligaciones y contratos, que eran mi especialidad, con aquellos referidos al avance de la ciencia. Tal vez las obligaciones sea una de las áreas del derecho, en la cual la tradición jurídica se mantiene más incólume a lo largo de los siglos.

Sin embargo, gracias a la insistencia de don Fernando de Trazegnies y a la negativa de aceptarme otros dos títulos que había propuesto, escogí el relativo a «Las doctrinas tradicionales frente a la contratación computarizada», que me permitió desarrollar la monografía que luego fuera publicada en la *Biblioteca de Derecho Contemporáneo* del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que creó el propio de Trazegnies, en 1996.

En ese sentido, es de resaltar la labor promotora que desempeñó Fernando de Trazegnies como presidente del Fondo Editorial de la Universidad Católica.

No olvidemos que de Trazegnies es el creador de la biblioteca *Para leer el Código Civil*. A él se le ocurrió la idea; y no solo eso, sino que la llevó adelante. Y esta es una colección que, durante veintitrés años, ha reunido muchas obras de comentario al Código Civil. La labor de Fernando de Trazegnies —en cuanto a este tema— fue verdaderamente extraordinaria, porque fomentó que tanto profesores ordinarios de la universidad como gente que empezaba en la docencia, tuviéramos la oportunidad de escribir.

Le debo muchísimo a Fernando de Trazegnies porque en el año 1992, cuando presidía el Fondo Editorial, me dio la oportunidad de publicar *El bien materia del contrato de compraventa*, obra basada en mi tesis de maestría, y luego *El precio en el contrato de compraventa y en el contrato de permuta* (1993). Asimismo, auspició de la manera más entusiasta la publicación de *Tratado de la venta* (2000), *Tratado de los contratos típicos* (2002) y *Tratado de las obligaciones* (1994-2003), este último escrito con el doctor Felipe Osterling Parodi.

Fernando de Trazegnies, a pesar de su espíritu innovador y progresista, siempre ha sido una persona mesurada e inteligente en torno al Código Civil y tuvo una posición muy sólida frente a las reformas de los Códigos. Incluso, hice mía una frase que él escribió en un artículo en el diario *El Comercio*, cuando el Código Civil cumplía diez años: «[...] reformar los Códigos a cada rato no es imaginación creadora, sino pereza interpretativa». Me pareció una frase extraordinaria; la repito siempre, naturalmente citando la fuente, porque calza con exactitud en cuanto a las múltiples tentaciones académicas, sin mayor fundamento sustantivo, que pululan en el medio jurídico peruano.

Por todo lo expuesto, y como alguna vez se lo dije al propio de Trazegnies, aunque no se me hubiera invitado a escribir en este libro que se promueve en su homenaje, yo hubiera escrito algún homenaje para Fernando de Trazegnies, porque le debo mucho y creo que nunca se lo he agradecido públicamente, como corresponde; y es que no soy proclive a la lisonja.

Por ello, he escrito un artículo sobre arbitraje, basado en una experiencia profesional. Para tal efecto he contado no con la colaboración sino con la coautoría de Rita Sabroso Minaya, una dilecta discípula y colaboradora, miembro de mi estudio y admiradora de Fernando de Trazegnies, quien fue su profesor de Filosofía de Derecho en nuestra Facultad.

En adelante, nuestro artículo en homenaje a Fernando de Trazegnies Granda.  
[M. C. F.]

## 1. EL RECURSO DE ANULACIÓN

Como bien sabemos, el arbitraje es un mecanismo alternativo para resolver ciertas controversias, por lo que necesariamente debe existir alguna forma de control.

Sin embargo, el ámbito de revisión judicial de un laudo arbitral necesariamente condicionará la utilidad del arbitraje. Si la ley dispone una revisión amplia que comprenda el fondo de la controversia, pues entonces el arbitraje se convertirá en una simple instancia judicial. En cambio, si la ley no establece revisión judicial alguna, uno válidamente podría considerar que el arbitraje es una suerte de sistema inferior de justicia. En consecuencia, se requiere establecer un justo punto medio que, a la vez, garantice la eficiencia del arbitraje y la justicia de las partes<sup>1</sup>.

Así, el recurso de anulación (entendido como control de la actividad arbitral) tiene como finalidad evitar un posible exceso por parte de los árbitros, por lo que no debe estar dirigido a revisar el fondo de la controversia, en tanto que lo decidido por los árbitros tiene calidad de cosa juzgada.

En efecto, el fundamento propio del recurso de anulación no es corregir errores, sino garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial. Por ello, el artículo 61 de la Ley General de Arbitraje establece que dicho recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia.

Aquí radica la diferencia central entre el recurso de apelación y el recurso de anulación. Mientras que el recurso de apelación permite la revisión de los fundamentos de las partes, de la prueba y de la aplicación e interpretación del derecho, es decir, del análisis del fondo de la controversia resuelta en el laudo, el recurso de anulación solo tiene por objeto la revisión de la validez formal de los laudos.

Ahora bien, el laudo arbitral solo podrá ser anulado cuando la parte que demande la anulación pruebe alguno de los supuestos expresamente contemplados por el artículo 73 de la Ley General de Arbitraje<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Antonie Olivier, citado por CANTUARIAS SALAVERRY (2007: 373).

<sup>2</sup> «Artículo 73. Causales de anulación de los laudos arbitrales.-

»El laudo arbitral solo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe:

»1. La nulidad del convenio arbitral, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al artículo 39.

»2. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente.

»3. Que la composición del tribunal arbitral no se ha ajustado al convenio de las partes, salvo que dicho convenio estuviera en conflicto con una disposición legal de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de convenio, que no se han ajustado a dicho disposición, siempre que la omisión

A efectos del presente trabajo nos centraremos en el sexto supuesto contemplado por el referido artículo 73, a saber, haber laudado sobre materia no sometida expresa o tácitamente a la decisión de los árbitros.

— *Haber laudado sobre materia no sometida expresa o tácitamente a la decisión de los árbitros*

Como bien sabemos, los árbitros solo pueden resolver sobre cuestiones pactadas en el convenio arbitral o en acto posterior. Esto no quiere decir, como bien señala Lete, que todas las controversias deban estar determinadas desde el principio<sup>3</sup>. No resultaría factible que los árbitros decidieran resolver cuestiones ajenas a la materia para la que fueron nombrados, pues ello se encontraría en flagrante contradicción con el propio fundamento de la institución arbitral. En tal sentido, el inciso 6 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje establece lo siguiente:

Artículo 73. Causales de anulación de los laudos arbitrales.-

El laudo arbitral solo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe:

[...]

6. Que se ha laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros. En estos casos, la anulación afectará solo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de ser arbitrados, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan inseparablemente unidos a la cuestión principal. (Cursivas nuestras)

Como se puede apreciar, el citado inciso regula el supuesto de incongruencia por exceso del laudo. Por ello, es fundamento de esta causal la falta de competencia

---

haya sido objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente.

»4. Que se ha laudado sin las mayorías requeridas.

»5. Que se ha expedido el laudo fuera del plazo, siempre que la parte que invoque esta causal lo hubiera manifestado por escrito a los árbitros antes de ser notificada con el laudo.

»6. Que se ha laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros. En estos casos, la anulación afectará solo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de ser arbitrados, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan inseparablemente unidos a la cuestión principal.

»7. No obstante lo establecido en los incisos anteriores, el juez que conoce del recurso de anulación podrá anular de oficio el laudo, total o parcialmente, si resultara que la materia sometida a la decisión de los árbitros no pudiera ser, manifestadamente, objeto de arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1. La anulación parcial procederá solo en el caso de que la parte anulada sea separable del conjunto del laudo».

<sup>3</sup> LETE (2004: 658).

de los árbitros para conocer y resolver sobre cuestiones litigiosas que no les han sido encomendadas.

Tal como señala Barona<sup>4</sup>, el fin de la anulación por esta causal es dejar sin efecto lo que constituye exceso en el laudo, pero no corregir sus deficiencias u omisiones; no existe la posibilidad, por tanto, de discutir el mayor o menor fundamento de lo resuelto, sino que se reduce a examinar si hubo o no exceso jurisdiccional, traspasando los límites objetivos del compromiso.

Al respecto, Caivano puntualiza la importancia de que los árbitros se ajusten a las cuestiones litigiosas que las partes sometieron<sup>5</sup>. Desde que la jurisdicción arbitral implica una renuncia de las partes a ser juzgadas por los jueces estatales, al fallar *extra petita* los árbitros estarían asumiendo una jurisdicción de la que carecen, simplemente porque no les ha sido delegada para resolver estos puntos sino otros.

Por otro lado, Cantuarias<sup>6</sup> precisa que la anulación solo afectará los puntos no sometidos a decisión, siempre y cuando tengan sustantividad propia y no aparezcan inseparablemente unidos a la cuestión principal. Además, debe tenerse en cuenta que la causal bajo comentario solo afectará los laudos arbitrales que contengan excesos en la materia (*extra petita* o *ultra petita*), no cuando los árbitros hayan fallado omitiendo resolver sobre alguna materia sometida a su conocimiento (*infra petita*).

En la misma línea encontramos a Palacios<sup>7</sup>, quien sostiene que, en relación con la hipótesis de que el recurso de nulidad sea favorablemente acogido por haberse dictado el laudo sobre puntos no comprometidos, se autoriza a declarar la nulidad parcial del pronunciamiento, si este fuese divisible. A entender de Munné<sup>8</sup>, en este supuesto puede solicitarse —y, en su caso, declararse— tan solo la anulación parcial del laudo, en la medida en que la materia no sometida a decisión del árbitro sea escindible de las cuestiones sometidas a su conocimiento y sobre las que no se declara su anulación. En caso contrario, debería declararse la anulación de todas esas cuestiones, que deberán plantearse de forma conjunta en un proceso ordinario posterior.

---

<sup>4</sup> Citada por CANTUARIAS (2005: 204).

<sup>5</sup> CAIVANO (2000: 293).

<sup>6</sup> CANTUARIAS (2005: 208).

<sup>7</sup> LEDESMA (2002: 24).

<sup>8</sup> MUNNÉ (2004: 180).

**2. ¿DEBE EL ÓRGANO COMPETENTE DEL PODER JUDICIAL  
ABOCARSE AL CONOCIMIENTO DE LA CAUSA Y DICTAR SENTENCIA  
EN SUSTITUCIÓN DEL LAUDO ANULADO O DEBE INICIARSE  
UN NUEVO PROCESO ANTE EL PODER JUDICIAL, PRESCINDIENDO  
DE LO ACTUADO EN SEDE ARBITRAL?**

Luego de que un laudo es anulado parcial o totalmente, la Ley General de Arbitraje establece determinadas consecuencias, dependiendo de la causal por la que se anuló el laudo. Al respecto, el inciso 6 del artículo 78 de la Ley General de Arbitraje establece lo siguiente:

Artículo 78. Consecuencias de la anulación.-

Anulado el laudo arbitral, se procederá de la siguiente manera:

[...]

6. Si el laudo arbitral ha sido anulado por la causal establecida en el inciso 6 del artículo 73, *la competencia del Poder Judicial quedará restablecida*, salvo acuerdo distinto de las partes. (Cursivas nuestras)

De la doctrina consultada<sup>9</sup>, podemos afirmar que no se ha escrito en torno a este extremo, es decir, a propósito de si debe el órgano competente del Poder Judicial avocarse al conocimiento de la causa y dictar sentencia en sustitución del laudo arbitral anulado o si debe iniciarse un nuevo proceso ante el Poder Judicial, prescindiendo de lo actuado en sede arbitral. En tal sentido, correspondería analizar si resulta jurídicamente posible que alguna de las partes, una vez anulado totalmente el laudo, recurra al Poder Judicial y solicite que el juez se avoque al conocimiento de la causa, únicamente para señalar fecha para la vista de la misma y para dictar sentencia en sustitución del laudo anulado.

Al respecto, debemos señalar que el citado inciso 6 del artículo 78 podría, efectivamente, ser interpretado en ese sentido, toda vez que hasta el estado anterior a la expedición del laudo el proceso arbitral habría conservado plena validez, habida cuenta de que no fue objeto de la anulación declarada. Bastaría, así, con que se remitiera copia del expediente arbitral al juez, quien, luego de estudiarlo durante un plazo razonable y de haber oído a las partes en la vista de la causa, emitiría la sentencia que reemplazaría al laudo anulado.

Sin embargo, también debemos precisar que dicha posición, teóricamente impecable, en la práctica enfrenta diversos inconvenientes.

---

<sup>9</sup> ÁLVAREZ (1996); ARIAS LOZANO (2005); CAIVANO (2000); CANTUARIAS (2007; 2004); CANTUARIAS y ARAMBURÚ (1994); HINOJOSA (2004); LEDESMA (2002); LOHMANN (2005); MONTERO (2004); MUNNÉ (2004); REDFERN (2006); VIDAL RAMÍREZ (2003).

En primer lugar, el inciso 6 del artículo 78 no establece a qué juez se debería acudir, es decir, no se sabría si acudir a un juzgado de primera instancia, civil o comercial, dependiendo de la materia en controversia, o si hacerlo a alguna de las salas, civil o comercial, de la Corte Superior.

El segundo tema se refiere a los requisitos que debería exigir el juez para atender el pedido de la parte. Cabe preguntarnos si bastaría con presentar una demanda en la que se adjunte lo resuelto tanto por la Corte Superior como por la Corte Suprema<sup>10</sup> o si sería necesario adjuntar copia de alguna pieza procesal en particular. Asimismo, no sabríamos qué tasa judicial pagar para este tipo de proceso *sui generis*.

En tercer lugar, podríamos señalar que hoy no existe en la mesa de partes de los juzgados y las salas un ingreso para los pedidos provenientes de alguna de las partes, conducentes a que solo se emita una sentencia en sustitución del laudo anulado. Ello resulta obvio en tanto que en nuestro ordenamiento jurídico no existe, predeterminado legalmente, un proceso con estas características.

Por último, en el supuesto de que se emita una sentencia en reemplazo del laudo anulado, cabría preguntarnos si procedería algún recurso de impugnación contra ella. ¿Sería un recurso de apelación a una instancia superior? ¿Sería un recurso de anulación, en tanto la sentencia estaría reemplazando a un laudo?

En tal orden de ideas, saltan a la vista los inconvenientes prácticos que se presentarían en el supuesto de que la referencia al Poder Judicial que encontramos en el inciso 6 del artículo 78 de la Ley General de Arbitraje implicase únicamente la intervención de la jurisdicción ordinaria para dictar una sentencia en reemplazo del laudo anulado.

Por otra parte, también sería válido sostener que cuando el inciso 6 del artículo 78 de la Ley General de Arbitraje señala que *la competencia del Poder Judicial quedará restablecida*, debería entenderse que se tendría que iniciar un nuevo proceso ante el Poder Judicial, prescindiendo de todo lo actuado en el arbitraje cuyo laudo fue anulado.

En efecto, se podría sostener válidamente que tras la anulación del laudo la controversia objeto de resolución queda sin ser juzgada, y ello implicaría la necesidad de iniciar un nuevo proceso para resolverla. De comenzar un nuevo proceso, las actuaciones deberían iniciarse todas ellas *ex novo* ante el juez, puesto que no se trataría de una mera sustitución del juzgador. Ello, obviamente, sin perjuicio de que en el momento de iniciarse tal proceso o durante el desarrollo

---

<sup>10</sup> En el supuesto de que la Corte Superior haya declarado nulo el laudo y la demandada haya interpuesto recurso de casación, en virtud de lo establecido por el artículo 77 de la Ley General de Arbitraje.

del mismo, las partes puedan dar por reproducidas parcialmente las anteriores actuaciones mediante su aportación o su referencia.

Sin embargo, en favor de la primera posición teórica, es decir, de aquella que sostiene que el Poder Judicial adquiere competencia solo para resolver la causa, se podría sostener que las partes acudieron inicialmente a la vía arbitral para encontrar una solución rápida a sus controversias (fuera del Poder Judicial), y por ello no resultaría razonable colocar a esas mismas partes en la obligación de llevar adelante todo un nuevo proceso, precisamente ante el Poder Judicial.

No resultaría muy razonable, así, la posición que abona por el inicio de un nuevo proceso, esta vez judicial, en torno a las materias sometidas a decisión de los árbitros.

Es claro para nosotros, al igual que para la ley peruana, que sobre estas materias readquiere competencia el Poder Judicial.

Por otra parte, debemos advertir que a favor de la segunda posición se podría sostener el hecho de que una de las características de todo proceso, arbitral o judicial, es el principio de inmediación, el mismo que informa que el juez o árbitro debe actuar directamente todas las diligencias materia del proceso.

Este principio está contemplado por el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil, precepto que establece lo siguiente: «Artículo V. Principios de inmediación, concentración, economía y celeridad procesales.- Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión [...].».

Al respecto, Carrión Lugo establece que el principio procesal de inmediación preconiza que el juez, como conductor del proceso y como personaje que va a resolver el litigio, tenga el mayor contacto posible con los sujetos del proceso, con los elementos materiales que tienen que ver con el litigio, con el propio desarrollo de los actos procesales, con la actuación de los medios probatorios, etcétera<sup>11</sup>. La confrontación entre las partes, por ejemplo, debe realizarse por el propio juzgador, para que de ese modo pueda apreciar su conducta y sus reacciones personales en el esclarecimiento de determinados hechos en que hay contradicción.

No obstante, cabe subrayar que el principio de inmediación es relativo y no absoluto. Para demostrarlo, baste con recordar que las sentencias judiciales que constituyen objeto de apelación son resueltas por las salas de la Corte Superior sobre la base de lo actuado por el juez de instancia inferior. Esto significa que la sala se basará en la inmediación que tuvo el juez de primera instancia, habida cuenta de que, dada la naturaleza del recurso de apelación, el citado principio no resulta aplicable al superior jerárquico.

---

<sup>11</sup> CARRIÓN LUGO (2004: 53).

Lo propio ocurre dentro de una misma instancia cuando, por diversas razones, el juez que conoce de la causa es sustituido o reemplazado por otro, el que conocerá el expediente luego de haberse actuado diversos medios probatorios en presencia del juez que lo precedió en el conocimiento de la causa.

Lo expresado no es ajeno a los procesos arbitrales, en los cuales también se suele producir la sustitución de uno o más miembros de un tribunal arbitral, ya sea por haberse presentado alguna recusación, por renuncia del árbitro o incluso por muerte del mismo.

Queda en evidencia el carácter relativo del principio de inmediación, de modo tal que el mismo no podría ser esgrimido como absoluto, a efectos de sostener que, por esta sola razón, el proceso cuyo laudo fue anulado debería volverse a iniciar desde la interposición de una nueva demanda, pero esta vez ante la justicia ordinaria.

No se piense que con lo señalado estamos restando importancia al principio de inmediación procesal; simplemente le estamos dando el lugar que le corresponde.

Así, en este caso concreto no debería prevalecer el principio de inmediación por sobre el principio de celeridad procesal, más aún cuando lo que se tendría que volver a ejecutar no sería precisamente un solo acto procesal, sino todos los actos de un proceso.

El principio de celeridad procesal está contemplado por el artículo V del título preliminar del Código Procesal Civil, precepto que establece lo siguiente:

Artículo V. Principios de inmediación, concentración, economía y celeridad Procesales.-

[...]

La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica.

Al respecto, Carrión Lugo señala que el principio de celeridad procesal postula, entre otros asuntos, la correcta observancia de los plazos en el proceso, recusando la dilación maliciosa o irracional del mismo; permite, además, el impulso procesal ya sea de oficio o a petición de las partes contendientes<sup>12</sup>.

Iniciar un nuevo proceso, esta vez ante el Poder Judicial, por las pretensiones que fueron materia controvertida en el proceso arbitral cuyo laudo se anuló, iría notoriamente en contra de la celeridad procesal.

---

<sup>12</sup> CARRIÓN LUGO (2004: 54).

A lo expresado podría agregarse que el proceso arbitral cuyo laudo se anuló no estaba atacado o contaminado de ningún otro vicio adicional a aquel que hubiera dado origen a la referida anulación de laudo.

Es claro que el vicio se presentó en el propio laudo, al haber resuelto el tribunal arbitral sobre materia no sometidas al arbitraje, expresa ni tácitamente, habiéndose configurado un supuesto de laudo *extra petita*.

Decimos esto toda vez que esta constituiría una razón más para sostener las bondades de la tesis que afirma que al readquirir competencia el Poder Judicial en estos casos, debe limitarse a realizar los actos procesales conducentes a dictar sentencia.

Reiteramos que, en nuestra consideración, esta tesis resulta teóricamente sólida pero se enfrenta con el expresado vacío normativo de la Ley General de Arbitraje y del propio Código Procesal Civil.

Ahora bien, tales vacíos no impiden de manera alguna que quien tenga interés en fundamentar sus derechos en esta tesis lo pudiera hacer, en virtud del principio constitucional (artículo 2, inciso 24, literal a) que reza que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

En consecuencia, si bien es cierto que ambas posiciones tienen aspectos a su favor y aspectos en contra, nos inclinamos por la primera, es decir, por aquella que sostiene que el Poder Judicial no debería conocer íntegramente un nuevo proceso, sino únicamente los actuados en el proceso arbitral. Estimamos que el avocamiento para dictar la sentencia sustitutoria del laudo anulado debería corresponder a la sala superior que previno al conocer el recurso de anulación del laudo arbitral, con lo cual se cubriría el vacío legal mediante la técnica de la integración jurídica, aplicando la norma procesal cuyo supuesto de hecho guarda mayor analogía con la situación que se ha presentado, toda vez que, de acuerdo con lo establecido por el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado<sup>13</sup>, es principio y derecho de la función jurisdiccional no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

Finalmente, y por otro lado, debemos señalar que la posibilidad de acudir al Poder Judicial también se presentaría en el supuesto en que la materia sea no arbitrable o no esté contenida en el convenio arbitral ya existente entre las partes, tal como será desarrollado en el siguiente punto del presente artículo.

---

<sup>13</sup> «Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...]»

»8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario [...].»

### **3. ¿LA SOLA EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL IMPLICA QUE EXISTE EL «ACUERDO DISTINTO DE LAS PARTES» AL QUE ALUDE EL INCISO 6 IN FINE DEL ARTÍCULO 78 DE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE?**

A entender de Pedro Álvarez<sup>14</sup>, cuando se declara la nulidad del laudo por algún motivo que no suponga la nulidad del convenio arbitral, sí resulta posible entender que la eficacia del convenio arbitral sigue intacta, legitimando el nombramiento o la actuación de unos árbitros y exceptuando el conocimiento de la controversia por los órganos jurisdiccionales<sup>15</sup>.

El referido profesor destaca que, por un lado, no se puede ignorar que la rápida resolución de la controversia es uno de los motivos que puede haber orientado a las partes a celebrar el convenio arbitral; y por otro lado, la voluntad de las partes que sometiéndose a arbitraje han excluido la intervención de los órganos jurisdiccionales, lo cual haría pensar en el interés por mantener la eficacia del convenio arbitral, en orden a la obtención de un nuevo laudo.

Ahora bien, cabe señalar que la única causal contemplada por nuestra Ley General de Arbitraje que supone sin lugar a dudas la posibilidad de declarar la nulidad del convenio arbitral es la contemplada en el inciso 1 del artículo 73 de la referida ley. En este sentido, no se podría considerar que la declaración de nulidad del laudo en virtud de las otras causales del artículo 73 suponga la nulidad del convenio arbitral.

Incluso en el supuesto del inciso 7 del artículo 73 de la ley<sup>16</sup> no se puede asumir que el convenio arbitral es nulo, ya que si bien un laudo arbitral se puede anular porque la materia sometida a los árbitros coincide con algunas de las excepciones

---

<sup>14</sup> ÁLVAREZ (1996: 420).

<sup>15</sup> El citado autor señala que el derecho comparado ofrece ejemplos en los que la anulación del laudo, subsistente el convenio, permite a los árbitros volver a resolver sobre la cuestión que se les ha planteado, evitando las irregularidades que acarrearon la anulación del laudo. Así, por ejemplo, el artículo 39 de la Ley de Arbitraje suiza de 1969 establece que la autoridad judicial ante quien se haya interpuesto el recurso de nulidad puede, oídas las partes y estimándolo oportuno, enviar el laudo al tribunal arbitral y fijarle a este un plazo para rectificarlo o completarlo. Igual planteamiento se puede apreciar en la posibilidad del *rehearing* de la sección 12 de la Uniform Arbitration Act de 1955, que regula el arbitraje en Estados Unidos (ÁLVAREZ 1996: 421).

<sup>16</sup> «No obstante lo establecido en los incisos anteriores, el juez que conoce del recurso de anulación podrá anular de oficio el laudo, total o parcialmente, si resultara que la materia sometida a la decisión de los árbitros no pudiera ser, manifestamente, objeto de arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1. La anulación parcial procederá solo en el caso de que la parte anulada sea separable del conjunto del laudo».

del artículo 1 de la Ley General de Arbitraje<sup>17</sup>, el convenio arbitral podría incluir temas sobre los cuales las partes sí tienen libertad para disponer.

Debe quedar claro que, a pesar de que un laudo sea declarado nulo —total o parcialmente—, el convenio arbitral seguirá teniendo eficacia, salvo en el supuesto de que el propio convenio arbitral sea declarado nulo o de que dicho convenio verse únicamente sobre materia no arbitrable.

Sin embargo, a nuestro entender, esta regla halla excepción en lo que respecta a las pretensiones que fueron materia controvertida en el laudo anulado, en virtud de la causal contemplada por el inciso 6 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje. En este supuesto, a pesar de que el convenio arbitral sigue vigente, la competencia del Poder Judicial queda restablecida, tal como lo señala el inciso 6 del artículo 78 de la referida ley.

Al respecto, Lohmann<sup>18</sup> expresa que, en el caso de un laudo anulado por haberse pronunciado sobre materia no sometida ni expresa ni tácitamente al conocimiento de los árbitros, habrá que discernir a) si dicha anulación se debió a que no fue materia controvertida en ese proceso arbitral en concreto; o b) si dicha materia no está cubierta por un convenio arbitral.

Si se tratara del segundo supuesto, a entender del citado autor, la solución normativa sería correcta; es decir, quedaría expedita la posibilidad de que el Poder Judicial pueda conocer el problema.

Sin embargo, si fuera el primer supuesto, esto es, que hay un convenio arbitral relativo a la relación jurídica discutida, Lohmann señala que habrá que anular el laudo por lo excesivo (por el exceso), pero ello no implicaría automáticamente que el Poder Judicial quedaría facultado para conocer del asunto, pues lo lógico sería que si existe convenio arbitral para esa relación jurídica, el interesado solicite arbitraje para que, en un nuevo proceso arbitral, se resuelva aquello que

---

<sup>17</sup> «Artículo 1. Disposición general.-

»Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición [...] excepto:

1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.
2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.
3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.
4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público».

<sup>18</sup> LOHMANN (2005: 225-226).

el tribunal arbitral anterior resolvió, sin que hubiera sido punto controvertido (materia controvertida).

El citado autor señala que la frase *acuerdo distinto de las partes* no debe ser entendida como acuerdo posterior a la anulación. El convenio arbitral no debería decaer por entero si accidentalmente los árbitros resolvieron un tema no discutido, pero que hubiere podido ser discutido bajo la cobertura del convenio.

En la misma línea de pensamiento encontramos a Cantuarias<sup>19</sup>, quien afirma que las cortes de justicia (Poder Judicial) deben pronunciarse en el sentido de que únicamente corresponderá que el Poder Judicial reasuma competencia cuando el laudo haya sido anulado porque la materia controvertida no formaba parte del convenio arbitral. Cuando la anulación del laudo se deba a que la materia laudada no fue sometida a conocimiento de los árbitros pero sí forma parte del convenio arbitral pactado por las partes, entonces solo cabría que los magistrados anulen el laudo arbitral, pero se deberá mantener incólume la competencia del sistema arbitral.

Por nuestra parte, también consideramos que la expresión *acuerdo distinto de las partes*, que encontramos en el inciso 6 del artículo 78 de la Ley General de Arbitraje, no conlleva necesariamente la celebración de un nuevo convenio arbitral; pero no por las razones esgrimidas por Lohmann y por Cantuarias.

A nuestro entender, el *acuerdo distinto de las partes* puede consistir incluso en un acuerdo anterior a la anulación del laudo, pudiendo estar incluido en el convenio arbitral que dio lugar al proceso arbitral cuyo laudo fue declarado nulo.

En efecto, las partes pueden pactar en el convenio arbitral —entre otros temas— que en el caso de anulación de laudo por la causal del inciso 6 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje las controversias serán conocidas por un nuevo tribunal arbitral y no por el Poder Judicial. Este, pues, sería el *acuerdo distinto de las partes*, a que se refiere el inciso 6 del artículo 78 de la Ley General de Arbitraje.

Esto último no se contradice con el hecho de que, en efecto, también se deba analizar si el convenio arbitral ya existente comprende o no las materias sobre las cuales se pronunció el tribunal arbitral en el laudo anulado. El Poder Judicial tendría competencia si la materia indebidamente laudada no es arbitrable por su naturaleza o por no estar regulada por convenio arbitral alguno y, en este último caso, las partes no celebren un nuevo convenio; como también el Poder Judicial tendría igualmente competencia si se hubiera laudado sobre materia no sometida explícita o implícitamente a decisión de los árbitros.

---

<sup>19</sup> CANTUARIAS (2007: 400).

En consecuencia, de conformidad con lo establecido expresamente por el inciso 6 del artículo 78 de la Ley General de Arbitraje, la controversia debería ser sometida a conocimiento del Poder Judicial, en el supuesto de que las partes no hayan pactado lo contrario en el convenio arbitral.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro  
1996 *La anulación del laudo arbitral. El proceso arbitral y su impugnación.* Granada: Comares.
- ARIAS LOZANO, David (coordinador)  
2005 *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003.* Navarra: Thomson-Aranzadi.
- CAIVANO, Roque J.  
2000 *Arbitraje.* Segunda edición. Buenos Aires: Ad Hoc.
- CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA  
1994 *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras.* Lima: Cultural Cuzco.
- 2005 «Anulación de un laudo arbitral por la causal de exceso en la resolución de la materia sometida a arbitraje». *Ius et Veritas.* Lima, año 15, número 30, pp. 203-209.
- 2007 *Arbitraje comercial y de las inversiones.* Lima: Editora Jurídica Grijley.
- CARRIÓN LUGO, Jorge  
2004 *Tratado de Derecho Procesal Civil.* Volumen I. Segunda edición. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- HINOJOSA SEGOVIA, Rafael (coordinador)  
2004 *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje.* Barcelona: Grupo Difusión.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella  
2002 «Laudos arbitrales y medios impugnatorios». *Cuadernos Jurisprudenciales.* Lima, número 17.
- LETE ACHIRICA, Javier  
2004 «Acción de anulación del laudo» En GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente y otros. *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje.* Valladolid: Lex Nova.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo  
2005 «Más sobre la necesidad de modificaciones a la Ley General de Arbitraje (arbitraje nacional)». *Derecho & Sociedad.* Lima, número 25.

HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

MONTERO AROCA, Juan (coordinador)

2004      *Comentarios a la Ley de Arbitraje.* Madrid: Civitas.

MUNNÉ CATARINA, Frederic

2004      *El arbitraje en la Ley 60/2003.* Barcelona: Experiencia.

REDFERN, Alan

2006      *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional.* Navarra: Aranzadi.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando

2003      *Manual de derecho arbitral.* Lima: Gaceta Jurídica.

## EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ARBITRAJE

*Gonzalo García-Calderón Moreyra\**

Para mí es sumamente grato presentar este artículo sobre arbitraje en el libro de homenaje al doctor Fernando de Trazegnies Granda, al haber sido él un propulsor y pionero en el dictado del curso de Arbitraje en las facultades de derecho de nuestro país.

En efecto, se acababa de promulgar el Código Civil de 1984, en el cual se habían incorporado los contratos de cláusula compromisoria y compromiso arbitral (en el Libro VII denominado «Fuentes de las obligaciones») cuando el doctor de Trazegnies, árbitro internacional de reconocido prestigio y conocedor de las ventajas y bondades de este mecanismo de solución de controversias, el mismo que aún no se había desarrollado en nuestro país, tomó la iniciativa, en su calidad de decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de presentar al Consejo Universitario de dicha casa de estudios un proyecto sobre la enseñanza de esta novísima institución. Pronto logró que se aprobase y se procedió al dictado, por primera vez en una facultad de derecho del Perú, de un curso exclusivamente sobre la materia arbitral.

Me cupo el honor de ser invitado por el doctor de Trazegnies a enseñar ese curso, toda vez que, luego de culminados mis estudios, en octubre de 1984 había sustentado mi tesis para optar el grado de bachiller, en la que señalaba la necesidad de que el Perú ratificase la Convención de Panamá (1975) sobre arbitraje comercial internacional y la Convención de Nueva York (1958) sobre reconocimiento de laudos arbitrales. Tuve la satisfacción de ser el profesor más joven de dicha facultad en el dictado de un curso, y aún permanezco en la enseñanza universitaria.

Posteriormente he integrado varios procesos arbitrales con el doctor de Trazegnies, y mantengo por él la admiración y el respeto que se iniciaron en las

---

\* Magíster en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Arbitraje Nacional e Internacional en la Universidad de Lima. Socio del Estudio García-Calderón, Gheresi, Vidal & Asociados.

aulas universitarias, cuando se caracterizaba por sus calidades jurídicas, por su profundidad en el análisis y el desarrollo de la solución de los problemas recomendados, y por su afán investigador.

El arbitraje es un medio de solución de controversias privado que se sustraer de la jurisdicción ordinaria para someter el conflicto a jueces particulares, denominados *árbitros*. Estos asumen una función jurisdiccional extraordinaria y excepcional, que contiene reglas propias distintas, por su naturaleza, a las reglas de la jurisdicción ordinaria.

Lógicamente, siendo este medio extraordinario de resolución de conflictos uno de carácter privado, requiere justamente, por su naturaleza excepcional, una serie de normas propias que permiten hacer viable su desarrollo, por lo que en gran medida dichos criterios son solo aplicables a la institución arbitral (principios de *kompetenz-kompetenz*, divisibilidad, flexibilidad procesal, rol subsidiario de los árbitros, irrecorribilidad de la sentencia o laudo arbitral, etcétera). Por ello, el arbitraje debe estar sujeto a un control posterior por parte de algún órgano (público o privado) que permita cautelar cualquier violación u omisión del debido proceso y/o de algún derecho constitucional, ocasionado por los árbitros al emitir resoluciones en instancia única.

En ese sentido, la Ley General de Arbitraje peruana se adecua a lo prescrito por la ley modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL),<sup>1</sup> que señala que cada

---

<sup>1</sup> Artículo 34 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) aprobada el 21 de junio de 1985, documentos de las naciones Unidas A/40/17, anexo 1:

- «Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral
- »1. Contra un laudo arbitral solo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2 y 3 del presente artículo.
- »2. El laudo arbitral solo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:
- »a) La parte que interpone la petición pruebe:
- »i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o
- »ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o
- »iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, solo se podrán anular estas últimas; o
- »iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o

Estado determinará la autoridad competente para la petición de nulidad contra el laudo arbitral cuando exista invalidez del convenio arbitral, incapacidad de las partes o violación al debido proceso, entre otros aspectos señalados por dicha ley modelo. En el caso peruano, la Ley General de Arbitraje (ley 26572) precisa que será el Poder Judicial el ente revisor del debido proceso mediante el recurso de anulación, en lo que respecta a la revisión de forma del procedimiento y laudo arbitral y respecto de la revisión en cuanto a la validez, nulidad o eficacia del convenio arbitral<sup>2</sup>.

Esta revisión está encuadrada en causales taxativas, señaladas en el artículo 73 de la Ley General de Arbitraje<sup>3</sup>, las mismas que persiguen un control de la institución arbitral desde su origen, con la revisión de la existencia o no de un

---

»b) el tribunal compruebe:

- »i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
- »ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado.

»3. La petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 33, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral.

»4. El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad».

<sup>2</sup> Ley General de Arbitraje, ley 26572, del 20 de noviembre de 1995.

«Artículo 61.- Recurso de anulación.- Contra los laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra los laudos arbitrales de segunda instancia, procede solo la interposición del recurso de anulación ante el poder judicial por las causales taxativamente establecidas en el artículo 73. El recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia, y se resuelve declarando su validez o su nulidad. Está prohibida, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia».

<sup>3</sup> «Artículo 73.- Causales de anulación de los laudos arbitrales.- El laudo arbitral solo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe:

»1. La nulidad del convenio arbitral, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al artículo 39.

»2. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente.

»3. Que la composición del tribunal arbitral no se ha ajustado al convenio de las partes, salvo que dicho convenio estuviera en conflicto con una disposición legal de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de convenio, que no se han ajustado a dicha disposición, siempre que la omisión haya sido objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente.

»4. Que se ha laudado sin las mayorías requeridas.

convenio arbitral, pasando por el procedimiento y culminando con el laudo arbitral; mas nunca se dará un control que permita modificar el fondo de la decisión arbitral.

Se busca un control de validez formal del laudo sin entrar en consideraciones valorativas del fondo del conflicto resueltas en la decisión final de los árbitros; su finalidad es declarar la validez o nulidad de dicha decisión por parte de la Corte Superior, estando prohibido el juez de revisar el fondo de la controversia: efectuará exclusivamente un control formal de legalidad.

Personalmente considero irrenunciable el recurso de anulación del laudo, y que no cabe limitar su acceso vía convenio entre las partes. Considero también que las causales señaladas en la ley son taxativas en lo que respecta a la legalidad del convenio, proceso y laudo arbitral, debiendo haber sido objeto de reclamo expreso durante el desarrollo del procedimiento arbitral.

Sin embargo, nuestro país, mediante reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional que ya comentaremos, ha incluido la revisión extraordinaria, a cargo del Tribunal Constitucional, tanto del convenio arbitral como de los procesos y laudos arbitrales, en la medida en que puedan haber violado preceptos de carácter constitucional no amparados en la vía ordinaria de revisión de la legalidad entendida como la casuística señalada literalmente en la Ley.

Se trata pues de una revisión adicional e independiente del recurso de anulación que se plantea ante la Corte Superior, al interpretar el Tribunal Constitucional que, siendo garante de los derechos constitucionales, le corresponde cautelar en última y definitiva instancia dichos derechos, independientemente de quien sea el autor de la agresión, por ser este el ente encargado, según la carta fundamental, de la tutela de los mismos.

---

»5. Que se ha expedido el laudo fuera de plazo, siempre que la parte que invoque esta causal lo hubiera manifestado por escrito a los árbitros antes de ser notificada con el laudo.

»6. Que se ha laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros. En estos casos, la anulación afectará solo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de ser arbitrados, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan inseparablemente unidos a la cuestión principal.

»7. No obstante lo establecido en los incisos anteriores, el juez que conoce del recurso de anulación podrá anular de oficio el laudo, total o parcialmente, si resultara que la materia sometida a la decisión de los árbitros no pudiera ser, manifestamente, objeto de arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1. La anulación parcial procederá solo en el caso de que la parte anulada sea separable del conjunto del laudo».

## 1. FUNCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En efecto, el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la constitucionalidad; y siendo el arbitraje una institución consagrada en los artículos 62 y 139 de la misma<sup>4</sup>, donde se indica que no existirá jurisdicción distinta a la ordinaria, salvo la arbitral y la militar, el Tribunal Constitucional considera que le corresponde la interpretación, el contenido y alcance de los derechos protegidos por nuestra carta política, entre los cuales se encuentra una justa y recta administración de justicia que atañe a la jurisdicción privada denominada *arbitraje*. Precisan por lo tanto que cualquier acto u omisión que durante el arbitraje pudiese haber vulnerado principios constitucionales, sea en el procedimiento arbitral, sea en su origen o en su decisión, al ser parte, la institución del arbitraje, del orden público constitucional, forma parte del sistema de administración de justicia; y dado el carácter tutelar de estos derechos, corresponde su revisión por el Tribunal Constitucional.

Nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada, en la medida en que lo hubiese pactado y solo para aquellas materias permitidas por la ley.

La racionalidad y razonabilidad de las decisiones es fundamental para evitar la arbitrariedad de los árbitros en desmedro del derecho de una de las partes. ¿Es necesario el contrapeso de un órgano ajeno al arbitraje para evitar el abuso de una de las partes respecto a la otra, o de los árbitros respecto a estas?

Al momento de pactar el convenio arbitral, tal como lo señala el artículo 14 de la Ley General de Arbitraje, un convenio será nulo si una de las partes tiene una posición de privilegio respecto a la otra a propósito de la designación de los árbitros, la materia controvertida o las reglas del procedimiento. Como es lógico, el derecho repudia y proscribe el abuso del derecho, más aún en un campo como el arbitral, donde la seguridad del acceso a la justicia y de la imparcialidad, entre otros muchos principios, debe garantizarse efectivamente junto con una igualdad en el contrato en cuanto al desarrollo del proceso arbitral. Tratándose de un contrato especial, pues modifica la vía natural predeterminada del poder judicial, los

<sup>4</sup> Artículo 62: «La Libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley».

139: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral».

pactos están restringidos en la medida en que predispongan a una de las partes respecto a la otra en sus derechos a la defensa y al debido proceso.

Una primera revisión la realizarán los propios árbitros; y luego, en caso de ser declarada improcedente o infundada, la decisión podrá revisarse en sede judicial. Allí se procederá a una revisión de la legalidad, de acuerdo con lo señalado en el artículo 73 de la Ley General de Arbitraje. Es lógico que participe un órgano ajeno a la institución arbitral; sin embargo, y adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha señalado que luego de finalizada la vía judicial se podrá interponer una acción de amparo para que el juez constitucional conozca respecto de la violación de un derecho constitucional, distinto de la revisión respecto a los hechos efectuada por un juez civil.

Se puede argumentar que los jueces pueden inaplicar una norma legal inconstitucional utilizada por los árbitros (control difuso), al amparo de lo prescrito en el artículo 138 de la Constitución, que nos indica que «En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera».

Esto nos llevaría a señalar que las causales del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje son referenciales, en la medida en que todos los derechos consagrados en la Constitución son inherentes a todos los procesos y que frente a una violación por parte de los árbitros, se podrá invocar ante la instancia judicial respectiva en vía de anulación.

Como señala Martín Mejorada «Qué clase de sistema es ese donde cada uno decide ante sí lo que es aplicable o no, según su propia interpretación de la Constitución y el ordenamiento jurídico. Sin orden no hay libertad ni Estado de derecho. Si cumplir y defender la Constitución significa inaplicar una norma contraria al texto constitucional, se debe acudir a la vía y al proceso adecuado para ese fin»<sup>5</sup>.

No siempre la violación constitucional puede ser «interpretada» por el juez ordinario, sino que requiere un razonamiento distinto al mero proceso formal de revisión de la legalidad.

Un caso que demuestra la necesidad de la intervención del órgano constitucional es el que expuse en mi ponencia al tercer Congreso Internacional sobre Derecho Procesal (Lima, 2005), luego publicada por el Fondo Editorial de la Universidad de Lima, a propósito de la recusación de árbitros en los arbitrajes *ad hoc*<sup>6</sup>, que justamente demuestra la necesidad de una revisión posterior de

---

<sup>5</sup> MEJORADA (2006).

<sup>6</sup> Derecho Procesal, III Congreso Internacional, Lima, 2005. *La recusación en el arbitraje nacional*, pp. 403-409

determinadas decisiones arbitrales, que por arbitrarias requieren una definición constitucional y no solo legal judicial.

En efecto, la Ley General de Arbitraje señala en su artículo 31<sup>7</sup> que, iniciado el proceso arbitral, si una de las partes recusa al árbitro único y este niega la razón, será el juez o la institución organizadora del arbitraje, conforme a su reglamento, quien resolverá sobre la procedencia o no de la recusación, luego de señalar una audiencia para escuchar a las partes y al árbitro único recusado.

Si el arbitraje fuera colegiado, la institución organizadora del arbitraje, o el tribunal arbitral, resolverá la recusación por mayoría absoluta, *sin el voto del recusado*.

La ley no señala el procedimiento para el caso de la recusación por la misma causal a los tres árbitros. Lógicamente, siguiendo el espíritu de la norma, considero que el poder judicial deberá resolver la recusación; sin embargo, hay tribunales arbitrales que están resolviendo directamente «sus» recusaciones, violando así el principio de juez imparcial, neutral e independiente, y el de la racionalidad legal.

No debe olvidarse que el procedimiento de recusación, según el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje, no paraliza el procedimiento arbitral; por lo que si se da el caso de un litigante que busca dilatar el conflicto, no conseguirá su propósito.

Este es un típico caso de violación constitucional y no legal, pues el fin es el que prevalezca una defensa garantizada por la supremacía constitucional, en lo que respecta a un tribunal imparcial; y, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en su resolución 0023-2005-PI/TC, publicada el 1 de diciembre de 2006 en el diario oficial *El Peruano*,

De ahí que, en el estado actual de desarrollo del Derecho Procesal Constitucional, los procesos constitucionales persiguen no solo la protección de los derechos subjetivos fundamentales de las personas, así también comprenden la tutela objetiva de la constitución, pues la protección no solo es de interés para el titular de ese derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en

---

<sup>7</sup> «Artículo 31.- Procedimiento de recusación.- Iniciado el proceso arbitral, la parte que formula la recusación debe hacerlo inmediatamente después de conocida la causa que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y siempre que no haya vencido el plazo probatorio. Si el recusado niega la razón y el arbitraje fuera unipersonal, el juez, conforme al trámite indicado en el artículo 23, en lo que fuera pertinente, o la institución organizadora del arbitraje, conforme a su reglamento, resolverán sobre la procedencia o no de la recusación, después de oídas las partes y el árbitro. Si el arbitraje fuera colegiado, la institución organizadora del arbitraje, cuando correspondiera, o el tribunal arbitral, resolverá la recusación por mayoría absoluta sin el voto del recusado. En caso de empate resuelve el de mayor edad. Contra la resolución que el juez, la institución organizadora o el tribunal pronuncien, no procede ningún medio impugnatorio. El trámite de la recusación no interrumpe la prosecución del proceso arbitral».

general, pues su trasgresión, supone una afectación también al propio ordenamiento constitucional.

En la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de diciembre de 2006, recaída en los expedientes acumulados 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC, seguidos entre Minera Sulliden Shahuindo S. A. C. y Compañía de Exploraciones Algamarca S. A., respecto de este caso específicamente de recusación, el Tribunal Constitucional ha manifestado que debe agotarse la vía previa del recurso de anulación, antes de acudirse a la demanda de amparo. Señala que

El Tribunal toma nota de que, al preverse un sistema de solución de recusación del arbitraje en la forma contemplada en el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje, el legislador ha tomado en consideración el efecto de irradiación de los derechos fundamentales sobre el ordenamiento arbitral y, en particular, el efecto vinculante del contenido constitucionalmente garantizado del derecho a un tribunal arbitral imparcial.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República para que emita una norma que permita cubrir la laguna advertida en el artículo 31 de la ley 26572, Ley General de Arbitraje, respecto de la recusación de todos los miembros del tribunal arbitral.

Debe señalarse finalmente que existió un voto singular del magistrado Bardelli, quien señaló que

[...] el contenido constitucionalmente declarado del derecho al tribunal arbitral imparcial es incompatible con una interpretación y aplicación del artículo 31 de la Ley, según la cual, ante una recusación de todos los miembros de un Tribunal Arbitral, sean ellos mismos los que lo resuelvan, cualquiera sea el procedimiento que se contemple para ello. Dicho procedimiento desde la perspectiva objetiva del principio de imparcialidad, constituye una evidente trasgresión del derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial [...].

Entre los principios y derechos fundamentales contenidos en la Constitución tenemos los de naturaleza procesal; cabe destacar el debido proceso, la motivación de los laudos, el juez independiente e imparcial y el derecho a la prueba, entre otros, para impedir la arbitrariedad durante el desarrollo de la institución arbitral.

Como veremos en diversas resoluciones del Tribunal Constitucional, el contenido constitucional de los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional es exigible a todo órgano de naturaleza jurisdiccional; de no acatarlo será susceptible de amparo constitucional, independientemente del recurso legal señalado en el artículo 73 de la Ley General de Arbitraje.

En el expediente 197-99-AA/TC, seguidos entre Pesquera Rodga S. A. contra la Resolución de la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público

de la Corte Superior de Justicia de Lima, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia de fecha 26 de octubre de 1999, señaló que

[...] a menos de que lo que se vulnere por una autoridad jurisdiccional sea un derecho procesal con rango constitucional (debido proceso o tutela judicial efectiva) o una norma constitucional sustantiva que pueda tener implicancias procesales, no será viable el uso del proceso constitucional. La única excepción a dicha regla será la de la tutela de derechos constitucionales sustantivos, cuando los mismos son vulnerados como consecuencia de la violación paralela de derechos constitucionales de naturaleza procesal, como aconteció en el Expediente 611-97-AA/TC (Caso Marina Ojeda viuda de Cáceres y otros)<sup>8</sup>.

Así también en el Expediente 1609-2002-AA/TC (Caso Teleinfor vs. Cámara de Comercio de Lima). Resuelto el 12 de junio de 2003, el Tribunal Constitucional señaló, en el fundamento 4, que

[...] considerando la trascendencia de la vía arbitral como mecanismo alternativo de solución de controversias, reconocido en el artículo 139 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, este colegiado considera oportuno exhortar a la Cámara de Comercio de Lima para que, a través de su Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional, procure velar por el cumplimiento de las disposiciones relacionadas con la designación de los árbitros y, en particular con la designación del presidente del Tribunal Arbitral que competen a dicho centro, esto con el propósito de evitar dudas razonables sobre la idoneidad, imparcialidad e independencia de quienes, en definitiva han de resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica planteados por aquellos que buscan obtener una tutela efectiva de sus derechos en la jurisdicción arbitral.

Tomas Ramón Fernández señala: «[...] por muy grande que sea la libertad de decisión que reclame la naturaleza específica de un poder determinado, por mucho que sea la discrecionalidad que tenga reconocida su titular, por mucho que quiera enfatizarse su carácter discrecional [...] ese poder no tiene que ser, ni puede ser arbitrario»<sup>9</sup>.

## 2. ARBITRARIEDAD

Ya de por sí la palabra *arbitrariedad* tiene una connotación negativa, en contraposición con las nociones de igualdad, razonabilidad y trato justo. La arbitrariedad, entendida como lo hace el Diccionario de la Real Academia, es el proceder contrario a la justicia o a las leyes, dictado por la voluntad o capricho.

<sup>8</sup> Véase CUEVA MORALES (2000: A41-A52).

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2006: 191).

El ejercicio de la facultad de administración privada de justicia por medio de terceros imparciales —elegidos directa o indirectamente por las partes en conflicto— no puede ser, por tanto, un ejercicio abusivo de una de las partes respecto de la otra, ni de parte de los árbitros respecto de los litigantes.

Es claro que los árbitros tienen un poder muy amplio durante el arbitraje y como consecuencia de ello pueden violar el derecho a la defensa o restringir derechos de los particulares en proceso, no solo traspasando los límites señalados por la voluntad de las partes en el convenio arbitral, sino los de la ley, en su caso, y de los la Constitución. Por ello se requiere un contrapeso en su poder de discrecionalidad, el mismo que se ejerce en dos planos: la revisión de la legalidad por parte de la Corte Superior en vía de anulación y la revisión de la constitucionalidad mediante la acción de amparo. La primera verifica la adecuación de la conducta o del acto a los mandatos de la ley; la segunda, su adecuación al derecho constitucional. Como se ha señalado, el arbitraje goza de independencia del poder jurisdiccional ordinario, por lo que todo control será a la conclusión del procedimiento arbitral.

Es pertinente dejar expresa constancia de que en la mayoría de los casos arbitrales los árbitros son escrupulosos en la protección de los derechos de los justiciables. Como lo atestigua la reiterada jurisprudencia de la Corte Superior, y en particular la emitida por la Sala Comercial desde su creación, son excepcionales los casos de violación del proceso arbitral. La solicitud de anulación de los laudos responde más bien, la mayoría de las veces, a que la parte vencida pretende dilatar la ejecución de la decisión y no respetar el fallo argumentando una ilusa y fantástica violación de la forma por parte de los árbitros.

Existen sin embargo casos que han merecido una anulación por parte del órgano jurisdiccional; y justamente son aquellos en los que la protección debe generar seguridad y confianza en la justicia, más aún tratándose de un proceso que se origina en la voluntad de las partes de renunciar a la jurisdicción ordinaria y someterse a reglas propias de la institución arbitral, distintas a las reglas procesales ordinarias.

El arbitraje no es ajeno al sistema de administración de justicia; forma parte de él; no es una isla al margen de las exigencias formales de todo proceso. La voluntad de las partes o el actuar de los árbitros no pueden exceder el marco de los principios constitucionales procesales de contradicción, bilateralidad, igualdad en el proceso y defensa efectiva.

Este conjunto de condiciones que deben cumplirse para asegurar una adecuada defensa y protección de los derechos de las partes en conflicto recibe el nombre genérico de *debido proceso*. De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las garantías del debido proceso no solo son aplicables

a las instancias que integran el poder judicial, sino que deben ser respetadas por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional (tomado de la página <web www.cajpe.org.pe>).

«La garantía procesal del debido proceso permite establecer con carácter absoluto su aplicación en cualquier proceso que se pretenda llevar a cabo, ante cualquier persona o autoridad, pues por su carácter fundamental, requiere de una interpretación amplia que le permita estar presente para hacer posible alcanzar el mayor grado de justicia». Así lo señala el Tribunal Constitucional al mencionar que el debido proceso es una garantía incluso en procesos particulares (caso Pedro Arnillas Gamio, expediente 0067-AA/TC de fecha 12 de diciembre de 1996)<sup>10</sup>.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que el reconocimiento constitucional de fueros especiales, a saber, militar y arbitral (inciso 1 del artículo 139), constitucional (artículo 202) y de comunidades campesinas y nativas (artículo 149), no vulnera el principio de igualdad ante la ley previsto en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva<sup>11</sup>.

En el expediente 0976-2001, de fecha 13 de marzo de 2003, referido al caso de Telefónica del Perú S. A. vs. Eusebio Llanos Huayco, a juicio del Tribunal Constitucional, al lado de la idea de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, también hay que reconocer en ellos el establecimiento de verdaderos valores supremos; es decir, el componente estructural básico del orden constitucional, «[...] en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política [...] el fundamento del orden jurídico y la paz social».

## CONTROL CONSTITUCIONAL

Este especial deber de protección, que se deriva de esta concepción objetiva de los derechos fundamentales, impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que estos resulten vulnerados, independientemente de donde o de quienes pueda proceder la lesión. Así lo ha señalado en reiterados casos y diversas oportunidades el Tribunal Constitucional de nuestro país.

---

<sup>10</sup> DE BERNARDES (1995: 413-414).

<sup>11</sup> Expediente 6167-2005-PMC/TC expedido el 28 de febrero de 2006. Punto 7 de los fundamentos de dicha sentencia.

En el expediente 3261-2005-PA/TC, de fecha 8 de julio de 2005, el Tribunal Constitucional determina que

[...] ha de señalarse que la afirmación que precede [la no necesidad de una pluralidad de instancia en sede arbitral] no quiere decir que ningún derecho fundamental de orden procesal tenga eficacia en el ámbito de arbitraje, o que al resolverse tales controversias, los árbitros no deban respetar y garantizar los derechos fundamentales proclamados por la Constitución Política del Estado. En efecto, este Tribunal (STC 1124-2001-AA/TC y 0976-2001-AA/TC, entre otros) ha señalado que en nuestro ordenamiento constitucional los derechos fundamentales no solo tienen eficacia vertical, de manera que vinculan a todos los poderes públicos, sino que también tienen eficacia horizontal, de manera que estos han de ser concretizados en las relaciones entre privados, ámbito al cual pertenece ciertamente todo lo relativo del arbitraje.

En el expediente 1526-2003-AA-TC de agravio constitucional, interpuesto por Félix Egoavil Rivera contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, mediante resolución de fecha 29 de enero de 2004, el Tribunal Constitucional declara:

[...] queda claro, que el hecho que se proceda por una vía procesal distinta que proporcione la actuación de medios adicionales, no significa que no se pueda acudir a la vía procesal constitucional, en los casos que se afecte derechos fundamentales de la persona. No obstante deberá acreditarse fehacientemente lo que se afirma y no como lo sucedido en el presente caso, en que lo actuado no ha permitido formar adecuada convicción en el juzgado constitucional.

En este caso el Tribunal Constitucional declaró fundada la excepción de convenio arbitral, siendo que el recurrente interpuso acción de amparo contra Rímac Internacional Compañía de Seguros, con el objeto de que se le reconociese la renta vitalicia que señalaba que le correspondía como consecuencia de una enfermedad de carácter profesional adquirida durante su trabajo, y que generaba el derecho a percibir una renta vitalicia según el decreto ley 18846. La compañía dedujo excepción de convenio arbitral, además de contestar al fondo del conflicto negando y contradiciendo la demanda.

El 32 Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró fundada la excepción de arbitraje, nulo todo lo actuado y concluido el proceso. Tomó como fundamento jurídico la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, ley 26790, reglamentada por decreto supremo 09-97-SA, que en su artículo 91 establece el sometimiento del seguro complementario al Reglamento de Arbitraje y Solución de Controversias. Asimismo, tomó en consideración que el contrato de seguro complementario de trabajo de riesgo había sido suscrito de común acuerdo por las partes, que se sometían a arbitraje mediante convenio arbitral expreso.

La Cuarta Sala confirmó la sentencia apelada y el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda de acción de amparo, señalando que el fondo del conflicto debía se discutido en la vía arbitral.

A diferencia de lo que ocurrió en el expediente antes comentado, en el expediente 3746-2004-AA-TC, seguido por Leonidas Tubillas Collahua sobre acción de amparo contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Ica, en donde también la aseguradora Rímac Internacional Compañía de Seguros había interpuesto una excepción de convenio arbitral, el Tribunal Constitucional declaró *infundada la excepción de convenio arbitral*. Así, resolvió sobre el fondo del asunto y ordenó que se le otorgara al demandante la prestación económica demandada.

Mediante esta resolución, de fecha 17 de diciembre de 2004, el Tribunal Constitucional marcó una decisión relevante respecto de la arbitrabilidad en temas de salud, al señalar que el fondo de la controversia se trataba de un *derecho indisponible* y por lo tanto no susceptible de resolverse por la vía arbitral.

En este caso la recurrente solicita el reconocimiento de una pensión de invalidez permanente o renta vitalicia por enfermedad profesional de silicosis. La emplazada propone la excepción de arbitraje; además, contesta negando y contradiciendo la demanda. Alega que debe determinarse el día de la configuración de la invalidez y que no se ha acreditado que haya percibido el subsidio por incapacidad temporal que otorga el Seguro Social por el período que establece la ley (solo luego de transcurrido dicho plazo corresponde percibir la pensión correspondiente).

El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Ica declaró fundada la excepción de convenio arbitral, nulo todo lo actuado y concluido el proceso, debiendo iniciarse un procedimiento arbitral. La Sala Superior confirmó en todos sus extremos la sentencia apelada, tal como había sucedido en el expediente 1526-2003-AA-TC, comentado líneas antes.

El Tribunal Constitucional señaló sin embargo, respecto de la excepción arbitral planteada, que era *un derecho indisponible tratándose del derecho a la salud* y que *no era una materia arbitrable* «[...] tratándose de una conculcación de un derecho fundamental del cual depende la subsistencia del accionante», y declaró infundada la excepción de convenio arbitral deducida por la aseguradora. Invocó como fundamento el artículo 1 de la Ley de Arbitraje, pasó a analizar el fondo de la controversia, declaró fundada la demanda y ordenó que la aseguradora otorgase al demandante la prestación económica solicitada.

Es un caso en el cual el Tribunal Constitucional no permite que se discuta en sede arbitral, por el principio de *kompetenz-kompetenz*, la arbitrabilidad de la controversia; lo resuelve liminarmente, atentando contra el artículo 39 de

la Ley General de Arbitraje<sup>12</sup>, sección nacional y artículo 106<sup>13</sup> de la Sección Internacional de la misma ley.

El propio inciso 7 del artículo 73 de la Ley de Arbitraje, al señalar las causales de anulación, indica que el juez que conoce del recurso de anulación puede anular de oficio un laudo, parcial o totalmente, si la materia fuese manifiestamente no arbitrable de acuerdo con lo señalado en su artículo 1. Es clara la intención del legislador respecto a que cualquier decisión sobre la posibilidad de arbitrar o no sobre una materia deba ser resuelta primero por la vía arbitral y luego, por la vía de anulación, ser discutida en la vía judicial. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, entendemos que por un principio de economía procesal, se ha salteado el procedimiento establecido por la ley para declarar que este tema no es arbitrable vía acción constitucional.

## KOMPETENZ-KOMPETENZ

El propio Tribunal Constitucional (expedientes 6167-2005-PMC/TC, del 28 de febrero de 2006, y 1567-2006/PA/TC, del 30 de abril de 2006 y su aclaratoria del 21 de junio de 2006) ha consagrado este principio como vinculante. Lo hace en el fundamento 13 del primero<sup>14</sup> y en los considerandos de ambos.

---

<sup>12</sup> «Artículo 39.- Facultad de los árbitros para decidir acerca de su competencia.- Los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral. La oposición total o parcial al arbitraje por inexistencia, inefficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales. Los árbitros decidirán estos temas como cuestión previa. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo. Contra la decisión de los árbitros no cabe impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación, si la oposición hubiera sido desestimada».

<sup>13</sup> «Artículo 106.- Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia.- El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral. A este efecto, un convenio que forma parte de un contrato se considerará independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no determina la nulidad del convenio arbitral. La oposición indicada en el párrafo anterior deberá formularse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de formular la oposición por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La oposición basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá de oponerse de inmediato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una oposición presentada más tarde, si considera justificada la demora. El tribunal arbitral podrá decidir las oposiciones a que hace referencia este artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Contra la decisión del tribunal arbitral no cabe impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación, si la oposición hubiera sido desestimada, cuando ello corresponda».

<sup>14</sup> Expediente 6167-2005-PMC/TC. Fundamento 13: «Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la “kompetenz-kompetenz” previsto en el

Basta la existencia de un convenio arbitral celebrado por escrito para que todo lo relacionado con la validez del convenio y la arbitrabilidad de la materia sea resuelto por un tribunal arbitral, sin que pueda intervenir la jurisdicción ordinaria y tampoco la constitucional, hasta agotarse el proceso arbitral con el laudo y la anulación del mismo, ante la Corte Superior: «Como consecuencia de la necesidad de evitar paralizar y frustrar el procedimiento arbitral, los usuarios optaron en primer término y luego las legislaciones por darle la facultad a los propios árbitros para que resuelvan lo relativo a la validez o invalidez de un contrato que contiene un convenio arbitral, indicándose que este subsiste por sí mismo, siendo independiente de las demás estipulaciones contractuales»<sup>15</sup>.

En el expediente 1567-2006-PA/TC el Tribunal Constitucional señala (considerandos 26 y 27) que reconoce la plena vigencia del principio de la competencia, previsto en el artículo 39 de la Ley de Arbitraje, pero que «[...] no obstante, el principio de la “competencia de la competencia” no puede ser garantizado ilimitadamente por nuestro ordenamiento jurídico. La imposibilidad de que los derechos fundamentales sean garantizados de manera ilimitada es aplicable, *mutatis mutandis* al principio que nos ocupa».

Lo que el Tribunal nos señala es que dicho principio puede ser cuestionado en la vía constitucional en la medida en que viole la tutela procesal efectiva, por inobservancia del cumplimiento de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, pero con posterioridad al sometimiento a la jurisdicción privada y a la anulación que se interponga en la vía ordinaria; salvo, obviamente, que se trate de la excepción contenida en el artículo 46 inciso 2 del Código Procesal Constitucional, referido al supuesto del no agotamiento de las vías previas contra un daño que puede ser irreparable.

Los árbitros no son los únicos jueces que resuelven acerca de su competencia. Lo hacen en primera instancia, para luego, en caso de declararse competentes, resolver el fondo del conflicto; y solo luego de emitido el fallo sobre el fondo, la

---

artículo 39 de la Ley General de Arbitraje —ley 26572—, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44 del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal y desplazar la disputa al terreno judicial. Lo expuesto no impide que posteriormente se cuestione la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional».

<sup>15</sup> GARCÍA CALDERÓN MOREYRA (2004: 93).

parte que cuestionó la competencia del tribunal arbitral o del árbitro único acudirá a la Sala Comercial de la Corte Superior para que intervenga en vía de revisión respecto de la decisión efectuada por los árbitros acerca de su competencia.

No tengo dudas, a pesar que la Ley General de Arbitraje no lo indica, de que en la hipótesis de que el tribunal se declare incompetente, amparando la excepción formulada por una de las partes, la otra podrá acceder en vía de anulación al Poder Judicial.

## AGOTAMIENTO DE LAS VÍAS PREVIAS

Este control *ex post*, en sede judicial, por mandato de la Ley General de Arbitraje, concordado con el artículo 5, numeral 4, del Código Procesal Constitucional, que señala que no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas, tiene por objeto cautelar a las partes respecto de cualquier arbitrariedad que se presente en las tres etapas señaladas anteriormente (convenio arbitral, procedimiento y laudo) y que hubieran sido resueltas por los árbitros violando la Constitución, procedimiento distinto al control de la legalidad efectuado por la Corte Superior mediante el denominado *recurso de anulación*.

El Tribunal Constitucional ha señalado que, además del control que debe ser efectuado por la Sala Superior, existe luego la posibilidad de solicitar una revisión de la constitucionalidad. Indica que la solicitud de anulación de laudo en sede judicial es un prerequisito y debe darse como agotamiento previo para acceder a la vía constitucional, que se convierte en el órgano decisorio y último defensor de las garantías y derechos consagrados en la Carta Política que deben existir en todo proceso arbitral.

En este contexto, el control constitucional jurisdiccional no queda excluido sino que se desenvuelve *a posteriori*, cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o de los precedentes de observancia obligatoria, los mismos que los vinculan en atención a los artículos VI *in fine* y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

Oswaldo Hunsdkopf considera cuestionable que luego de concluirse el proceso de anulación ante la Corte Superior, en donde se comprueba el respeto a las reglas del debido proceso y por tanto se ratifica el laudo arbitral, se dé trámite a una acción de amparo en la que nuevamente se revise el respeto a las reglas del debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva: «Esta revisión no debe ser una puerta abierta al no acatamiento de los laudos, ni debe suspenderse su ejecución»<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> HUNSDKOPF (2006).

Quienes se inclinan por que el procedimiento arbitral sea irrevisable se sustentan en el artículo 4 de la ley 26572, que establece que, salvo pacto en contrario, las partes podrán someterse de modo exclusivo y excluyente a la jurisdicción arbitral; igualmente, en el artículo 59, que otorga a los laudos arbitrales carácter definitivo y establece que contra ellos no procede recurso alguno, salvo el de apelación y nulidad.

Una interpretación formal, propia del valorismo legalista de la ley 26572, concluiría que, sin ingresar en consideración adicional alguna, una resolución expedida por un tribunal arbitral es incuestionable en sede constitucional, incluso en aquellos supuestos en los que afecten derechos fundamentales de la persona. Sin embargo, la institución arbitral debe interpretarse tomando en consideración el principio de supremacía jurídica y valorativa de la Constitución, tal como lo señala su artículo 51, por lo que no es atendible para defender la irrevisabilidad absoluta de las resoluciones de los tribunales arbitrales.

Además, resulta manifiestamente contrario al principio de fuerza normativa de la Constitución y al de corrección funcional, ya que desconoce, por un lado, el carácter jurídico-vinculante de la Constitución; y por otro, la función de contralor de la constitucionalidad conferida al Tribunal Constitucional (artículo 201 de la Constitución).

En ese mismo sentido opina el profesor Caivano al indicar que «[...] ya no se discute que los árbitros ejercen funciones de naturaleza jurisdiccional equivalentes a las de los jueces. Ello significa, en concreto, que conocen de las cuestiones sometidas a ellos en términos similares a los magistrados del Poder Judicial, y que las decisiones que adopten en uso de sus facultades, una vez firmes, adquieren el efecto de cosa juzgada»<sup>17</sup>. Cita el autor, a modo de ejemplo, un fallo de la Corte Suprema argentina del 31 de mayo de 1999, que señala que «[...] aun cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional, por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus actos».

## NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

La naturaleza jurídica del arbitraje, motivo de análisis y discusión en el ámbito nacional<sup>18</sup>, ha sido abordada por el Tribunal Constitucional mediante sentencia

---

<sup>17</sup> CAIVANO (2006: 121).

<sup>18</sup> Véase sobre el tema de la naturaleza jurídica del arbitraje, entre otros muchos autores: ARAMBURÚ MENCHACA (1990), CÁRDENAS QUIROZ (1985), RIVADENEYRA SÁNCHEZ (1988), VIDAL RAMÍREZ (2002), LOHMANN LUCA DE TENA (1988), CANTUARIAS Y ARAMBURÚ (1994), MONTOYA ALBERTI (1988) y SANTISTEBAN DE NORIEGA (2006).

recaída sobre el expediente 6167-2005-PHC/TC, del 28 de febrero de 2006, en la que se establecen precedentes vinculantes en materia arbitral.

El Tribunal Constitucional señala que la naturaleza jurídica del arbitraje contiene los cuatro elementos que se requieren para hablar de jurisdicción: existencia de un conflicto entre partes, interés social en la composición del conflicto, intervención del Estado mediante un órgano como tercero imparcial y aplicación de la ley o integración del derecho. Manifiesta asimismo que, siendo voluntario el origen del arbitraje mediante la suscripción del convenio arbitral, esta sustracción del poder judicial no lo desliga de los preceptos constitucionales, por lo que forma parte del orden público constitucional, y deben las partes y los árbitros sujetarse a sus preceptos.

La doctrina desarrolla la naturaleza jurídica del arbitraje señalando cuatro grandes corrientes: la contractualista o privatista, la publicista o procesalista, la ecléctica o mixta y la autónoma.

Creo que es el momento de afirmar con reglas propias la institución arbitral, tomando en consideración su origen y su función como un todo de manera autónoma. No es lo mismo indicar que el arbitraje tiene una función jurisdiccional que señalar que su naturaleza jurídica es exclusivamente jurisdiccional o contractual y mucho menos procesalista.

La sentencia del tribunal arbitral adopta una posición respecto de la naturaleza jurídica de la institución arbitral (la «jurisdicción de carácter privado» o «jurisdicción independiente») sin encasillarla en la teoría procesalista ni en la contractualista, que primó en nuestro país con la dación del Código Civil de 1984, en lo que respecta a los contratos de cláusulas compromisorias y compromiso arbitral, hoy subsumidos ambos en el concepto de *convenio arbitral*. Le da su lugar indicando que el origen es voluntario, pero esa voluntad no se agota en el contrato que lo originó sino que el hecho de someterse a una jurisdicción privada produce automáticamente efectos jurídicos que hacen del arbitraje lo que el tribunal denomina *sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada*, con plenos derechos de autonomía pero dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales recogidos en la Constitución. Al igual que el laudo arbitral que pone fin al proceso, y tiene el carácter de cosa juzgada, no impregna el arbitraje con las características típicas del derecho procesal ordinario.

Sin duda estamos ante un desarrollo conceptual *status nascende*, en la medida en que debe interpretarse el arbitraje autónomamente con criterios propios, sin encasillar la institución arbitral en paradigmas jurídicos que escapan de su verdadera esencia y vocación originaria, creada por el comercio para sustraerse de las jurisdicciones ordinarias generando un mecanismo que satisfaga sus necesidades de justicia eficiente, pero dentro del marco de la seguridad jurídica.

El arbitraje debe interpretarse con sus propios criterios doctrinarios. Como antecedentes de esta opinión quisiera señalar que en el proyecto de ley de seguros se incorporó un capítulo de normas interpretativas para explicar esta institución bajo sus reglas, ya que, como sucede con el arbitraje, se debe explicar según las necesidades del comercio y no de tomar conceptos jurídicos clásicos que no siempre encajan en instituciones modernas<sup>19</sup>.

Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad deriva de la contratación, no puede discutirse la facultad de controlarla por razones del orden público constitucional, máxime si la propia jurisdicción arbitral forma parte de este. Esto supone que en un Estado constitucional el poder se desagrega en múltiples centros de decisión equilibrados entre sí por un sistema de control de pesos y contrapesos, como postula el artículo 43 de la Constitución. Esto hace que el poder público, pero también el privado, estén sometidos al derecho de control de los abusos del poder privado.

El propio Tribunal Constitucional configura el arbitraje como «un equivalente jurisdiccional» mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que ante los órganos jurisdiccionales del Estado, es decir, una decisión con efectos de cosa juzgada [...]. Bernardo M. Cremades indica que «La equivalencia entre el laudo y la sentencia judicial hace necesario el sometimiento de laudo al control judicial mediante el ejercicio de la acción de anulación para salvaguardar la conformidad del laudo al orden público del que jueces y tribunales son garantes<sup>20</sup>».

La institución del arbitraje no agota su esencia en el convenio arbitral ni tampoco en el proceso, el cual, por lo demás, es un mecanismo que no impregna la institución sino que permite su desenvolvimiento en un cauce de orden, pero con una flexibilidad procesal distinta a la rigidez del proceso ordinario, otorgando las garantías de bilateralidad, igualdad y contradicción que suponen un debido proceso. Entendemos, pues, que la interpretación debe ser inclusiva, abarcando su origen y su función, en concordancia con las necesidades básicas de seguridad jurídica.

El carácter jurisdiccional del arbitraje otorga unas garantías a las partes y responsabilidades para el árbitro, de proteger el derecho fundamental al proceso debido, consagrado constitucionalmente, el cual debe ser entendido como sujeto a los principios esenciales de audiencia, contradicción y trato igualitario a las partes.

«Los principios de igualdad, audiencia y contradicción son de aplicación inmediata al arbitraje que, en su caso, serán tutelados por los órganos judiciales que conozcan de la acción de anulación del laudo, o por el propio tribunal

---

<sup>19</sup> Proyecto de ley de seguros (artículo 26) publicado en el diario *El Peruano* el 24 de junio de 1998.

<sup>20</sup> CREMADES (2006: 186-187).

constitucional, mediante la interpretación del recurso de amparo, frente a la resolución de la audiencia provincial que desestime la acción de nulidad, cuando en el arbitraje se hubiese efectivamente vulnerado el derecho fundamental al debido proceso»<sup>21</sup>.

Es importante destacar que reiteradamente se comete el error de considerar al arbitraje carente del atributo de la *executio*, lo cual es un error al sí tenerlo los árbitros, es verdad que por imperio de las partes o del reglamento de la institución a la que se sometieron, tal como señala la misma ley de arbitraje; en cuanto a la *coertio*, esta es ejercida, naturalmente por intermedio de los jueces, por razón de la seguridad jurídica mas no por limitación de los atributos jurisdiccionales de los árbitros.

Independientemente de la denominación (jurisdicción autónoma, privada, excepcional) o sin utilizar el tema jurisdiccional, la mayoría de académicos están de acuerdo en que la función de administración privada de conflictos es un derecho que emana por mandato soberano de los ciudadanos, el cual es reconocido por el Estado, que incorpora a su ordenamiento jurídico un mecanismo alternativo al ordinario, más flexible y ventajoso en cuanto especialización y celeridad, que permita a los particulares (y en muchos casos también al Estado) una solución acorde con las necesidades modernas.

En consecuencia, siguiendo el razonamiento del Tribunal Constitucional, las causales de anulación de un laudo arbitral son las señaladas en el artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, que se pueden invocar ante el Poder Judicial (Sala Comercial) como violación de la legalidad; pero mediante acción Constitucional de amparo podrán invocarse, además, las causas señaladas por el artículo 139 de la Constitución del Estado, con excepción de la renuncia a la doble instancia y la publicidad, lo que por su naturaleza constituye una decisión de las partes al pactar la solución arbitral.

Sin duda los árbitros gozan de plena autonomía en sus funciones y nadie puede socavar dicha autoridad; sin embargo, debido a las características del proceso arbitral, en el que no hay posibilidad inmediata de revisión de la decisiones sino que se debe esperar al final del proceso (revisión *ex post* o a posteriori), como lo señala el Tribunal Constitucional en la resolución 1567-2006 ya citada, se hace necesario que los árbitros se encuentren sujetos a una revisión tanto de parte del poder judicial, respecto del cumplimiento de la legalidad, como también respecto de los derechos constitucionales frente a posibles infracciones o violaciones de la tutela procesal efectiva establecidas en la Constitución del Estado.

---

<sup>21</sup> *Lima Arbitration* número 1, 2006; CREMADES (2006: 186-187).

Se trata, en todo caso, de una jurisdiccional privada. Por ello, la revisión de las decisiones arbitrales se resuelve como la propia legislación sobre la materia lo señala. Esto es, la revisión de parte del poder judicial de cualquier arbitrariedad formal que pueda haberse cometido durante el desarrollo del arbitraje. Vale la pena aclarar que no es solo un control respecto al procedimiento arbitral sino que también lo es respecto a la validez del convenio arbitral, su origen, la arbitrabilidad de las materias sometidas a los árbitros, el debido proceso —por supuesto— y la revisión por parte del poder jurisdiccional del laudo o sentencia arbitral que pone fin al procedimiento arbitral.

La institución arbitral tiene una naturaleza jurídica propia, autónoma, que incluye clara pero no exclusivamente elementos de orden jurisdiccional, toda vez que, siendo el origen voluntario y reposando la institución arbitral en la voluntad de las partes, esta posee un carácter contractual; por eso debe entenderse la institución como un todo y de manera integral, de carácter autónomo.

## BIBLIOGRAFÍA

ARAMBURÚ MENCHACA, Andrés

1990      *Notas al margen de la Constitución*. Lima: P. L. Villanueva.

CAIVANO, Roque J.

2006      «Arbitraje y grupos de sociedad. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario». *Lima Arbitration*. Lima, número 1, pp. 121-162.

CANTUARIAS, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ

1994      *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M. J. Bustamante.

CÁRDENAS QUIROZ, Carlos

1985      «Cláusula compromisoria y compromiso arbitral. Exposición de motivos y comentarios». En REVOREDO, Delia (compiladora). *Código Civil*. Tomo VI. Lima: Artes Gráficas de la Industria Avanzada.

CREMADES, Bernardo M.

2006      «El arbitraje en la doctrina constitucional española». *Lima Arbitration*. Lima, número 1, pp. 185-220.

CUEVA MORALES, Carlos

2000      «¿Puede cuestionarse un laudo arbitral vía acción de amparo?». En *Jurisprudencia comentada*. Tomo 295. Normas Legales, pp. A41-A52.

DE BERNARDES, Luis Marcelo

1995 *La garantía procesal del debido proceso*. Lima: Cultural Cuzco.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón

2006 *Discrecionalidad, arbitrariedad y control constitucional*. Lima: Palestra.

GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo

2004 *El arbitraje internacional*. Lima: Cecosami.

HUNSDKOPF, Oswaldo

2006 «Régimen impugnatorio en el arbitraje nacional». *Athina*. Lima: Universidad de Lima.

LOHmann LUCA DE TENA, Juan Guillermo

1988 *El arbitraje*. Colección *Para leer el Código Civil*. Volumen V. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

MEJORADA, Martín

2006 «Legitimidad y ámbito del control difuso, a propósito de la justicia arbitral». *Archivo Procesal*. Lima, número 1, pp. 118-124

MONToya ALBERTI, Ulises

1988 *El arbitraje comercial*. Lima: Cultural Cuzco.

RIVADENEYRA SÁNCHEZ, Juan

1988 «¿Jurisdicción arbitral?». *Themis*. Lima, segunda época, número 11.

SANTISTEBAN DE NORIEGA, Jorge

2006 «Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, número 2, pp. 15-66.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando

2002 «El arbitraje es función jurisdiccional». *Laudo*. Lima, número 3.

## REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA DOCTRINA CALVO\*

*Oscar M. Garibaldi\*\**

*La responsabilidad de los gobiernos frente a los extranjeros no puede ser mayor que la que estos gobiernos tienen frente a sus propios nacionales.*

Carlos Calvo (1868)

*¿Es un mal que el derecho del hombre se haga respetar aunque ese hombre sea un extranjero?*

*¿Puede el derecho del extranjero ser respetado, sin que acabe por serlo igualmente el del nacional?*

Juan Bautista Alberdi (1868)

## INTRODUCCIÓN EN HOMENAJE AL DOCTOR FERNANDO DE TRAZEGNIES

Conocí a Fernando de Trazegnies, mi amigo Fernando, a fines de la década de 1980, con motivo de una controversia sobre inversiones extranjeras. En esos años yo representaba a la compañía estadounidense Southern Peru Copper Corporation en calidad de abogado externo para cuestiones internacionales. El gobierno peruano de entonces había impugnado retroactivamente el método utilizado por esta compañía, con la aprobación del gobierno anterior, para calcular las cantidades de moneda extranjera que mi cliente tenía derecho a repatriar según el contrato

---

\* Las opiniones que se presentan en este ensayo son responsabilidad exclusiva de su autor y no reflejan las posiciones de sus clientes o las de la firma a la que pertenece. El autor reconoce la valiosa colaboración de Luisa F. Torres en las labores de investigación para este ensayo, así como los generosos y perceptivos comentarios a la versión original en inglés por parte del juez Stephen M. Schwebel, los profesores Thomas W. Wälde, Christoph H. Schreuer y Rudolf Dolzer, el doctor Héctor A. Mairal y los abogados Lucy Reed y Brice M. Clagett. El autor es el único responsable de cualquier error subsistente. La investigación para este ensayo culminó, en general, en febrero de 2006.

\*\* Socio de Covington & Burling, Washington DC.

de inversión que había celebrado con el gobierno para posibilitar el gran proyecto minero de Cuajone. Esta controversia y otras conexas dieron lugar a varios litigios en los tribunales peruanos, para los cuales Fernando se unió a nuestro equipo como principal abogado consultor peruano.

En nuestras sesiones de trabajo, Fernando era una fuente inagotable de argumentos imaginativos y convincentes, apoyados en sólidas razones jurídicas. A pesar de su vasto conocimiento del derecho y reconocido prestigio como jurista, nunca recurría al expediente, tan común en América Latina, de justificar sus conclusiones con un *ipse dixit*. Recuerdo con placer largas sesiones en las que Fernando y yo trabajábamos (frente a frente, cada uno en su *laptop* sobre la misma mesa) en diferentes partes de un recurso, para luego intercambiar y comentar críticamente nuestros respectivos borradores. También recuerdo reuniones en las noches, de sobremesa, en su biblioteca, conversando sobre temas de filosofía del derecho, uno de nuestros muchos intereses en común.

Desde entonces he tenido ocasión de consultar a Fernando en relación con varios asuntos vinculados con el Perú o con el derecho peruano y he contado con su testimonio como experto en un par de casos en los tribunales estadounidenses. Cada vez que nuestros caminos se cruzan —no tan frecuentemente como uno desearía—, renovamos una relación personal e intelectual que me honra.

Mi breve contribución a esta colección de ensayos en homenaje a Fernando está inspirada, en cierto modo, en el primer caso en que trabajamos juntos: la controversia entre Southern Peru Copper Corporation y el Estado peruano<sup>1</sup>. En ese entonces no existía un tratado entre Estados Unidos y la República del Perú sobre protección a las inversiones<sup>2</sup>. Por ende, la compañía no estaba amparada por las normas de tratamiento que dichos tratados normalmente contienen ni podía someter la controversia a un arbitraje internacional contra el Estado, como lo autorizan la mayoría de los tratados de ese tipo. El único recurso disponible para la compañía era acudir a los tribunales peruanos, agotar todos los recursos internos disponibles y, en caso de que no obtener satisfacción, tratar de persuadir al gobierno de Estados Unidos sobre el mérito de iniciar un reclamo diplomático ante el gobierno del Perú por violación de las normas de derecho internacional consuetudinario sobre el trato debido a los extranjeros<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Esta contribución es una versión castellana de uno de los temas abordados en un artículo publicado en 2006. Véase GARIBALDI (2006).

<sup>2</sup> El tratado de libre comercio entre Estados Unidos y el Perú, firmado en 2006, que contiene un capítulo sobre protección a las inversiones, no ha entrado en vigencia todavía.

<sup>3</sup> Luego de varios años de litigio en los tribunales peruanos, la controversia concluyó en una transacción.

Pues bien, aun esta incierta vía de recurso internacional es anatema para los defensores de la doctrina Calvo. Esta doctrina es la tesis según la cual los extranjeros no tienen derecho a un mejor trato que los nacionales y, por consiguiente, toda controversia entre un extranjero y el Estado receptor debe ser resuelta exclusivamente por los tribunales del propio Estado según las normas de derecho interno del mismo Estado. Esta tesis fue concebida en su origen como un ataque a dos instituciones de derecho consuetudinario internacional: a) las normas que obligan a los Estados a otorgar a los extranjeros un trato acorde con un nivel mínimo de justicia (el llamado *standard* mínimo internacional o SMI); y b) los recursos aplicables en caso de incumplimiento del SMI, incluido el régimen de protección diplomática por parte del Estado del que el extranjero es nacional<sup>4</sup>.

Hasta fines de la década de 1980, la mayoría de países latinoamericanos habían adoptado la doctrina Calvo como uno de los pilares de su tradición diplomática. Desde fines del siglo XIX, los Estados latinoamericanos habían pugnado, en intercambios diplomáticos y en conferencias internacionales, por la aceptación general de la doctrina Calvo frente a la oposición (frecuentemente solitaria) de Estados Unidos, que defendía el derecho tradicional de los Estados de otorgar protección diplomática a sus nacionales en casos de violación del SMI. Esta oposición había impedido que la doctrina Calvo fuera generalmente aceptada como costumbre hemisférica, como paso previo a su aceptación como norma de derecho consuetudinario universal<sup>5</sup>.

A principios de la década de 1990, como reacción frente a la profunda crisis económica y social que había sufrido América Latina en la década anterior (la llamada «década perdida»), la mayoría de países latinoamericanos comenzaron a adoptar una serie de medidas de liberalización de sus economías y apertura a las inversiones privadas y extranjeras. Estas medidas incluyeron la firma de tratados bilaterales de protección a las inversiones y más tarde tratados bilaterales o multilaterales sobre libre comercio, que incluían capítulos sobre protección a las inversiones<sup>6</sup>. La firma de estos tratados implica, para todo efecto práctico, el abandono de la doctrina Calvo. Un tratado sobre protección a las inversiones es la antítesis de la doctrina Calvo, ya que obliga a los Estados contratantes a otorgar a los inversionistas del otro Estado contratante un trato acorde con normas internacionales establecidas en el mismo tratado y, en la generalidad de los

<sup>4</sup> En términos generales, la protección diplomática es el derecho que tiene el Estado del que el extranjero es nacional, de adoptar la pretensión jurídica del nacional y presentarla contra el Estado receptor a través de los canales diplomáticos; y si los dos Estados lo han consentido o la jurisdicción arbitral está disponible por cualquier otra vía, a someter dicha disputa al arbitraje internacional. Véase *infra*.

<sup>5</sup> GARIBALDI (2006: § 1.03[1]).

<sup>6</sup> GARIBALDI (2006: §1.03[2]).

casos, confiere a los inversionistas el derecho de presentar demandas arbitrales directamente contra el Estado receptor de la inversión.

El experimento de liberalización de la década de 1990, bien intencionado pero imperfectamente realizado, terminó en una serie de crisis económicas y el advenimiento de gobiernos de izquierda en gran parte de América Latina. Estos nuevos gobiernos han comenzado a revertir la apertura de la década anterior a favor de políticas autárquicas semejantes a las de los tiempos anteriores, caracterizadas por el aumento del control del Estado sobre la iniciativa económica privada y el recelo frente a la inversión extranjera. No debe extrañar que en esta nueva atmósfera política haya aumentado la frecuencia con que se invocan en América Latina la memoria y las ideas de Carlos Calvo<sup>7</sup>. Lo que sí sorprende es comprobar que ideas similares a la doctrina Calvo se han abierto paso en Estados Unidos, el tradicional baluarte de oposición a la doctrina. El auge de esta versión estadounidense de la doctrina Calvo obedece a complejas razones de política interna que he analizado en otro lugar<sup>8</sup>.

Es de observar entonces que la doctrina Calvo está siendo redescubierta, en pleno auge mundial de los tratados de protección a las inversiones, no solo en América Latina, donde tuvo su cuna, sino también en cierta medida en Estados Unidos, su tradicional antagonista. ¿Cómo puede ser que la doctrina Calvo, concebida hace 130 años como un ataque al régimen de protección diplomática, que apenas se usa en nuestro días, tenga relevancia en la era de los tratados de protección a las inversiones? La respuesta radica en el debate político actual sobre protección a las inversiones. Para los políticos latinoamericanos que se oponen a dichos tratados, la doctrina Calvo ofrece una justificación política intelectualmente respetable y con apoyo histórico y cultural. Para los políticos y grupos de presión estadounidenses que adoptan la misma actitud, la doctrina Calvo no cuenta para mucho, pero las ideas y sentimientos que la subyacen no son desconocidos en la política de Estados Unidos.

El objeto de este trabajo es evaluar críticamente las políticas y la política asociadas con la doctrina Calvo<sup>9</sup>. Es particularmente apropiado reevaluar la doctrina Calvo cuando reaparece en los debates sobre los tratados acerca de las inversiones. Ya no es posible aceptar esta doctrina con reverencia dogmática, como fue práctica común en América Latina durante casi todo el siglo XX, ni es

<sup>7</sup> GARIBALDI (2006: §1.03[3]). Venezuela y Bolivia han anunciado su intención de retirarse del Centro Internacional de Ajuste de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI). Véase <[http://espanol.news.yahoo.com/s/reuters/070429/latinoamerica/latinoamerica\\_venezuela\\_cumbre\\_sol](http://espanol.news.yahoo.com/s/reuters/070429/latinoamerica/latinoamerica_venezuela_cumbre_sol)>.

<sup>8</sup> GARIBALDI (2006: §1.03[3]).

<sup>9</sup> Por razones de espacio, en este ensayo no nos referiremos a los efectos de la cláusula Calvo. Se trata de una disposición que se introduce con frecuencia en los contratos entre el Estado y los inversionistas extranjeros, en un intento por implementar la doctrina Calvo.

posible tacharla de anacrónica sin confrontarla, como ha sido tendencia reciente en otras latitudes. Ya no es posible evitar un examen crítico de los fundamentos de la doctrina Calvo puesto que estos son, en el fondo, la cara opuesta de los fundamentos de los tratados sobre protección de la inversión extranjera.

Nunca he conversado estos temas con Fernando, de manera que no conozco su pensamiento sobre los mismos. No sé si aprobará el análisis y las conclusiones que siguen, pero me alegra comprobar que fue durante su gestión como ministro de Relaciones Exteriores que el Perú celebró tratados bilaterales de protección a las inversiones con Ecuador, Cuba y Chile.

## 1. LA DOCTRINA CALVO

### 1.1 La doctrina Calvo en su origen

La doctrina Calvo tuvo su origen en los escritos de Carlos Calvo, tratadista y diplomático argentino del Siglo XIX. Nacido en 1822, Carlos Calvo residió la mayor parte de su vida en Europa; actuó como diplomático para Paraguay y posteriormente para la Argentina y publicó obras sobre derecho internacional e historia latinoamericana<sup>10</sup>. Su obra más conocida es *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, un tratado sobre derecho internacional público publicado por primera vez en castellano en 1868<sup>11</sup>. Calvo luego publicó esta misma obra en versión francesa, la cual fue objeto de cuatro ediciones que culminaron en una de seis volúmenes publicada en 1896<sup>12</sup>. En este tratado, Calvo esbozó las bases teóricas de la doctrina que lleva su nombre.

Un comentarista ha observado que si bien Calvo tenía talento para compilar y organizar vastas cantidades de información, los aspectos analíticos de su obra tienen menos mérito<sup>13</sup>. En efecto, es imposible encontrar en ese extenso tratado una clara formulación de las ideas que hoy en día se conocen como la doctrina Calvo. El pensamiento de Calvo sobre las cuestiones de que trata su doctrina debe ser reconstituido a partir de diferentes pasajes de su obra, que no siempre resultan claros. Por tanto, no es de sorprender que todavía exista desacuerdo entre los estudiosos sobre lo que Calvo realmente quiso decir, a diferencia de la manera en que sus dichos han sido interpretados y glosados por sus seguidores<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Véase PICCIRILLI, ROMAY y GIANELLO (1953-1954: 57). Calvo falleció en 1906.

<sup>11</sup> CALVO (1868).

<sup>12</sup> CALVO (1896).

<sup>13</sup> SHEA (1955: 16).

<sup>14</sup> Horacio Grigera Naón ha argüido recientemente que las ideas de Calvo, las cuales distingue de las interpretaciones que se han hecho de ellas, no son hostiles al arbitraje internacional *per se*,

La idea fundamental que subyace en las teorías de Calvo es que los extranjeros no tienen derecho a gozar de derechos más extensos que los nacionales:

Es cierto que los extranjeros que se establecen en un país tienen el mismo derecho a ser protegidos que los nacionales, pero no deben reclamar una protección más extensa. Si sufren algún daño, deben contar con que el gobierno del país perseguirá a los delincuentes, y no deben reclamar indemnización pecuniaria alguna por parte del Estado al que pertenezcan los autores de la violencia<sup>15</sup>.

[...]

La regla que se ha tratado de imponer a los Estados americanos en más de una oportunidad es que los extranjeros tienen derecho a una mayor consideración y privilegios más marcados y extensos que los otorgados a los nacionales del país donde aquellos residen.

Este principio es intrínsecamente contrario a la ley de igualdad de las naciones y es funesto por sus consecuencias prácticas<sup>16</sup>.

[...]

Admitir en el caso presente la responsabilidad del gobierno, esto es el principio indemnizatorio, es crear un privilegio exorbitante y fatídico, esencialmente favorable a los Estados poderosos y perjudicial a las naciones más débiles, estableciendo una desigualdad injustificada entre los nacionales y los extranjeros. Desde otro punto de vista, al sancionar la doctrina que combatimos, se causaría grave daño, aunque indirectamente, a uno de los elementos fundamentales en la independencia de las naciones, esto es, la jurisdicción territorial; aquí se

---

especialmente al arbitraje comercial internacional, que se diferencia del arbitraje internacional de disputas entre Estados y extranjeros. Véase GRIGERA NAÓN (2005: 127). Es un hecho que las teorías de Calvo han sido interpretadas por sus seguidores en el sentido de prohibir toda forma de arbitraje, incluyendo el arbitraje internacional (y aun el interno) de controversias entre partes privadas. La cuestión de si las ideas de Calvo son compatibles con el arbitraje entre partes privadas excede el marco de este trabajo. Otros autores han intentado reconciliar el legado de Calvo con el arbitraje internacional de controversias entre el Estado y un extranjero, reinterpretando las ideas de Calvo como mera hostilidad a la protección de los nacionales mediante la intervención armada. Véase PAULSSON y BLACKABY (2003: 2-5). Véase también PAULSSON (2005: 20-25). En realidad, Calvo no limitó su teoría a las intervenciones armadas y sus razonamientos se aplican igualmente a todos los mecanismos de protección a los nacionales.

<sup>15</sup> CALVO (1896, volumen VI: 231). Traducción libre del texto original en francés: *Il est certain que les étrangers qui se fixent dans un pays ont au même titre que les nationaux droit à la protection, mais si ils ne peuvent prétendre à une protection plus étendue. S'ils subissent quelque attentat, ils doivent compter que le gouvernement du pays exercera des poursuites contre les délinquants, mais ils ne sauraient réclamer de l'Etat dont dépendent les auteurs des violences une indemnité quelconque.*

<sup>16</sup> CALVO (1896, volumen III: 140). Traducción libre del texto original en francés: «*La règle que, dans plus d'une circonstance, on a tenté d'imposer aux Etats américains, c'est que les étrangers méritent plus de considération, des égards et des priviléges plus marqués et plus étendus que ceux accordés aux nationaux mêmes du pays où ils résident. [...] Ce principe est intrinsèquement contraire à la loi d'égalité des nations et très funeste par ses conséquences pratiques».*

encuentra, en efecto, el real alcance, el verdadero significado de los frecuentes usos de los canales diplomáticos para resolver los asuntos que por su naturaleza y las circunstancias en medio de las cuales surgen, caen bajo la jurisdicción exclusiva de los tribunales ordinarios<sup>17</sup>.

[...]

La responsabilidad de los gobiernos frente a los extranjeros no puede ser mayor que la que estos gobiernos tienen frente a sus propios nacionales<sup>18</sup>.

A estas ideas Calvo agregó una segunda teoría complementaria: que de acuerdo con los principios de soberanía e igualdad de los Estados, los Estados soberanos tienen derecho a permanecer libres de «interferencia de cualquier clase» por parte de otros Estados, sea a través del uso de la fuerza, sea a través de representaciones diplomáticas<sup>19</sup>. En combinación, las dos teorías suponen una negación del derecho de los Estados a ejercer protección diplomática de sus nacionales frente a otros Estados.

La idea central de la doctrina Calvo, en su concepción original, puede ser expresada en terminología moderna de la siguiente manera: *De acuerdo con el derecho internacional general, un Estado no está obligado a otorgar a los extranjeros un mejor trato que el otorgado a sus propios nacionales*. Ahora bien, dado que los nacionales se encuentran normalmente obligados a someter sus disputas con el Estado a las instituciones locales y a las normas sustantivas del derecho interno, la idea central de la doctrina conduce al siguiente corolario: *Las disputas entre el Estado y los extranjeros deben ser resueltas de manera exclusiva por los tribunales del Estado de acuerdo con el derecho del Estado y por consiguiente no pueden ser objeto de protección diplomática*. Dos elementos de este corolario merecen ser resaltados: a) la aplicación exclusiva de los órganos y recursos jurisdiccionales del Estado; y b) la aplicación exclusiva del derecho del Estado. Estas dos ideas son, para bien o para mal, el principal legado de Carlos Calvo al derecho y a la política internacionales.

<sup>17</sup> CALVO (1896, volumen III: 142). Traducción libre del texto original en francés: «Admettre dans l'espèce la responsabilité des gouvernements, c'est-à-dire le principe d'une indemnité, ce serait créer un privilège exorbitant et funeste, essentiellement favorable aux Etats puissants et nuisible aux nations plus faibles, établir une inégalité injustifiable entre les nationaux et les étrangers. D'un autre côté, en sanctionnant la doctrine que nous combattons, on porterait, quoique indirectement, une profonde atteinte à un des éléments constitutifs de l'indépendance des nations, celui de la juridiction territoriale; c'est bien là, en effet, la portée réelle, la signification véritable de ce recours si fréquent à la voie diplomatique pour résoudre des questions que leur nature et les circonstances au milieu desquelles elles se produisent font rentrer dans le domaine exclusif des tribunaux ordinaires».

<sup>18</sup> CALVO (1896, volumen III: 138) Traducción libre del texto original en francés: «La responsabilité des gouvernements envers les étrangers ne peut être plus grande que celle que ces gouvernements ont à l'égard de leurs propres citoyens».

<sup>19</sup> SHEA (1955: 19).

Es importante distinguir a la doctrina Calvo de la figura del agotamiento de los recursos jurídicos internos. De acuerdo con el derecho internacional general, es necesario agotar los recursos jurídicos disponibles en el derecho interno como condición previa al ejercicio válido de la protección diplomática<sup>20</sup>. Por cierto, esta regla está sujeta a importantes excepciones, en especial en casos en que acudir a los recursos locales resultaría inútil; o cuando el Estado demandado ha renunciado a dicho requerimiento; o cuando el Estado demandado es responsable de una demora injustificada en facilitar el recurso interno o ha impedido al extranjero acceder al mismo; o cuando no hay un vínculo voluntario entre el Estado demandado y el extranjero; o cuando el acto ilícito internacional en que se funda la reclamación no ha tenido lugar dentro de la jurisdicción del Estado demandado<sup>21</sup>. Por el contrario, la doctrina Calvo rechaza la validez de la protección diplomática *aun después* del agotamiento de los recursos internos. De acuerdo con esta doctrina, los recursos internos son el único remedio de que disponen los extranjeros y no solamente una oportunidad para que el Estado repare el ilícito internacional antes de que sea objeto de una reclamación<sup>22</sup>.

Calvo formuló sus teorías como enunciados descriptivos del derecho internacional general o consuetudinario (*de lege lata*), como lo demuestra su intento de extraer dichas teorías de los conceptos de soberanía nacional, igualdad entre los Estados y jurisdicción territorial. Es claro, sin embargo, que el principal objetivo de Calvo era convencer al lector de que sus teorías reflejaban, si no lo que era el derecho internacional general de la época, al menos lo que este debería ser. Esta es la razón por la que las teorías de Calvo han sido interpretadas (y han causado su mayor impacto) como afirmaciones prescriptivas, es decir, enunciados sobre el sentido en que el derecho internacional debería evolucionar (*de lege ferenda*). Esta distinción entre una teoría descriptiva y una teoría prescriptiva, que suele ser ignorada en este y otros muchos contextos, es esencial para entender en qué medida la doctrina Calvo tiene relevancia en la actualidad.

---

<sup>20</sup> Véanse, por ejemplo, el Caso Interhandel (Suiza vs. Estados Unidos de América) CIJ (21 de marzo de 1959), 1959 ICJ Reports, p. 27; el Caso Concerniente a Elettronica Sicula S.p.A (ELSI) (Estados Unidos de América vs. Italia) CIJ (20 de julio de 1989), 1989 ICJ Reports, p. 42, ¶50; BORCHARD (1919: 817-818); DUNN (1970: 156). Véase también DUGARD (2001).

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, DUGARD, (2002a). Adicionalmente, si un Estado se compromete a someter a arbitraje las disputas con un extranjero, el arbitraje reemplaza el requisito del agotamiento de los recursos internos. Véanse SCHWEBEL y WETTER (1966: 484); SCHWEBEL (1989: 951, reimpresión 1994: 171-195).

<sup>22</sup> Algunos pronunciamientos recientes en procesos arbitrales basados en tratados sobre inversión muestran una cierta semejanza con las ideas de Calvo. Véase SCHREUER (2005: 1).

## 2. LA DOCTRINA CALVO COMO ENUNCIADO DESCRIPTIVO

Un enunciado que simplemente intenta describir un estado de cosas que existe, a diferencia de uno que se refiere a un estado de cosas que debería existir, es verdadero o falso. En la medida en que la doctrina Calvo se presente como enunciado descriptivo del derecho internacional, deberá ser evaluado con referencia al estado de cosas que pretende describir, es decir, el derecho internacional general existente durante las tres últimas décadas del siglo XIX. Por otro lado, en la medida en que se presente a esta doctrina como una descripción del derecho internacional general vigente en nuestros días, debe ser evaluada a la luz del estado actual de este derecho. Por las razones expuestas seguidamente, es muy dudoso que la doctrina Calvo haya sido una descripción correcta del derecho internacional consuetudinario existente en la época en que fue formulada y es claro que no es una descripción correcta del derecho internacional general vigente en la actualidad.

La doctrina Calvo fue formulada como un ataque directo a dos instituciones: una de derecho sustancial, el *standard* mínimo internacional sobre el trato que el Estado debe acordar a un extranjero (SMI), y otra de naturaleza procesal, el régimen de protección diplomática<sup>23</sup>. En su faceta descriptiva, la doctrina Calvo niega que dichas instituciones sean parte del orden jurídico internacional que se describe. Sustanciar tal negativa no era tarea fácil para Calvo, puesto que las instituciones de la protección diplomática y del SMI estaban firmemente establecidas en el derecho consuetudinario internacional al menos desde los escritos de Emmerich de Vattel en 1758<sup>24</sup> y habían sido confirmadas por la práctica de los

<sup>23</sup> Véanse ROTH (1949); DUNN (1970: 55-56); BORCHARD (1919: 837-838). La doctrina Calvo es también un ataque al uso de la fuerza como mecanismo para reparar el daño causado a los extranjeros. Véase CALVO (1896, volumen I, § 205: 351). Dado que, en términos generales, los Estados han abandonado el uso de la fuerza como mecanismo para hacer efectivo el SMI (puesto que las intervenciones humanitarias tienen una justificación diferente), este aspecto de la doctrina Calvo solo conserva un interés histórico. En 1902, el ministro de Relaciones Exteriores argentino, José María Drago, proclamó la doctrina (que se conocería posteriormente como la doctrina Drago) que condena el uso de la fuerza como medio para obtener el pago de la deuda externa. Véase, por ejemplo, GRIGERA NAÓN, *supra* nota 14 (2005: 135). La doctrina Drago es, en muchos aspectos, una aplicación específica de la doctrina Calvo.

<sup>24</sup> La cita clásica de Vattel es la siguiente: «Quien quiera que maltrate a un ciudadano, indirectamente maltrata al Estado que debe proteger al ciudadano. El Estado soberano del individuo maltratado debe vengar el daño y, si es posible, forzar al agresor a repararlo completamente o castigarlo, puesto que de otra manera tal ciudadano no obtendría el fin principal de la sociedad civil, que es la protección». DE VATTTEL (1916 [1758]: I, libro 2, c. 6, ¶71). Traducción libre de la traducción inglesa: «Whoever ill-treats a citizen indirectly injures the State, which must protect the citizen. The sovereign of the injured citizen must avenge the deed and, if possible, force the aggressor to give full satisfaction or punish him, since otherwise the citizen will not obtain the chief end of civil society, which is protection». La idea en virtud de la cual los extranjeros tienen derecho a una protección sustantiva especial tiene raíces

Estados durante el siglo XIX<sup>25</sup>. Según la concepción tradicional de dichas instituciones, un Estado que causa daño a un nacional de otro Estado en violación de requisitos mínimos de justicia causa daño también al Estado de nacionalidad de la víctima, resultado que se conoce generalmente como la «ficción vatteliana»<sup>26</sup>. En tales casos, el Estado víctima del daño puede acudir a los recursos que ofrece el derecho internacional, incluida la presentación de una demanda de reparación a través de canales diplomáticos o por cualquier otro mecanismo de resolución de conflictos al cual hayan consentido los dos Estados involucrados<sup>27</sup>.

En un intento por superar la autoridad de Vattel y la práctica internacional que apoyaba a estas instituciones, Calvo acudió al método (hoy común) de apelar a principios más generales de ámbito menos definido, poniendo de cabeza el principio general *lex specialis derogat generali*. Como ya se anotó, Calvo acudió a los conceptos de soberanía nacional, igualdad de los Estados y jurisdicción territorial. Como veremos, sin embargo, ninguno de estos principios es incompatible con el SMI o la institución de la protección diplomática.

No es posible argüir seriamente que el Estado pierde su soberanía (o independencia) por el hecho de estar sujeto al SMI o a reclamos diplomáticos por parte de otros Estados. Un argumento de este tipo solo podría formularse si se entendiera el concepto de soberanía de los Estados en un sentido absoluto, es decir, que un Estado no puede ser considerado como soberano o independiente a menos que se encuentre *iure gentium solutus*, esto es, libre de cualquier obligación internacional. Es obvio que hoy nadie sostiene tal noción absoluta de soberanía<sup>28</sup>. Ni siquiera Calvo la sostuvo, ya que no tuvo dificultades para aceptar numerosas

---

más profundas. Grocio admitió que un soberano podría tomar la propiedad (incluyendo derechos contractuales) *ex vi supereminentis dominii* (mediante el uso del poder supremo) siempre y cuando existiese una finalidad pública y una compensación, pero excluyó a los extranjeros (*jus exterorum*), respecto de quienes *supereminenti dominio nullo modo subest* (esto es, quienes de ningún modo están sometidos al poder supremo). GROTIUS (1913 [1646], libro 2, c. XIV: 7-8). Véase MANN (1959: 202). Por supuesto, los extranjeros no gozan de esta excepción en nuestros días, no obstante lo cual se benefician de una versión moderna de la regla de Grocio, que se aplica a los extranjeros (y solo a los extranjeros) en virtud de las disposiciones del derecho consuetudinario internacional.

<sup>25</sup> Véanse, por ejemplo, BORCHARD (1919: §§ 305, 307-308, 329, 359), que cita varias decisiones que reflejan la práctica de los tribunales internacionales en materia de protección diplomática, durante el siglo XIX y posteriormente; DUNN (1970: 53-61); SHEA (1955: 11); BORCHARD (1933-1934); BIGGS (2004: 66). Véase, igualmente, HURST (1926: 163), que cita numerosas decisiones de los siglos XIX y XX en materia de nacionalidad y de continuidad en la nacionalidad de las reclamaciones.

<sup>26</sup> *Supra*, nota 24. Véanse también BENNOUNA (1998: 16-17, 21); DUGARD (2000: 12, 36).

<sup>27</sup> Véase, por ejemplo, BENNOUNA (1998: 19-20); SHEA (1955: 11).

<sup>28</sup> Véase, por ejemplo, O'CONNELL (1970: 284); JENNINGS y WATTS (1992: 125-126), KELSEN (1952: 156), LAUTERPACHT (1975: 8), SEIDL-HOHENVELDERN (1999: 19-21), STEINBERGER (2000: 512), PODESTÁ COSTA (1979: 67).

limitaciones al concepto de soberanía, tales como obligaciones contraídas por tratado, la dependencia de un Estado o su habitual deferencia respecto de otro, la sumisión temporal a los dictados de un gobierno extranjero, el pago de tributos o el establecimiento de un protectorado<sup>29</sup>. Calvo nunca explicó por qué estas restricciones se podían considerar compatibles con el concepto de soberanía, mientras que la protección diplomática de extranjeros en relación con un estándar mínimo de tratamiento justo no lo era.

El principal argumento de Calvo parece ser que la protección diplomática basada en un SMI «[...] es intrínsecamente contraria a la ley de igualdad de las naciones», puesto que sería «[...] esencialmente favorable a los Estados poderosos y perjudicial respecto de las naciones más débiles»<sup>30</sup>. Este argumento carece de validez por varias razones. En primer lugar, el principio de igualdad de los Estados no implica que una norma de derecho internacional deje de ser válida si todos los Estados no están en situación de hacer uso igualitario de dicha norma<sup>31</sup>. Por ejemplo, la norma en virtud de la cual todas las embarcaciones y aeronaves pueden navegar por los estrechos que de otro modo están sometidos a la jurisdicción nacional de un Estado, no beneficia a los Estados sin salida al mar o sin una armada de mar<sup>32</sup>. En segundo lugar, es un hecho que el poder y la capacidad de influencia no se encuentran divididos igualitariamente entre los Estados. El problema de la aplicación de las normas de derecho internacional a favor o en contra de los Estados más poderosos es inherente a nuestro sistema internacional, que es un orden jurídico relativamente descentralizado y carente de una autoridad central

<sup>29</sup> CALVO (1868, volumen I, §46-47: 85-86).

<sup>30</sup> Véase *supra*.

<sup>31</sup> Véase, por ejemplo, O'CONNELL (1970: 323): «Igualdad [...] no significa que todo sujeto del derecho internacional se encuentra en todo momento y en relación con todas las medidas dotado de los mismos derechos y facultades que cualquier otro». Traducción libre del texto original en inglés (*«Equality [...] does not mean that every international person is at all times and in all measures possessed of the same legal rights and faculties as every other»*.); JENNINGS y WATTS (1992: §107); KELSEN (1952: 155); CASTRO-RIAL (2000: 683): «La noción de igualdad se encuentra a su turno condicionada por su carácter esencialmente legal formal. No equivale a una identidad sustancial y material de derechos y deberes, sino que comporta la capacidad legal para actuar en igualdad de condiciones y con la misma libertad de decisión, una protección similar bajo el orden jurídico internacional, y el respeto que se debe por igual a los Estados integrados en un sistema de coexistencia». Traducción libre del texto original en inglés: *«The notion of equality is conditioned in turn by its essentially legal-formal character. It is not equivalent to material or substantial identity of rights and duties but rather entails the legal capacity to act on an equal footing and with equal freedom of decision, similar protection under the international legal order, and the equal respect due to States integrated in the system of coexistence»*.

<sup>32</sup> Véase la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, firmada en Montego Bay-Jamaica, el 10 de diciembre de 1982, en vigor desde el 16 de noviembre de 1994, artículo 38 (1), en la página web de la División para Asuntos Marítimos y el Derecho del Mar de la ONU, <[http://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/convention\\_overview\\_convention.htm](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_overview_convention.htm)>

con monopolio del uso de la fuerza<sup>33</sup>. Sin embargo, el desigual cumplimiento forzoso de las normas internacionales no hace que esas normas sean inválidas o inexistentes<sup>34</sup>. En tercer lugar, resulta dudoso que, al menos en la situación mundial actual, la protección diplomática sea un arma poderosa esgrimida por los Estados fuertes contra los Estados débiles. En la mayoría de los casos es un arma que, por razones políticas, los Estados (fuertes o débiles) prefieren no esgrimir.

Por otra parte, la figura de la protección diplomática basada en el SMI tampoco es incompatible con el principio de la jurisdicción territorial. No hay duda de que, salvo que medie un tratado en contrario, el país donde el extranjero reside habitualmente tiene jurisdicción territorial sobre la conducta de dicho extranjero dentro del territorio y sobre los bienes ubicados en el mismo<sup>35</sup>. Sin embargo, de allí no se sigue, *pace* Calvo, que el principio de jurisdicción territorial excluya las obligaciones impuestas por el derecho internacional general en relación con la manera en que el Estado puede ejercer dicha jurisdicción.

El intento de Calvo de desmantelar las instituciones de la protección diplomática y el SMI sobre el trato a los extranjeros fracasó en definitiva. Aunque las ideas de Calvo tuvieron gran acogida en Latinoamérica, tanto *de lege lata* como *de lege ferenda*, no lograron convencer a la mayoría de los Estados, ni a los juristas fuera de la región ni a los tribunales internacionales<sup>36</sup>. Por ejemplo, en el *Caso de las concesiones palestinas de Mavrommatis*, la Corte Permanente de Justicia Internacional confirmó el carácter «elemental» de las instituciones atacadas por Calvo:

Es un principio elemental del derecho internacional que un Estado tiene el derecho de proteger a sus súbditos, cuando estos sean sufran daños por actos contrarios al derecho internacional perpetrados por otro Estado, del cual estos no hayan logrado obtener reparación a través de los canales ordinarios. Al asumir el caso de uno de sus súbditos y recurrir a la acción diplomática o a procedimientos judiciales internacionales en su nombre, un Estado en realidad está haciendo valer derechos propios —su derecho a asegurar, en la persona de sus súbditos, el respeto a las reglas del derecho internacional<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> KELSEN (1952: 14).

<sup>34</sup> Véase, por ejemplo, LAUTERPACHT (1975: 29).

<sup>35</sup> Véanse, por ejemplo, JENNINGS y WATTS (1992: §410); O'CONNELL (1970: 693); BROWNLIE (1973: 291, 293, 302-303); CARTER y TRIMBLE (1995: 733).

<sup>36</sup> Véase, por ejemplo, The Panevezys-Saldutiskis Railway Case, PCIJ, Series A./B., Judgment 76 (28 de febrero de 1939), p. 16. Véanse también ILC Primer Rep., ¶ 37 (que cita a BORCHARD (1915: 354); DE VISSCHER (1954-II: 507).

<sup>37</sup> The Mavrommantis Palestine Concessions, PCIJ, Series A, Judgment 2 (30 de agosto de 1924), p. 12. Traducción libre del texto original en inglés: «*It is an elementary principle of international law that a state is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another state, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial*

En 1955 Shea resaltó que «En cuanto concierne a obtener aceptación por sus méritos intrínsecos, es posible afirmar que la doctrina Calvo no ha recibido reconocimiento como principio de derecho internacional, y como tal está ahora muerta»<sup>38</sup>. La evolución del derecho internacional desde 1955 no ha hecho sino reafirmar la continua validez de la protección diplomática y del SMI como instituciones de derecho internacional general y ha repudiado, por implicación, las afirmaciones descriptivas de Calvo<sup>39</sup>. Por ejemplo, en el caso *Barcelona Traction*, la Corte Internacional de Justicia aplicó las reglas del derecho internacional general en materia de protección diplomática, aunque negó capacidad para demandar al Estado del cual los accionistas de la compañía afectada eran nacionales, a diferencia del Estado en que la compañía misma estaba constituida y registrada. Según dijo la Corte, «[...] dentro de los límites establecidos por el derecho internacional, un Estado puede ejercer protección diplomática por cualquier medio y en cualquier medida que lo considere necesario, puesto que es su propio derecho el que el Estado está haciendo valer»<sup>40</sup>. La práctica más reciente ha demostrado que incluso Estados latinoamericanos han aceptado la existencia del SMI sobre el trato a los extranjeros<sup>41</sup>.

En síntesis, es posible concluir que la doctrina Calvo, en la medida en que se la entienda como descripción del derecho internacional general, fue falsa en

*proceedings on his behalf, a state is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law».*

<sup>38</sup> SHEA (1955: 20) (nota de pie de página omitida). Traducción libre del texto original en inglés: «As regards winning acceptance on its intrinsic merit, it can be asserted that the Calvo Doctrine has failed to receive recognition as a principle of international law, and as such is now dead».

<sup>39</sup> Véase, por ejemplo, el caso de Nottebohm (Liechtenstein vs. Guatemala), Segunda Fase, CIJ (6 de abril de 1955), 1955 ICJ Reports, p. 24. Véase también ILC Primer Rep., ¶36 n. 48 (que cita, por ejemplo, a JOSEPH (1969: 1); Leigh (1971: 453 y ¶¶31-32), que reafirma la importancia de la institución en la actualidad, incluso en presencia de la evolución de los estándares de protección de los extranjeros en materia de derechos humanos y de derecho de la inversión extranjera).

<sup>40</sup> Caso concerniente a la Compañía Barcelona Traction, Light and Power, Limited (Nueva Aplicación: 1962) (Bélgica vs. España), Segunda Fase, CIJ (5 de febrero de 1970), 9 Int'l Legal Materials (1970), p. 227, ¶78. Traducción libre del texto original en inglés: «[...] within the limits prescribed by international law, a State may exercise diplomatic protection by whatever means and to whatever extent it thinks fit, for it is its own right that the State is asserting».

<sup>41</sup> Véase, por ejemplo, Clarificaciones de la Comisión de Libre Comercio en Relación con el Capítulo 11 del TLCAN (31 de julio 2001), §B(1)(2), en <<http://www.economia.gob.mx/index.jsp?P=2259>>; Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos, firmado en Miami el 6 de junio de 2003, artículo 10.4 y anexo 10-A, en <[http://www.ustr.gov/Trade\\_Agreements/Bilateral/Chile\\_FTA/Final\\_Texts/Section\\_Index.html](http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Chile_FTA/Final_Texts/Section_Index.html)>; Tratado de Libre Comercio para Centroamérica y la República Dominicana, firmado en Washington el 5 de agosto de 2004, artículo 10.5 y anexo 10-B, en <[http://www.ustr.gov/Trade\\_Agreements/Bilateral/CAFTA/CAFTA-DR\\_Final\\_Texts/Section\\_Index.html](http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/CAFTA/CAFTA-DR_Final_Texts/Section_Index.html)>; Tratado entre Estados Unidos de América y la República de Uruguay Concerniente a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado en Mar del Plata el 4 de noviembre de 2005, artículo 5 y anexo A, en <<http://www.state.gov/documents/organization/56650.pdf>>.

tiempos de Calvo y es falsa si se la afirma en relación con el estado actual del derecho internacional. Así, puede afirmarse que, en su faceta descriptiva, la doctrina Calvo tiene simplemente interés histórico.

El resto de este trabajo está dedicado a la doctrina Calvo en su faceta prescriptiva; es en este sentido que el legado de Calvo aún tiene relevancia.

### 3. LA DOCTRINA CALVO COMO ENUNCIADO PRESCRIPTIVO

Un enunciado acerca de cómo debe ser el derecho puede ser razonable o no, convincente o no, pero no puede calificarse como verdadero o falso. Como enunciado prescriptivo (o de política), la doctrina Calvo debe ser evaluada a la luz de las razones que la apoyan y las consecuencias a que ha dado o daría lugar en caso de ser adoptada como política. En este sentido, la doctrina Calvo es muy difícil de justificar.

Se dice con frecuencia que Calvo formuló su doctrina como reacción a una serie de intervenciones europeas en la Confederación Argentina ocurridas entre los años 1834 y 1850<sup>42</sup>. En dicho período, el país estaba organizado como una confederación de provincias gobernadas principalmente por caudillos locales. Dado que no existía un gobierno central, el manejo de los asuntos exteriores estaba en manos del gobierno de la provincia de Buenos Aires, cuyo puerto de Buenos Aires era la principal vía de contacto del país con el mundo exterior. La provincia de Buenos Aires estaba bajo la férula del brigadier general Juan Manuel de Rosas, un déspota dotado de poderes absolutos (*suma del poder público*) conferidos por una ley aprobada en 1835 por una legislatura obsecuente. Las políticas de Rosas, tanto internas como externas, ocasionaron frecuentes disputas con gobiernos extranjeros, en particular de Gran Bretaña y Francia, y dichas disputas ocasionaron intercambios diplomáticos e intervenciones armadas. Entre 1838 y 1840 una flotilla francesa bloqueó el puerto de Buenos Aires con motivo de un incidente relacionado con el trato dado por el gobierno de Rosas a nacionales franceses<sup>43</sup>. Entre 1843 y 1850 se produjo una guerra naval entre la Confederación Argentina y una flota combinada anglofrancesa, como consecuencia del bloqueo de Rosas al puerto de Montevideo, centro de la resistencia de los emigrados argentinos opuestos a su régimen<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Véanse, por ejemplo, SHEA (1955: 11-16); GRIGERA NAÓN (2005: 128); BIGGS (2004: 66); BENNOUNA (1998: ¶9), que atribuyen los orígenes de la doctrina Calvo a los defectos y abusos de la protección diplomática contra los Estados latinoamericanos. Véanse también DUNN (1970: 55-56); BORCHARD (1919: 792-793). La doctrina Calvo también refleja las primeras experiencias de Calvo como diplomático. En 1860 Calvo representó a Paraguay, que para entonces se encontraba bajo la dictadura de Carlos Antonio López, en exitosas negociaciones diplomáticas relativas a una reclamación británica en beneficio del doctor Canstatt y un incidente naval resultante de la misma. Véase CALVO (1985).

<sup>43</sup> Véase GRIGERA NAÓN (2005: 128).

<sup>44</sup> Véase GRIGERA NAÓN (2005: 128).

Es una cuestión histórica debatida si las intervenciones anglofrancesas fueron actos injustificados de agresión o, como lo sostuvo el gobierno francés, un medio de hacer efectivos «[...] los principios de civilización y justicia, en contra de un gobierno que desconocía por completo el derecho de gentes y las leyes de la humanidad»<sup>45</sup>. Lo cierto es que dichos episodios, y la reacción de Calvo frente a ellos, más tarde consagraron a Rosas y a Calvo como íconos de la política nacionalista argentina.

Uno de los primeros y más incisivos críticos de Calvo fue Juan Bautista Alberdi, el padre intelectual de la Constitución Argentina de 1853, adoptada luego del derrocamiento de Rosas en 1852 por un ejército argentino-brasileño<sup>46</sup>. Alberdi criticó a Calvo por apoyar la política extranjera de Rosas sin darse cuenta de que no era más que una extensión de su política interna, que oprimía tanto a los nacionales como a los extranjeros<sup>47</sup>. Más de medio siglo antes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Alberdi formuló la cuestión de la siguiente manera: «¿Es un mal que el derecho del hombre se haga respetar aunque ese hombre sea un extranjero? ¿Puede el derecho del extranjero ser respetado, sin que acabe por serlo igualmente el del nacional?»<sup>48</sup>. Calvo había preguntado, retóricamente, qué principio de derecho internacional y qué resultado beneficioso para la humanidad habían obtenido los gobiernos que habían intervenido el Río de la Plata<sup>49</sup>. Alberdi le respondió: «¿Qué principios? ¿Qué resultado? El respeto del derecho del extranjero en Sudamérica; es decir, el respeto del derecho de gentes, en el punto que es la garantía del progreso de esta parte del mundo; el hábito saludable en los gobiernos débiles y voluntariosos, de respetar la persona y la propiedad al menos del extranjero, para acabar por conocer el respeto del indígena»<sup>50</sup>.

El comentario más indulgente que puedo hacer sobre la doctrina Calvo es que fue un producto de su época. Al margen de quién tuvo razón en las disputas internacionales que aparentemente inspiraron a Calvo, lo cierto es que los jóvenes Estados latinoamericanos sufrieron numerosos casos de protección diplomática —o de intervenciones armadas— por parte de potencias europeas y de Estados

<sup>45</sup> Véase GRIGERA NAÓN (2005: 128), especialmente la nota 6. Traducción libre del texto original en inglés: «[...] *the principles of civilization and justice against a government that wholly disregarded ius gentium and the laws of humanity*».

<sup>46</sup> La Constitución Argentina de 1853 estaba basada, en gran medida, en las ideas que expuso Alberdi en su obra *Bases*, publicada por primera vez en 1852. Véase ALBERDI (1915). Era una Constitución liberal (en el sentido clásico del término *liberal*), basada sobre todo en la Constitución de Estados Unidos y en algunos aspectos superior a ella; por ejemplo, abolió la esclavitud trece años antes de la ratificación de la XIII Enmienda en 1865.

<sup>47</sup> ALBERDI (1998: 168-169).

<sup>48</sup> ALBERDI (1998: 170).

<sup>49</sup> ALBERDI (1998: 172).

<sup>50</sup> ALBERDI (1998: 172).

Unidos de América. En tales circunstancias, no debe sorprender que los países latinoamericanos hayan percibido la conducta de los Estados protectores como injustificada o abusiva. Los nuevos Estados de América Latina se consideraban herederos de las tradiciones jurídicas de la Europa continental y, por ende, reclamaban un trato paritario con las naciones ya establecidas en el ámbito internacional<sup>51</sup>. Es cierto que en gran parte de América Latina las declaraciones de independencia habían iniciado largos períodos de inestabilidad política, incluyendo anarquía, guerras civiles y regionales y gobiernos autocráticos; pero estos hechos, relevantes para los Estados protectores, no lo eran para los Estados pasibles de la protección. Los Estados latinoamericanos reclamaban el respeto de la comunidad internacional como algo que les era debido, a pesar de su inestabilidad inicial, en virtud del principio básico de la igualdad de las naciones<sup>52</sup>.

Es ciertamente un reclamo de igualdad lo que sustenta y anima a la doctrina Calvo. Una de las formas en que se expresa este reclamo es la igualdad entre las naciones —la teoría, ya criticada en tanto que argumento jurídico, de que la protección diplomática es injusta porque beneficia más a los Estados poderosos que a los débiles—. Esta teoría no es más convincente como argumento político que como fundamento de derecho. Los méritos de una política de Estado deben depender de su aplicación universal, no de quién se beneficie o perjudique en un caso particular. Si la desigualdad en el impacto fuera un criterio adecuado para desechar instituciones de derecho internacional, no habría justificación alguna para retener las actuales restricciones al uso de la fuerza, las cuales tienen un efecto discriminatorio contra los Estados más poderosos, ni lo que resta del principio de inmunidad de ejecución de los Estados, que favorece de manera desproporcionada a los Estados más débiles y recalcitrantes.

Aun más, no es posible aceptar como axioma que un Estado relativamente débil necesariamente ha de recibir un menor beneficio de la institución de la protección diplomática que un Estado relativamente fuerte, aun en los pocos casos en que dicha institución se usa en nuestros días. Aun suponiendo que el Estado débil sea condenado a pagar indemnización al Estado fuerte o a sus nacionales, la pérdida monetaria sufrida por el Estado débil debe ser sopesada con ganancias de otro tipo, entre ellas: a) el aumento de la reputación del Estado débil como país respetuoso de sus obligaciones internacionales y atractivo para los extranjeros y sus inversiones; b) el consiguiente impulso a reformas internas destinadas a prevenir daños del mismo tipo en el futuro; y c) el beneficio general

---

<sup>51</sup> SHEA (1955: 12-16).

<sup>52</sup> Véase, por ejemplo, CALVO (1896, volumen I, §204: 350): «América, y también Europa, se encuentra habitada hoy por naciones libres e independientes, cuya existencia soberana tiene derecho al mismo respeto, y cuya ley interna pública no admite intervención de ningún tipo por parte de los extranjeros, quienquiera que ellos sean». Traducción libre del texto original en francés.

a la humanidad (incluida la población del Estado débil) que resulta del respeto y aplicación de estándares de conducta civilizados.

Por último, en las condiciones actuales, la comparación apropiada no es la de los poderes relativos de los Estados demandante y demandado. Es mucho más relevante poner en la balanza el poder del Estado cuyas acciones se juzgan y el poder del extranjero que busca la reparación del daño al amparo de un tratado de protección a las inversiones. Por más dinero o influencia que tenga el extranjero, su poder no es comparable con el monopolio de la fuerza que tiene el Estado sobre su territorio, reforzado por la limitada capacidad del Estado del extranjero y de la comunidad internacional de doblegar la voluntad del Estado demandado<sup>53</sup>.

La otra forma de igualdad que se invoca en apoyo de la doctrina Calvo es la igualdad entre extranjeros y nacionales. Por supuesto, los defensores de la doctrina no entienden esta igualdad de manera absoluta. Los Estados latinoamericanos no otorgan igualdad plena a los extranjeros, esto es, no les otorgan plenos derechos políticos ni pleno acceso a todas las actividades económicas y con frecuencia les prohíben el dominio de ciertos bienes (tales como inmuebles situados cerca de las fronteras del país) o les limitan el acceso a los tribunales de justicia<sup>54</sup>. Por consiguiente, este argumento en apoyo de la doctrina Calvo no es una demanda de trato igualitario entre extranjeros y nacionales sino un rechazo de la posibilidad de que los extranjeros se beneficien de un trato mejor, en la forma de normas sustantivas o recursos jurisdiccionales, de acuerdo con el derecho internacional. Según quienes proponen este argumento, otorgar un trato mejor a los extranjeros al amparo del derecho internacional resultaría en una desigualdad injusta con los nacionales, quienes no pueden valerse de las mismas normas sustantivas ni de los mismos recursos internacionales.

Este argumento carece de validez porque presupone una desigualdad que el Estado receptor ha creado y tiene la exclusiva potestad de eliminar. El problema solo surge, en la práctica, cuando el Estado trata tanto a sus nacionales como a los extranjeros de manera inferior a la que prescriben los estándares internacionales.

---

<sup>53</sup> Véase VAGTS (1997: 409). El caso Yukos ofrece un buen ejemplo actual de la capacidad del Estado para destruir incluso las más grandes y poderosas empresas industriales.

<sup>54</sup> Véase VAGTS (1997: 409). Ejemplos de restricciones en el principio de trato nacional se pueden encontrar, entre otros, en los siguientes tratados bilaterales de inversión firmados por Estados latinoamericanos: Argentina-Estados Unidos, firmado en Washington el 14 de noviembre de 1991, artículo II (1) y Protocolo, §2; Argentina-Bulgaria, firmado en Buenos Aires el 21 de septiembre de 1993, artículo II (I) y Protocolo, §A; Argentina-Panamá, firmado en Panamá el 10 de mayo de 1996, Protocolo Adicional, §I. Algunos Estados incluyen restricciones adicionales en sus constituciones: véase, por ejemplo, la Constitución mexicana, artículo 27(I), que prohíbe a los extranjeros ser propietarios directos de terrenos en una faja de cien kilómetros a lo largo de la frontera y de cincuenta kilómetros de las playas.

En tales casos, nada le vale al Estado protestar por una supuesta discriminación contra los nacionales, porque el Estado es libre de tratar a sus propios ciudadanos, así como a los extranjeros, de conformidad con los estándares internacionales que benefician a los últimos. En última instancia, la pregunta retórica de «¿Por qué dar a los extranjeros un mejor trato que a nuestros nacionales?» no es sino un recurso a los instintos más bajos del electorado nacional<sup>55</sup>. La pregunta que debería hacerse es «¿Por qué no tratar a nuestros nacionales tan bien como el derecho internacional nos obliga a tratar a los extranjeros?»<sup>56</sup>.

Otro argumento que suele ser aducidos en favor de la doctrina Calvo es que los extranjeros que voluntariamente ingresan en un país conocen y aceptan el marco jurídico existente en el mismo. Dicho argumento se basa en un supuesto de hecho de dudosa validez. En efecto, la normativa existente en el momento del ingreso del extranjero en el país puede ser tan compleja, oscura o contradictoria, que sería injustificado suponer que este la conoce, excepto en virtud de una ficción jurídica que en sí misma requiere justificación<sup>57</sup>. Por otro lado, las normas que produjeron el daño pueden haber sido adoptadas con posterioridad al ingreso del extranjero en el país, como es el caso de un gobierno que anula, de manera retroactiva, derechos otorgados a los extranjeros por un gobierno anterior de un partido político diferente. El extranjero no está en condiciones de conocer o aceptar tales normas, puesto que le es imposible predecir el curso futuro de la política interna del país.

---

<sup>55</sup> Este argumento, y la doctrina Calvo en general, es en última instancia un intento de apelar al sentimiento de identidad o pertenencia de la comunidad nacional (nosotros), definida por oposición a la comunidad de extranjeros (ellos). Este argumento y la doctrina juegan con el bien establecido instinto de identidad de grupo y separatismo, con el fin de generar resentimiento contra la posibilidad de que los extranjeros reciban un mejor trato (nosotros contra ellos). Reconocer la existencia de estos instintos no es convalidar este argumento ni la doctrina Calvo. El camino de la civilización, como lo demuestra la evolución del derecho internacional sobre el trato a los extranjeros y sobre los derechos humanos, es una lucha perenne por trascender instintos tribales.

<sup>56</sup> Por lo demás, los extranjeros tienen una mayor necesidad de protección que los nacionales. En primer lugar, normalmente los extranjeros no juegan ningún papel en la selección del gobierno del Estado receptor y tienen poca o ninguna influencia en la determinación de las políticas que los afectan a ellos o a sus inversiones. Véase el caso de James y otros vs. el Reino Unido, A 8793/79 (21 de febrero de 1986), ¶63. Segundo, los extranjeros suelen ser más vulnerables ante la conducta dañosa de socios o competidores nacionales, especialmente si estos reflejan intereses políticos favorecidos o actúan en colusión con el gobierno local. Tercero, los inversionistas extranjeros, como grupo, son particularmente vulnerables a los ataques de los políticos populistas, que suelen utilizarlos como blanco retórico cuando están en la oposición y luego cancelarles derechos otorgados por gobiernos anteriores, una vez que esos políticos acceden al poder. Véase WÄLDE (2009); International Thunderbird Gaming Corporation vs. the United Mexican States, NAFTA ARB, Op. Sep. del Profesor T. Wälde (26 de enero de 2006), ¶¶4, 12, en <http://www.investmentclaims.com/decisions/Thunderbird-Mexico-Dissent.pdf>.

<sup>57</sup> Véase, por ejemplo, Técnicas Medioambientales Tecmed S. A. vs. Estados Unidos de México, ARB CIADI No (AF)/00/2, laudo (29 de mayo de 2003), ¶154; Metalclad Corporation vs. Estados Unidos de México, ARB CIADI No (AF)/97/1, laudo (30 de agosto de 2000), ¶ 76.

El argumento que consideramos se reduce entonces a la poco atractiva tesis de que el extranjero debería haber anticipado el tipo de país con el que estaba tratando, de modo que debe considerarse que asumió el riesgo de toda modificación en la normativa a la que se sometió, sea cual fuere. *Lasciate ogne speranza, voi ch'intrate*<sup>58</sup>, no ciertamente una razón convincente para desechar la idea misma de un estándar mínimo internacional de justicia para el trato de extranjeros.

Aparte de la debilidad de los argumentos que suelen aducirse en apoyo a la doctrina Calvo, hay otras razones, fundadas en consideraciones morales y en las consecuencias de la aplicación de la doctrina, para rechazarla. Una objeción moral a la doctrina Calvo es que se trata de un intento de abolir la institución de la protección diplomática basada en el SMI sin ofrecer ninguna alternativa de nivel internacional, esto es, ninguna alternativa distinta de las normas sustantivas y jurisdiccionales del derecho interno, las cuales están sometidas (por definición) al control absoluto del mismo Estado<sup>59</sup>. La posibilidad de acceso a las normas sustantivas y los recursos internos no es una garantía suficiente para los extranjeros en los casos en que tal garantía es más necesaria —en países donde las reglas de juego básicas son inciertas o se modifican frecuentemente al arbitrio de nuevos gobernantes o en los que los tribunales de justicia son meros servidores de los órganos políticos del Estado—. En tales casos, da poco consuelo al extranjero que ha sufrido maltrato en su persona o en sus bienes que el gobierno haya tratado a sus propios nacionales de la misma manera<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> «Abandonad toda esperanza, vos que entráis». ALIGHIERI (1994, Infierno, canto III, verso 9).

<sup>59</sup> SHEA (1955: 20).

<sup>60</sup> Este aspecto fue mencionado por el secretario de Estado Cordell Hull en su famosa carta al embajador mexicano: «Si fuera posible para un gobierno expropiar la propiedad privada de los ciudadanos de otros países y pagar por ella solo en la medida en que, a juicio de dicho gobierno, su situación económica y su legislación local lo permitan, las salvaguardas que la mayoría de las constituciones de las naciones y el derecho internacional han buscado establecer serían ilusorias. [...] No podemos cuestionar el derecho de un gobierno extranjero a tratar sus propios nacionales de la manera que lo deseé. Esto es un asunto interno. Pero no nos es posible admitir que un gobierno extranjero pueda expropiar la propiedad de los ciudadanos americanos desconociendo la regla de compensación del derecho internacional». Cordell Hull a Francisco Castillo Nájera, embajador mexicano frente a Estados Unidos, 21 de julio de 1938, Departamento de Estado, comunicado de prensa, 23 de julio de 1938, en Foreign Relations of the United States: Diplomatic Papers 1938, vol. V (US Government Printing, 1956), p. 677. Traducción libre del texto original en inglés: «*If it were permissible for a government to take the private property of the citizens of other countries and pay for it as when, in the judgment of that government, its economic circumstances and its local legislation may perhaps permit, the safeguards which the constitutions of most countries and established international law have sought to provide would be illusory [...] We cannot question the right of a foreign government to treat its own nationals in this fashion if it so desires. This is a matter of domestic concern. But we cannot admit that a foreign government may take the property of American nationals in disregard of the rule of compensation under international law*

Una segunda objeción a la doctrina Calvo, ya planteada por Alberdi, es que un Estado obligado a extender a los extranjeros un trato conforme al SMI será más propenso a extender dicho trato, por lo menos a largo plazo, a sus nacionales<sup>61</sup>. De tal manera, las instituciones que la doctrina Calvo trata de abolir en última instancia benefician tanto a los nacionales como a los extranjeros. Por el contrario, si un Estado no está obligado a respetar estándares internacionales sobre el trato a los extranjeros, tendrá un menor incentivo para desarrollar instituciones internas que reflejen lo que la comunidad internacional considera trato digno a los seres humanos. ¿Por qué cambiar, si no es necesario hacerlo?

Por último, la doctrina Calvo es una de las políticas autárquicas a que los Estados latinoamericanos suelen recurrir de tiempo en tiempo para cerrar sus economías y sus sociedades a la influencia externa. La negativa a aceptar que los extranjeros, especialmente los inversionistas y comerciantes extranjeros, tengan derecho a protección internacional tiende a constreñir el comercio y la inversión, ya que implica un incremento de los riesgos que debe afrontar el extranjero<sup>62</sup>. Un inversionista extranjero racional que carezca de base para confiar en que el gobierno habrá de respetar estándares internacionales básicos de trato justo, o bien se abstendrá de invertir en ese país, o bien requerirá una más alta tasa de retorno y por consiguiente un período más corto para recuperar la inversión, para compensar el mayor riesgo que está asumiendo. Las inversiones hechas en estas condiciones tienden a generar costos más altos para los consumidores locales y generan ineficiencia en la distribución de los recursos económicos<sup>63</sup>. Por otra parte, a falta de estándares internacionales de aplicación efectiva, los inversionistas extranjeros tienden a buscar protección en arreglos especiales con los gobiernos, lo cual conlleva el riesgo de prebendas políticas (*rent seeking*), sean o no obtenidas mediante corrupción<sup>64</sup>. En suma, la acogida de la doctrina Calvo por la mayor

<sup>61</sup> Véase WÄLDE (2007).

<sup>62</sup> Véase WÄLDE (2007).

<sup>63</sup> Véase WÄLDE (2007; DRABEK y PAYNE (2001).

<sup>64</sup> Véase WÄLDE (2007). *Rent seeking* se ha definido como «El empleo de los recursos con miras a la obtención de una transferencia de bienes y servicios de una persona o grupo de personas hacia uno mismo, sin compensación alguna, como resultado de una decisión favorable en materia de política pública. El término parece haber sido acuñado (o al menos popularizado en la política económica contemporánea) por el economista Gordon Tullock. Como ejemplos de *rent-seeking* se pueden citar todos los mecanismos empleados por los individuos o grupos de personas con en fin de hacer *lobbying* ante el gobierno en búsqueda de políticas tributarias, de gasto y en materia de regulación, que les confieran beneficios financieros o cualquier otra ventaja particular, a costa de los contribuyentes, de los consumidores o de otros grupos o individuos con los cuales los beneficiarios pueden estar en competencia económica». JOHNSON (1994-2005). Traducción libre del texto original en inglés: «*The expenditure of resources in order to bring about an uncompensated transfer of goods or services from another person or persons to one's self as the result of a favorable decision on some public policy. The term seems to have*

parte de los países latinoamericanos, durante la mayor parte del siglo XX, es uno de los factores de cerramiento económico-social que han contribuido a preservar la pobreza y el subdesarrollo de la región<sup>65</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

La doctrina Calvo siempre ha sido una falsa descripción del derecho consuetudinario internacional. La comunidad internacional no ha abandonado el estándar mínimo internacional sobre el trato a los extranjeros ni el régimen de protección diplomática que ha servido de mecanismo básico para hacer efectivo dicho estándar. Por el contrario, la comunidad internacional ha perfeccionado esas instituciones al crear una vasta red de tratados bilaterales y multilaterales de protección a las inversiones, de contenido semejante. Los tratados sobre inversiones son la cara opuesta de la doctrina Calvo: establecen estándares internacionales sustantivos sobre el trato a las inversiones e inversionistas extranjeros y mecanismos de resolución de conflictos, incluido el derecho de los inversionistas de someter a arbitraje internacional las controversias con el Estado receptor relativas a inversiones. De este modo, los tratados sobre inversiones representan el más elocuente repudio de la comunidad internacional a la doctrina Calvo, tanto en sus pretensiones descriptivas como en su faceta prescriptiva.

La doctrina Calvo siempre ha sido, también, una mala política. Dondequiera que haya estado la razón en cada uno de los conflictos históricos que inspiraron las ideas de Calvo, el rechazo absoluto de todo tipo de recurso internacional en casos de maltrato a los extranjeros fue una reacción obtusa y extrema, que produjo efectos negativos de larga duración en Latinoamérica. Desafortunadamente, la doctrina Calvo surgió en el momento justo para producir el impacto más profundo y duradero en el continente —el momento en que los estados latinoamericanos nacían a la independencia y comenzaban a actuar en la comunidad de las naciones—. Al darles a los gobiernos una excusa jurídica para pretender que

---

*been coined (or at least popularized in contemporary political economy) by the economist Gordon Tullock. Examples of rent-seeking behavior would include all of the various ways by which individuals or groups lobby government for taxing, spending and regulatory policies that confer financial benefits or other special advantages upon them at the expense of the taxpayers or of consumers or of other groups or individuals with which the beneficiaries may be in economic competition». Véase también KREUGER (1974: 291-303).*

<sup>65</sup> Véase YEATTS (2005). Véase también NEUMAYER y SPIESS (2005: 1567) (la evidencia empírica demuestra que los tratados de inversión que «garantizan ciertos estándares de trato cuyo cumplimiento puede ser exigido vía un mecanismo de resolución de conflictos entre el inversionista y el Estado, fuera del sistema judicial local» incrementan la inversión extranjera directa). Traducción libre del texto original en inglés. Una crítica elocuente a las políticas internalistas, comunitarias y protecciónistas, desde el punto de vista histórico y económico puede encontrarse en WÄLDE (2007).

sus políticas internas sobre el trato a los extranjeros estaban exentas de control internacional, eliminó un poderoso incentivo para desarrollar tempranos hábitos de buen gobierno, en beneficio tanto de nacionales como de extranjeros. Por el contrario, justificó y cristalizó las enormes ventajas del Estado en sus controversias con los extranjeros, como único juez de su propia causa, único legislador de las normas supuestamente aplicables y único depositario del poder para ejecutar sus decisiones. Por otro lado, la doctrina Calvo también extendió las desventajas naturales de los extranjeros en relación con los nacionales, especialmente en el caso de nacionales que actuaran en colusión con el gobierno. Como resultado, esta doctrina incrementó el riesgo para los inversionistas extranjeros, desalentó la apertura y expansión económicas y contribuyó con otras políticas autárquicas a mantener a la región en la pobreza y el subdesarrollo.

Las ideologías, por más que hayan fracasado una y otra vez, nunca mueren por completo. Desacreditadas y abandonadas, reposan en estado de latencia en las bibliotecas universitarias, donde son redescubiertas por nuevas generaciones de activistas políticos, en busca de expresión y justificación para sus impulsos y sentimientos. La doctrina Calvo no es una excepción. Desacreditada por el fracaso de las políticas que posibilitó, superada por la evolución del derecho internacional y dejada de lado (para todos los efectos prácticos) por los tratados bilaterales de inversión, empezó a convertirse en una curiosidad histórica. Sin embargo, antes de lo esperado, ha sido redescubierta por una nueva generación de políticos y activistas que la están utilizando como arma de oposición a los tratados de protección a las inversiones.

Para los latinoamericanos que se oponen a la protección internacional de las inversiones extranjeras, la doctrina Calvo es el vehículo perfecto para expresar su desacuerdo. Esta doctrina goza de la respetabilidad intelectual que surge de haber sido aceptada como artículo de fe por cien años; tiene el atractivo romántico de una tradición e historia comunes fuertemente arraigadas en la cultura latinoamericana; y está cubierta por un manto de heroísmo, porque se le atribuye el haber preservado la dignidad latinoamericana ante las abusivas reclamaciones de los países exportadores de capital. Para un populista latinoamericano, invocar la doctrina Calvo es, en un profundo sentido, volver a sus raíces. No es de extrañar entonces que esta doctrina esté resurgiendo, ahora que país tras país de América Latina va adoptando actitudes políticas y retóricas hostiles a los derechos de propiedad y a la inversión extranjera. En la medida en que América Latina continúe su actual deriva política hacia la izquierda, la doctrina Calvo continuará siendo, pese a sus insalvables defectos, parte activa de la contienda política sobre la inversión extranjera.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBERDI, Juan Bautista
- 1915 *Bases y puntos de partida para la organización política de la Confederación Argentina.* Buenos Aires: La Cultura Argentina.
- 1998 «Notas para el juicio crítico del “Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América” de Carlos Calvo (1868)». En *Escritos póstumos*. Volumen III. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes.
- ALIGHIERI, Dante
- 1994 *Divina Comedia.* Traducción de R. Pinsky. Nueva York: Bilingual.
- BENNOUNA, Mohamed
- 1998 *Preliminary Report on Diplomatic Protection.* International Law Commission. Fiftieth session (A/CN.4/484, 4 de febrero).
- BERNHARDT, Rudolf (editor)
- 2000 *Encyclopedia of Public International Law.* Volumen V. Amsterdam: Elsevier.
- BIGGS, Gonzalo
- 2004 «The Latin-American Treatment of International Arbitration and Foreign Investments and the Chile-US Free Trade Agreement». *ICSID Review-FILJ.* Washington, volumen 19, número 1, pp. 61-86.
- BORCHARD, Edwin
- 1919 *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims.* Nueva York: Banks Law.
- 1933-1934 «The Protection of Citizens Abroad and Change of Original Nationality». *Yale Law Journal.* New Haven, volumen 43, números 5-6, pp. 37-38.
- BROWNNLIE, Ian
- 1973 *Principles of Public International Law.* Oxford: Clarendon Press.
- CALVO, Carlos
- 1868 *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América.* París: D'Amyot, Durand y Perdone-Lauriel.
- 1985 *La República del Paraguay y sus relaciones exteriores.* Asunción: Araverá.
- 1896 *Le droit international théorique et pratique.* Quinta edición. París: Guillaumin.
- 1973 *Principles of Public International Law.* Oxford: Clarendon Press.
- CARTER, Barry y Phillip TRIMBLE
- 1995 *International Law.* Nueva York: Aspen Law & Business.

CASTRO-RIAL, Juan Manuel

- 2000 «States Sovereign Equality». En R. Bernhardt (editor). *Encyclopedia of Public International Law*. Volumen IV. Amsterdam: Elsevier.

DE VATTEL, Emmerich

- 1916 [1758] *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*. Volumen I. The Classics of International Law. Washington: Carnegie Institution.

DE VISSCHER, Charles de

- 1954 «Cours Générale de Principes de Droit International Public». *Recueil des Cours*. Volumen 86, número II, pp. 445-556.

DRABEK, Zdenek y Warren PAYNE

- 2001 «The Impact of Transparency on Foreign Direct Investment». *WTO Staff Working Paper ERAD-99-02*.

DUGARD, John

- 2000 *First Report on Diplomatic Protection, International Law Commission*. Fifty-second session (A/CN.4/506, 7 de marzo).

- 2001 *Second Report on Diplomatic Protection, International Law Commission*. Fifty-third session (A/CN.4/514, 28 de febrero).

- 2002 *Third Report on Diplomatic Protection, International Law Commission*. Fifty-fourth session (A/CN.4/523, 7 de marzo).

DUNN, Frederick

- 1970 *The Protection of Nationals. A Study in the Application of International Law*. Baltimore: Kraws Reprint.

GARIBALDI, Oscar M.

- 2006 *Carlos Calvo Redivivus: The Rediscovery of the Calvo Doctrine in the Era of Investment Treaties*. Actas de la 57 Conferencia Anual sobre la Ley de Petróleo y Gas. Reimpreso en Transnational Dispute Management. Volumen 3, número 5 (2006).

GRIGERA Naón, Horacio

- 2005 «Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks». *Arbitration International*. Volumen 21, número 2, pp. 127-176.

GROTIUS, Hugo

- 1913 [1646] *De Iure Belli ac Pacis*. Washington: Carnegie.

HURST, Cecil J. B.

- 1926 «Nationality of Claims». *British Yearbook of International Law*. Número 7, pp. 163 y ss.

- JENNINGS, Robert y Arthur WATTS (editores)  
1992     *Oppenheim's International Law*. Novena edición. Volumen I. Londres:  
Longman.
- JOHNSON, Paul M.  
1994-2005 *Glossary of Political Economy Terms*. Auburn University.  
              [<http://www.auburn.edu/~johnspm/gloss/rent-seeking\\_behavior>](http://www.auburn.edu/~johnspm/gloss/rent-seeking_behavior).
- JOSEPH, Cuthbert  
1969     *Nationality and Diplomatic Protection-The Commonwealth of Nations*.  
Leyden: Sijthoff.
- KELSEN, Hans  
1952     *Principles of International Law*. Nueva York: Rinehart.
- KREUGER, Anne O.  
1974     «The Political Economy of the Rent-Seeking Society». *American Economic Review*. Volumen 64, número 3, pp. 291-303.
- LAUTERPACHT, Hersch  
1975     *International Law being the collected papers of Hersch Lauterpacht*. Editado  
por Elihu Lauterpacht. Volumen III, parte II, *The Law of Peace*. Cambridge:  
Cambridge University Press.
- LEIGH, Guy I. F.  
1971     «Nationality and Diplomatic Protection». *International and Comparative  
Law Quarterly*. Cambridge, número 20, pp. 453-475
- MANN, F. A.  
1959     «Outlines of a Theory of Expropriation». *Law Quarterly Review*. Londres,  
número 75.
- NEUMAYER, Eric y Laura Spiess  
2005     «Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Investment to Developing  
Countries?». *World Development*. Amsterdam, número 33, pp. 1567-1585.
- O'CONNELL, Daniel Patrick  
1970     *International Law*. Segunda edición. Londres: Stevens & Sons.
- PAULSSON, Jan  
2005     *Denial of Justice in International Law*. Cambridge: Cambridge University  
Press.
- PAULSSON, Jan y Nigel BLACKABY  
2003     «Arbitration in Latin America: Was Carlos Calvo Misunderstood?». En  
*The International Who's Who of Commercial Arbitrators, 2003*. Londres:  
Law Business Research.

HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

- PICCIRILLI, Ricardo, Francisco ROMAY y Leoncio GIANELLO (editores)  
1953-1954 *Diccionario histórico argentino*. Volumen II. Buenos Aires: Instituto Histórico.
- PODESTÁ Costa, Luis A.
- 1979 *Derecho internacional público*. Volumen I. Quinta edición. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina-TEA.
- ROTH, Andreas
- 1949 *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*. Leiden: A. W. Sijthoff.
- SCHREUER, Christoph
- 2005 «Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration». *The Law and Practice of Int'l Courts & Tribunals*. Leiden, número 4, pp. 1-17.
- SCHWEBEL, Stephen M.
- 1989 «Arbitration and the Exhaustion of Local Remedies Revisited». *International Lawyer*. Volumen 23, número 4. Reimpreso en S. M Schwebel, *Justice in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 171-195.
- SCHWEBEL, Stephen M. y J. Gillis WETTER
- 1966 «Arbitration and the Exhaustion of Local Remedies». *American Journal of International Law*. Washington, número 60, pp. 484-501.
- SEIDL-HOENVELDERN, Ignaz
- 1999 *International Economic Law*. La Haya: Kluwer Law International.
- SHEA, Donald
- 1955 *The Calvo Clause*. Minnesota: University of Minnesota Press.
- VAGTS, Detlef
- 1997 «Minimum Standard». En Bernhardt, Rudolf (editor). *Encyclopedia of Public International Law*. Volumen III. Amsterdam: Elsevier.
- WÄLDE, Thomas
- 2009 «Comments on the Discipline of "National Treatment" in International Investment Law: Boosting Good Governance Versus Intruding into Domestic Regulatory Space?».
- 2007 «International Investment Law: An Overview of Key Concepts and Methodology». *Transnational Dispute Management*. Volumen 4, número 4.
- YEATTS, Guillermo
- 2005 *The Roots of Poverty in Latin America*. Carolina del Norte: McFarland.

# PERU'S FOREIGN INVESTMENT FRAMEWORK PUT TO THE TEST: A REVIEW OF THE JURISDICTIONAL AWARD IN DUKE ENERGY INTERNATIONAL PERU INVESTMENTS N° 1 LTD. VS. THE REPUBLIC OF PERU

*Arif Hyder Ali\**

*Baiju S. Vasani\*\**

As we put «pen to paper» —or perhaps better said in our digital world, «fingers to keyboard»— to honour our friend and mentor, it is with a deep sense of gratitude, wonderment and inspiration. Gratitude for all that he has taught us through his example; wonderment for the beauty and elegance of his intellect; and inspiration to follow in the footsteps of a man whose life has been devoted to the betterment of society and the rule of law.

We first met Fernando de Trazegnies in the context of our law firm's representation of Duke Energy International in its dispute against the Government of Peru, which is currently pending before a distinguished Arbitral Tribunal at the International Centre for the Settlement of Investment Disputes («ICSID»). We were seeking the guidance of a legal expert in order to educate the arbitrators about the legal framework for foreign investment in Peru, as well as the scope and effect of the *doctrina de los actos propios* and the principle of good faith under Peruvian law. The legal opinions presented by Fernando de Trazegnies on these subjects were key to our victory in the jurisdictional phase of the arbitration, and they were, in their substance and presentation, the reflection of what can only be described as «a beautiful mind».

---

\* Socio y codirector del área de resolución de controversias internacionales de Crowell & Moring LLP. También es professor asociado de Derecho en la Universidad de Georgetown y profesor honorario en el Centro de Legislación en Energía, Petróleo y Minería de la Universidad de Dundee. El profesor Ali agradece la invaluable y generosa ayuda de David Y. Chung, Kassi D. Tallent y Borzu Sabahi en la preparación de este artículo.

\*\* Socio principal en el estudio Crowell & Moring LLP, en Washington, D.C., donde es especialista en arbitraje comercial y de inversiones internacionales.

Given the context in which we first became collaborators and friends with Fernando, it struck us as appropriate that we should discuss the very areas of teaching that we received from him during the course of our work in *Duke Energy International Peru Investments 1 Ltd. v. The Republic of Peru*, ICSID Case N<sup>a</sup> ARB/03/28<sup>1</sup>. The Tribunal's jurisdictional ruling in this arbitration constitutes the first international test case of Peru's legal stability system. That ruling also serves as important guidance as to the scope and effect of Peru's foreign investment framework. Fernando de Trazegnies' legal opinions would appear to have been central to the Tribunal's jurisdictional determination.

## 1. PERU'S FOREIGN INVESTMENT FRAMEWORK

Between 1988 and 1990, Peru suffered the worst economic crisis in its history. In the early 1990s, the new Government of Peru, under President Alberto Fujimori, embraced a market economy and implemented a far-reaching (but not always popular) economic reform package. With the encouragement of multilateral financial institutions, the Government undertook to open up the Peruvian economy, attract foreign investment, and create investor confidence regarding the country's commitment to economic and regulatory stability and the rule of law. All areas of the Peruvian economy were opened up to foreign investment, with particular emphasis on the privatization of State-owned entities<sup>2</sup>.

In order to resuscitate the country's failing economy, the Peruvian Government also recognized the critical need to implement a new set of laws, complementary to its privatization program. Congress mandated the restructuring of the nation's economy and the growth of private investment pursuant to Law 25327. Under this law, the Government implemented a series of legal and regulatory measures characterized by far-reaching protections intended to provide foreign and national investors with a predictable and stable legal and business environment. The hallmarks of the new Peruvian investment framework were strong protections for individual property rights, broad non-discrimination protections, tax stability and the elimination of administrative «red tape».

The Political Constitution of the Republic of Peru («Peruvian Constitution») itself was amended in 1993 to reflect, in its terms, the country's newfound

---

<sup>1</sup> Duke Energy International Investments 1, Ltd. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/28, Decision on Jurisdiction, February 2006 [hereinafter «Duke v. Peru»], available at [www.investmentclaims.com](http://www.investmentclaims.com).

<sup>2</sup> UNCTAD (2000).

philosophy of economic liberalism, private sector initiative, capital importation and legal stability. For example, Article 58 of the Constitution states:

Private initiative is free. It is exercised in a social market economy. Under this system, the State guides the country's development and acts primarily to promote employment, public health, education, security, public services, and the infrastructure<sup>3</sup>.

In particular, with an eye towards promoting foreign investment, Article 63 of the Constitution was amended to read:

Domestic and foreign investments are subject to the same conditions. The production of goods and services and foreign trade are free<sup>4</sup>.

Included within the Government's reform package were, *inter alia*<sup>5</sup>: Legislative Decree 662 —*Ley de Fomento de la Inversión Extranjera* («Foreign Investment Law»)<sup>6</sup>; Legislative Decree 757— *Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada* («Private Investment Law»)<sup>7</sup>; and Supreme Decree 162-92 EF («Private Investment Regulations»).<sup>8</sup>

### 1.1 The Foreign Investment Law

The Foreign Investment Law, promulgated on August 29, 1991, was introduced with the objective of serving as «the cornerstone of a sound legal framework, that establishes clear rules and ... security for the development of foreign investment in the country»<sup>9</sup>.

The principal purpose behind this law is best summarized in its Preamble, which declares: «the Government's objective is to remove obstacles and restrictions to foreign investment in order to guarantee equal rights and obligations to

---

<sup>3</sup> Peruvian Constitution, Article 58.

<sup>4</sup> Peruvian Constitution, Article 63.

<sup>5</sup> Other laws included in the liberalization package included Legislative Decree 708-Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Minero («Law of Promotion of Investments in the Mining Sector»); Legislative Decree 693-Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Eléctrico («Law of Promotion of Investments in the Electric Sector»); Legislative Decree 655-Ley de Promoción de las Inversiones en Hidrocarburos («Law of Promotion of Investments in Hydrocarbons»). The Law of Promotion of Investments in the Mining Sector entered into effect in November 1991, the Law of Promotion of Investments in the Electric Sector in December 1991, and the Law of Promotion of Investments in Hydrocarbons in November 1993.

<sup>6</sup> The Foreign Investment Law entered into effect in October 1991.

<sup>7</sup> The Private Investment Law entered into effect in December 1991.

<sup>8</sup> The Private Investment Regulations entered into effect in October 1992.

<sup>9</sup> PROINVERSION (2003).

foreign and domestic investors»<sup>10</sup>. The Preamble also sets forth the Government's recognition of the need to «provide legal stability to foreign investors by recognizing guarantees to assure them of the continuity of the existing rules»<sup>11</sup>. By virtue of the promulgation of the Foreign Investment Law, «*all laws* limiting or restricting *in any manner* foreign investments *in any economic activity*» were revoked as of the law's effective date<sup>12</sup>.

Article 1 of the Foreign Investment Law describes the range of investments that are subject to protection, specifying that the State's guarantees attach to «foreign investments now or hereafter made in the country in all *economic activities* and under any corporate or contractual organizations permitted under national laws»<sup>13</sup>. Foreign investment protections are granted only to «investments coming from abroad made in any *income-producing activities*»<sup>14</sup>.

The various «modalities» through which foreign investment can be made include capital contributions to a new or existing company established in Peru, or to acquire machinery, equipment or similar goods; investments in «national currency from resources authorized to be remitted abroad;» «the conversion of foreign private obligations into shares;» reinvestments; investments in goods physically located within Peru; technology transferred to Peru and investments or other contributions to intellectual property; investments to acquire publicly traded stock or other commercial paper; joint ventures and teaming arrangements; and «[a]ny other foreign investment modality contributing to the country's development»<sup>15</sup>.

## 1.2 The Private Investment Law

The Private Investment Law reinforced the Government's newfound economic liberalism by ensuring freedom for private initiative and establishing that the Peruvian economy should be based on free competition and guaranteeing access for private investment to all sectors. The Government's economic reform objectives were reflected in the Preamble to the Private Investment Law:

[...] it is advisable to enact a Framework Law to stipulate the required provisions seeking to foster the growth of private investment in all sectors of the economy

---

<sup>10</sup> Foreign Investment Law, Preamble.

<sup>11</sup> Foreign Investment Law, Preamble.

<sup>12</sup> Foreign Investment Law, Article 31.

<sup>13</sup> Foreign Investment Law, Preamble to Article 1 (emphasis added). See also Private Investment Regulations, Article 1.

<sup>14</sup> Id. (emphasis added).

<sup>15</sup> Id.

[...] it is imperative to eliminate all legal and administrative obstacles and distortions hampering the smooth development of all economic activities and restraining free private initiative, reducing the competitiveness of private companies which are a key element to a successful insertion into the international market [...]<sup>16</sup>.

The Private Investment Law replaced the existing, highly restrictive economic structure in Peru in the early-1990s with a free-market structure designed to attract foreign and domestic direct investment. Like the Foreign Investment Law, this law guarantees rights and protections to all investors, both domestic and foreign, in the broadest of terms:

The purpose of this Law is to guarantee free initiative and private investment, now or hereafter made, in all economic activities and under any business or contract form as authorized by the Constitution and the laws.

This Law creates rights, guarantees and obligations applicable to all domestic or foreign individuals or legal entities investing in the country. This Law shall be binding upon all Central, Regional or Local Government entities, across all tiers<sup>17</sup>.

Furthermore, the Government's far-reaching guarantees of stability for private investments, whether domestic or foreign, are self-evident in the various Titles of the Private Investment Law: «Legal Stability of the Economic Regime» (Title II)<sup>18</sup>; «Tax Stability for Investments» (Title III); «Administrative Stability for Investments» (Title IV); «Legal Stability for Investments» (Title V)<sup>19</sup>; and «Legal Stability for Environmental Protection» (Title VI). The Private Investment Law also gave effect to systemic administrative reforms, resulting in the elimination of significant amounts of bureaucratic «red tape» that previously had stunted the growth of private investment in the country<sup>20</sup>. Chapter II of Title IV, entitled «Removal of All Administrative Restrictions on Investments», serves as the best evidence of these dramatic reforms, and as a precise summary of the Government's objective of de-bureaucratization and deregulation.

---

<sup>16</sup> Private Investment Law, Preamble.

<sup>17</sup> Private Investment Law, Article 1.

<sup>18</sup> In particular, see Private Investment Law, Article 3 («Free private initiative is understood to be the right that all individuals or legal entities have to engage in any economic activity they may elect, including the production or trade of goods and the supply of services, in accordance with the provisions set forth in the Constitution, the international treaties subscribed by Peru, and the Laws.»).

<sup>19</sup> Title V, discussed below in more detail in the context of Legal Stability Agreements, complements the Foreign Investment Law by setting forth provisions governing legal stability agreements.

<sup>20</sup> Private Investment Regulations, Title IV.

In light of the complete overhaul of the existing administrative structure governing private investment in Peru, the Private Investment Law sought to and, in many respects, achieved the most favourable regulatory environment for private investment in Peru's modern economic history.

### 1.3 The Private Investment Regulations

Anchoring the legal framework designed by the Government to promote foreign investment were the Private Investment Regulations, which, by their own terms, are «required to guarantee the observance of the social market economy, free initiative and private investment, as well as those referred to the execution of Legal Stability Agreements»<sup>21</sup>.

Further evidence of the Government's recognition that it was imperative to attract and protect foreign investment is reflected in the Regulations, which state:

[...] all discrimination against foreign investors included in domestic legislation is repealed as from the date on which [the Foreign Investment Law] became effective, except for those established for national security reasons. Therefore, *foreign investors will have full access to every economic activity carried out within the country, privatization processes included.*

Similarly, all discrimination against foreign investors included in Article 1 of Legislative Decree 730 is repealed as from the date on which [the Private Investment Law] became effective. Therefore, the *treatment to be applied to foreign investors will be the same as the one applied to nationals*<sup>22</sup>.

In addition to the abolition of discrimination against foreign investors previously provided for by Peruvian law, the Private Investment Regulations repealed several other laws that had the same discriminatory effect<sup>23</sup>.

However, the right to non-discrimination is only one of several investor rights memorialized in the Private Investment Regulations. Specifically, Rule I of the Preliminary Title to the Private Investment Regulations sets forth numerous other protections guaranteed by the Peruvian State to all domestic and foreign investors and the companies in which they invest. This comprehensive «Bill of Investor Rights» includes the following protections: (i) the «[r]ight to private property;» (ii) the «right to engage in the economic activity of their preference;» (iii) the right to freely work or engage in business; (iv) the rights to foreign and domestic trade; (v) the right to freely allocate profits and dividends; (vi) the right

---

<sup>21</sup> Private Investment Regulations, Preamble.

<sup>22</sup> Private Investment Regulations, First Supplementary Provision (emphasis added).

<sup>23</sup> Private Investment Regulations, Second Supplementary Provisions.

to receive the full amount of profits and dividends; (vii) the «right to acquire stocks, interest shares, or similar rights;» and (viii) the right to the most favourable exchange rate<sup>24</sup>.

In addition, the Private Investment Regulations also set forth the various conditions investors must fulfil in order to avail of the benefits provided by legal stability agreements («LSAs»)<sup>25</sup>; the scope of the protections guaranteed to investors with regard to legal stability and tax stability<sup>26</sup>; the juridical nature of LSAs<sup>27</sup>; and the procedures for executing them. We discuss the Peruvian legal stability system in further detail below.

## 2. PERU'S TAX REFORMS IN SUPPORT OF ECONOMIC LIBERALIZATION

Yet another component of the Peruvian economic reform package was the restructuring of the Peruvian tax system, a fundamental aspect of which entailed allowing companies to merge or divide without taxable consequences. Thus, on January 1, 1994, Legislative Decree 782 («Decree 782») was passed, granting State-owned enterprises the right to reorganize without tax consequences<sup>28</sup>. Ten days after the Government issued Decree 782, on January 10, 1994, Congress granted tax free reorganization benefits to all companies through Law 26283 («Merger Revaluation Law»)<sup>29</sup>. Then, on September 19, 1994, Supreme Decree 120-94-EF («Supreme Decree 120») was issued with the purpose of providing implementing regulations for the Merger Revaluation Law.

---

<sup>24</sup> Private Investment Regulations, Preliminary Title, Rule I.

<sup>25</sup> Private Investment Regulations, Title III, Chapter I.

<sup>26</sup> See id. at Title III, Chapters II and III.

<sup>27</sup> See id. at Title III, Chapter IV.

<sup>28</sup> Decree 782, Preamble. The Preamble to Decree 782 reads, as follows:

WHEREAS:

[...]

[B]y means of Legislative Decree 674, the process of promotion of private investment in State enterprises is regulated;

[A]rticle 10th of Legislative Decree 674 points out that State enterprises can merge, divide or reorganize when [COPRI] so decides;

It is necessary to exonerate from those tax obligations, acts and agreements made between the companies and the State under Legislative Decree 674.

<sup>29</sup> Merger Revaluation Law — «Exemption From All Taxes of Acts, Contracts, and Transfers of Assets Derived From Agreements of Merger or Division of All Types of Legal Entities», as amended by Law 26416, Law 26561 and Law 26733.

The best explanation of the scope and purpose of the Merger Revaluation Law and corresponding regulations lies in the sole substantive article of the Law:

The formation, and other acts, contracts and transfer of equity, arising from merger or division agreements of any type of legal entity, whether mercantile, civil or cooperatives, shall be exempt from all taxes, including Income Tax and fees for registration in the Public Registries until December 31, 1994<sup>30</sup>.

The Government promulgated this concise, single paragraph law in the broadest of terms precisely to allow companies to merge and revalue their assets free of all taxes within the context of dragging the country out of an economic crisis. In technical terms, the law allowed legal entities to use the market value of their assets as the cost basis when depreciating those assets for tax purposes, but only if such assets were subject to a merger or division.

The abovementioned tax laws and decrees played a key role in the Government's privatization program. Specifically, these laws were planned outgrowths of the policies and principles set out in the Private Investment Law.

Article 1 of the Supplementary Provisions of the Private Investment Law dictates that «the exceptional measures which must be adopted in the country's own interest to *reorganize companies*» (emphasis added) shall be governed by the principles set forth therein<sup>31</sup>. The Merger Revaluation Law, which had the «same objectives» as those of the Private Investment Law<sup>32</sup>, was one of the «exceptional measures» taken by the Peruvian Government to «eliminat[e] legal and administrative obstacles or distortions that hinder economic activities»<sup>33</sup>. As such, it constituted an integral part of the economic reform package implemented by the Peruvian Government to promote private investment.

The foregoing observation is supported by the drafting history of the Merger Revaluation Law, which is replete with references to encouraging private investment<sup>34</sup>. The Law had its origins in the draft of Bill 1051, the Preamble of which stated as follows:

---

<sup>30</sup> Merger Revaluation Law, Article 1. The only other article of this law, Article 2, simply states that the law is effective upon publication in the official gazette.

<sup>31</sup> Private Investment Law, Supplementary Provisions, Article 1.

<sup>32</sup> Bill Proposing Extension of Decree Law 25877 and Including in the Scope of Decree Law 25601, the Division of Companies, dated October, 29, 1993, with Copy No. 1051/93.

<sup>33</sup> Bill Proposing Extension of Term to Exonerate from Taxes the Juridical Acts Derived From the Merger or Division of Juridical Persons, dated December 9, 1994, With Copy No. 2127/97 — CCD.

<sup>34</sup> In addition to promoting private investment, the Government passed the Merger Revaluation Law to give Peruvian companies, and the Peruvian economy in general, a much-needed boost. See, e.g., Debate Ledger —Law 26283— First Regular Session of the Legislature of 1993, 44th Session, dated December 21, 1993 («[M]erger, and division as well, can be elements for the strengthening

In order to promote private investment and eliminate the legal and administrative obstacles and distortions that thwart economic activities and in order to grant companies legal stability and certainty and, consequently, stability to the investments that they make, through Legislative Decree 757, the Framework Law for growth of Private Investment was issued; and whereas

For the same purpose, Decree-Law 25601, which exempts from all taxes acts, contracts and capital transfers arising out of agreements for mergers of legal entities was issued; and whereas

Through Decree-Law 25877, application of Decree-Law 25601 has been extended until December 31, 1993; and whereas

However, company divisions have not been included in the scope of either Decree-Law 25601 or Decree-Law 25877; and whereas

The existing conditions that justified the issuance of the laws in question have not changed to date. It is necessary, for one thing, to extend the term of Decree-Law 25601 until December 31, 1994 and, in addition, to include company divisions in the benefits of said laws. It is felt that in modern commercial doctrine, company reorganizations include both company mergers and divisions<sup>35</sup>.

Furthermore, in recommending the approval of Bills 1051 and 1100-93-CCD—the bills that ultimately gave rise to the Merger Revaluation Law—the Economics Commission of the Democratic Constituent Congress declared the following:

The promotion of private investment entails eliminating legal and administrative obstacles and distortions, seeking the stability of companies and the investments that they make.

Exemption from all taxes must include the reorganization of companies, which means their merger or division.

For such reasons, [the] Economics Commission recommends to the Democratic Constituent Congress the APPROVAL of Bills No. 1051 and 1100-93-CCD [...]<sup>36</sup>.

These and similar considerations were echoed every time the Government approved the extension of the term of the Merger Revaluation Law each successive

---

of companies themselves and for helping them at a time of a serious recession crisis ... and this even guarantees the permanence of work sources»); Opinion of the Economic Commission, dated November 1997 («The proposed extension [of the Merger Revaluation Law] would allow consolidating the process of Economic Reactivation because [...] [g]reater economic and financial solvency of the [c]ompanies will be achieved [...].»).

<sup>35</sup> Bill 1051/93, dated October 29, 1993, (emphasis added).

<sup>36</sup> Bills 1051 and 1100-93-CCD: Extension of Exemption Term for Company Mergers, dated December 16, 1993.

year between 1995 and 1998. Thus, for example, the Congressional debate ledger of December 15, 1995 regarding extension of the term of the Merger Revaluation Law reads:

All of these companies that are in the process of merging have the following benefits: First, there is a process of revaluation of assets of the companies at market value, originating that the capital is linked to reality; [second,] a greater capital and financial stability of the companies; [third,] it will allow a greater rationality through a reduction in administrative expenses; [fourth,] it *allows for greater efficiency and encourages corporate investments* and, as a consequence thereof due to the production there will be a greater collection of taxes<sup>37</sup>.

Lastly, the Congressional debate ledger of December 27, 1996 contains almost identical language:

The importance of the waivers regulated by [the Merger Revaluation Law] must be pointed out, since it has been allowing the consolidation of the process of economic reactivation, revaluing the assets of the companies at market values, giving rise to the capital being linked to reality, therefore obtaining greater capital and financial solvency of the companies. Likewise, the extension will allow a greater rationality and a reduction in administrative expenses, achieving greater efficiency and, above all, it will encourage corporate investments<sup>38</sup>.

In short, the Peruvian Government issued the Merger Revaluation Law specifically to further the objectives underlying its program of promoting private investment.

### 3. THE PERUVIAN LEGAL STABILITY SYSTEM

#### 3.1 Effects of the Granting of an LSA

As noted above, the rights granted to foreign investors under Peruvian law are stand-alone protections guaranteed by the Peruvian state to all foreign investors and do not require a special agreement in order to be effective. As an added protection, the Government of Peru may contractually guarantee the stability of certain of these rights and protections, both express and implied, by executing

---

<sup>37</sup> 20th B Session (Morning) of the Legislature of 1995, dated December 15, 1995, at p. 2 (emphasis added).

<sup>38</sup> 24th A Session, First Ordinary Legislature of 1996, dated December 27, 1996, at p. 2. See also Opinion of the Economic Commission, dated November 1997 («The proposed extension [of the Merger Revaluation Law] would allow consolidating the process of Economic Reactivation because, [inter alia] [...] that will allow greater efficiency and will encourage corporate investments»).

LSAs<sup>39</sup>, which the Peruvian State has declared «are internationally recognized as instruments which promote investments»<sup>40</sup>.

LSAs are essentially «investment incentives»<sup>41</sup> in that they serve as «additional measures on the whole, and not substitutes» to the basic rights and protections available to all investors in Peru<sup>42</sup>. LSAs do not displace the basic rights established by the Peruvian investment promotion laws and Peruvian law generally, but reinforce them.

The Foreign Investment Law and the Private Investment Law authorize the execution of LSAs, which typically incorporate by reference relevant provisions of these laws. LSAs «give contractual assurances for ten years [...] of protection from any change in certain key policies».<sup>43</sup> As noted in the Preamble to the Private Investment Regulations, the purpose of these agreements is «to enable investors to plan their investments in the long-term»<sup>44</sup>. LSAs, therefore, cement the key protections within the Peruvian investment promotion laws for a period of ten years by ensuring that the State will not introduce changes in its practices or its fiscal, legislative and administrative framework that might adversely affect the economic return on the underlying investment originally forecast by the investor.

The protections provided through a foreign investor LSA are effective immediately upon its execution and continue in effect for the term of the LSA, subject to the requirement that the investment described in the LSA take place within the period of time stipulated in the LSA (typically no longer than 2 years). If the investment is not made within the required time limits, the rights and other guarantees stabilized under that LSA, as well as under all related LSAs (*e.g.*, the local investment-receiving company's LSA) are deemed immediately terminated, requiring the reimbursement by the investor of all benefits obtained while the LSA was in force<sup>45</sup>.

<sup>39</sup> See UNCTAD (2000: 20). Almost all foreign companies that have acquired Peruvian state-owned assets have executed Legal Stability Agreements with the Government. A recent study shows that more than 600 Legal Stability Agreements were executed between 1992 and 2003, 29 percent of which involved privatized companies. The same study indicates that Legal Stability Agreements represent at least US\$14 billion in investment commitments in Peru and at least US\$9.9 billion has been collected by Peru's treasury in connection with investments made pursuant to such agreements.

<sup>40</sup> Private Investment Regulations, Preamble.

<sup>41</sup> For a discussion on other investment incentives under Peruvian law, see UNCTAD (2000: 24-29).

<sup>42</sup> UNCTAD (2000: 24). See also Foreign Investment Law, Article 17; Private Investment Law, Article 45; Private Investment Regulations, Article 21.

<sup>43</sup> UNCTAD (2000: 20).

<sup>44</sup> Private Investment Regulations, Preamble.

<sup>45</sup> Foreign Investment Law, Article 11 («The stability regime shall become effective on the date on which the agreement is executed and shall provide, under responsibility, the express resolatory

In the case of the foreign investor LSA, the agreement is entered into between the investor and PROINVERSION (formerly CONITE), for and on behalf of the Peruvian State. In the case of the recipient company LSA, the agreement is executed between that company and PROINVERSION (formerly CONITE) and the corresponding ministry for the industry sector, for and on behalf of the Peruvian State. Which vehicle is used by the foreign investor to serve as the Peruvian State's counter-party to the LSA will depend on a host of factors, primarily the foreign investor's corporate and international tax planning structure, or local incorporation requirements imposed by municipal law.

LSAs can only be granted in connection with new investment in Peru and in an income producing activity that contributes to the country's development (*i.e.*, an «active» investment)<sup>46</sup>. Pursuant to Article 13 of the Foreign Investment Law, an LSA can only be granted on the basis of the filing of an application by the investor with the Peruvian authorities<sup>47</sup>. The application must contain specific information relevant to the investment on the territory of Peru. This information includes the name, legal status, domicile and nationality of the investor, details regarding the investor's legal representative, the amount of the investment, the target of the investment, and a description of the project in which the investment is being made.

The guarantees and rights protecting an investment, and which are implemented through the execution of an LSA are described in Article 19 of

---

condition that in case of failure to deliver the contributions, or if these are reduced or transferred to third parties, said agreement will be invalidated and subject to the relevant penalties and payment to the Tax Administration of any taxes not paid due to the stability regime). See also Private Investment Regulations, Article 28 (listing the causes for automatic termination of an LSA).

<sup>46</sup> Foreign Investment Law, Article I; see also Private Investment Regulations, Article 16 (establishing that «[o]nly investors who undertake to comply with» the stipulated requirements «may benefit from the legal stability regime [...]» These requirements include the making of «cash contributions to the capital of an enterprise already established or to be established in the country under Peruvian Law [...]»; a minimum capital contribution of US\$ 2,000,000 or US\$ 500,000, which must be channelled through the National Financial System; the making of a venture capital investment; or the acquisition of shares of a company owned directly or indirectly by the State); Private Investment Law, Article 40 («provided that the total amount of the new investments received by the enterprise is greater than 50% of its capital plus reserves and is used for expanding productive capacity or technological improvement»).

<sup>47</sup> Article 13 of the Foreign Investment Law («In order to benefit from the stability regime referred to in Article 10 hereof, foreign investors must file an application with the National Competent Authority in respect of any of the forms stipulated in Article 11 hereof»). See also Private Investment Regulations, Article 29 («In order to be entitled to the legal stability regime referred to in this title, an application for the execution of the respective agreement should be filed before the Competent National Organization pursuant to the format indicated in Annex II, which is an integral part hereof»).

the Private Investment Regulations<sup>48</sup>. For an LSA to be approved for the local investment-receiving company, it must actually be the target of an investment<sup>49</sup>. Neither the Foreign Investment Law, nor the Private Investment Regulations, contain specific provisions addressing LSAs issued to a holding company. The investment ultimately subject to protection is the local operating company.

### *3.1.1 Stability of the Tax Regime*

The tax stability guarantee implies that a foreign investor cannot be subject to a higher tax effect than that contemplated by the various LSAs relating to the investment in connection with: (i) the income tax payable by the target company that is the recipient of the investment; (ii) the taxes imposed on the profits attributed to the investment receiving company; or (iii) the dividends distributed by the target company. If the income tax payable by the target company is increased by the Government of Peru's actions, the foreign investor is entitled to receive compensation in an equal amount. In this way the foreign investor's

---

<sup>48</sup> Article 19 states as follows:

Legal stability guarantees the investors and enterprises in which they participate, as the case may be, the following rights:

- (a) Stability of the tax regime regarding the Income Tax in force at the time of execution of the Agreement for the cases considered in sub-section a) of Article 10 of Legislative Decree 662 and in Articles 38, 40 and 41 of Legislative Decree 757, in accordance with the provisions of Article 23 hereof;
- (b) The stability of the regime of unrestricted availability of foreign currencies, in accordance with the provisions of sub-section b) of Article 10 of Legislative Decree 662, applied under sub-section a) of Article 3 hereof;
- (c) Stability of the right of unrestricted remittance of profits, dividends, capitals and other earnings, in accordance with Article 15 hereof;
- (d) Stability of the right to use the most favourable exchange rate available on the exchange market, according to the provisions of Article 13 hereof;
- (e) Stability of the right to non-discrimination, according to Article 3 hereof;
- (f) Stability of the regime regarding the hiring of workers, in any of its forms, under the provisions of sub-section a) of Article 12 of Legislative Decree 662, specially in that related to regimes covered by Legislative Decree 728, Employment Promotion Law;
- (g) Stability of the export promotion regime, in accordance with the provisions of sub-section b) of Article 12 of Legislative Decree 662, including the drawback regime of the indirect taxes considered in Article 8 of Legislative Decree 668, as well as the special regimes contained in Legislative Decree 704, Law for Free Zones, Special Trade Treatment and Special Development Zones; and
- (h) In the case of financial leasing contracts: total stability of the tax regime.

<sup>49</sup> See Private Investment Regulations, Article 17 («Legal stability is extended to the enterprises established in the country provided that they receive or are established with new capital contributions made pursuant to the provisions of [Article 16] or [...]» they are a state-owned company subject to at least a 50% privatization).

net return on its investment is protected for the term of stabilization granted by the Government. The provisions relevant to the Government's guarantee of tax stabilization for a foreign investor are set forth, *inter alia*, in Articles 10(a) and 12 of the Foreign Investment Law, Article 40 of the Private Investment Law, Articles 19(a) and 23(a) of the Private Investment Regulations, and Articles 38 and 62 of the Peruvian Constitution<sup>50</sup> (hereinafter collectively referred to as the «Tax Stabilization Regime»).

The Tax Stabilization Regime consists not only of law and regulations, but also of (i) the tax rates (*alícuotas*) applicable to dividends (*dividendos*) and profits (*utilidades*); (ii) deductions (*deducciones*); (iii) rules for calculation of taxable income (*reglas para el cálculo de la renta imponible*); (iv) taxable base (*base imponible*); (v) or any other cause with equivalent effects (*cualquier otra causa de efectos equivalentes*), including governmental practices and interpretations<sup>51</sup>.

The Tax Stabilization Regime is implemented through the execution of LSAs between the Peruvian State, the foreign investor, and the investment-receiving enterprise (and any such affiliated holding companies that may be integrated in the ownership chain in connection with a specific investment project). Despite the fact that each LSA is individually executed, the LSAs are interlinked and collectively protect the entire investment. Indeed, as explained below, the tax stability provided for in a foreign investor LSA includes stability both of the income tax levied on the profits of the investment-receiving company, as well as the dividends that are attributed and distributed to the foreign investor<sup>52</sup>. As such, the tax stabilization guarantee protects an «effective tax regime» for the investment.

Specifically, Article 23(b) of the Private Investment Regulations emphasizes the import and effect of the tax stability granted by way of a recipient company LSA, as follows:

Article 23.- The stability of the tax regime implies the following:

(a)[...]

(b)For investment-receiving companies included in sections a and b of Article 17 hereof: it is hereby guaranteed that while the Stability Agreement is effective, the income tax applicable thereto will not be modified. The same terms, as well as the same aliquots [portions], deductions and scales for the calculation of the

<sup>50</sup> Article 38 of the Peruvian Constitution states, «When exercising its taking power, the State has to respect the principles of regulation by law, equality and respect of the person's fundamental rights. No tax may have a confiscatory nature." See also Peruvian Constitution, Article 62.

<sup>51</sup> See <[www.proinversion.gob.pe](http://www.proinversion.gob.pe)> (describing the tax stabilization commitment under the LSAs as comprising «stability of the Income Tax system in force when the agreement is concluded»).

<sup>52</sup> Private Investment Regulations, Article 23.

taxable income as the one effective at the time of the agreement's execution will be applicable.

The tax stability system granted to companies under the provisions of Article 40 of Legislative Decree 757 implies that in case the income tax is modified during the term of the Stability Agreement, such modifications will not affect the investment-receiving companies which tax stability is protected by the appropriate agreement whether the aliquots increase or decrease or the taxable base is modified by being extended or reduced, or by any other cause with equivalent effects [...]<sup>53</sup>.

Article 23(b) thus establishes that, by executing an LSA with an investment-receiving company, the Peruvian Government guarantees, for a period of ten years, that the income tax payable by the local investment-receiving company on the income it generates will be determined in accordance with the income tax regime in effect when its LSA is signed.

Article 23(a) of the Private Investment Regulations explains the scope and effect of the Government of Peru's tax stability commitment under Article 10(a) of the Foreign Investment Law. It confirms that:

Article 23.- The stability of the tax system implies the following:

(a)For investors: It guarantees that while the stability agreement is in force, the income tax which results in a greater tax burden than the one effective as from the date of execution of the agreement will not be imposed on the amounts they are entitled to, in such a manner that they will be entitled to receive effectively such amounts in the same proportion for the following concepts:

- a.1. The dividends agreed upon in their favour;
- a.2. The profits they are entitled to;
- a.3. The profits available thereto; or

a.4. The remittance of sums pertaining thereto for any of the concepts regulated in the various items of this section.

The stability system granted to investors as provided for by section a of Article 10 of Legislative Decree 662 implies that in case the income tax were amended during the effective term of the Stability Agreement results *in a variation of the tax base or the aliquots imposed on the profit generating company, or new taxes were created and imposed on the company's income, or in the percentage reduction of the investor's available profit or dividends with regard to the profit before income as compared to the one subject to allocation or available at the time of setting the guaranteed tax system due to any other cause with equivalent effects*, under the stability granted by the agreement, the tax aliquot (s) with regard to the profits or dividends the investor is entitled to will be reduced in order to allow that

---

<sup>53</sup> Private Investment Regulations, Article 23(b), (official PROINVERSION translation).

the profits or dividends finally available or subject to allocation are equal to the ones guaranteed up to the possible limit as to the tax imposed on profits or dividends<sup>54</sup>.

Broken down into its constituent parts, Article 23(a) confirms that: (i) if, in fact, the tax regime that is applied to the investment-receiving company (ii) during the effective term of the foreign investor LSA (iii) is different from the tax regime that was stabilized for the investment receiving company under *its* LSA, then (iv) reparation for such variation of the tax regime will be made to the foreign investor (v) under the foreign investor LSA. In essence, therefore, whereas Article 23(b) confirms that the income tax regime for the investment-receiving company will be frozen for the next ten years, Article 23(a) establishes that it is the foreign investor that may claim for damages caused by the State's breach of that tax regime. More specifically, Article 23(a) provides that: (i) the foreign investor LSA guarantees the investor that (ii) the profits available or dividends distributable to it (iii) will *equal* the amount resulting from the application of the stabilized tax regime to the investment-receiving company's taxable earnings (iv) in effect during the effective term of both the foreign investor and investment-receiving company's LSAs. In other words, the foreign investor is accorded the right to claim back from the Government the difference between the amount it expected to receive under its stabilized regime and the amount it actually received (or could receive) as a result of the Government's breach of that regime.

In sum, the specific purpose of the tax stabilization guarantee is a simple one: to ensure that the tax regime evaluated by the foreign investor in the process of establishing the projected net return on its investment will not vary during the term of its LSA, further reinforcing the emphasis on stability and predictability for the investor underpinning Peru's foreign investment framework.

### *3.1.2 Stability of the Right to Non-Discrimination*

Stabilization of the right to non-discrimination means that the Government of Peru guarantees that it will treat a foreign investor and the enterprise in which it invests on an equal basis with Peruvian nationals, subject only to limited exceptions explicitly set out in the Peruvian Investment Framework Laws<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Private Investment Regulations, Article 23(a), (official PROINVERSION translation). (emphasis added) The importance of Article 23(a) lies in the fact that it gives the foreign investor the right to claim for damage caused to the local investment-receiving company (and hence the foreign investor) for breaches of the tax regime guarantees in Article 23(b). How the investor is then made whole for such damage is subsequently a matter of both of the laws underlying the Foreign Investment Regime (e.g., Article 23(a) itself) and the Civil Code.

<sup>55</sup> UNCTAD (2000: 19).

As such, foreign and national investors are granted identical rights and obligations regardless of nationality, geographic location, or the type or sector of economic activity they are engaged in. The Government's guarantee of non-discrimination can be found in, *inter alia*, Articles 2 and 10(c) of the Foreign Investment Law, Articles 3 and 19(e) of the Private Investment Regulations, and Article 2 of the Peruvian Constitution.

The non-discrimination guarantee is typically found only in LSAs executed between the Peruvian Government and foreign investors, but not in those executed between the Government and investment-receiving companies. This is because, as demonstrated below, the Peruvian Government's non-discrimination protection with respect to an investment is implemented through the LSA executed with the foreign investor. Thus, a claim that the Peruvian State's non-discrimination commitment has been breached cannot be asserted under the local investment-receiving company's LSA, but rather must be brought by the investor under its LSA, as this is the agreement containing the protection that is alleged to have been breached.

Article 10(c) of the Foreign Investment Law guarantees the foreign investor «stability of the non-discrimination rights contemplated in Article 2 hereof»<sup>56</sup>. In turn, Article 2 of the Foreign Investment Law establishes the general principle of equal treatment between foreign and national investors, and clarifies that the non-discrimination protection granted to the foreign investor includes actions taken against the local company in which a foreign investor participates:

Article 2.- Foreign investors and the companies in which these participate have the same rights and obligations as the local investors and companies. Such rights and obligations are only limited by the exceptions established in the Political Constitution of Peru and the provisions hereof.

In no case the domestic juridical regulations will discriminate among investors or the companies based on the local or foreign share in the investments<sup>57</sup>.

In other words, Article 2 of the Foreign Investment Law makes it clear that both the foreign investor and the company in which it invests have the right to equal treatment on the same terms as those granted to a national investor and recipient company. Equally clear, however, is the fact that only the foreign investor can assert a claim under its LSA for action that falls short of this standard, regardless of whether that discriminatory action is taken against the foreign investor or the

---

<sup>56</sup> Foreign Investment Law, Article 10(c).

<sup>57</sup> Foreign Investment Law, Article 2 (official PROINVERSION translation), (emphasis added).

company in which it invests. To reiterate, any discrimination by the Government against an investment at any level is actionable at the foreign investor level.

Additional clarification regarding the scope of the equal treatment standard and the prohibition against discriminating practices is provided in Article 3 of the Private Investment Regulations. Article 3 sets out the various grounds upon which discrimination is prohibited, including «differentiated treatment» on the basis of, *inter alia*, nationality of the investor or «any other cause with equivalent effects»:

The right to non-discrimination among investors and companies implies that the State, at any of its levels, in the case of Central, Regional or Local Government entities, or companies owned thereby, should grant an equal treatment thereto.

[...]

The non-discrimination referred to in this Article implies that no entity or company of the Central, Regional or Local Governments, as appropriate, will establish a differentiated treatment among investors or the companies in which they participate based on the nationality thereof, the sectors or the type of economic activities they are engaged in, or the geographical location of companies. Neither will they be able to establish a discriminatory treatment among investors or companies in which they participate in the following matters:

[...]

e) Any other cause with equivalent effects.

A cause with equivalent effects, among others, is the discrimination resulting from any combination of the different factors described in this Article.

The differentiated treatments which are granted in tax or import duties matters based on sectors or types of economic activities or the companies' geographical location are not considered as causes with equivalent effects<sup>58</sup>.

The prohibition under Article 3 of the Private Investment Regulations against differentiation based on «any other cause with equivalent effects» is synonymous with the broad guarantee of equal treatment enshrined in the Peruvian Constitution. The Constitution, from which all Peruvian laws emanate and, in reference to which, all Peruvian laws must be interpreted, sets forth the fundamental right to equal treatment in the following terms: «All persons have the right to: [...] Equality before the law. No person can be discriminated against for reasons of origin, race, sex, language, religion, opinion, economic or *any other condition*»<sup>59</sup>.

The reference in Article 2, subsection 2 of the Peruvian Constitution to «or any other condition», proscribes differential treatment based on *any unjustified reason*.

---

<sup>58</sup> Private Investment Regulations, Article 3, (official PROINVERSION translation).

<sup>59</sup> Peruvian Constitution, Article 2, subsection 2, (emphasis added).

The Congressional debates that took place at the time of the Constitution's enactment in 1993 help to explain the motivation and significance of this language. In particular, Mr. Enrique Chirinos Soto, the primary drafter of that Constitution, explained that, if the categories of discrimination under the Constitution remained as only race, gender, religion, opinion or language:

So then, it could be understood that one could not be discriminated against for another reason: for the colour of his hair, for the size of ones skirt or of ones pant. Therefore, it would be indispensable to add, Mr. Chairman: «No one can be discriminated against for such and such a reason, nor for any other» [...] No one should be discriminated against for any reason. That is the end of that. Then, there is no other reason. [...] We must put that «nor for any other reason». We must put that in because, otherwise, there could be discrimination for reasons not in the constitutional text<sup>60</sup>.

In other words, the broad protection arising under Article 3 of the Private Investment Regulations against action based on «any other cause with equivalent effects» explicitly mirrors the Constitution by proscribing *any* attempts to violate Peruvian law's overriding tenet of absolute equality through differentiated treatment based on changes in legislation, inconsistent application of law and abuses of administrative discretion.

Under this broad «Non-Discrimination Regime», therefore, the Government of Peru promises not to take *any* actions, or implement *any* measures, that either discriminate against, or have the effect of discriminating against, a foreign investor's investment in Peru on the basis of, *inter alia*, nationality, economic sector, economic activity, or «any other cause with equivalent effects».

### *3.1.3 Stability of the Right of Free Remittance*

As part of the comprehensive framework of legislation to protect foreign investment in Peru, the Government granted foreign investors the right to remit freely the total amount of the net profits earned from their investments and undertook to take no actions to restrict or limit that right. This is, by definition, a right granted exclusively to foreign investors.

Article 7 of the Foreign Investment Law clearly sets forth an investor's right to remit freely its total profits:

Foreign investors are hereby guaranteed the right to remit abroad in unrestricted convertible currency, without requiring beforehand, for this purpose, an authorization from any central government authority, from decentralized public

---

<sup>60</sup> Debate ledger of the Democratic Constituent Congress, Session 10.A (Evening), dated February 19, 1993, at p. 55.

entities or from regional or municipal governments, after paying the taxes required by law, the following:

- (a) *The full amount of their capital generated from the investments contemplated in Article 1 hereof and registered with the national competent agency, including the sale of shares, participations or rights, capital reduction or partial or total liquidation of the companies; and*
- (b) *The full amount of the dividends or proven net profits generated from their investments, as well as the payments for the use or enjoyment of goods physically located in the country and registered with the national competent agency, and the royalties and payments for the use and transfer of technology, including any other element forming part of the intellectual property assets authorized by the national competent entity<sup>61</sup>.*

Article 10 of the Private Investment Law echoes the broad right of a foreign investor to remit its profits:

The State guarantees the rights of companies, regardless of their corporate form, to freely determine the distribution of all their profits or dividends, and the investors' rights to receive their total share in such profits or dividends, including those pertaining to the current year, based on periodic balance sheets, without prejudice to the obligations regarding the profit-sharing plan, legal reserves and the pertinent obligations stipulated in the General Corporate Law, provided the corresponding tax obligations are satisfied<sup>62</sup>.

These same foreign investor protections appear yet again in the Private Investment Regulations:

The guarantees for national and foreign investors include:

[...]

- (i) Enterprises' right to freely decide the distribution of the full amount of profits or dividends generated;
- (j) Investors' right to receive the full amount of the corresponding profits or dividends they are entitled of [...]<sup>63</sup>

Hand-in-hand with a foreign investor's right to remit freely the full amount of its profits is the underlying right to those profits. This underlying right is given effect through Peru's constitutional and legislative guarantee to protect private property from Government confiscation or interference. A person's right to private property is enshrined in the Peruvian Constitution, as follows:

---

<sup>61</sup> Foreign Investment Law, Article 7 (official Proinversion translation), (emphasis added).

<sup>62</sup> Private Investment Law, Article 10 (official Proinversion translation).

<sup>63</sup> Private Investment Regulations, Rule 1 (official Proinversion translation).

The right to property is inviolable. The Government guarantees it. It is exercised in harmony with the common good and within the limits of the law. No one can be deprived of property except exclusively for reasons of national security or public need, declared by law, and after payment in cash of a just compensation for possible damages and losses. Action can be taken before the Judicial Branch to contest the value of the property that the Government has indicated in the expropriation procedure<sup>64</sup>.

This constitutional protection to private property is overlaid by further legislative guarantees to the same effect. The Private Investment Law, for example, provides:

The State guarantees private property, subject to no further limits except those stipulated in the Political Constitution. In application of Article 131 of the Political Constitution, which endorses free enterprise, and in conformity with the provisions contemplated in this Chapter, the State shall not expropriate companies nor any shares or interests therein, except for the national interest, to be duly substantiated by a Congress Law<sup>65</sup>.

The aforementioned guarantee of free remittance and protection of private property is typically incorporated in, and echoed by, a provision in LSAs executed between the Government and foreign investors. Consequently, investors have the right to remit freely the total amount of the profits generated by investment receiving companies free of any Government-imposed restrictions or limitations to that right.

### *3.1.4 Stability of the Right to Use the Most Favourable Exchange Rate and the Free Availability of Foreign Currency*

Foreign investors are also granted the right to use the most favourable rate of exchange when converting currency. Additionally, foreign investors are granted the right to access foreign currency at the most favourable rate of exchange that is available. The provisions relevant to these guarantees can be found at, *inter alia*, Article 10(b) of the Foreign Investment Law and Article 19(d) of the Private Investment Regulations.

---

<sup>64</sup> Peruvian Constitution, Article 70.

<sup>65</sup> Private Investment Law, Article 8. See also, Foreign Investment Law, Article 4 («The ownership right of foreign investors shall not be subject to any further limitations except those stipulated in the Political Constitution of Peru»).

### 3.2 Juridical Framework Applicable to the Formation, Performance, and Interpretation of LSAs

Under the Peruvian investment promotion laws, the key features of LSAs are that (i) the legal regimes stabilized for investors cannot be changed unilaterally by the State, and (ii) LSAs are subject to private or civil law and not administrative law. As private law contracts, the negotiation, execution, interpretation and enforcement of the provisions set forth in LSAs are subject to the general principles applicable to contracts between private parties under the Peruvian Civil Code. Consequently, the fundamental rights granted by Peru pursuant to an LSA are private contractual rights that are enforceable against the State as if it were a private party.

Indeed, the provisions in the Peruvian Civil Code governing private contracts in general apply to LSAs. In particular, these agreements are subject to the principle of *Contrato-Ley*, as set forth in Article 1357 of the 1984 Civil Code. That Article states as follows: «By law, supported by reasons of social, national or public interest, the State may establish guarantees and assurances by means of a contract»<sup>66</sup>.

Article 39 of the Private Investment Law confirms the foregoing:

Legal stability investment agreements shall be concluded subject to Article 1357 of the Civil Code and shall have the [legal] effect of contracts enforceable as law, such that they may not be modified or terminated unilaterally by the State. Such contracts shall have a private rather than administrative character, and shall only be modified or terminated by agreement between the parties<sup>67</sup>.

Moreover, Article 26 of the Private Investment Regulations reinforces these principles regarding the legal nature of LSAs:

Legal Stability Agreements have the following features:

- a. They are civil law contracts, governed by the Civil Code;
- they have force of law between the parties, so the agreements may not be unilaterally amended for any reason while they are in force;

[...]<sup>68</sup>

The investment protections provided for by LSAs are guaranteed by the Peruvian Constitution, as set forth in the last paragraph of Article 62 of the Constitution:

---

<sup>66</sup> Peruvian Civil Code, Article 1357.

<sup>67</sup> Private Investment Law, Article 39.

<sup>68</sup> Private Investment Regulations, Article 26.

Liberty to contract guarantees that parties may validly agree according to the legal norms in force at the time of the contract. Contract terms may not be modified by law or other dispositions of any type. Conflicts that arise from contractual relations may only be resolved by arbitration or judicial decree, according to the mechanisms of protection set forth in the contract or contemplated by law.

Through contracts-law [special investment-related private contracts of an obligatory character], the State may establish guaranties and grant securities. These may not be modified by legislation, without prejudice to the protection referred to in the preceding paragraph<sup>69</sup>.

A critical feature, therefore, of the Peruvian legal stability regime is that the State contractually reinforces a set of constitutional and legal guarantees to protect a private investment, which it cannot unilaterally modify, thereby ensuring that the investor's legitimate and investment-backed expectations regarding the return on its investment are protected. By virtue of the special status constitutionally accorded to such contracts, they are not subject to the State's sovereign prerogative to terminate or modify unilaterally its agreements with a private party. LSAs, by their very nature, are instruments reflecting the State's voluntary limitation of its sovereignty, at least *inter partes*. They therefore operate in a legal relationship—one of civil law—that is fundamentally distinct from, though certainly cognizant of, certain aspects of the administrative law-based relationship between the local company and the local authority.

Finally, as private law contracts, LSAs are subject to the principle of good faith set forth in Article 1362 and 168 of the Civil Code. These articles state as follows:

Article 1362: Contracts must be negotiated, executed and performed according to the rules of good faith and the common intention of the parties.

Article 168: A legal act shall be interpreted in accordance with what is expressed therein and in accordance with the principle of good faith<sup>70</sup>.

### **3.3 LSAs Granted to Foreign Investors and Investment-Receiving Companies Are Interlinked**

The LSAs granted to the foreign investor and to the local investment-receiving company are integrally related to each other. The plain terms of the Foreign Investment Law and the Private Investment Regulations demonstrate that certain of the protections that are specifically applicable to the foreign investor

---

<sup>69</sup> Peruvian Constitution, Article 62.

<sup>70</sup> Peruvian Civil Code, Articles 1362 and 168.

are implemented through the LSA between the Peruvian State and the investor. Other stabilized regimes that are necessary to protect the value of the investment, however, are implemented through the LSA between Peru and the local company receiving the investment. This structure is recognized in Article 25 of the Private Investment Regulations:

Legal stability agreements grant the following guarantees:

- (a)To the investors: those contained in sub-section (a) to (e) of Article 19 [of the Regulations];
- (b)To the company;
- (b.1)To those referred to in the first paragraph of Article 17 hereof: the ones included in sections (f) and (g) of Article 19 [of the Regulations]; and
- (b.2)To those referred in the second paragraph of Article 17 hereof: the ones included in sections (a), (f) and (g) of Article 19 [of the Regulations]<sup>71</sup>.

The inter-linked nature of LSAs is also described in Article 12 of the Foreign Investment Law, which predicates the validity and effectiveness of the local recipient company's LSA on that of the investor's LSA. Article 12, in describing the rights provided to a local investment receiving company, states in pertinent part:

Such rights shall remain in force as long as the foreign investor does not violate the provisions of the last paragraph of [Article 11], and as long as the respective agreements entered into by the aforementioned companies, their foreign investors and the National Competent Authority, are not resolved or terminated in accordance with the provisions set forth in said paragraph<sup>72</sup>.

In sum, because of the interlinked nature of these LSAs and of the protections they provide, in practice, they are viewed and used by foreign investors as a single tool for protecting their investments in Peru. The protections granted by means of such agreements complement each other to create a single legal regime under which the protected investment may be made, maintained, utilized and later remitted abroad<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Private Investment Regulations, Article 25.

<sup>72</sup> Foreign Investment law, Article 12.

<sup>73</sup> Private Investment Regulations, Articles 19 and 25. Article 19 lists the legal stability protections provided for under the law. Article 25 identifies which protections are granted to investors and which to investment-receiving companies.

#### 4. CASE STUDY: DUKE ENERGY INTERNATIONAL INVESTMENTS Nº 1 LTD. VS. REPUBLIC OF PERU<sup>74</sup>

##### 4.1 Factual Background

The background of Duke Energy Corporation's investment in Peru lies in the Peruvian Government's unbundling and privatization of *Electricidad del Perú S.A.* or *Electroperú S.A.* («Electroperú»), the largest state-owned electricity generation company in the country. In 1994, the *Comisión para la Promoción de la Inversión Privada* («COPRI»), the Peruvian privatization agency, restructured Electroperú into smaller companies for privatization purposes. One of the resulting companies was *Empresa de Generación Eléctrica Nor Perú S.A.* («Nor Perú-Egenor»), a wholly-owned subsidiary of Electroperú. The privatization of Nor Perú-Egenor was carried out by CEPRI-ELP, a special one-stop privatization committee created by COPRI for this purpose.

In 1996, CEPRI-ELP conducted an international bidding process to sell a 60 percent controlling interest in Nor Perú-Egenor. Dominion Energy International, Inc. («Dominion»), a U.S. company, through Inversiones Dominion de Peru S.A. («IDP»), its wholly-owned local subsidiary, won the privatization bidding process. Later, IDP and Electroperú signed a Privatization Agreement under which Dominion was required to maintain control of Nor Perú-Egenor with a minimum stake totalling 51 percent of IDP. Electroperú maintained the remaining 40 percent interest in Nor Perú-Egenor for sale in a later, second privatization phase.

Shortly after the execution of the Privatization Agreement, Peru entered into two LSAs on July 24, 1996: one with IDP, as an investor in Nor Perú-Egenor (the «IDP Domestic Investor LSA»); the other with Nor Perú-Egenor, as a recipient of the investment from IDP (the «Nor Perú-Egenor LSA»). Later Peru entered into two additional LSAs: one with Dominion, as a US\$228.2 million foreign investor in IDP (the «Dominion LSA»); the other with IDP, as a US\$228.2 million recipient from Dominion (the «IDP Recipient LSA»).

On November 27, 1996, the majority shareholders of Nor Perú-Egenor, *i.e.*, IDP and Electroperú, approved a merger between Nor Perú-Egenor and Power North S.A., a corporation established by IDP. The resulting company was called Egenor. In 1997, Dominion sold 49 percent of IDP to Gener S.A. («Gener»), a Chilean company, and the remaining 51 percent to one of its own wholly-owned Peruvian subsidiaries, Dominion Holdings Peru S.A. («DHP»). In other words,

---

<sup>74</sup> Duke Energy International Investments No. 1, Ltd. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/28, Decision on Jurisdiction, February 2006 (hereinafter «Duke Energy v. Peru»), available at [www.investmentclaims.com](http://www.investmentclaims.com).

by 1998, Egenor had three major shareholders —Dominion (through DHP and IDP), Gener (through IDP) and the Peruvian State (through Electroperú).

In late 1998, Duke Energy learned about Dominion's interest in selling its power assets in Central and South America, including in Peru. Duke Energy, however, was interested in acquiring a full 90 percent of Egenor through purchasing 60 percent of its available stock from IDP (owned by Gener and DHP), and the other 30 percent from the Peruvian State<sup>75</sup>. By late 1999, through a complex series of transactions, Duke Energy acquired a 90 percent ownership interest in Egenor from Dominion, Gener and Electroperú for approximately US\$288 million. In October 1999, Dominion obtained and provided Duke Energy with a Guarantee Agreement, pursuant to which Peru guaranteed, in connection with the 60 percent part of the sale, that all of the original obligations assumed, representations and warranties made, and liabilities of Electroperú remained effective and enforceable against Peru.

Duke Energy's acquisition of Dominion's Latin American assets also had a number of international tax implications, which Duke Energy intended to account for in a corporate reorganization. At the same time, Duke Energy needed to implement an ownership structure for Egenor generally mirroring the structure reflected in the Privatization Agreement. It was against this backdrop that Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. («DEI Bermuda») was incorporated in August 1999. Subsequently, in May 2000, Duke Energy International Peru Holdings SRL («DEI Peru Holdings») was established as a Peruvian holding company wholly-owned by DEI Bermuda. Finally, on December 18, 2002, Duke Energy made a capital contribution of US\$200 million to DEI Peru Holdings, through DEI Bermuda. DEI Peru Holdings used these funds to acquire the 90 percent capital stock of DEI Egenor, which, as described above, had already been acquired through various other subsidiaries of Duke Energy, thereby consolidating Duke Energy's interest in Egenor in a clean, tax-efficient corporate structure.

In connection with its investment in Peru, Duke Energy sought to obtain the exact same investment protection regime as Dominion had received through the execution of LSAs with the Peruvian State. A direct transfer or assignment of all of Dominion's LSAs to Duke Energy would have been the most efficient means of accomplishing this objective. For reasons unrelated to Duke Energy, however, the Peruvian Government was reluctant to assign Dominion's LSAs. Nevertheless, an interim LSA between Peru and a Duke Energy subsidiary was executed as

---

<sup>75</sup> Between 1996 and 1998, Electroperú had transferred 10 percent of Egenor's shares to its workers, as mandated by Peruvian law.

a sign of the Government's good faith intention to ensure that Duke Energy's investment would be subject to comprehensive foreign investor protections and to induce Duke Energy's investment.

Eventually on July 24, 2001, Peru executed new LSAs for Duke Energy, with DEI Bermuda and DEI Peru Holdings respectively, as part and parcel of Duke Energy's corporate restructuring process for its investment in Peru. At Duke Energy's request, the DEI Bermuda LSA contained an ICSID arbitration clause. In addition, the interim LSA and the IDP Domestic Investor LSA were assigned to DEI Peru Holdings, and the Nor Perú-Egenor LSA was assigned to Egenor (renamed DEI Egenor).

Immediately following Duke Energy's post-investment corporate restructuring of its Peruvian holdings, however, on November 24, 2000, SUNAT, the Peruvian tax administration, initiated a tax audit of DEI Egenor for tax year 1999 (*i.e.*, for Egenor). SUNAT expanded the scope of the audit to include tax years 1996, 1997, and 1998 on May 9, 2001 (*i.e.*, the tax compliance of Nor Perú-Egenor and Egenor).

On November 22, 2001, SUNAT assessed a tax liability of approximately US\$48 million against DEI Egenor for alleged tax underpayments during the period 1996 to 1998; that is, for events that took place prior to Duke Energy's acquisition of Egenor, during a time when Dominion, Gener and Electroperú (*i.e.*, the Peruvian State) owned the company. The assessment had several components, only two of which are relevant for present purposes: the «Merger Revaluation Assessment» and the «Depreciation Rate Assessment.»

The Merger Revaluation Assessment was based on SUNAT's view under Rule VIII of the Peruvian Tax Code that the 1996 merger between Nor Perú-Egenor and Power North S.A., which created Egenor, was a «sham» transaction only concluded to take advantage of the tax benefits available under Law No. 26283 (previously defined as the «Merger Revaluation Law»). The Depreciation Rate Assessment was based on SUNAT's view that Egenor should have depreciated the assets that Electroperú had transferred to it during the 1996 privatization process using a «special» decelerated depreciation rate that had been specially provided by SUNAT to Electroperú in December 1995, rather than the general statutory depreciation rate set forth for all companies in the Peruvian income tax regulations.

With respect to the Merger Revaluation Assessment, DEI Egenor applied for amnesty under the Peruvian Tax Amnesty Law; at the same time, it reserved its rights. SUNAT accepted the application, and DEI Egenor made a payment of approximately US\$12 million. With respect to the Depreciation Rate Assessment, however, DEI Egenor initially filed an administrative complaint with SUNAT,

followed by an appeal to the Peruvian Tax Court. Ultimately, however, on August 7, 2004, following a rejection of its appeals, DEI Egenor again applied for amnesty with a further and separate reservation of rights, this time making a cash payment of approximately US\$14 million.

On October 6, 2003, DEI Bermuda, DEI Egenor's foreign investor parent, initiated arbitration before ICSID against the Republic of Peru, on the grounds that SUNAT's assessments not only violated Peru's stabilization commitments to DEI Bermuda, but also Peruvian civil and customary international law. The ICSID Secretary General registered the case on October 24, 2003.

The arbitration filed by Duke Energy was the second arbitration filed against Republic of Peru before ICSID, the first having been brought by Lucchetti, a Chilean company and its Peruvian subsidiary under the Chile-Peru Bilateral Investment Treaty («BIT»), which was subsequently dismissed for lack of jurisdiction<sup>76</sup>. DEI Bermuda's arbitration was not commenced under a BIT. Rather, it was commenced pursuant to the ICSID arbitration clause included in the LSA executed between DEI Bermuda and the Republic of Peru.

On July 26, 2004, Peru informed the Tribunal that it intended to object to the jurisdiction of the Tribunal and admissibility of DEI Bermuda's claims in this case. The Tribunal, pursuant to Rule 41(3) of the ICSID Arbitration Rules, suspended the proceedings on the merits, bifurcated the arbitration into jurisdiction and merits phases, and ordered the parties to present their arguments with respect to the issues of jurisdiction and admissibility.

Hearings on the jurisdictional and admissibility issues were held at the seat of ICSID in Washington, DC on March 29-30, 2005. In a unanimous decision, the Tribunal rendered its Decision on Jurisdiction on February 1, 2006, confirming that it had jurisdiction over the parties' dispute, dismissing one of Peru's admissibility objections and leaving the other to the merits phase of the arbitration.

#### 4.2. The Tribunal's Analysis of the Jurisdictional Issues

Peru objected to the Tribunal's jurisdiction *ratione materiae*, *ratione personae* and *ratione temporis*. The Tribunal examined all of these objections in light of Article 25 of the ICSID Convention<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. Peru, ICSID Case No. ARB/03/4 (Chile/Peru BIT), February 7, 2005, available at [www.investmentclaims.com](http://www.investmentclaims.com).

<sup>77</sup> Article 25 of the ICSID Convention provides in the relevant part that «(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the

#### **4.2.1 Jurisdiction *Ratione Materiae***

With respect to jurisdiction *ratione materiae*, Peru contended that the only «investment» for the purposes of determining jurisdiction was DEI Bermuda's US\$200 million capital contribution to its local holding company, DEI Peru Holdings. Thus, according to Peru, DEI Bermuda's indirect ownership in DEI Egenor (*i.e.*, through DEI Peru Holdings) could not benefit from the LSA protections. DEI Bermuda, however, contended that in light of the actual investment undertaken and held by Duke Energy, and the overall unity of the investment transaction, Peru's consent to ICSID arbitration, as reflected in the DEI Bermuda LSA's arbitration clause, could apply to losses suffered by DEI Bermuda based on actions taken by the Peruvian State against DEI Egenor.

In addressing the parties' respective positions, the Tribunal examined three issues: the scope of the arbitration agreement, the nature of the dispute, and finally the concept of investment and the principle of unity of the investment.

##### **a) Scope of the Arbitration Agreement**

At the outset, the Tribunal noted that the «arbitration agreement should be interpreted with due respect for the principle of good faith, [and] should not follow an *a priori* strict or broad construction [...]»<sup>78</sup>. It also noted that the consent to arbitration in Clause Nine of the DEI Bermuda LSA was restricted to the DEI Bermuda LSA<sup>79</sup>, and did not expressly extend to disputes arising out of the other LSAs between Duke Energy's various subsidiaries and the Republic of Peru<sup>80</sup>. Nevertheless, the Tribunal noted that the parties' consent in Clause Nine was formulated in the broadest of terms, covering «[...] any dispute [...] concerning the interpretation, performance or validity» of the DEI Bermuda LSA. Thus, the Tribunal found that the parties had intended to submit to ICSID any and all disputes between them provided that they concerned the interpretation, performance or validity of the DEI Bermuda LSA<sup>81</sup>.

---

dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally».

<sup>78</sup> Duke Energy v. Peru, paras. 76-8.

<sup>79</sup> The clause Nine provided in the relevant part that «[...] the parties agree hereinafter that any dispute, controversy or claim between them, concerning the interpretation, performance or validity of this agreement, shall be submitted to the [ICSID]».

<sup>80</sup> Duke Energy v. Peru, *para.* 80.

<sup>81</sup> *Id. para.* 81.

b) Nature of the Dispute

The Tribunal relied on Claimant's enumeration of Peru's breaches of the DEI Bermuda LSA to explain the nature of the parties' dispute, which may be summarized as follows: breach of the guarantees of non-discrimination, tax stabilization, and free repatriation of investments under Clause Three of the DEI Bermuda LSA; breach of the obligations of good faith and the *doctrina de los actos propios* in connection with DEI Bermuda's investment in Peru; and breach of customary international law<sup>82</sup>.

The Tribunal opined that, at the jurisdictional phase, it did not need to examine the merits of the case in detail; it only needed to be satisfied that the Claimant's claims were *prima facie* within its jurisdiction<sup>83</sup>. According to the Tribunal:

The crux of the issue is whether the literal reading of Clause Two, which would seem to restrict the definition of «investment» to DEI Bermuda's capital contribution to DEI Peru Holdings, excludes the possibility that the Tax Assessment (against DEI Egenor) could violate the protections granted to DEI Bermuda in Clause Three of the DEI Bermuda LSA, which are expressed as being granted «in connection with the investment»<sup>84</sup>.

The Tribunal concluded that the literal language of Clause Two did not limit the Tribunal's jurisdiction to consider the merits of Claimant's claims under Clause Three (and Peruvian and customary international law generally)<sup>85</sup>.

c) Concept of Investment. Principle of Unity of Investment

The Tribunal went on to examine what was the relevant «investment» for the purpose of determining jurisdiction. It stated that although Clause Two of the DEI Bermuda LSA, by its express terms, only referred to DEI Bermuda's US\$200 million capital contribution to DEI Peru Holdings; that capital contribution was not the only relevant investment for the purpose of determining the Tribunal's jurisdiction. According to the Tribunal, the meaning of «investment» in the heading of Clause Three of the DEI Bermuda LSA, and for the purposes of Article 25 of the ICSID Convention, could not be restricted just to that transaction for the following reasons:

---

<sup>82</sup> *Id. para.* 83.

<sup>83</sup> *Id. paras.* 87-8.

<sup>84</sup> *Id. para.* 89.

<sup>85</sup> *Id. para.* 90.

a) The capital contribution, without more, «would not appear to satisfy the requirement, under Peruvian law, that an «investment» in relation to which an LSA is granted, contribute to economically productive activity<sup>86</sup> (*i.e.*, that it be an «active» investment)<sup>87</sup>; in fact,

[u]nder Peruvian law, an investment is a capital contribution that seeks the development of the Peruvian economy. A capital contribution to a holding company must therefore be analyzed in its broader context. It is an operation carried out by a foreign investor in order to have interests and participate in a productive national enterprise. Similarly, any associated LSA must be analyzed in such broader context [...] [T]hus, the integrity of the investment-protection regime in Peru requires that the tribunal look beyond the formalities of the holding-company structure of Duke Energy's investment in the country.<sup>88</sup>

b) The capital contribution was «not an isolated transaction, but was rather one of many transactions deliberately concluded as part of the privatization of Egenor [to provide complete protection to Duke Energy's investment in Egenor S.A.A.]»<sup>89</sup>;

c) A narrow focus on «the wording of Clause Two of the DEI Bermuda LSA as an indication of the «investment» elevates form over substance, by ignoring the purpose of the capital contribution, which was described in the application DEI Bermuda submitted for the DEI Bermuda LSA referred to in Clause One thereof».<sup>90</sup> The application for each of the DEI Bermuda and DEI Peru Holdings LSAs explicitly stated that the purpose of the capital contribution from DEI Bermuda to DEI Peru Holdings was to permit the consolidation of Duke Energy's ownership interest in Egenor S.A.A. under DEI Peru Holdings.

d) In determining their jurisdiction, ICSID tribunals in similar situations «have recognized the unity of an investment even when that investment involves complex arrangements expressed in a number of successive and legally distinct agreements»<sup>91</sup>. In particular, this was the approach adopted by the tribunals in *Holiday Inns v. Morocco* and *CSOB v. Slovakia*.

On the basis of the foregoing, the Tribunal rejected Peru's objection to jurisdiction *ratione materiae*.

---

<sup>86</sup> See Article 1 of the Foreign Investment Law at p. *supra*.

<sup>87</sup> *Duke v. Peru*, para. 92.

<sup>88</sup> *Id. paras.* 97-9. The Tribunal also concluded that the holding company structure would not change the fact that DEI Bermuda had made the investment.

<sup>89</sup> *Id. para.* 92. See also paras. 102-110.

<sup>90</sup> *Id. para.* 92.

<sup>91</sup> *Id. para.* 92.

#### ***4.2.2 Jurisdiction Ratione Personae***

Peru also argued that DEI Bermuda, as an indirect owner of DEI Egenor through DEI Peru Holdings, lacked standing to bring a claim under Article 25(1) of the ICSID Convention. The Tribunal, however, noted that all Article 25 required was that the dispute before the Tribunal be between a Contracting State and a national of another Contracting State. These requirements were clearly met: Peru is a Contracting State to the ICSID Convention, and DEI Bermuda is a national of Bermuda which, through the United Kingdom, is a member of the ICSID Convention.

#### ***4.2.3 Jurisdiction Ratione Temporis***

Peru further argued that the parties' dispute was outside of the Tribunal's jurisdiction *ratione temporis* because it addressed matters arising before the DEI Bermuda LSA entered into force. The Tribunal rejected Peru's argument on the grounds that the decisive point in time for the purpose of determining jurisdiction *ratione temporis* is when a legal dispute between the parties arose, not the point in time during which the factual matters on which the dispute was based took place. Here, the Tribunal found that the legal dispute arose when the tax assessments were imposed by SUNAT, which was after the entry into force of the DEI Bermuda LSA and hence the ICSID arbitration agreement between the parties<sup>92</sup>.

### **4.3 The Tribunal's Analysis of the Admissibility of the Claims**

Peru also argued that even if the Tribunal decided that it had jurisdiction, it nonetheless had to decline jurisdiction because DEI Bermuda's claims were «inadmissible,» given that the key issues in the dispute were already «fully resolved» within the Peruvian tax system by operation of the Peruvian Tax Court and Peru's Tax Amnesty Law<sup>93</sup>.

With respect to the finality of the Tax Court decision on the Depreciation Rate Assessment, the Tribunal rejected Peru's arguments because the issues raised in the ICSID proceedings were different from those at issue before the Tax Court. The following facts further supported the Tribunal's decision in this respect:

- there was no commonality of parties (the parties to the Tax Court proceedings were DEI Egenor and SUNAT, while the parties to the arbitration were DEI Bermuda and Peru);

---

<sup>92</sup> *Id. paras.* 146-150.

<sup>93</sup> *Id. para.* 152.

- none of the issues in the arbitration (*i.e.*, the claims for breaches by Peru of the guarantees contained in the DEI Bermuda LSA) was, or could have been, within the purview or jurisdiction of the Tax Court;
- the Tax Court did not determine, nor could it determine, the tax regime that was stabilized for Claimant's investment under the DEI Bermuda LSA;
- the causes of action under the two proceedings arose from different laws and under different obligations;
- distinct relief is being sought under each of the proceedings; and
- for the purposes of adjudicating DEI Bermuda's claims, what the Tribunal had to determine was not whether the decision of the Tax Court is right or wrong as a matter of Peruvian Tax Law, but whether that interpretation of the law in 2004, confirming SUNAT's opinion of November 2001, is consistent with the rights stabilized for DEI Bermuda under its LSA<sup>94</sup>.

In addition, the Tribunal found that by agreeing to international arbitration in the DEI Bermuda LSA, Peru affirmed «Claimant's right to a review by an ICSID tribunal of the matters considered by the Peruvian administration and court system, to the extent those matters fall within the guarantees contained in the DEI Bermuda LSA»<sup>95</sup>.

The Tribunal determined that Peru's «admissibility» arguments with regard to DEI Egenor's availment of the Peruvian Tax Amnesty Law were purported defences on the merits, and accordingly joined them to the merits phase of the arbitration.

#### 4.4 The Tribunal's Analysis of the Applicable Law

The Tribunal's finding with respect to the law applicable to the parties' dispute is also notable, as it clearly recognized the supervening control of international law in the event there is a conflict between Peruvian and international law. In this regard the Tribunal stated that:

Respondent argues that the Tribunal must apply Peruvian law to resolve this dispute. In fact, the question of the applicable law to the merits of this case is somewhat more complicated. The DEI Bermuda LSA contains no specific provision regarding the applicable substantive law. In such circumstances, Article 42(1) of the ICSID Convention requires the Tribunal to apply «the law of the

---

<sup>94</sup> *Id. para.* 159.

<sup>95</sup> *Id. para.* 160.

Contracting State party to the dispute (including its rules on conflicts of laws) and such rules of international law as may be applicable». Furthermore, even if the law of Peru were held to apply to the interpretation of the DEI Bermuda LSA, this Tribunal has the authority and duty to subject Peruvian law to the supervening control of international law<sup>96</sup>.

#### 4.5 The Tribunal's Observations Regarding Peru's Foreign Investment Framework and Legal Stability System

The Tribunal recognized that the enactment of the Foreign Investment Law, the Privatization Law and the Private Investment Law had taken place within the context of the Peruvian Government's effort to attract and promote investment in the country<sup>97</sup>. Pursuant to the provisions of the Foreign Investment Law and the Private Investment Law, the Peruvian Government is authorized to enter into LSAs with foreign investors<sup>98</sup>. The Tribunal observed that, under Peruvian law, the investment protections contained in the LSAs are subject to the principle of *Contrato-Ley* and are guaranteed by the Constitution<sup>99</sup>. Thus, the stabilized legal regimes provided for in the agreements cannot be changed unilaterally by the State, and are enforceable against the State as if it were a private party<sup>100</sup>.

In analyzing the nature and role that LSAs play within the Peruvian investment regime, the Tribunal recognized that several such agreements may be related inasmuch as each of them is meant to protect the same ultimate investment in the Peruvian economy. As noted above, it was this recognition that allowed the Tribunal to look beyond the narrow wording of the DEI Bermuda LSA and instead consider the purpose of that agreement in light of related, but legally distinct, LSAs. Pursuant to that consideration, the Tribunal held that the Peruvian Government had «granted its approval for the DEI Bermuda LSA because it was part and parcel of the investment being made by Duke Energy in DEI Egenor»<sup>101</sup>, even though the LSA in question did not specifically mention the latter company. Likewise, the Tribunal found that «Duke Energy, through various subsidiaries, entered into various LSAs as part of a single, concerted effort

---

<sup>96</sup> *Id. para.* 162.

<sup>97</sup> *Id. para.* 24-25.

<sup>98</sup> *Id. para.* 26.

<sup>99</sup> *Id. para.* 28-30.

<sup>100</sup> *Id. para.* 31.

<sup>101</sup> *Id. para.* 99.

[...] to obtain complete protection for its investment in Egenor, S.A.A.»<sup>102</sup>. As mentioned above, it is because the Tribunal found that both parties' purposes in entering into the DEI Bermuda LSA were related to the protection of Duke Energy's interest in DEI Egenor, the Tribunal found that the DEI Bermuda LSA could serve as the basis for an arbitration arising out of actions taken against DEI Egenor. Further, the Tribunal held that while the guarantees contained in the DEI Bermuda LSA would serve as the basis for Duke's claims in the arbitration, its «lack of jurisdiction over the other LSAs will not prevent it from taking them into consideration for the purposes of the interpretation and application of the DEI Bermuda LSA»<sup>103</sup>.

Given the findings outlined above, the Tribunal's decision on jurisdiction indicates an understanding that LSAs form an integral part of the Peruvian plan to promote foreign investment, and must therefore be interpreted in a manner that ensures such investments receive the highest level of comprehensive protection that could be reasonably expected by the agreements' signatories.

## A FINAL THOUGHT

Whatever the final outcome of the *Duke v. Peru* arbitration on the merits, one thing is clear: the Tribunal's analysis and findings relating to the operation and effect of the Peruvian foreign investment framework in general, and legal stability system in particular, have given substance to a heretofore undefined skeleton. Prior to the Tribunal's evaluation of the parties' respective arguments and evidence, there was little guidance available, whether from scholars or the Peruvian State itself, regarding the scope of the protections available to foreign investors and investment in Peru. This is now no longer the case. Today, it is clear that the Peruvian State's responsibility to a foreign investor will be judged, not only pursuant to the specific terms of the country's foreign investment laws and legal stability framework, but also customary international law and the minimum standard. In large part, how the Tribunal ultimately ruled is a reflection of its appreciation and respect for the lucid.

---

<sup>102</sup> *Id. para.* 102.

<sup>103</sup> *Id. para.* 133.

## BIBLIOGRAPHY

### UNCTAD

- 2000     *Investment Policy Review, Peru*, United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD/ITE/IPP/Misc. 19 (UNITED NATIONS New-York and Geneva, 2000), p. 19, available at <[http://www.unctad.org/en/docs/iteiippmissc19\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteiippmissc19_en.pdf)>.

### CONGRESO DE LA REPÚBLICA

- 2005     *Constitución Política del Perú*. Lima, Ediciones del Congreso de la República.

### PROINVERSION

- 2003     *An Open and Stable Legal Framework for Foreign Investments*, dated June 2003, available at <[http://www.proinversion.gob.pe/english/pqinvertir/marcolegal/cont\\_1.htm](http://www.proinversion.gob.pe/english/pqinvertir/marcolegal/cont_1.htm)>.

## ARBITRAJE, DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES Y GLOBALIZACIÓN

*Franz Kundmüller Caminiti\**

### INTRODUCCIÓN Y EXORDIO

Es un gran honor y grato desafío participar en el *liber amicorum* para el doctor Fernando de Trazegnies Granda. Conocí a Fernando a mediados de la década de los años ochenta del siglo pasado, en su faceta de maestro universitario y humanista. Él dictaba el curso de Filosofía del Derecho en mi alma máter, la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Yo había logrado matricularme casi por milagro en su altamente demandado curso, pues era uno de aquellos cuya matrícula solía cerrarse mucho antes que la de los demás.

Eran tiempos difíciles en el Perú. En realidad y como sabemos hoy, vivíamos el preámbulo de tiempos aún más difíciles. Campeaba la crisis económica y política, aunque no se percibía la debacle de fines de los años ochenta. Estábamos en el umbral de una sangrienta guerra interna, cuyas verdaderas y terribles dimensiones eran inimaginables en aquellos días de «democracia auroral».

En efecto, esto ocurría mientras que, con el segundo gobierno del arquitecto Fernando Belaunde Terry, se inauguraba una vez más el «renacimiento» de la tantas veces vapuleada democracia peruana. Eran los primeros años de vigencia de la Constitución Política del Estado del año 1979. Esta había sustituido a la de 1933, lo que ocurrió a partir de un proceso electoral constituyente convocado luego de mucho tiempo y al cabo de una dictadura militar de doce años, que prácticamente había liquidado la raquíta institucionalidad democrática nacional.

---

\* Profesor del curso de Arbitraje Nacional e Internacional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor del curso Negociación, Conciliación y Arbitraje en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Miembro del Comité Editorial de la Revista Peruana de Arbitraje y del Círculo Peruano de Arbitraje.

En el ámbito internacional aún no se advertía en toda su extensión la última globalización ni se veía venir la debacle soviética ni las implicancias jurídico-económicas de todo este proceso. Tampoco se vislumbraba la caída del muro de Berlín ni la desaparición del bipolarismo, ni tantos otros acontecimientos que se han desencadenado desde fines de los años ochenta del siglo XX en adelante y a los que me referiré en líneas posteriores. Procederé entonces a intentar poner en perspectiva la conformación de la *lex inversorum*, la problemática de la o las globalizaciones y la relevancia del arbitraje en este escenario que viene desenvolviéndose aceleradamente en el mundo.

Regresando a los años ochenta, las clases magistrales de Fernando eran un bálsamo y un incentivo para el intelecto. ¡Qué ganas de conocer más! El tiempo quedaba corto, mientras su dictado discurría a lo largo y ancho del complejo territorio del saber filosófico y multidisciplinario. Nos motivaba así a seguirlo clase tras clase por los vericuetos del quehacer jurídico y humanista. En definitiva, un ejercicio «demasiado humano», que era mucho más que filosofía del derecho.

También recuerdo que su cátedra convocaba a propios y extraños, todos ávidos de conocimiento. Acudíamos gentes de diversas facultades y con distintos modos de pensar. Íbamos entusiastas al encuentro de los «porqué y paraqué» con los que semanalmente nos retaba Fernando, llevando a nuestras neuronas al extremo de lo imaginable. A tal punto llegaba el entusiasmo compartido, que a veces no había sitio en el aula ni para los que estábamos matriculados en el curso. Era muy curioso que esto sucediera respecto de una materia no utilitaria ni práctica, como la Filosofía del Derecho; es decir, respecto de una materia económicamente irrelevante o ajena al mercado, como diríamos hoy.

Fernando demostraba para nosotros el triunfo indiscutible y lapidario de las humanidades y del conocimiento en la formación jurídica e integral de las personas. Lo hacía siempre con franciscana sencillez, basándose en la importancia del buen pensar, inculcándonos el amor al conocimiento y a la tolerancia. Trabajaba a partir del más completo humanismo, orientándonos sobriamente desde la perspectiva neutral y objetiva del investigador académico. Hoy, desde mi corta experiencia como profesor universitario y habiendo hecho algunos esfuerzos como investigador, valoro sobremanera el paso como alumno por la cátedra de Fernando. Tengo la plena convicción de que nos enseñó el arte del *universitas*, en el total sentido de la palabra y de la amplitud del espíritu creativo.

Al cabo de algunos años y a principios de la década de 1990, reencontré a Fernando en el ámbito profesional. Eran los tiempos de la primera época del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, donde me tocó ejercer como primer secretario general y organizar el

también primer gran seminario sobre arbitraje que tuvimos en nuestro país. Ahí contamos con la participación de muchos amigos, profesores y destacados juristas, incluido Fernando. Recuerdo que él presentó una excelente ponencia sobre arbitraje de derecho y arbitraje *ex aequo et bono*, hoy un referente necesario en la doctrina arbitral.

Mas allá de su indiscutible excelencia jurídica e intelectual, destaco en estas líneas su permanente y fraternal ánimo de colaboración, su vital jovialidad y fino sentido del humor, lúcidamente receptivo frente al cambio y la innovación, así como sus ganas de aportar en el esfuerzo por impulsar el arbitraje en nuestro medio, acudiendo generosamente a nuestras insistentes invitaciones a participar en diversos foros y eventos.

A lo mencionado cabe agregar que cualquier encuentro con Fernando no solamente tiene la virtud de ser muy interesante; además, se suele caracterizar por la desaparición del tiempo y el surgimiento de siempre frescos y nuevos temas sobre los cuales conversar. Estos van desde las anécdotas hasta los datos históricos o bibliográficos más curiosos, pasando por el arte, la literatura, el derecho y tantos otros.

Por otra parte, al igual que otros juristas y colegas nacionales, Fernando conocía y conoce muy bien las dificultades para desarrollar el arbitraje en el Perú. Pero, a diferencia de otros, él ha asumido en múltiples oportunidades en forma destacada el encargo para ejercer como árbitro. A lo que se suma su impecable defensa del arbitraje como institución jurídica, en foros y mediante diversos escritos académicos de excelente calidad. En cuanto a lo primero, qué duda cabe, Fernando es uno de nuestros árbitros más reconocidos. Cuenta además con una formidable proyección global y funge de ilustre embajador jurídico de nuestro derecho.

Desde estas líneas le expreso mi agradecimiento por las enseñanzas compartidas e impartidas con sabiduría, así como por tantos y tan buenos momentos también compartidos a lo largo de los últimos años, acompañando siempre fraternalmente nuestros emprendimientos arbitralistas, integrando el comité editorial de la revista electrónica del Círculo Peruano de Arbitraje, aportando artículos, participando en seminarios, conferencias y diversos foros, entre otros.

He comenzado estas líneas refiriéndome a una de las tantas facetas de Fernando. Como sabemos, sus intereses son múltiples y transitan exitosa y fructíferamente por la filosofía, la historia, el derecho, la literatura, las humanidades, la política, en el ámbito nacional e internacional, a lo que sigue un largo etcétera. Es simplemente imposible reseñar *in toto* la gama de campos de interés del renacentista posmoderno que encontramos en de Trazegnies. Este artículo es un pequeño e incompleto homenaje a ese espíritu.

## 1. EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES, LA *LEX INVERSORUM* Y LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

El derecho internacional de las inversiones (en adelante, DII) crece y evoluciona progresivamente, aun cuando, como veremos a continuación, se encuentra descentralizado y disperso. Se ha expandido durante los últimos años en variados segmentos, abarcando países y regiones económicas, con sus particularidades y características. Esto se da en los ámbitos bilateral, regional e interregional<sup>1</sup>.

Para tener una idea: solamente en el año 2005 se celebraron en el mundo unos 162 acuerdos o tratados internacionales de inversiones (en adelante, AII), con lo que el número total acumulado de AII que obligan a países ascendía ya a 5.500 en ese año<sup>2</sup>. Este universo ha incluido durante la última globalización una gama de AII que forman parte del DII contemporáneo. Destacan los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones (en adelante, TBI) y los capítulos de inversiones de los tratados de libre comercio (en adelante, TLC).

A enero de 2007, y como nunca en la historia económico-jurídica global, existen alrededor de 2.559 TBI que se caracterizan por involucrar a una diversidad de países partes, con disposiciones y estipulaciones a partir de las disciplinas jurídicas del DII. Si bien los TBI y los TLC cuentan con una estructura básica muy similar, también es cierto que varían unos respecto a otros en lo que se refiere a las reglas sustantivas y en lo que concierne a las reglas de solución de controversias. Observándolos en detalle, se aprecian ciertos matices diferenciadores.

Por lo pronto, en la actualidad se da una tendencia a aclarar el alcance del término *inversión* y el de las obligaciones o disposiciones básicas, como aquellas concernientes al incremento de la transparencia en diversos aspectos vinculados a la actividad del Estado y los inversionistas. A esto se suma una mayor precisión de las normas destinadas a la protección de asuntos de interés público, entre otros aspectos originalmente considerados en forma no prioritaria, hoy enriquecidos conceptualmente a partir de la jurisprudencia y la doctrina especializadas<sup>3</sup>.

A su vez, la jurisprudencia arbitral producida en aplicación de las disposiciones de DII contenidas en los AII no es ajena a la estructura jurídica de la responsabilidad internacional de los Estados<sup>4</sup>, en el contexto de la relación

---

<sup>1</sup> ROBERT (2007).

<sup>2</sup> UNCTAD (2006: 2).

<sup>3</sup> Véase la referencia a la intervención de Anna Joubin-Bret, representante de UNCTAD en un reciente foro organizado por la American Society of International Law; ASIL y por la Investment Treaty Arbitration, ITA, sobre el futuro del arbitraje que involucra a los Estados, en <[http://www.opiniojuris.org/international\\_legal\\_theory\\_and\\_teaching](http://www.opiniojuris.org/international_legal_theory_and_teaching)> (consulta: abril de 2007).

<sup>4</sup> Cf. SHAW (1997: 541-584).

entre estos y los inversionistas extranjeros, y en esencia deriva de una relación jurídica de alcance internacional a partir de la aplicación de las normas del AII correspondiente. Dicha jurisprudencia, no obstante no ser vinculante, también dilucida caso por caso diversos aspectos jurídicos del derecho internacional de los tratados<sup>5</sup>. La *lex inversorum* se está conformando paulatinamente a partir de una gama de estructuras jurídico-económicas de orientación transnacional, pero también a partir de los antecedentes jurídicos correspondientes al ámbito nacional e internacional, donde el DII viene avanzando paulatinamente.

El proceso de conformación de la *lex inversorum* es complejo. Cuenta con similares características que la *lex mercatoria* y entraña procesos de traslación de estructuras jurídicas con miras a promover el flujo de inversiones y la modernización del tratamiento jurídico de estas.

Al igual que en el caso de la *lex mercatoria*, el modelo de administración de poder en la *lex inversorum* está descentralizado y desconcentrado. La fuente de poder no radica directamente en la función legislativa de los Estados y se origina en AII gestados, negociados y ratificados por estos, en función de sus atribuciones constitucionales. Los Estados limitan —vía miles de tratados— la aplicación del derecho internacional consuetudinario<sup>6</sup> y de su propio derecho público, «ajustando» su poder soberano y estableciendo reglas de atribución de responsabilidad estatal frente a la inversión y los inversionistas<sup>7</sup>. Es más, la *lex inversorum* también se origina en fuentes de «derecho blando» o *soft law*<sup>8</sup>.

Por otro lado, los AII han sido pactados entre Estados interesados en regular el flujo de inversiones y ante la ausencia de un tratado multilateral sobre la materia, vinculando así a los países exportadores con los países importadores de inversiones o capital, generalmente en un plano bilateral de relación jurídico-económica internacional, mediante el cual los Estados adquieren obligaciones internacionales en materia de DII. Como es lógico, la regulación jurídica de flujos transfronterizos requiere un tratamiento especializado.

Esto difiere de la regulación o constitución de las instituciones jurídicas tradicionales, cuya normativa se refiere generalmente a categorías jurídicas estáticas. Estas se concentran por lo general en el *statu quo* delimitado por la vinculación entre la norma «decimonónica» y la situación de hecho que evoluciona constantemente, en consonancia con los fundamentos de la respectiva familia jurídica. A ello debe agregarse que el DII busca responder a la realidad de las dinámicas

<sup>5</sup> Cf. HIRSCH (2006).

<sup>6</sup> Cf. LAUTERPACHT (1997: 259).

<sup>7</sup> Véase HOBER (2006).

<sup>8</sup> Cf. SHELTON (2006).

transfronterizas que se expresan en el flujo de inversiones; y que generalmente las soluciones adoptadas son de carácter híbrido, tal como ocurre en el arbitraje entre Estados e inversionistas en el marco de la mayoría de AII.

Por todo ello, los AII incorporan las disciplinas del derecho sustantivo de las inversiones, las que encuentran su origen en los tratados internacionales y en el derecho internacional consuetudinario. Ello se expresa en una dimensión internacional y otra nacional, asunto al que nos referiremos más adelante. La *lex inversorum* también comprende los medios de solución de controversias que, por ejemplo, permiten al inversionista privado acudir en forma directa a las jurisdicciones o instancias internacionales para plantear demandas contra los Estados.

A esto se suman otras modalidades de gestión de conflictos cuyo dinamismo tiende a acelerarse durante la última globalización, desbordando o ubicándose más allá de las respectivas soberanías nacionales y, en particular, trascendiendo las jurisdicciones estatales locales. El espacio transfronterizo y los medios jurídicos para la administración del poder en dicho espacio constituyen factores básicos para la conformación del DII contemporáneo.

Según algunas fuentes, el DII contemporáneo es parte del derecho que emerge en las últimas tres décadas en el ámbito internacional —en especial desde el fin de la Guerra Fría—, acompañando el proceso de evolución del derecho internacional. Este nuevo derecho habría sido forjado por una también emergente clase capitalista transnacional, exclusivamente en función de sus intereses. Así se estarían generando las condiciones para lo que Chimni y Okafor describen críticamente como la creación del nuevo Estado global extraterritorial.

En la conformación de este participan una amplia gama de instituciones internacionales. Lo hacen en una dinámica en la que se incorporan los procesos sociales globales; eso sí, teniendo como telón de fondo el monopolio en el uso de la fuerza por parte de los países occidentales «desarrollados»<sup>9</sup>. Pero a su vez, advierten los referidos autores, el nuevo escenario comprende la división global de clases sociales que se superpone a las tradicionales diferencias que existieron entre el Norte y el Sur durante los tiempos del bipolarismo ya extinguido<sup>10</sup>.

Desde otra perspectiva y por contraste con la posición de Chimni y Okafor, Burley plantea las ventajas del derecho basado en el liberalismo internacional, como elemento que contribuye a homologar las estructuras y relaciones jurídico-políticas

<sup>9</sup> Los temas geoestratégicos y de defensa sobrepasan los límites de este trabajo, pero cabe señalar que en los últimos años este monopolio en el uso de la fuerza por parte de las potencias occidentales se ha acentuado significativamente, implicando una amplio espectro de factores, como el incremento en el gasto de defensa en Estados Unidos o las acciones militares en diversos lugares del mundo, entre los que destacan Kosovo, Afganistán, Irak y otros.

<sup>10</sup> Cf. CHIMNI (2007). Véase, además, OKAFOR (2005).

internacionales. Con esta concepción, se entiende que el cese del liberalismo constitucional entraña el cese del Estado de derecho y el de los tribunales estatales en el adecuado ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. En consecuencia, con el modelo internacionalista liberal se establecería un marco conceptual perfecto, mediante el cual se puede evaluar a los países que actúan en forma liberal o antiliberal, a efectos de proceder al diagnóstico correspondiente y medir así su evolución, como si el mundo fuera un cubo perfecto. Esta metodología rechaza toda perspectiva pluralista y crítica del derecho y la sociedad<sup>11</sup>.

Otra vertiente de pensamiento la encontramos precisamente en la Escuela Pluralista<sup>12</sup>, que parte de la premisa de que, en el mundo, el derecho se encuentra en un permanente proceso de articulación, adaptación, rearticulación, absorción, resistencia y despliegue, respondiendo ante una realidad que se caracteriza por su diversidad y que requiere una aproximación multidisciplinaria. La evolución jurídica implica entonces un proceso que no concluye y que constituye el fundamento para que los académicos estudien las diversas facetas que ofrece un derecho plural, antes que buscar imponer modelos de arriba hacia abajo, que no ayudan a reconocer la diversidad jurídica que podemos encontrar en el «llano» de la realidad social<sup>13</sup>.

En el presente trabajo, aunque en forma imperfecta y a partir de diversas entradas de información, seguiremos a Guevara y a Schiff Berman en lo que concierne a reconocer la relevancia de la perspectiva pluralista para una mejor comprensión de la globalización, el DII y el arbitraje. Se suma a esto una reflexión sobre la importancia de las estructuras *autopoieticas*<sup>14</sup> en la configuración del derecho transnacional contemporáneo; en especial, en materia de solución de controversias por la vía de medios como el arbitraje en inversiones.

## 2. LA ÚLTIMA GLOBALIZACIÓN Y LAS ANTERIORES, UN ASUNTO DE DENSIDAD

### 2.1 No una sino muchas y multidimensionales globalizaciones

A lo largo de la historia se han producido diversas globalizaciones o etapas de la globalización. En síntesis y desde una perspectiva basada en la progresión histórica desde las fuentes disponibles más recientes, una primera constatación: la globalización no es nueva. Tal como se la percibe en la actualidad, comprendería algo más de cinco siglos, durante los cuales se puede constatar la paulatina y

---

<sup>11</sup> Véase BURLEY (1992: 1909-1996).

<sup>12</sup> Para el caso peruano véase GUEVARA GIL (2006).

<sup>13</sup> Cf. SCHIFF BERMAN (2007: 301-328).

<sup>14</sup> *Autopoiesis* significa ‘autoorganización’. Cf. CALLIESS (2001: 2).

creciente sofisticación de los modelos de interacción jurídico-económica, entre diversos grupos humanos en el tiempo y en el mundo.

El DII contemporáneo, así como otras áreas del derecho, es un correlato inevitable de esta evolución. Para lograr una perspectiva más amplia de sus contenidos, es pertinente introducir en la reflexión las dinámicas «globalizantes» que se pueden identificar a lo largo del tiempo y que hoy explican muchas disciplinas que encontramos en el DII contemporáneo.

Por lo pronto, constatamos un primer problema. La doctrina coincide en que la globalización es difícilmente definible en términos jurídicos o a partir de disciplinas únicas. En todo caso, podría ser entendida como un fenómeno que reúne heterogéneamente múltiples integraciones, medios de dominación, pero también exclusiones, intercambios o flujos económico-comerciales, entre otros, a lo que se suman los trasvases jurídicos y políticos de variadas intensidades, magnitudes y alcances en el tiempo y en el espacio<sup>15</sup>. Una aproximación más detallada al fenómeno de la globalización requeriría un análisis sociológico, histórico, filosófico y jurídico, imposibles de realizar en un espacio tan reducido<sup>16</sup>. El propósito de introducir una reflexión sobre este tema radica en la necesidad de, precisamente, contribuir a una perspectiva crítica del DII y advertir las múltiples raíces que comprende su conformación.

### *2.1.1 La Ruta de la Seda, Marco Polo y la importancia actual de los siglos XI al XIII, lex mercatoria y pie powder courts*

En suma, en el mundo podemos identificar dinámicas globalizantes de diversa índole y desde mucho tiempo atrás. En efecto y por ejemplo, no podemos dejar de mencionar la connotación e impacto múltiple de la antigua Ruta de la Seda, que permitió desde tiempos remotos el intercambio y luego la actividad comercial entre los pueblos, grupos de mercaderes y nómadas que transitaban y radicaban en los vastos espacios geográficos que separaban China de Europa. Existe al respecto el testimonio histórico del veneciano Marco Polo, que se remonta al lejano año de 1271<sup>17</sup>; es decir, hace ya 735 años.

---

<sup>15</sup> Cf. HELD (1997: 251-267).

<sup>16</sup> Véase SCHIFF BERMAN (2005: 485-556).

<sup>17</sup> Los historiadores informan que antes de que la vasta región de la Ruta de la Seda fuera conquistada por Carlomagno en el siglo III d. C., siglos atrás, hacia el año 100 d. C., se conforma de cultura de Gandhara, justamente también en algún lugar de los territorios de la Ruta de la Seda y en los alrededores del gran desierto de Taklimakan. La particularidad de esta cultura radica en que comprende tempranamente la fusión de Oriente y Occidente, integrando patrones culturales griegos y budistas y conformando así una primera forma de sincretismo entre dos mundos muy

Por otro lado, y en términos de dinamismo comercial y generación de incentivos para la creación de estructuras jurídicas *autopoéticas*<sup>18</sup>, aunque evidentemente en otra dimensión histórica y jurídica, ciertas fuentes coinciden en que el período que registra la historia europea entre los siglos XI y XIII tiene características similares<sup>19</sup> a los tiempos de la última parte del siglo XX en adelante<sup>20</sup>.

En general, esto se debe al actual incremento del dinamismo de los flujos económico-comerciales; pero también se origina en la inexistencia de un poder centralizado de alcance global, *urbi et orbi*, como el que se dio en la cuenca del mediterráneo durante el dominio del Imperio romano. En efecto, en el mundo contemporáneo y no obstante las aspiraciones imperiales y los complejos de Júpiter de alguna que otra potencia global, hoy no existe un poder único y hegemónico.

El poder se encuentra distribuido entre potencias, potencias intermedias, economías regionales y economías locales. A esto se suman otros actores u operadores sociales o económicos de mayor o menor alcance global, como las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones internacionales con personería jurídica internacional, entre otras.

Por otro lado, las etapas de la globalización o las distintas globalizaciones no son rígidas ni constituyen períodos aislados o casilleros estancos entre sí. Sus etapas, momentos y experiencias se vinculan recíprocamente y comparten una gama de fenómenos y características que en cada caso presentan distintas densidades e influencias recíprocas, dependiendo de la argamasa que vincula cada etapa o a cada globalización con la otra. Esto se debe a la concurrencia de factores económicos, tecnológicos, sociales y jurídicos, lo que demanda una metodología holística para su mejor comprensión, la misma que excede con creces los alcances de este artículo, pero cuyas coordenadas dejaremos enunciadas para el desarrollo de futuros trabajos.

### *2.1.2 La expansión europea del siglo XV y los grandes «descubrimientos» de «otros mundos»*

Una primera fase de la globalización posterior y de más amplio espectro e impacto que la época de la Ruta de la Seda del siglo XIII se da durante la expansión

diferentes. Esto demuestra lo evidente, es decir, que las culturas no son impermeables e interactúan desde tiempos remotos en el mundo Véase WILD (1992).

<sup>18</sup> Cf. CALLIESS (2001).

<sup>19</sup> Cf. LEHMKUHL (2003: 3-4).

<sup>20</sup> Cf. MENDES (1988: 109-144).

europea de la segunda mitad del siglo XV<sup>21</sup>. En efecto, dicha expansión implicó el descubrimiento de nuevos u otros mundos. Se produjo la colonización de América, África y Asia<sup>22</sup>. Como se sabe hoy, los procesos de colonización y descolonización, dados en distintos momentos de la historia, también han constituido factores con múltiples efectos globalizadores, organizadores o desorganizadores. Implicaron la generación de variadas formas de interacción económica, social y política. Se caracterizaron por su intensidad y densidad variables y entrañaron diversas formas de ejercicio, concentración y distribución de poder, así como en lo que concierne a la producción y concepción del derecho.

En consecuencia, y como es natural, estas globalizaciones o etapas de la globalización siempre han incluido a los elementos jurídicos y políticos; esto se ha dado como parte de las respectivas dinámicas de transformación comprendidas en cada etapa. Así, encontramos aspectos positivos, como la transferencia de estructuras jurídicas y sus efectos modernizadores, los procesos de mestizaje o el intercambio cultural, entre otros. Pero dichas dinámicas también han incluido lo que en la perspectiva actual constituirían aspectos negativos y denigrantes para la humanidad, como la expansión del esclavismo<sup>23</sup>, los genocidios, las guerras y la brutal explotación del hombre por el hombre.

La perspectiva Norte-Sur que impregnó el pensamiento económico desarrollista de la segunda mitad del siglo XX, y que ha servido de base para el desarrollo y

---

<sup>21</sup> Antes y durante los siglos XI al XIII se dio la primera estapa de expansión de la *lex mercatoria*, así como la aplicación práctica de los foros de solución de controversias de la *curia mercatoria*, mediante los llamados Pie Powder Courts o foros Piedi Polvorosi. Hay ensayos valiosos al respecto, de principios del siglo XX, como el de John Ewart. Cf. EWART (1903: 135-154).

<sup>22</sup> Asunto de particular importancia para la posterior división internacional del trabajo y para la evolución de una variedad de teorías políticas, económicas, jurídicas y sociológicas, que esencialmente identificaron al Sur como proveedor de productos primarios de exportación, mientras que el Norte comprende principalmente a los países industrializados y tecnificados. Sin embargo, esta estructura Norte-Sur, propia del bipolarismo de la segunda mitad del siglo XX, tiende a cambiar con la incorporación de China, India y los países del este de Europa. Estos se incorporan hoy al *global marketplace*, incidiendo paulatinamente en la dinámica de los flujos que acarrea la última globalización y abriendo a su vez nuevos espacios de «inserción global» para los países y las regiones económicas del mundo.

<sup>23</sup> Recordemos que una buena parte de la evolución económica y comercial de occidente estuvo sustentada durante siglos por el esclavismo como modelo económico. Entre otras, Suecia, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Holanda y Portugal eran potencias comerciales europeas que participaron activamente en el tráfico de esclavos. Las plantaciones francesas de caña y tabaco en Santo Domingo, por ejemplo, eran explotadas con la mano de obra de esclavos y llegaron a representar dos tercios del poder económico francés en ultramar. Más de veinte millones de africanos fueron llevados a la fuerza de las costas de África entre los siglos XV y XVI, para trabajar como esclavos en las colonias europeas, al punto que algunos autores hablan del esclavismo como un holocausto anónimo. Cf. *The Economist*, «Breaking the Chains», edición en internet, 22 de febrero 2007, en <[www.economist.com](http://www.economist.com)>.

evolución de la primera etapa del DII, ha tomado en consideración y se encuentra impregnada por esta realidad que vincula dos factores fundamentales: inversión y desarrollo<sup>24</sup>. Las diferencias se encuentran más bien en cómo se plasma esta vinculación a lo largo del tiempo jurídica y económico, en cada etapa o en cada globalización.

### *2.1.3 La Revolución Industrial del siglo XVIII y las primeras empresas transnacionales*

Una segunda fase que sigue a las colonizaciones del siglo XV se produce a partir de la Revolución Industrial del siglo XVIII<sup>25</sup>. Apenas un siglo antes, en los albores del modernismo, Bentham acababa de acuñar el término *internacional*<sup>26</sup>. Nótese que en el siglo XVIII se dan los primeros usos de las palabras *global* y *América Latina*.

A su vez, se expanden vertiginosamente por el mundo el comercio inglés, el francés y el holandés. Se consolidan por esta vía las grandes empresas transnacionales (en adelante, ETA). Es el caso de la British East India Trading Company y otras, originalmente creadas hacia el siglo XVI con la finalidad de promover el comercio colonial, así como el incremento del poder político y económico de los centros hegemónicos urbano-industriales sobre los espacios territoriales de las colonias<sup>27</sup>.

Esto también implicó la producción y sofisticación de medios jurídicos para la tutela y regulación del intercambio comercial transfronterizo; pero además comprendió la expansión de medios coercitivos y del uso de la fuerza por parte de las potencias económico-militares, ratificando a los océanos como los grandes escenarios de los flujos comerciales y adquiriendo así estos un mayor valor estratégico integral<sup>28</sup>. Dicho valor estratégico se mantiene en la actualidad, máxime cuando el mayor porcentaje de superficie terrestre está cubierto por océanos. De modo que cuando hablamos de comercio global, estamos ante un comercio que se sigue moviendo esencialmente por vía marítima.

Agréguese además, como un producto de esta etapa de la globalización, la nueva conformación del *ius mercatorum*<sup>29</sup>, que en el siglo XVIII representó una

<sup>24</sup> Cf. McMICHAEL (2000: 14).

<sup>25</sup> Cf. TELLO (2004: 9).

<sup>26</sup> Cf. SPIERMANN (2005: 2).

<sup>27</sup> Cf. GREER y SINGH (2000).

<sup>28</sup> Nótese que, por ejemplo, el Reino Unido sigue manteniendo porciones estratégicas de territorio como las Islas Malvinas o Falkland, Gibraltar y otros. Se trata de territorio del Reino Unido que está justo en la «puerta de entrada o salida» de los grandes océanos.

<sup>29</sup> Cf. CALLIESS (2001: 2).

evolución significativa respecto a lo que fueron siglos atrás sus primeras expresiones medioevas francesas, inglesas o alemanas. Estas fueron las primeras formas de *lex mercatoria o merchant law*, en el período que va entre los siglos XI y XIII<sup>30</sup>.

Es justamente en el siglo XII cuando surge la idea del *gubernáculum*, a partir de una primera noción premoderna de lo «público»<sup>31</sup>, siendo además este el siglo de creación de las primeras universidades europeas, como la de Boloña y la de París, entre otros notables acontecimientos que constituyen precedentes en la conformación inicial de la institucionalidad occidental<sup>32</sup>. Todo ello, al igual que en otras épocas, se reflejará en una proyección que permite observar la evolución y producción jurídica en el tiempo.

Se trata de un proceso con hondas raíces que se extienden en distintas direcciones y cuya existencia tampoco es posible soslayar en la actualidad. Regresando a la globalización del siglo XVIII, también en esta época se amplían las conquistas territoriales de las potencias coloniales, que llegan a su máxima expansión durante el siglo XIX, mientras se registran algunos procesos descolonizadores inspirados en las revoluciones norteamericana, francesa y haitiana. Según algunas fuentes, y no obstante su vinculación con tiempos coloniales anteriores, las ETA, tal como se las conoce hoy en día, tuvieron un gran apogeo en el siglo XIX. Dicho apogeo coincide con el de los Estado nación coloniales que se encontraron en los albores de la Revolución Industrial<sup>33</sup>.

Este también es el siglo del capitalismo progresivamente industrializado y sus múltiples consecuencias: el desarrollo de las ciudades como focos productivos, así como de las fábricas y de actividades económicas secundarias, que desembocan, mediante la evolución de estos factores, en mayores y más complejos procesos manufactureros intensivos en capital, pero también en el incremento y especialización de los servicios y de las profesiones liberales.

A ello se sumó el diseño y la puesta en práctica de mejores técnicas de almacenamiento y administración, el invento de más rápidos medios de transporte, entre otros. El desarrollo tecnológico en medios de transporte tuvo un impacto

<sup>30</sup> En efecto, a partir del esfuerzo de los glosadores europeos y con posterioridad al siglo XI se da el desarrollo del derecho canónico de los contratos, inspirado por los valores cristianos pero que a la vez recoge las prácticas seculares de la *curia mercatoria*. La combinación de estas prácticas seculares con el principio cristiano de la buena fe desembocó en la relevancia del acuerdo de voluntades en la conformación de los contratos en tiempos premodernos. Lo demuestra la Concordia o decreto de Graciano, que en la época de los escolásticos se orientó por la necesidad de «concordar los cánones discordantes». Cf. LESAFFER (2000: 182-183).

<sup>31</sup> Cf. TAMAYO y SALMORÁN (2005: 161-172).

<sup>32</sup> Cf. CLARK, D. (1987: 653-719).

<sup>33</sup> Sobre la teoría de la evolución aplicada a la economía y a la revolución industrial, véase el libro de Gregory CLARK (2007).

significativo en la configuración del comercio internacional a partir del siglo XIX, pero también tuvo un gran impacto la evolución en otros campos como la defensa y seguridad. Recordemos que es precisamente en este siglo cuando el primer portaviones se inventa en Estados Unidos<sup>34</sup>.

#### *2.1.4 Del siglo XVIII al XX, los Estados-nación y los Zollvereine*

Durante fines del siglo XIX y principios del XX se consolidan los grandes Estados-nación<sup>35</sup>, pero al mismo tiempo las ETA norteamericanas y algunas europeas lideran en dicho período el proceso de búsqueda de recursos minerales, petróleo y alimentos en el mundo, en lo que sería una tercera fase de la globalización. Es interesante tener en cuenta que durante esa época 60% de la inversión de dichas ETA se concentró en América Latina, Asia, África y el Medio Oriente; es decir, en espacios geográficos coloniales u otrora coloniales. Empujadas por una serie de fusiones y absorciones, las ETA crecieron estructurando monopolios y oligopolios, en ámbitos estratégicos de alcance global como la petroquímica y los alimentos<sup>36</sup>. A partir de esta dinámica podemos identificar los orígenes de la problemática actual que trata de resolver el DII contemporáneo.

Por ejemplo, la empresa norteamericana United Fruit Company controlaba en 1899 el 90% de las importaciones de plátanos hacia Estados Unidos. Por otro lado, la Royal Dutch/Shell manejaba el 20% del total de la producción rusa de petróleo. Es también el final del siglo XIX y el principio del XX el momento de

<sup>34</sup> El 14 de noviembre de 1910 se realizó el primer intento de despegar un avión desde un barco. La hazaña fue de Eugene Ely, en un avión Curtiss Modelo D, que despegó desde una rampa instalada en la proa del crucero ligero USS *Birmingham*, en Norfolk, Virginia, Estados Unidos. La frágil nave de Ely rozó el agua pero pudo remontar y aterrizar felizmente en tierra. Dos meses después, el mismo Ely aterrizó su avión Curtiss D IV, sobre una cubierta improvisada de madera a bordo del crucero USS *Pennsylvania*, fondeado en la bahía de San Francisco. Información tomada de <<http://www.exordio.com/1939-1945/militaris/armamento/portaviones.html>> (consulta: agosto de 2007).

<sup>35</sup> También es la época en la que, por ejemplo, toda la esfera de lo que hoy podríamos llamar *derechos humanos* se encontraba exclusivamente en el ámbito de decisión intrafronterizo de los Estados-nación. Excepcionalmente, algunas disciplinas jurídicas o temas referidos a las personas correspondían al ámbito internacional por vía de algunos tratados internacionales; era el caso de la piratería, la esclavitud, el tratamiento de soldados heridos o enfermos, el tratamiento de prisioneros de guerra y la obligación de mantener, por parte de los Estados, ciertos estándares mínimos en el tratamiento de los extranjeros. Recién en 1919 se produce un cambio importante mediante la creación de la Liga de las Naciones, que consagrando la libertad de conciencia y religión en su artículo 22. Véase SHAW (1997: 200-202).

<sup>36</sup> Hoy las ETA son protagonistas y promotoras principales de iniciativas de alcance global en temas sociales y ambientales, tal como lo demuestra el Global Compact de las Naciones Unidas Véase <<http://www.unglobalcompact.org>> (consulta: agosto de 2007).

creación del panamericanismo y las primeras fricciones entre el Norte y el Sur<sup>37</sup>. La segunda etapa de la globalización moderna concluye en 1914, en los umbrales de la Primera Guerra Mundial<sup>38</sup>.

Antes resulta de interés hacer referencia a las uniones aduaneras del siglo XIX, un antecedente históricamente no tan lejano de la actual tendencia a la «liberalización» comercial y económica en el ámbito transfronterizo de las relaciones entre Estados. Se trata de antecedentes de la cultura de los tratados de libre comercio y de los tratados regionales de comercio que tienden a proliferar en la última globalización. Estos tratados tampoco son institutos nuevos ni exclusivos de los siglos XX y XXI.

Las uniones aduaneras del siglo XIX se dieron a partir de territorios y organizaciones estatales soberanas. Estos *Deutsche Zollvereine* (uniones aduaneras alemanas)<sup>39</sup> son antecedentes de las muy posteriores iniciativas de liberalización comercial y económica llevadas a cabo e institucionalizadas a otra escala. Es el caso del Acuerdo General de Aranceles y Tarifas (GATT) y, posteriormente, de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Estas iniciativas han tenido lugar ya en pleno siglo XX, pero aplicando en esencia la misma filosofía y estructura conceptual de los *Zollvereine*<sup>40</sup>, a partir de la idea de la división del trabajo y el aprovechamiento de las ventajas comparativas que ofrecen las economías<sup>41</sup>.

El establecimiento de una *Zollverein* entre algunos Estados germanos soberanos y «ciudades libres» en el siglo XIX fue uno de los factores —en este caso,

---

<sup>37</sup> Cf. GREER y SINGH (2004).

<sup>38</sup> TELLO (2004).

<sup>39</sup> Cuando en 1814 se levantaron las prohibiciones napoleónicas para el ingreso de productos ingleses a Europa se produjo una avalancha de estos productos, en especial de textiles, los mismos que inundaron los mercados alemanes. Los nuevos estados alemanes procuraron frenar la situación elevando los aranceles a la importación. Los resultados de tales políticas comerciales resultaron peores que los efectos del bloqueo napoleónico, pues cada estado desarrolló sus propias estructuras arancelarias. Así, en el Congreso de Viena se establecieron 38 sistemas arancelarios limitativos del comercio exterior de los estados alemanes. El economista Friedrich List, autor de los *Zollvereine* alemanes, advirtió los problemas derivados de dicha situación y de los efectos negativos de la proliferación de estructuras arancelarias diversas y limitativas del comercio, y en 1819 presentó un pedido al parlamento de Fráncfort, sustentando la necesidad de unificar los aranceles alemanes. Prusia, uno de los estados alemanes más importantes, acogió la propuesta y la puso en práctica. Pero fue recién en 1828 cuando el ministro prusiano de Finanzas, Friedrich von Motz, suscribió el primer tratado con el estado de Hessen (Preussisch-Hessischen Zollverein) para unificar aranceles. Posteriormente se unirían otros estados alemanes a esta iniciativa, sentando así las bases para la unificación alemana. Véase BLANKART (2003).

<sup>40</sup> A lo que sumaríamos los actuales tratados de libre comercio y los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones, en el campo de las inversiones y el derecho internacional de las inversiones, originalmente influido por los *Zollvereine* en mención.

<sup>41</sup> KUNDMÜLLER y HERENCIA (2006: 41 y ss.).

el económico— que facilitó la unificación alemana desde el centro de Europa, a partir de políticas de reducción de aranceles entre socios comerciales. Esto ocurría mientras se consolidaba la conformación de los grandes Estado-nación europeos del siglo en mención. Así, en su oportunidad y luego de la Primera Guerra Mundial, un grupo de estados del desmembrado Imperio austrohúngaro constituyeron uniones aduaneras para mantener el libre intercambio comercial.

Pero es solo una vez concluida la Segunda Guerra Mundial cuando la integración económica e institucional de Europa se convertirá en un medio entendido e interiorizado como eficaz para evitar nuevos conflictos internacionales entre Estados-nación. De esta manera se busca superar la problemática que generan los Estados históricamente rivales entre sí, teniendo como elemento de fondo la liberalización e integración comercial y económica, pero con contenidos sociales y como medio para preservar la seguridad y la paz<sup>42</sup>. Pero antes de esto, es decir, mucho antes del Tratado de Roma, la última gran guerra tuvo que dejar a Europa en ruinas<sup>43</sup>, tornando en inevitable y necesaria su reconstrucción.

### *2.1.5 El siglo XX y la post Segunda Guerra Mundial, el derecho internacional para el desarrollo y las últimas descolonizaciones*

El momento culminante de la tercera etapa de la globalización se dio luego de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, a partir de la extensión de la hegemonía de Estados Unidos y de sus aliados comerciales europeos y asiáticos. Esto se reflejó a nivel de las Américas en el panamericanismo; y a nivel global, en el *control casi absoluto de las instituciones surgidas posteriormente a los acuerdos de Bretton Woods*<sup>44</sup>.

Sin embargo, estos fueron al mismo tiempo los primeros elementos ordenadores indirectos del DII contemporáneo, que han ido evolucionando hasta conformar el orden económico internacional actual, institucionalizando así el marco jurídico del derecho internacional económico, que sigue evolucionando paulatinamente<sup>45</sup>. Esto se expresa en sus dimensiones transaccionales y regulatorias actuales<sup>46</sup>. Adicionalmente encontramos otros instrumentos internacionales relevantes surgidos con posterioridad y en el campo del DII, pero afluentes del orden económico internacional, como la Convención del Centro Internacional

<sup>42</sup> TELLO (2004: 15).

<sup>43</sup> Véase FRIEDRICH (2004).

<sup>44</sup> TELLO (2004: 9).

<sup>45</sup> Cf. PETERSMANN (1987: 227).

<sup>46</sup> Véase JACKSON (1998: 1-23).

de Arreglo de Disputas entre Inversionistas y Estados del Banco Mundial (CIADI o, de conformidad con sus siglas en inglés, ICSID)<sup>47</sup>.

Este tratado multilateral, de suma importancia en el campo del DII, se gestó hacia mediados del siglo XX<sup>48</sup>, en tiempos de la última descolonización inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial. Es una respuesta institucional al surgimiento de nuevos Estados en los territorios de las antiguas colonias europeas, en el marco del nuevo orden. El CIADI destaca el rol de las inversiones internacionales en lo que concierne al desarrollo económico, a partir de la cooperación internacional y en el contexto del emergente nuevo DII. El tratado multilateral que le dio origen precisó los alcances del CIADI en siguientes términos, poniendo de manifiesto la relación directa entre inversión internacional privada y desarrollo<sup>49</sup>: «*Los Estados contratantes. Considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado [...]*».

Otro tratado multilateral de suma importancia en el ámbito del DII y más reciente que el CIADI es la Convención para el Establecimiento de la Agencia Multilateral para la Garantía de las Inversiones, conocido como MIGA, por sus siglas en inglés<sup>50</sup>. El MIGA es una agencia del grupo del Banco Mundial que garantiza y brinda seguro a las inversiones en caso de riesgo político. Tiene personalidad jurídica internacional y cuenta con los privilegios e inmunidades que el derecho internacional público reconoce a favor de las organizaciones internacionales<sup>51</sup>. En consecuencia, cuenta con una estructura institucional para el ejercicio de sus funciones, con un consejo de gobernadores, un directorio integrado por doce miembros y un presidente de directorio que tiene a su cargo las decisiones ejecutivas de la institución en lo referente a brindar garantía a las inversiones extranjeras radicadas en los países miembros de la convención.

La convención del MIGA entró en vigencia el 12 de abril de 1988. Su concepción jurídica fundamental también recoge los principios básicos inherentes a la cooperación para el desarrollo. En tal sentido, tal como establece el preámbulo

<sup>47</sup> Véase KUNDMÜLLER Y RUBIO (2006).

<sup>48</sup> En la misma época se desarrolla la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Convención de Nueva York, colofón de la evolución arbitral moderna, que instaura por vía de un tratado multilateral las disciplinas propias del arbitraje como institución jurídica y medio especializado de solución de controversias. Véase <<http://www.uncitral.org>> (consulta: agosto de 2007).

<sup>49</sup> ICSID (2003); Convenio CIADI, Reglamento y Reglas; CIADI 15 Rev. 1; Washington DC, p. 11, en <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>> (consulta: agosto de 2007).

<sup>50</sup> Véase Convención MIGA en <<http://www.miga.org/sitelevel2/level2.cfm?id=1107>> (consulta: agosto de 2007).

<sup>51</sup> ZIEGLER y GRATTON (2006).

de la convención, existe la necesidad de reforzar la cooperación internacional para el desarrollo económico y promover la contribución que en ese sentido puede brindar la inversión extranjera, de donde también fluye la necesidad de prevenir los riesgos no comerciales<sup>52</sup>:

*Considering the need to strengthen international cooperation for economic development and to foster the contribution to such development of foreign investment in general and private foreign investment in particular;*

*Recognizing that the flow of foreign investment to developing countries would be facilitated and further encouraged by alleviating concerns related to non-commercial risks [...]*

Por cierto que esta estructura conceptual, al igual que la que encontramos en el caso del CIADI, no se encuentra aislada y es a su vez un correlato del derecho internacional para el desarrollo. Podemos encontrar referencias a este, por ejemplo, en la resolución 1707 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Comercio Internacional como Fuente Primaria para el Desarrollo, así como en la resolución 1710 de la misma Asamblea, a la que se suma la 1803 sobre soberanía permanente de los recursos naturales de las naciones, entre otras fuentes de diversa jerarquía y relevancia que encontramos en el derecho internacional que caracterizó los tiempos del bipolarismo y de los intentos por limar las asperezas entre el Norte y el Sur<sup>53</sup>.

Como se ha señalado, precisamente los tiempos de descolonización comprenden la irrupción de nuevos países en el escenario internacional tradicionalmente ocupado por los grandes Estados-nación, con todo lo que ello implica. En consecuencia, resurgen los nacionalismos locales<sup>54</sup>. Los países y naciones recién independizados se orientan generalmente por la necesidad de recuperar su soberanía en los ámbitos políticos y económicos; en especial, porque en muchos casos los recursos naturales son sus principales «activos», al tratarse usualmente de países con un incipiente desarrollo industrial y económico, en su mayoría exportadores de materias primas y sin una presencia gravitante en el ámbito comercial internacional. En el plano político, esto se materializa en una tendencia a llevar a cabo nacionalizaciones y expropiaciones.

Este contexto inspira la antes mencionada resolución de las Naciones Unidas sobre la soberanía permanente de los recursos naturales de las naciones, que recoge la siguiente afirmación en su artículo 6, refiriéndose nuevamente a la cooperación

<sup>52</sup> Véase <<http://www.miga.org/sitelevel2/level2.cfm?id=1116#pre>> (consulta: agosto de 2007).

<sup>53</sup> Cf. ROWE (2007: 1-6).

<sup>54</sup> ZIEGLER y GRATTON (2006).

internacional para el desarrollo, como lo hicieran posteriormente la Convención CIADI y la Convención del MIGA<sup>55</sup>:

La cooperación internacional en el desarrollo económico de los países en vías de desarrollo, ya sea que consista en inversión de capitales, públicos o privados, intercambio de bienes y servicios, asistencia técnica o intercambio de informaciones científicas, será de tal naturaleza que favorezca los intereses del desarrollo nacional independiente de estos países y se basará en el respeto a su soberanía sobre sus riquezas y recursos naturales.

Como ya hemos adelantado, debemos agregar en este punto el surgimiento del llamado nuevo orden económico internacional, lo que ocurrió en la década de 1970 y también a iniciativa de las Naciones Unidas. Este nuevo orden fue declarado a partir de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados mediante la resolución 3201 del año 1974. La Carta detalla y proclama el derecho de los Estados a ejercer soberanía en forma permanente e integral sobre sus recursos naturales y sobre sus actividades económicas, a lo que se suma el derecho que el Estado tiene a regular, reglamentar, nacionalizar y expropiar<sup>56</sup>:

Artículo 2, inciso 2:

Todo Estado tiene el derecho de:

[...]

b) Reglamentar y supervisar las actividades de empresas transnacionales que operen dentro de su jurisdicción nacional y adoptar medidas para asegurarse de que esas actividades se ajusten a sus leyes, reglamentos y disposiciones y estén de acuerdo con sus políticas económicas y sociales. Las empresas transnacionales no intervendrán en los asuntos internos del Estado al que acudan.

[...]

c) Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes. En cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, esta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente que se recurra

---

<sup>55</sup> Resolución 1803, GA 1803 (XVII), Off. Doc. CA UN, 17 sesión, Doc. UN a/17/1803 (1962) 15, artículo 6. Consultar en <<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/196/83/IMG/NR019683.pdf?OpenElement>> (consulta: marzo de 2007).

<sup>56</sup> Resolución 3201, GA 3201 (S-VI), Off. Doc. GA. UN 6to spec. sess., Doc. UN A/S-6/3201 (1974), 3. Véase <<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/743/60/IMG/NR074360.pdf?OpenElement>> (consulta: marzo de 2007).

a otros medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios.

### *2.1.6 Después de la caída del muro, del siglo XX al XXI*

Finalmente, la última etapa que comprende a la actual globalización coincide con la caída de los *regímenes de democracia popular*<sup>57</sup>, ocurrida durante la paulatina consolidación de los últimos procesos de descolonización en varios ámbitos geográficos y en distintos continentes<sup>58</sup>. Un poco antes, entre 1989 y 1991, existe un período a partir del cual se produce la coincidencia con la expansión e influencia creciente del Consenso de Washington, como proyecto económico liberal global<sup>59</sup>, que vino a sustituir al «antiguo» nuevo orden que referíamos líneas arriba.

Pero el Consenso de Washington ha entrado hoy en una etapa de revisión crítica. Esto ocurre más allá del otra vez llamado *triunfo del neoliberalismo*<sup>60</sup>, proclamado a partir de la década de los años noventa del siglo pasado, mientras se expandían las «economías emergentes»<sup>61</sup> en diversas regiones económicas del planeta.

Lo cierto es que hoy una gama muy amplia de instituciones, reconocidos juristas, economistas<sup>62</sup>, expertos<sup>63</sup> y funcionarios internacionales del más alto nivel<sup>64</sup> participan en el debate global para la revisión póstuma del Consenso de Washington<sup>65</sup>. Hoy se otorga preeminencia a la necesidad de generar nuevos «consensos» que permitan contar con modelos económicos viables para superar

<sup>57</sup> TELLO (2004).

<sup>58</sup> Cf. McMICHAEL (2000).

<sup>59</sup> La expresión *Consenso de Washington* fue acuñada en 1990 por el economista John Williamson, en un estudio preparado para el Institute for International Economics, un prominente *think tank* radicado en Washington DC. En términos generales, implica la adopción de un conjunto de políticas públicas para la reforma económica de los países en desarrollo, tales como disciplina fiscal, priorización de objetivos para el gasto público, reforma tributaria, liberalización financiera, tipo de cambio único, liberalización del comercio exterior, promoción de la inversión extranjera directa, privatizaciones, desregulación, protección para los derechos de propiedad, etcétera. Estas políticas fueron adoptadas por un número considerable de Estados a nivel global de la década de 1980 en adelante. Cf. PETRÁSH (2000). Véase, además, KUCZYNSKI y WILLIAMSON (2003).

<sup>60</sup> Cf. KRESALJA (2003: 235).

<sup>61</sup> Cf. NICHOLS, Philip (1999).

<sup>62</sup> Véase HELD (2004).

<sup>63</sup> Cf. DRACHE, Daniel (2001).

<sup>64</sup> El director general de la OMC, Pascal Lamy, declaró en marzo de 2006 que es necesario pasar del Consenso de Washington al de Ginebra, en orden a que resulta indispensable superar los pasivos sociales. Véase <[http://www.sarpn.org.za/documents/d0001869/Lamy\\_WTO\\_Feb2006.pdf](http://www.sarpn.org.za/documents/d0001869/Lamy_WTO_Feb2006.pdf)> (consulta: marzo de 2007).

<sup>65</sup> Cf. STIGLITZ (2000).

una serie de factores de exclusión social y económica que, no obstante la última globalización, subsisten e incluso se acentúan alarmantemente en el mundo, incentivando la aparición de Estados y países «fallidos».

En tal sentido, la preocupación es doble, en orden a que tanto el modelo marxista inspirador de las «democracias populares» como las políticas liberales del Consenso de Washington han fracasado o simplemente no han terminado de resolver los problemas básicos de la población más pobre y excluida del planeta. Agreguemos a esto que son precisamente las ex colonias de las antiguas potencias del siglo XIX las que actualmente siguen «en vías» de desarrollo, acarreando muchas veces incommensurables «pasivos sociales»<sup>66</sup>, a lo que se suman problemas colaterales no menos importantes, como los que encontramos en materia medioambiental y a escala global<sup>67</sup>.

No en vano el discurso de despedida del ex secretario general de las Naciones Unidas, en septiembre de 2006, hizo referencia a la necesidad de que la actual globalización beneficie a la humanidad en su conjunto, siendo necesario que a ello se sume la eliminación de los desórdenes propios de la post Guerra Fría y que se instaure un nuevo orden de paz y libertad, donde los derechos y la dignidad de los individuos estén debidamente protegidos y garantizados<sup>68</sup>.

Recordemos, además, que los últimos tiempos también se han caracterizado por otros acontecimientos de impacto global; por ejemplo, en la época inmediatamente anterior a la última globalización se eliminó la paridad oro-dólar respecto a las reservas de Estados Unidos, cambiando así un paradigma monetario que se consolidó durante la vigencia del mercantilismo, siglos atrás. También se dio la crisis del petróleo de los años 1970 y luego la crisis de la deuda externa de los años 1980. Son eventos que también generaron repercusiones globales de diversa «intensidad» jurídico-económica y han influido en el desarrollo del DII, transformando sus bases y generando nuevas proyecciones y modelos de regulación.

En consecuencia, estos y otros acontecimientos extienden su influencia a la interrelación jurídico-económica entre países y entre regiones económicas entre sí. Se trata de una evolución posterior a los acuerdos de Bretton Woods y sus instituciones, elementos con los que décadas atrás se cerraron una serie de aspectos económico-jurídicos en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial.

<sup>66</sup> Véase el Informe 2007 del Banco Mundial sobre los Objetivos del Milenio, en <<http://econ.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/EXTDATRESINSPA/EXTGMRSPA/EXTGMR2007SPA/0,,contentMDK:21270939~menuPK:3567215~pagePK:3605508~piPK:3605491~theSitePK:3566856,00.html>> (consulta: marzo de 2007).

<sup>67</sup> Véase Programa de Naciones Unidas para el Medioambiente, en <<http://www.pnuma.org>> (consulta: marzo de 2007).

<sup>68</sup> Cf. PETERSMANN (2006: 1).

Dichos acuerdos se dieron a partir de la idea central de la importancia de la liberalización comercial internacional y la necesidad de procurar la estabilidad económica para el mundo. Así, se instauraron el Fondo Monetario Internacional, el Banco para la Reconstrucción y Fomento, entre otros.

En efecto, dicha evolución posterior se plasma en la década de 1990 en ciertos acontecimientos con impacto global, como la institucionalización del comercio mediante la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), sustituyendo o complementando al GATT. Otro caso a citar es el Foro Económico del Asia-Pacífico (APEC), a lo que se suma la creación del Grupo de los Ocho (G-8) y la constitución de la Unión Europea (UE) como última etapa de la integración de esta región económica, dando lugar a la Eurozona<sup>69</sup>.

También se creó el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, por sus siglas en inglés), la Cumbre de las Américas y el pospanamericano proyecto de Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), ahora en suspenso; el MERCOSUR y el relanzamiento de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), por solo citar algunos eventos cercanos en el tiempo y mencionados acá en forma aleatoria. En todos estos escenarios, en mayor o en menor medida, hay referencia al DII y su importancia para el desarrollo, así como una constante preocupación por el incentivo al libre comercio como factor dinamizador de las economías locales y regionales, a manera de reedición de los *Zollvereine* del siglo XIX.

A su vez, en cada caso se han producido dinámicas posteriores, no todas de la misma intensidad y alcances positivos, por cierto, pero conceptualmente herederas de la idea primigenia del libre comercio, comprobándose así la relación entre los diversos períodos de la globalización. Es así como, si bien el proyecto ALCA se ha aletargado ante el declive de la multilateralización comercial global<sup>70</sup>, han surgido

<sup>69</sup> En el ámbito de las relaciones entre la Unión Europea y los países de América Latina y el Caribe cabe referir la importancia de los acuerdos Lomé y Cotonú, un importante antecedente de la vinculación jurídico-económica que se viene gestando entre estas regiones; en particular, en lo referente a un posible acuerdo de asociación y cooperación comercial a negociarse próximamente entre la Unión Europea y un grupo de países andinos. Sobre los acuerdos de Lomé y Cotonú véase FAIRLIE (2007).

<sup>70</sup> En efecto, en la reunión de la Organización Mundial del Comercio llevada a cabo en Potsdam se confirma esta tendencia, expresada en sendos comunicados formulados por Estados Unidos de Norteamérica y por la autoridad comercial de la Unión Europea. Allí dan cuenta de las dificultades para proseguir con la Ronda de Doha. Véase *Globalaw*, blog de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en <<http://blog.pucp.edu.pe/item/10929>>; Comunicado de la Unión Europea, en <[http://ec.europa.eu/commission\\_barroso/mandelson/\\_speeches\\_articles/sppm158\\_en.htm](http://ec.europa.eu/commission_barroso/mandelson/_speeches_articles/sppm158_en.htm)>; comunicado de la autoridad comercial de Estados Unidos de Norteamérica, en <[http://www.ustr.gov/Document\\_Library/Press\\_Releases/2007/June/Statement\\_from\\_USTR\\_Ambassador\\_Susan\\_C\\_Schwab\\_USDA\\_Secretary\\_Mike\\_Johanns\\_on\\_Doha\\_Round.html](http://www.ustr.gov/Document_Library/Press_Releases/2007/June/Statement_from_USTR_Ambassador_Susan_C_Schwab_USDA_Secretary_Mike_Johanns_on_Doha_Round.html)> (consultas: marzo de 2007).

como alternativa los tratados de libre comercio o acuerdos de promoción comercial, como el que recientemente ha negociado el Perú con Estados Unidos.

En suma, durante la última globalización el mundo se está estructurando «multipolarmente» a partir de unas 250 regiones o zonas económicas de libre comercio, uniones aduaneras y otros modelos de integración. Pero, no obstante la relevancia de la idea fuerza de la cooperación económica como principio articulador de tipo comunitario global, lo cierto es que aún se percibe una tendencia hacia la bilateralización de las relaciones internacionales económicas, en particular en el caso de la explosión de TBI<sup>71</sup> y en lo concerniente a los AII. A ello se suma la necesidad de contar con instituciones jurídicas eficientes de alcance global, para regular diversos asuntos como la preservación y tutela de la libre competencia, pero también del interés y el dominio públicos, entre otros.

En este océano-contexto jurídico-económico concurren peces grandes y chicos, las potencias globales y las potencias intermedias emergentes, alrededor de las cuales se agrupan los países periféricos de menor capacidad de concentración de poder geoestratégico. Entre estos destacan los países con economías emergentes, que permanentemente buscan oportunidades y alianzas estratégicas para incrementar su participación en el *global marketplace*<sup>72</sup>.

Esto se da mediante una dinámica que propicia nuevos y adecuados medios jurídicos para la integración y la regulación de los flujos económico-comerciales. Esta emergente megaestructura global, que tiene tanto de estructura como de cuasi estructura, tiende a densificarse<sup>73</sup> como un gran coral en el océano. Este constructo comprende, por ejemplo, la irrupción en el escenario económico-comercial global de los países del este europeo, India<sup>74</sup> y China<sup>75</sup>, así como la

---

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>72</sup> Los más de sesenta acuerdos regionales celebrados con posterioridad al fracaso de la ronda de DOHA de la OMC en el año 2003, son una demostración de ello. Se instauran así dichos tratados como una alternativa al modelo de integración económica multilateral, de modo que algunas fuentes anuncian la nueva bilatralización del comercio. Cf. PETERSMANN (2006).

<sup>73</sup> Un importante indicador que permite percibir la «densidad» de la actual globalización es el hecho de que al año 2005 un tercio, ni más ni menos, de las reservas en moneda extranjera de China continental se encontraba consignado en bonos del Tesoro Americano de Estados Unidos. En aquel entonces el total de las reservas chinas alcanzaba los 700 billones de dólares. Véase GOODMAN (2005).

<sup>74</sup> Véase PANGARIYA (2005).

<sup>75</sup> El año 2006 China creció 10,7%, y en algunas de sus provincias costeras, como Guandong y Fujian, el crecimiento fue de 20% anual. Pero este auge no fue excepcional: a partir de 2004, China viene creciendo por encima del 10% anual, y desde 1980 la tasa anual promedio fue de 9,6%. Por eso el producto se multiplicó por cinco en veintiocho años, y el ingreso real per cápita se duplicó cada ocho. Esta es la expansión realizada a la tasa más alta durante el período más prolongado de la historia del capitalismo desde la Revolución Industrial, considerada por el primer ministro chino,

creciente relevancia de la Eurozona y sus nuevos asociados de Europa del Este. La actual es una época en la que regresan a la palestra los viejos espacios otrora integrados por la Ruta de la Seda, pero también se puede verificar que los contenidos conceptuales occidentales están puestos a prueba frente al incremento del comercio y las inversiones. Estas pasan a ser una vez más el factor amalgamador global, fuente de múltiples integraciones y desintegraciones, no exentas de escenarios conflictivos locales e internacionales.

En suma, no cabe duda de que las regiones económicas del mundo coexisten hoy en distintos niveles de desarrollo institucional y económico, colaborando y compitiendo al mismo tiempo entre sí. Sin embargo, al interior de y entre las regiones económicas del mundo, reiteramos, persisten altos niveles de inequidad, acompañados de graves factores de exclusión social y económica, mientras se consolidan una serie de alianzas de diverso cuño<sup>76</sup>. Destacan en la actual coyuntura los casos de los llamados países «fallidos»<sup>77</sup> o de los países menos desarrollados<sup>78</sup> o avanzados, ubicados en diversos espacios geográficos como África<sup>79</sup> y América Latina<sup>80</sup>.

Una característica de las economías en vías de desarrollo es precisamente la necesidad de atraer inversiones hacia contextos socioeconómicos no siempre amigables para lograr dicho objetivo, y con un riesgo político alto. Esto implica una gran contradicción y múltiples retos institucionales, así como la incorporación de elementos jurídicos internacionales. Al mismo tiempo, en el ámbito doméstico de los países receptores o demandantes de inversión, las instituciones jurídicas

Weng Jiabao, como «inestable, desequilibrada, descoordinada e insostenible [...]. China representa el 5,5% del PBI mundial, pero consume 15% de la energía que se produce en el mundo. El cálculo del gobierno chino es que importará en el 2020 el 75% del petróleo que consume, el doble del nivel actual, y consumirá el 10,6% del petróleo mundial. CASTRO (2007).

<sup>76</sup> Sobre las alianzas «virtuales» de las metrópolis que se realizan por medios electrónicos, véase FRUG y BARRON (2006).

<sup>77</sup> Conforme a los indicadores de *Foreign Policy*, el Perú es un país en peligro de convertirse en «fallido», mientras que Colombia se encuentra en estado crítico. Venezuela y Paraguay comparten la calificación que recibe el Perú. Por el contrario, Uruguay, Chile, Brasil y Argentina no se encuentran en una situación límite, ni en peligro ni en estado crítico. Mayores detalles en <[http://www.foreignpolicy.com/story/cms.php?story\\_id=3098](http://www.foreignpolicy.com/story/cms.php?story_id=3098)> (consulta: agosto de 2007).

<sup>78</sup> UNCTAD publicó un informe completo que destaca el impacto negativo del déficit tecnológico y de conocimiento en materia de desarrollo económico. Véase una referencia al Informe UNCTAD 2007 sobre países menos desarrollados en *Globalaw*, blog de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en <<http://blog.pucp.edu.pe/item/12378>> (consulta: agosto de 2007).

<sup>79</sup> Véase Rizvi (2006).

<sup>80</sup> Véase la publicación de la Fundación Canadiense para Las Américas, en <<http://www.focal.ca/pdf/inequidad.pdf#search=%22inequidad%20america%20latina%22>> (consulta: agosto de 2007).

locales responden a duras penas al ritmo de marchas forzadas<sup>81</sup> que imponen los tiempos de la última globalización<sup>82</sup>.

### **3. LOS ÁMBITOS PRIVADO Y PÚBLICO EN EL DII, EL ARBITRAJE EN INVERSIONES COMO FACTOR DE BALANCE EN LA ÚLTIMA GLOBALIZACIÓN**

Las normas de DII incorporadas en los TLC y en los TBI, como dos formas de AII que encontramos en la actualidad dispersos a escala global, se orientan generalmente por la necesidad de contar con los medios jurídicos para el balance que debe de existir entre estos dos polos durante el transcurso del tiempo y en los ámbitos de acción transfronteriza que se perfilan en la última globalización. A diferencia del derecho comercial internacional, donde encontramos diversos acuerdos o tratados multilaterales, en el caso del DII existe una gran dispersión de tratados internacionales de alcance bilateral.

Sin embargo, lo público y lo privado interactúan hoy con una mayor intensidad en la medida en que se «densifica» la última globalización. Esto ocurre sobre la base de la problemática inherente a la administración y el ejercicio de poder político<sup>83</sup>, llevado este a la práctica por los Estados y frente a los intereses y las capacidades del capital global o transnacional. Se requiere, entonces, un equilibrio entre el Estado y las diversas capacidades de los grupos de poder económico que operan en los sectores productivos de las economías locales y de las regiones económicas. Esto está comprendido en la base jurídico- económica de la compleja relación que históricamente existe entre inversionistas y Estados<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Es paradójico el caso del déficit institucional peruano. En los últimos años se han registrado excelentes resultados macroeconómicos. Sin embargo, el Estado y en general la sociedad peruana, carecen de «capacidad de respuesta» frente a las crecientes necesidades de la población y, además, frente a las oportunidades globales que podrían permitir al país incrementar significativamente el flujo de inversiones para su desarrollo económico y bienestar. En consecuencia, prevalecen una serie de problemas estructurales que limitan la posibilidades de lograr un mayor dinamismo económico.

<sup>82</sup> El caso de China es sorprendente, en particular por la falta de consistencia de su actual sistema de impartición de justicia: aparentemente ha habido una modernización acorde con ciertos estándares internacionales, pero la casuística disponible muestra que el Partido Comunista Chino sigue manteniendo el control del aparato jurisdiccional chino. Cf. KLINGST (2007).

<sup>83</sup> Lo que nos llevaría a algo que no abordaremos acá, es decir, a una reflexión sobre el poder político y la obligación política frente a la obligación legal, para lo cual conviene revisar LEGAZ y LACAMBRA (1957: 119-128).

<sup>84</sup> Cf. CHENG (2005: 500).

Se requiere, pues, propiciar el balance entre lo privado y lo público<sup>85</sup> en el eje de relación entre lo nacional o doméstico y lo internacional-global. El DII es una expresión del derecho transnacional contemporáneo que en el plano jurídico caracteriza a la última globalización<sup>86</sup> y que se sitúa precisamente entre lo público y lo privado. Un indicador fáctico para medir la densidad de la globalización consiste justamente en la gran cantidad de TBI y, en general, de AII que hoy involucran a centenares de países. Un indicador cualitativo, a su vez, consiste en la evolución de las disciplinas del DII en el tiempo, que se ha acentuado durante los últimos años.

Por otro lado, los AII introducen medios de solución de controversias y reglas que en muchos aspectos determinan la autogobernabilidad de las relaciones jurídico-económicas que se desenvuelven en el ámbito transnacional<sup>87</sup> y nacional; es decir, donde se materializan las relaciones entre Estados e inversionistas extranjeros, con miras a contar con seguridad jurídica, a partir de una estructura conceptual autopoietica. Esto adquiere relevancia ante una realidad económico-comercial que rebasa largamente las fronteras y soberanías territoriales, trascendiéndolas, pero generando simultáneamente una serie de consecuencias jurídico-patrimoniales en la esfera de lo público y de lo privado. La idea moderna de «Estado-nación» de alcance territorial está siendo superada por el incremento de los espacios transaccionales globales.

### 3.1 La perspectiva del ámbito privado y el *global marketplace*

Mas allá de que la cooperación internacional para el desarrollo económico que proclamaba el Nuevo Orden, y del efecto positivo que en este campo tendría la inversión extranjera al operar como fuerza dinamizadora de las economías, lo cierto es que la inversión privada, nacional o extranjera, así como la acción de los inversionistas en los mercados y en diversos espacios de actividad económica, no necesariamente obedece a fines altruistas para el beneficio social. Tampoco responde necesaria e indefectiblemente al fin del bienestar público general o a la necesidad de lograr la eliminación de los múltiples pasivos sociales existentes en los países en vías de desarrollo; es más, no se orientan siempre en función de lograr el desarrollo económico de dichos países. En consecuencia, como es lógico, la inversión privada evoluciona principalmente por el interés de lucrar, acumular y crecer económicamente, generando renta y excedentes económicos.

---

<sup>85</sup> Véase una reflexión sobre el arbitraje, lo público y lo privado en BULLARD (2006: 155-227).

<sup>86</sup> Cf. ZUMBANSEN (2006: 738-754).

<sup>87</sup> Cf. LEHMKUHL (2003).

Esta es una constante que se observa, por ejemplo, desde el surgimiento de las primeras ETA de alcance global hasta la actualidad. Pero también se observan algunos cambios, en particular los ocurridos durante la última globalización; se trata del perfil de responsabilidad corporativa que encontramos en los actuales tiempos, en ámbitos como los derechos humanos, la protección de los menores y la preservación del medio ambiente, entre otros<sup>88</sup>. Esta tendencia influye hoy en la negociación de los AII y en la configuración del DII.

Como es evidente, el logro del bienestar general de las comunidades locales es cuestión de los Estados, de sus políticas públicas y de sus modelos de gobernabilidad. Estos fines no siempre armonizan con los intereses del capital nacional o transnacional privado<sup>89</sup>. Es más, dependiendo del contexto económico, social o histórico, el capital nacional o transnacional está siempre expuesto en mayor o menor medida al riesgo que comprenden las decisiones políticas de los Estados receptores de inversión y capitales. No obstante, los AII ya no pueden ser ajenos a esta realidad.

Por otro lado, los inversionistas se orientan por el lógico interés de generar utilidades<sup>90</sup>, con una clara expectativa económica en lo que implica preservar e incrementar dichas utilidades, a efectos de asegurar la rentabilidad de sus negocios<sup>91</sup>. En tal sentido y en la lógica capitalista, el inversionista nacional o extranjero espera cumplir con obligaciones tributarias y regulatorias «razonables» y «predecibles», que en todo caso no perjudiquen su expectativa de lucro, a lo que se suma su interés por contar con garantías para la protección de sus derechos de propiedad, entre otras preocupaciones esencialmente empresariales. Lo razonable —o la preservación de lo razonable— se convierte así en un factor importante en la conformación de las reglas sustantivas del DII. Esta es también una de sus finalidades, tal como la preservación de la estabilidad y seguridad jurídica para la inversión<sup>92</sup>.

El inversionista espera entonces que estos derechos y expectativas no se vean afectados por medidas, políticas o decisiones estatales arbitrarias y no razonablemente predecibles, tomadas en los lugares donde radican sus inversiones. Según algunas fuentes, la frustración de las expectativas de lucro y la inseguridad en lo que concierne a la tutela oportuna de los derechos de propiedad privada de los inversionistas han conformado, en resumida síntesis, los factores que generalmente

<sup>88</sup> Cf. LEADER (2006: 657-703).

<sup>89</sup> Cf. KOOIMAN (2005).

<sup>90</sup> Cf. ROWE (2007: 2).

<sup>91</sup> Una perspectiva crítica respecto de esta lógica se puede ver en WALLERSTEIN (2001: 277; 2002).

<sup>92</sup> Véase VEYTIA (2004).

han limitado el flujo de la inversión extranjera directa (en adelante, IED) hacia los países en vías de desarrollo<sup>93</sup>.

Esto ha ocurrido en un contexto en el que, por ejemplo, ni la doctrina jurídica internacional ni los tribunales arbitrales en el campo del DII alcanzan consenso sobre la existencia de los llamados estándares mínimos de trato al inversionista, confirmando así que históricamente no se trata de un asunto pacífico<sup>94</sup>. A esto se suma, obviamente, que los costos de colocación de inversión en contextos de alto riesgo político son mucho mayores que en contextos con menor riesgo político y problemas de seguridad<sup>95</sup>. La respuesta pragmática que encontramos en este contexto comprende diversos medios, entre los que destacan la solución de controversias en foros internacionales y los sistemas de seguros a las inversiones extranjeras como el que ofrecen el MIGA y otros sistemas locales en los países industrializados.

No obstante, también es cierto que el rol del interés privado es relevante para contribuir al crecimiento económico, al desarrollo de los países y al robustecimiento de las regiones económicas, pues dependiendo del sector económico correspondiente, la inversión actúa como un factor que imprime mayor movimiento al flujo económico. Este, a su vez, genera diversos efectos multiplicadores y encadenamientos productivos entre las economías locales, regionales y, en general, en la economía global.

Sin embargo, como es evidente, a esto se agrega la necesidad de un adecuado diseño y aplicación de las políticas públicas y del DII, en los niveles locales y globales<sup>96</sup>, por lo que es necesario contar con los medios jurídicos y políticos para ofrecer estabilidad y predictibilidad a las inversiones, además de otras seguridades a los inversionistas. Para tal efecto, los capítulos de inversiones usualmente comprendidos en los AII, sean estos TBI o capítulos de inversiones en los TLC, son de particular importancia. En paralelo, hoy se expande considerablemente la inversión extranjera directa en el mundo, consolidando los espacios y flujos transnacionales a ser regulados por el emergente DII e incentivando la competencia entre países para atraer inversiones. No obstante, desde una perspectiva crítica frente a esta visión «promotora» de la inversión, Ghemawat advierte que

Uno de los mantras favoritos de los defensores de la globalización consiste en que «las inversiones no conocen fronteras». Pero ¿qué porcentaje de la inversión total mundial realizan las empresas fuera de sus países de origen? El total del capital

<sup>93</sup> Cf. AKINSANYA (1987: 58).

<sup>94</sup> Cf. PORTERFIELD (2006: 81-82).

<sup>95</sup> Cf. VEYTIA (2004).

<sup>96</sup> En el entendido de que las inversiones efectivamente conducirían al crecimiento económico global y tomando en cuenta que la doctrina no es pacífica y registra diversas posturas al respecto. Véanse McMICHAEL (2000); VANDEVELDE (1998; 2000); MORAN (2000).

global que se genera a partir de la inversión directa extranjera (IDE) ha sido menor del 10% durante los últimos tres años de los que se disponen datos (2003-2005). En otras palabras, más del 90% de las inversiones fijas de todo el planeta siguen siendo nacionales. Y aunque las olas de fusiones pueden elevar la proporción, esta nunca ha alcanzado el 20%. En un entorno globalizado a la perfección, cabría esperar que ese porcentaje fuese muy superior (en torno a un 90%, según mis cálculos). Y la IDE no es un ejemplo raro ni poco representativo<sup>97</sup>.

Efectivamente, si bien los flujos comerciales y de inversiones se han acentuado en la última globalización, todavía se percibe que un alto porcentaje de la IED se concentra en los ámbitos nacionales y en especial, en las ETA.

Adicionalmente y según otras fuentes, también resulta relevante contar en la actualidad con una teoría jurídica para las «economías emergentes», que sirva de base para el *aggiornamento* y la adecuación de las estructuras jurídicas ante los retos propios de la última globalización. De esto fluye que se está dando un proceso de transición para estas economías, el mismo que va de un modelo relacional hacia uno institucionalizado<sup>98</sup>. El DII no es ajeno a esta transición y para ello basta ver los contenidos jurídico-económicos de los AII, que postulan la intervención de instituciones internacionales en la solución de controversias en materia de DII.

Los AII, no obstante su dispersión y poniendo en evidencia la descentralización del DII, permiten hoy la regulación internacional imperfecta de los factores económicos que tienen que ver con la necesidad de procurar el flujo sostenido de inversiones y de regular las complejas relaciones jurídicas conexas, cubriendo el vacío que implica la carencia de institucionalidad integrada y centralizada, en el ámbito de los sistemas jurídicos nacionales e internacionales tradicionales. Como ya se ha mencionado, esto incluye la necesidad de contar con medios especializados de gestión y solución de conflictos. Estos medios deben ser plenamente adaptables a las características de los modelos de interacción transfronteriza o extraterritorial que comprende el flujo de inversiones transnacionales<sup>99</sup>. Podemos apreciarlo en

---

<sup>97</sup> GHEMAWAT (2007).

<sup>98</sup> Cf. NICHOLS (1999: 278).

<sup>99</sup> A efectos de promover inversiones, también se debe tomar en cuenta la relevancia de una variada gama de factores, como la seguridad jurídica interna, el riesgo país y los riesgos políticos, la competitividad, las capacidades institucionales públicas y privadas, la vigencia del Estado de derecho, el nivel de confianza ciudadana en las instituciones públicas y privadas, el derecho interno especializado en la materia y los tratados internacionales en vigencia para el país, entre muchas otros. Por lo pronto, UNCTAD informa sobre el volumen de cambios jurídicos e institucionales producidos en el ámbito global, por parte de los países del mundo en materia de inversiones: se observa una proyección interesante que demuestra la evolución de la última globalización, dado que mientras que en 1991 solamente 35 países introdujeron cambios en sus regímenes de inversiones, en el año 2003 lo hicieron 82 países, es decir, más del doble. Mientras que en 1991 solamente se

el caso del arbitraje o, en general, de las competencias arbitrales especializadas que surgen hoy como una respuesta al proceso de «densificación económica» de la última globalización y en medio de una tendencia a la proliferación de foros internacionales de solución de controversias<sup>100</sup>.

A ello agreguemos las obligaciones positivas y negativas a cargo de las partes en los AII. Las primeras implican el ejercicio del poder del Estado ante determinadas amenazas contra la inversión o los inversionistas, obligando a que el Estado actúe brindando las garantías del caso; las negativas, en cambio, son prohibiciones expresas que obligan a los Estados en el marco de los AII<sup>101</sup>, generando consecuencias para el Estado en el campo del derecho internacional.

De conformidad con algunas fuentes, la concurrencia de estos y otros factores, así como la proliferación de los AII referida líneas antes<sup>102</sup>, demostraría que se encuentra en curso la conformación de un mercado global (*global marketplace*) que pone en evidencia el tránsito o transformación del Estado-nación hacia el Estado-mercado<sup>103</sup>, incluyendo pero no limitándose al flujo de inversiones. De este tránsito surge la base para el derecho transnacional contemporáneo, del cual el DII forma parte fundamental.

Este nuevo escenario se caracteriza en lo político por la necesidad de desarrollar modelos de gobernabilidad en múltiples niveles y sectores nacionales e internacionales<sup>104</sup>. En lo económico, hoy advertimos la transabilidad global de diversos factores, incluidas las fuerzas laborales<sup>105</sup>. A ello se suman el impacto de las nuevas tecnologías<sup>106</sup>, el proceso de «economización» del derecho internacional<sup>107</sup>, la mayor importancia de aspectos regulatorios para la viabilidad de las economías, el resurgimiento, especialización y consolidación de una gama

pudieron registrar a escala global unos 80 nuevos tipos de regulación administrativa más favorables a la inversión extranjera, en el año 2003 se registraron 220 (UNCTAD 2004: 8).

<sup>100</sup> Véase al respecto el Proyecto sobre Tribunales Internacionales de la Universidad de Nueva York y de la Universidad de Londres, en <<http://www.pict-pcti.org>> (consulta: agosto de 2007).

<sup>101</sup> Cf. ROBBINS (2006: 403).

<sup>102</sup> Siguiendo la nomenclatura de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (Unctad); en <<http://www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=2068&lang=3>> (consulta: agosto de 2007).

<sup>103</sup> Véase BOBBIT (2003).

<sup>104</sup> Cf. PETERSMANN (2006: 4).

<sup>105</sup> Cf. STEINGART (2006).

<sup>106</sup> En especial a partir de los medios de comunicación de alcance global, la computadora e Internet, estos últimos como extensión de las capacidades intelectuales y mentales de las personas. Cf. DE TRAZEGNIES (1999). Sobre evolución del conocimiento y la tecnología, entre otros temas, véase además RAMENTOL (2004: 168).

<sup>107</sup> Cf. KUNDMÜLLER (2005: 132-133).

de instituciones jurídicas inmanentes como la *lex mercatoria*<sup>108</sup> y el arbitraje internacional. Este último se presenta en sus diversas expresiones internas (nacionales) e internacionales. En este escenario encontramos también el arbitraje en inversiones, regulado en un número considerable de AII, así como los acuerdos sobre doble tributación, los acuerdos preferenciales de comercio e inversiones y otros. A todo esto se suma el incremento del número de países que son parte de las Convenciones de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, del CIADI y del MIGA.

Esto caracteriza al emergente *global marketplace* y comprende además, en el plano de la praxis arbitral, la expansión de la *lex mercatoria procesal*<sup>109</sup> como expresión del derecho arbitral comparado, que se realiza en los arbitrajes internacionales mediante el uso de una serie de medios jurídicos. En efecto, la creación y aplicación de diversas estructuras de *soft law* acompañan este proceso. Es el caso de las reglas para la actuación de pruebas en sede arbitral de la International Bar Association de 1999<sup>110</sup> y de las reglas sobre incompatibilidades y conflicto de interés en el arbitraje, aprobadas por la misma institución en 2004<sup>111</sup>. Ambas se aplican con frecuencia en los arbitrajes internacionales, por decisión de los árbitros o por acuerdo entre las partes en litigio. Nótese que las dos estructuras jurídicas han sido emitidas por una institución privada de alcance internacional<sup>112</sup>; es decir, no son ley promulgada por país alguno ni tampoco resultado de la puesta en práctica de un tratado internacional.

En consecuencia, la *lex mercatoria procesal* viene desarrollándose a partir de la preeminencia de la autonomía de la voluntad de las partes en los arbitrajes nacionales e internacionales, el creciente rol de los árbitros frente a dicha autonomía *intra partes* y las limitaciones inherentes a las jurisdicciones estatales locales determinadas en leyes nacionales y tratados internacionales<sup>113</sup>.

En el contexto de expansión de la *lex mercatoria procesal* también se da la aplicación y difusión de las disposiciones de los tratados internacionales de arbitraje, como la Convención de Nueva York de 1958<sup>114</sup> o el CIADI. Son estructuras

---

<sup>108</sup> Cf. TEUBNER (2002: 199-217).

<sup>109</sup> Cf. KAUFMANN-KOHLER (2003: 1313-1333).

<sup>110</sup> Véase <<http://www.ibanet.org/images/downloads/IBA%20rules%20on%20the%20taking%20of%20Evidence.pdf>> (consulta: agosto de 2007).

<sup>111</sup> Véase <<http://www.ibanet.org/images/downloads/guidelines%20text.pdf>> (consulta: agosto de 2007).

<sup>112</sup> Véase <<http://www.ibanet.org/aboutiba/overview.cfm>> (consulta: agosto de 2007).

<sup>113</sup> Cf. NOTTAGE (2003: 7).

<sup>114</sup> Incluye 138 Estados parte a octubre de 2006. Véase <[http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)>, consulta: agosto de 2007).

jurídicas que están influenciando decididamente en el arbitraje internacional o transnacional, a lo que se suma el derecho arbitral que produce la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés)<sup>115</sup>. Por otro lado, en el ámbito contractual, la misma influencia viene ejerciendo el derecho que produce UNIDROIT<sup>116</sup>.

Finalmente, no menos importante es la creciente producción de *soft jurisprudence* o jurisprudencia blanda en materia de DII<sup>117</sup>, la misma que condiciona e influye en los desarrollos jurídicos y la forma como la relación económica-jurídica entre Estado e inversionistas tiende a estructurarse paulatinamente a escala global en los AII; en particular, en lo que concierne a la concepción de las obligaciones de tipo positivo y negativo enunciadas líneas antes y en orden a que el DII es de carácter descentralizado, puesto que no emana de tratado multilateral único y de alcance universal.

### **3.2 El ámbito público y los modelos de gestión adoptados por los Estados**

#### ***3.2.1 El crecimiento de la inversión global y el caso peruano***

El segundo factor nos remite a lo público y consiste en que, al mismo tiempo que el DII brinda tutela a la inversión y al inversionista, también limita jurídicamente la soberanía<sup>118</sup> de los Estados. En tal sentido, el DII se estructura en función de los intereses que el Estado tutela, tanto a partir de los compromisos internacionales asumidos por este como en el marco del respectivo derecho interno.

En consecuencia, sería válido afirmar que las disciplinas especializadas en inversiones contenidas en los AII no prescinden de los principios y fundamentos que derivan de la concepción jurídica del Estado. Precisamente los Estados, en ejercicio de su poder soberano, negocian y ratifican los AII; pero también es cierto que compiten entre sí, materializando el interés por atraer inversiones<sup>119</sup>. Del mismo modo, los AII contienen una serie de reglas que toman en consideración la actividad regulatoria administrativa interna del Estado y sus funciones en el marco del Estado de derecho.

<sup>115</sup> Véase <<http://www.uncitral.org>>.

<sup>116</sup> Véase <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>>.

<sup>117</sup> En términos anglosajones, es jurisprudencia sin efectos vinculantes para terceros, que sin embargo pasa a ser un referente en otros arbitrajes en materia de DII. En el caso de los arbitrajes inversionista-Estado, no obstante el carácter no vinculante del laudo, la jurisprudencia arbitral es sin duda tomada en consideración y consultada frecuentemente para el desarrollo de otros casos arbitrales.

<sup>118</sup> Sobre soberanía, véase ANAND (1986: 17-221).

<sup>119</sup> Cf. TRACHTMAN (2002: 80).

Por otro lado, y atendiendo a la fragmentación enunciada líneas antes, las disciplinas jurídicas especializadas en inversiones están estructuradas a partir de un proceso de desarrollo conceptual que no siempre armoniza con el derecho internacional público<sup>120</sup>. Esto ocurre en un contexto que se caracteriza por el inevitable declive del estadocentrismo clásico derivado originalmente de los Tratados de Westfalia y más tarde del modernismo.

Desde esta perspectiva, los acontecimientos de la última globalización se perciben como el colofón de un proceso de varios siglos, habiendo generado un impacto importante en la redefinición de los Estados y sobre las estructuras conceptuales estadocéntricas<sup>121</sup>. Dichos acontecimientos incentivan hoy la transición de un modelo de Estado caracterizado originalmente por ser un prestador de servicios públicos, hacia otro que garantiza y regula mercados. Se trata de Estados que negocian espacios jurídico-económicos en el ámbito global y que compiten con otros Estados para ampliar esos espacios y satisfacer los intereses que representan políticamente<sup>122</sup>.

En consecuencia, el DII se orienta por la necesidad de lograr que lo público esté equilibrado con lo privado y viceversa, máxime cuando por el lado de lo público se trata generalmente de países «importadores» de capital, que tienen la necesidad de atraer inversiones para impulsar el desarrollo de su infraestructura y su economía.

Esto se materializa en un contexto global en el que la inversión extranjera directa ha crecido en un exorbitante 2000%, en menos de veinte años<sup>123</sup>, en especial a partir de la aparición de las «economías emergentes» del sudeste asiático y como correlato de los acontecimientos de la post Guerra Fría reseñados líneas antes. De acuerdo con la unidad de inteligencia económica de *The Economist*<sup>124</sup>, el total de los flujos de ingreso de inversión a nivel global en el año 2010 ascenderá a 1,5 trillones de dólares<sup>125</sup>.

Así, hoy, reiteramos, los países importadores de capital compiten por captar inversiones extranjeras en el *global marketplace*, desplegando estrategias para abrir espacios en el ámbito transnacional. El Perú, al igual que otros países de la región<sup>126</sup>,

<sup>120</sup> Sobre la crisis del derecho internacional consuetudinario véase GUZMÁN (2005).

<sup>121</sup> Sobre las etapas de la globalización: KUNDMÜLLER (2005: 121).

<sup>122</sup> Cf. MIR PUIGPELAT (2004: 36-58).

<sup>123</sup> Cf. STEINGART (2006).

<sup>124</sup> ECONOMIC INTELLIGENCE UNIT (2006).

<sup>125</sup> Equivale a 1,5 millón de billones, pero en la nomenclatura anglosajona estamos hablando de 1,5 mil millones. Tomando en cuenta que la fuente es de origen anglosajón, corresponde seguir la segunda definición.

<sup>126</sup> Como informa García Bolívar, América Latina no es la región que atrae la mayor cantidad de inversión extranjera en el mundo. De un total de 648 billones de dólares de inversión registrada en el año 2004, solo 67 billones tuvieron como destino América Latina, es decir, apenas un 10,3%

es un país importador de capital que no constituye una excepción en este altamente competitivo entorno global. Esto se debe a sus crecientes necesidades y limitaciones internas para captar inversiones<sup>127</sup>.

No obstante, según datos del Banco Mundial, en el contexto global el Perú no figura entre los países más competitivos para captar inversión extranjera<sup>128</sup> ni en la relación de países líderes para hacer negocios, y no cuenta con un clima de negocios competitivo<sup>129</sup>. Ni siquiera está considerado en diversos listados de alcance internacional que pueden ser de interés para los inversionistas. Esto es así, a diferencia de lo que ocurre con otros países de América Latina como Brasil, Argentina y México, entre otros.

Del mismo modo, un reciente estudio informa que el Perú mantiene un déficit general de inversión en infraestructura, lo que incrementa sus limitaciones institucionales para atraer inversiones. Se configura así un círculo vicioso que es necesario romper. En efecto, el déficit por este concepto asciende a 30.365 millones de dólares; es decir, cerca del 40% del PBI nacional, cifra incluso superior a la deuda pública peruana<sup>130</sup>. Este déficit de inversiones restringe las posibilidades de desarrollo del país, en especial cuando las fuentes internas de financiamiento y el ahorro interno resultan insuficientes para cubrirlo. Al déficit de inversiones cabe sumar los elevados costos de los pasivos sociales y ambientales. Los indicadores

del total. Esto que indica que existe aún mucho por hacer en lo que concierne a la atracción de inversiones hacia una región del mundo que guarda un gran potencial. Véase GARCÍA BOLÍVAR (2007: 67-96).

<sup>127</sup> Sin embargo, es curioso que en el Perú no siempre se tenga presente ni se valore con la importancia que merece el tema de la inversión productiva y en infraestructura. Se suele resaltar, en cambio, la problemática del comercio nacional y el hecho de que el mercado interno es insuficiente para propiciar el crecimiento económico y que, en consecuencia, sería imprescindible propiciar las exportaciones para «ampliar la oferta exportable hacia otros mercados más grandes». Esto se observó en la campaña para la ratificación del TLC con Estados Unidos, por ejemplo. Cabe destacar, empero, la relevancia de las inversiones ante la carencia de recursos nacionales para incrementar la inversión interna en diversos ámbitos de la actividad económica nacional. Esta situación mella la sostenibilidad de las actividades productivas a nivel interno e incluso afecta la capacidad exportadora del país. En términos económicos las inversiones son tan importantes como el comercio, pero se suele hablar más del comercio que de las inversiones.

<sup>128</sup> De hecho, el Perú no figura entre los cincuenta países más competitivos del mundo, conforme a las estadísticas del World Economic Forum, en lo que concierne al período 2006-2007. El único país de la región que figura es Chile, en el puesto 27. Lidera la lista Suiza y la cierra Indonesia, en el puesto cincuenta. Véase <[http://www.weforum.org/pdf/Global\\_Competitiveness\\_Reports/Reports/gcr\\_2006/top50.pdf](http://www.weforum.org/pdf/Global_Competitiveness_Reports/Reports/gcr_2006/top50.pdf)> (consulta: marzo de 2007).

<sup>129</sup> El Perú solamente figura entre los principales «reformadores económicos», a diferencia de otros países del mundo que sí clasifican y destacan globalmente por promover un buen clima de negocios. Véanse <<http://www.doingbusiness.org>> y *GlobalLaw*, blog de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en <<http://blog.pucp.edu.pe/item/10277>> (consulta: marzo de 2007).

<sup>130</sup> Véase DU BOIS Y TORRES (2006: 7).

económicos que proyecta el país en el ámbito internacional grafican lo dicho y desalientan la inversión<sup>131</sup> o, en todo caso, constituyen factores que incrementan los costos de invertir en el Perú.

Complementando lo descrito, a efectos de dinamizar el desarrollo económico y con la finalidad de incrementar la competitividad del Perú, así como su inserción global, resultaría indispensable triplicar las inversiones en infraestructura. Se debería pasar del actual 1% al 3% del producto bruto interno en inversión<sup>132</sup>. Sin perjuicio de que este no es un tema pacífico y de que no ha existido unidad de criterio respecto de cómo se configuran y definen los esperados efectos positivos de la inversión<sup>133</sup>, los estudios econométricos más recientes demuestran que los AII, y en especial los TBI, contribuyen a atraer inversiones hacia los países importadores que son parte en los mismos, pero siempre que existan estrategias adecuadamente diseñadas y puestas en práctica<sup>134</sup>.

A su vez, lo público también se expresa por el lado de los Estados de la nacionalidad de los inversionistas. Los medios de gestión de conflictos utilizados tradicionalmente por dichos Estados para proteger a sus ciudadanos afectados patrimonialmente por medidas aplicadas contra sus derechos por parte de los Estados receptores de inversión, tampoco han garantizado la eficiencia requerida para resolver este tipo de conflictos.

En efecto, las medidas típicas, como el uso de la fuerza, la suspensión de programas bilaterales de ayuda, la eliminación de preferencias comerciales, el bloqueo o congelamiento de activos del Estado receptor y de sus nacionales radicados en el territorio del Estado exportador, a lo que se suman otro tipo de acciones como votar contra el Estado receptor en los entes o foros de cooperación financiera y económica internacional, finalmente no han comprobado su eficiencia y eficacia. En su mayoría estos son considerados medios de presión política antes que soluciones definitivas y eficientes. Por el contrario, las medidas citadas líneas antes simplemente han contribuido a complicar aún más el panorama de las relaciones entre países importadores y países exportadores de capital<sup>135</sup>.

---

<sup>131</sup> Véanse los indicadores de Naciones Unidas para el caso peruano, en <<http://unstats.un.org/unsd/mdg/Data.aspx?cr=604>> (consulta: marzo de 2007).

<sup>132</sup> Declaraciones de José Luis Guasch, consejero regional de América Latina para Regulación y Competencia del Banco Mundial. Publicado en Agencia de Noticias Andina el 10 de octubre de 2006. Véase <<http://www.andina.com.pe/NoticiaDetalle.aspx?id=100789>> (consulta: marzo de 2007).

<sup>133</sup> Véase MORAN (2000).

<sup>134</sup> Véase NEUMAYER y SPESS (2005).

<sup>135</sup> Cf. AKINSANYA (1987).

### *3.2.2 Los modelos para la colocación y tratamiento de la inversión*

De conformidad con la doctrina del DII, existen diversos modelos en lo que concierne a la colocación y tratamiento de la IED por parte de los inversionistas y, a partir de las implicancias de ello, en el marco del derecho interno y del DII. Un estudio reciente de Franck destaca el *Modelo de preferencia por la ubicación de la IED*, por contraste con el *Modelo basado en la realidad de los criterios políticos y económicos* y, finalmente, el *Modelo de libre mercado*<sup>136</sup>.

En el primer modelo los inversionistas se preocupan menos de las particularidades de las reglas de solución de controversias, de modo que le otorgan prioridad al hecho de hacer todo lo posible para establecer su inversión dentro de un mercado determinado, tomando en cuenta principalmente las características y dimensiones del mismo. China es un claro ejemplo de este modelo como país receptor de inversión, y paradójicamente mantiene un alto liderazgo en el mundo atrayendo inversión. En este caso, los inversionistas compiten entre sí para colocar inversión en China.

Curiosamente, China ha contado con una serie de TBI que ofrecen protección a los derechos sustantivos de los inversionistas. Comoquiera que algunos TBI que comprometen a China no contienen reglas en materia de solución de controversias inversionista-Estado, los tribunales chinos se han encargado de resolver estas controversias. Sin embargo, las controversias sobre la determinación del monto indemnizatorio derivado de una expropiación sí ha sido considerada materia arbitrable en la mayoría de los TBI de los que China es parte.

Por contraste, los demás derechos sustantivos en materia de inversiones siempre se han sometidos a los tribunales nacionales chinos, confirmando así la vigencia del modelo en mención<sup>137</sup>. En el caso de este primer modelo se constata, así, que el acceso limitado al arbitraje no se ha convertido en un aspecto que desincentive a los inversionistas; es decir, el interés por lograr la ubicación de la IED en un mercado con determinadas características es mucho más importante, para estos, que factores como los derechos adjetivos o procesales de los inversionistas, que permiten recurrir a los foros internacionales de solución de controversias.

El segundo es el *Modelo basado en la realidad de los criterios políticos y económicos*. Este consiste en que cuando existe una relación estable y fuerte entre países en materia política y económica, la creación de medios internacionales de solución de controversias inversionista-Estado deviene en innecesaria. Australia ofrece un modelo para este caso. Recientemente, Australia y Estados Unidos

---

<sup>136</sup> Cf. FRANCK (2007: 357).

<sup>137</sup> FRANCK (2007: 358).

suscribieron un tratado de libre comercio, denominado AUSFTA por sus siglas en inglés. Este tratado contiene disposiciones sustantivas para la protección de los inversionistas, pero no pone a su disposición ningún foro internacional de solución de controversias al cual acudir ante la violación de dichas disposiciones por parte de uno de los Estados parte en el tratado.

Es más, el artículo 11.16 del capítulo de inversiones del tratado en mención establece que los Estados parte actúan como «guardianes»<sup>138</sup> bajo la lógica del capítulo. Estos cuentan con atribuciones para decidir si se procede o no al arbitraje y a efectos de prevenir la ocurrencia de reclamaciones «frívolas» que afecten la ecuación de costo-beneficio entre las partes y que sean resultado de la especulación económica antes que de verdaderas violaciones a los derechos en materia de DII. Era la misma lógica que inspiraba el tratado de libre comercio entre Canadá y Estados Unidos antes de la incorporación de México y como antecedente del NAFTA. Dado el cambio que supuso la incorporación de México, se creó una nueva estructura normativa en el NAFTA; en particular, en lo que se refiere a su Capítulo XI.

Las lecciones aprendidas por Estados Unidos a partir del capítulo de inversiones del NAFTA trascienden los países vinculados por dicho tratado. En efecto, dichas experiencias y los modelos normativos allí contenidos han generado una influencia significativa en otros tratados de libre comercio negociados y ratificados por Estados Unidos y otros países. Por ejemplo, desde diciembre de 2003 Estados Unidos ha concluido negociaciones para obtener la ratificación de tratados de libre comercio con países como Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Australia, Chile, Panamá, Perú, República Dominicana, Colombia, Israel, Jordania, Singapur, Malasia, Omán, Bahrain, Marruecos, los países de la Unión Aduanera Africana y otros. Del mismo modo, se encuentran en curso posibles negociaciones con otros países como Taiwán, Corea y Tailandia<sup>139</sup>.

Regresando al AUSFTA, la posibilidad de arbitrar está abierta, pero en la medida que la legislación interna del país respectivo permita que el Estado arbitre<sup>140</sup>. No obstante, el comercio y las inversiones han fluido sin problemas entre ambas partes del AUSFTA. Esto se ha debido principalmente a la realidad político-comercial que existe entre las partes y a la consistencia de la asociación comercial entre ambos Estados, lo que conforma una amplia base para que las controversias se resuelvan a partir de un diálogo económico, político y diplomático, antes que mediante medios internacionales como el arbitraje inversionista-Estado.

<sup>138</sup> Para ver con más detalle la noción de *guardián* en este contexto, consultese FRANCK (2005: 1585-1591).

<sup>139</sup> Cf. AMIRFAR y DREYER (2007: 39).

<sup>140</sup> Cf. FRANCK (2007: 359).

Finalmente, en el *modelo de liberalización de mercados* la modernización y liberalización de los mercados internos facilita el flujo de la IED y las disposiciones sustantivas de los AII en materia de DII se convierten en elementos para la promoción de IED. Brasil e Irlanda son ejemplos del modelo; ambos han modernizado y liberalizado sus economías durante las últimas dos décadas. Por ejemplo, Brasil ha privatizado negocios estatales para promover la competencia. El nivel de IED en ambos países es muy alto; esto se vincula con el éxito económico interno. Por lo pronto, Brasil ha firmado una serie de TBI, pero, curiosamente, no ha ratificado ninguno<sup>141</sup>.

Pero tanto Brasil como Irlanda sirven como ejemplos para graficar lo observado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), en el sentido de que en ambos casos se puede advertir que la existencia de TBI no guarda relación con el volumen de IED. No obstante, es razonable sostener que el éxito económico de estos países refleja un modelo de liberalización económica en marcha. Se trata de un escenario interno que se caracteriza por sus esfuerzos para liberalizar mercados, ofrecer facilidades a la IED, propiciar el Estado de derecho (*Rule of Law*), ofrecer medios confiables de solución de controversias y suministrar incentivos críticos a las inversiones nacionales y extranjeras, entre otros. Aparentemente, estas medidas de buen gobierno reducen los riesgos de las inversiones y pueden desembocar en efectos positivos en materia de desarrollo<sup>142</sup>.

### 3.3 El arbitraje en inversiones como factor de balance público-privado

Dependiendo del modelo adoptado en la definición de los AII, una de las más importantes estructuras jurídicas de balance en este contexto de globalización y transnacionalización económico-jurídica es sin duda el arbitraje entre inversionistas y Estados. Esto, en especial por sus posibilidades de adecuación a la dinámica y realidades inherentes a los flujos económicos que se dan en el espacio transfronterizo, a lo que se suman sus posibles efectos positivos para la gobernabilidad y predictibilidad, haciendo sostenibles las relaciones entre los operadores transnacionales—Estados o particulares—y creando condiciones favorables para la seguridad jurídico-económica de tales flujos mediante la internacionalización de dichas relaciones<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> FRANCK (2007: 362-363).

<sup>142</sup> FRANCK (2007: 364).

<sup>143</sup> Debido a una serie de factores «democratizadores» de la solución de controversias por la vía arbitral, por contraste con lo que significa recurrir a la jurisdicción estatal, a lo que se suman algunas características adicionales como flexibilidad, menor formalidad y racionalidad económica, entre otras.

En términos generales —y, como hemos visto, dependiendo del modelo adoptado y de los contenidos del marco jurídico establecido en el respectivo AII— esto permite a un inversionista, originalmente sometido a los tribunales nacionales del territorio del Estado receptor, iniciar un arbitraje contra dicho Estado en forma directa<sup>144</sup>. Incluso es posible llevarlo a cabo ante un foro arbitral internacional. En consecuencia, en el marco del actual DII se abren espacios para la gestión deslocalizada<sup>145</sup> de conflictos inversionista-Estado por la vía arbitral, usando modelos provenientes del arbitraje comercial, tal como este fue gestado en las ferias europeas entre los siglos XI y XIII, bajo la forma de los célebres *Piepowder Courts*<sup>146</sup>.

El inversionista puede iniciar el arbitraje sin tener que recurrir a los medios tradicionales de protección jurídica internacional y hasta sin necesidad de agotar las vías internas previas de solución de controversias ante dicho Estado. Generalmente debe ser una inversión extranjera «cubierta» por un AII, que cumpla además los requisitos establecidos en dicho AII, tales como encontrarse en el ámbito de aplicación del AII o ser un inversionista «de la otra parte», entre otros.

### *3.3.1 Limitaciones de otras opciones para la gestión de conflictos durante la última globalización*

Diversas fuentes doctrinarias coinciden en que las otras opciones de gestión o solución de controversias no podrían competir con las ventajas estructurales que por ahora ofrece el arbitraje internacional en materia de inversiones. Estas ventajas, dependiendo del modelo a aplicar, tienden a consolidarse durante la última globalización<sup>147</sup>.

Las otras opciones para resolver este tipo de conflictos, prácticamente en desuso, consistirían en: a) recurrir a la jurisdicción estatal del Estado receptor de la inversión; b) recurrir a la jurisdicción del Estado del inversionista; c) recurrir a la jurisdicción de un tercer Estado; d) que el inversionista active el endoso<sup>148</sup> de la reclamación mediante la reclamación diplomática, a efectos de que su Estado

---

<sup>144</sup> Véase SCHREUER, Christoph (2006).

<sup>145</sup> Cf. AL FARHAN (2002).

<sup>146</sup> Cf. EWART (1903).

<sup>147</sup> Lo que abunda a favor de la teoría de la deslocalización del arbitraje. Véase AL FARHAN (2002).

<sup>148</sup> Como resolviera la Corte Permanente de Justicia en el caso de las concesiones palestinas Mavrommatis, siguiendo la doctrina de Emmerich de Vattel sobre el estándar mínimo de trato de los extranjeros en el derecho internacional: «[...] by taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting his own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law». Cf. FALSAFI (2007: 322).

lleve a cabo las acciones del caso contra el Estado infractor<sup>149</sup>; o e) recurrir al uso de la fuerza como en las épocas de la *gunboat diplomacy* del siglo XIX y principios del siglo XX, propio de las primeras etapas del panamericanismo de Estados Unidos de Norteamérica.

La última opción es inaceptable y en los otros casos encontramos las limitaciones técnicas propias<sup>150</sup> de la jurisdicción estatal estática, que suelen combinarse con los respectivos problemas de confianza entre las partes, salvo que el modelo adoptado, conforme lo sostenido por Susan Franck, haga viable la aplicación de dichas opciones. Adicionalmente, en el caso del endoso, si bien existe en general la obligación de los Estados de proteger a sus ciudadanos, también es cierto que el Estado puede decidir soberanamente si otorga o no la protección diplomática al inversionista que tiene su nacionalidad<sup>151</sup>, a lo que se suma el hecho de que el endoso implica que el Estado se subrogue en el lugar y derechos de su ciudadano, por razón de nacionalidad e intereses nacionales. De esto fluye que toda indemnización, en caso de endoso, ya no será emitida a favor del privado que formula la reclamación diplomática, sino a favor del Estado que le brinda tutela y protección diplomática<sup>152</sup>.

Por otro lado, y como se observa a partir de diversas fuentes, la jurisdicción estatal estática no necesariamente ha sido concebida ni diseñada para abocarse siempre en forma eficiente y eficaz a la solución de controversias internacionales de raigambre jurídico-económica, alcance transfronterizo y expresión dinámica<sup>153</sup>; es decir, la jurisdicción estatal es de alcance intrafronterizo y es imposible de adaptar a las realidades transaccionales internacionales. En todo caso, su aplicación implicará siempre el incremento de los costos de transacción.

En ese sentido, pero dependiendo de las ventajas o desventajas del modelo adoptado en cada país o región económica, en el ámbito de especialización jurídica que supone el DII, las limitaciones de la jurisdicción estatal estática son similares a las que encontramos en la gestión y solución de conflictos comerciales privados o de tipo patrimonial, de alcance intra- o transfronterizo. En consecuencia, ante

<sup>149</sup> Cf. SHAW (1997: 562-563).

<sup>150</sup> Con esto no se niega el rol preponderante que legítimamente corresponde a la jurisdicción estatal nacional, la misma que finalmente concurre con otros medios de solución de controversias de carácter nacional e internacional, como el arbitraje, la conciliación y otros. De allí surge la necesidad de promover la eficiencia y el perfeccionamiento de los vasos comunicantes que existen entre todos estos medios y la actividad jurisdiccional del Estado, para consolidar en la práctica el ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales del Estado y la competitividad de las economías nacionales en el ámbito internacional.

<sup>151</sup> Cf. SHAW (1997).

<sup>152</sup> Cf. FALSAFI (2007).

<sup>153</sup> Cf. CALLIESS (2001).

las necesidades derivadas de los flujos transnacionales y de los nuevos modelos de contratación internacional se puede verificar que hoy es usual la aplicación del arbitraje comercial nacional o internacional. Esto se da según sea el caso y en el contexto de diversas competencias arbitrales especializadas<sup>154</sup>, muchas de ellas de alcance global y como parte del fenómeno de proliferación de competencias o foros internacionales que comprende la última globalización<sup>155</sup>.

### *3.3.2 El DII, derecho transnacional descentralizado, equilibrio y balances para la prevención de riesgos*

El DII se orienta por la necesidad de generar el equilibrio entre los dos «polos» o ámbitos antes descritos: lo público y lo privado. Estos polos se encuentran vinculados. Pero atendiendo al contexto histórico de las diversas globalizaciones o etapas de la globalización, dicha vinculación no necesariamente se da en forma pacífica o armónica. Para ello, y como ya se ha adelantado, el DII comprende normas sustantivas y adjetivas, de modo que en la actualidad las fuentes doctrinarias llegan incluso a postular que dicho equilibrio entre los polos público y privado es indispensable para la gobernabilidad global<sup>156</sup>.

Esto se explica porque estamos en un mundo globalizado comercial, económica y financieramente, que carece de un poder centralizado y, por ende, de un poder judicial centralizado de alcance mundial. Pero también es cierto que debido a la mayor interconectividad, las nuevas tecnologías y el incremento geométrico de las transacciones económicas, el contexto actual ofrece espacios significativos para el ejercicio de diversas acciones de alcance y repercusión global.

Así, en la gama de posibilidades que existen en materia de gestión de conflictos se incluye la opción de recurrir a fórmulas jurídicas descentralizadas especiales, como el arbitraje entre inversionistas y Estados. La fuerza de gravedad de esta realidad globalizada y «globalizante», como es evidente, se concentra hoy en el campo de las libertades económicas, antes que en lo que concierne al libre tránsito de las personas. La preeminencia de lo económico es prácticamente una constante que ya no pasa desapercibida.

#### a) Lo público, la soberanía y sus riesgos

En la concepción moderna del Estado de derecho, la soberanía estatal entraña la plena libertad del ejercicio del poder proveniente de una colectividad autodelimitada

<sup>154</sup> Cf. WEINBERG (1994: 227).

<sup>155</sup> Véase el proyecto sobre tribunales internacionales de la Universidad de Nueva York y de la Universidad de Londres en <<http://www.pict-pcti.org>>. Véase, además, ROMANO (1999: 709 y ss.).

<sup>156</sup> Cf. WÄLDE (2004: 1-87). Véase, además, PETERSMANN (2006).

territorialmente y organizada institucionalmente bajo la forma de un Estado. Esta libertad de ejercicio del poder soberano puede ser democrática o no, pero tiene ciertamente más probabilidades de ponerse en práctica<sup>157</sup> ante la eventual ocurrencia de cambios bruscos de circunstancias<sup>158</sup> o debido a diversos tipos de amenazas internas o externas que demanden el uso del poder para la tutela del llamado *interés público*<sup>159</sup>.

En ambos casos se podrá verificar cómo se activan los procesos de toma de decisiones políticas en función del interés público de cada país o de las respectivas motivaciones políticas. Nótese que la sola existencia «en potencia» de esta posible decisión política también constituye una potencial amenaza, que entraña un efecto económico medible<sup>160</sup>. Si esto se materializa en una decisión, las consecuencias generarán un costo o incluso un sobrecosto de transacción; pero también lo hace, es decir, genera un costo, a partir de la nuda idea del eventual, puro y simple ejercicio del poder estatal soberano, máxime cuando dicho ejercicio puede darse en contextos que se caracterizan por una baja institucionalización jurídico-ecológica y alta incertidumbre.

En consecuencia, los factores de riesgo antes mencionados tienden a incrementarse si las estructuras institucional y jurídica internas carecen de la robustez, estabilidad y predictibilidad necesarias. Esto se agrava cuando tales estructuras no ofrecen «pesos y contrapesos» en los procesos de toma de decisión, ante la fragilidad e inconsistencia institucional, más aún cuando dicho déficit institucional tampoco garantiza la representatividad política en los procesos de decisión, afectando así la gobernabilidad y generando un círculo vicioso de orden político difícil de romper.

---

<sup>157</sup> Cf. GANTZ (2004: 683).

<sup>158</sup> Los instrumentos jurídicos de los que se vale el DII sirven precisamente para prevenir abruptos cambios de circunstancias, al precisar sus consecuencias en términos de responsabilidad del Estado y «estabilizar» las relaciones jurídico-económicas que comprende la inversión extranjera en los países receptores de inversión. En la legislación peruana está concepción «estabilizadora» se expresa además en los «contratos ley» previstos constitucionalmente.

<sup>159</sup> Cf. CHENG; *Ibid.*

<sup>160</sup> Otra característica de la última globalización y de las tecnologías disponibles en el campo de la comunicación y las informaciones es que todo es medible: el clima de negocios, la corrupción, la capacidad para atraer inversiones, las consecuencias ambientales, la gobernabilidad, la democracia, etcétera. Todos estos factores son analizados constantemente por diversos operadores globales públicos o privados, que publican con frecuencia la información que será tomada como base para la toma de decisiones. Muchos de estos operadores incluso pueden llegar a tener más poder que algunos Estados, por el solo hecho de acopiar y administrar información para decidir acciones estratégicas. Es el caso, por ejemplo, de diversas organizaciones no gubernamentales, entre otras.

b) La estructura trilateral de relaciones en el DII

Las decisiones soberanas configuran una parte importante del riesgo político, el mismo que es percible y genera consecuencias económicas muchas veces de gran envergadura para los países importadores de capital. Este impacto se produce tanto al interior de las fronteras territoriales como fuera de estas y en los mercados globales. De ello se desprende que la competitividad de los países en los mercados globales depende en gran medida de la consistencia institucional que cada país sea capaz de ofrecer.

Esta percepción de riesgo y su dimensión económica condicionarán finalmente la conformación de la estructura trilateral de las relaciones jurídicas y económicas<sup>161</sup> que comprende la inversión extranjera en el ámbito transnacional, extendiéndose dicho condicionamiento a lo que se refiere a la adopción del modelo a seguir. Esto implica la interacción en distintos niveles entre el inversionista extranjero, el Estado receptor y el Estado de la nacionalidad del inversionista<sup>162</sup>. Sin embargo, y como es obvio, esta interacción trilateral demanda seguridad jurídica, estabilidad, predictibilidad y, por ende, racionalidad jurídico-económica.

Es evidente, entonces, que frente a los lógicos riesgos que derivan del potencial ejercicio del poder omnímodo y soberano del Estado sea pertinente contar con las garantías jurídicas e institucionales que permitan racionalizar la posible problemática que potencialmente deriva de ello, haciéndola jurídicamente previsible y asegurable, reduciendo así los costos de transacción e incrementando las oportunidades económicas para las partes en función del modelo adoptado<sup>163</sup>.

Para tal efecto, como una parte de la estrategia integral en materia de inversiones hoy se recurre al DII y, en consecuencia, a la racionalización económico-jurídica de la mencionada estructura relacional trilateral. Tal estructura conceptual suele estar acompañada de los correspondientes medios de gestión de conflictos, como el arbitraje en inversiones. Esta gama de factores opera en conjunto como un potencial o real contrapeso a la realidad del ejercicio del

---

<sup>161</sup> En efecto, dada la posible existencia de un AII celebrado entre Estados y que puede estar conformado de diversas formas; entre otras, en el capítulo de inversiones de un TLC o en las cláusulas de un TBI. Dichos acuerdos contienen, por regla general, las disposiciones para la solución de controversias entre los Estados parte. Sin embargo, por otro lado, también contienen disposiciones para la solución de controversias entre inversionistas y Estados, en las cuales el inversionista no deja de ser nacional del Estado que suscribió el respectivo acuerdo internacional de inversiones, y por ende, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, mantiene su derecho a la correspondiente protección diplomática y otros derechos, de ser el caso.

<sup>162</sup> UNCTAD (2003a: 8).

<sup>163</sup> Cf. TRACHTMAN (2002).

poder soberano estatal, inclusive en el caso de las consecuencias derivadas de las prácticas inherentes a la *Realpolitik*. De ahí que para algún sector de la doctrina el arbitraje inversionista-Estado implica simplemente una cesión de poder por parte del Estado a favor del inversionista. Ante la ocurrencia de determinados supuestos previstos en el respectivo AII —la violación de derechos sustantivos en el marco del DII, por ejemplo—, el inversionista está facultado para actuar iniciando el arbitraje en aplicación del AII, entendiéndose en todo caso que dicha cesión de poder está motivada en la necesidad, también de interés público, de captar inversiones para el desarrollo económico<sup>164</sup>.

Adicionalmente, los AII distinguen entre los medios de solución de controversias entre los Estados parte y los medios de solución de controversias entre Estados e inversionistas. En consecuencia, también en el ámbito de la gestión de conflictos entre Estados los AII ofrecen estructuras preestablecidas para la solución pacífica de las controversias. Cabe reiterar que las reflexiones que se desarrollan en el presente trabajo se concentran principalmente en el tema de la gestión de conflictos inversionista-Estado.

#### **4. EL ARBITRAJE EN LOS TLC EN EL MARCO DEL DII**

Si bien los casos que encontramos en el derecho internacional, como el *Barcelona Traction* y *ELSI*, son solo una muestra de la evolución paulatina del tratamiento de las controversias entre Estados<sup>165</sup> derivadas de inversiones, a lo que regionalmente se agrega la extinción o transformación gradual de la doctrina Calvo en la región de América Latina<sup>166</sup>, lo cierto es que los entes privados, personas naturales o jurídicas, han carecido tradicionalmente del *ius standi* inmediato; es decir, no podían comparecer por sí mismos ante los tribunales internacionales, como por ejemplo ante la Corte Internacional de Justicia y su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Esta situación ha variado significativamente durante la última globalización, en particular de acuerdo con las últimas tendencias en materia de DII, en lo referido a la solución de controversias y dependiendo del modelo o la concepción jurídica con la cual se establecen los regímenes de tratamiento a la inversión, tanto en los ámbitos locales como regionales. Por otro lado, los casos antes mencionados de conflicto Estado-Estado son los únicos que han sido resueltos en la Corte

<sup>164</sup> Cf. HONG (2005: 14-22).

<sup>165</sup> Sobre la historia de la solución pacífica de controversias entre estados, véase DONNER (1999: 103-124).

<sup>166</sup> Cf. CREMADES, (2004: 78 y ss.).

Internacional, en materias relacionadas con inversiones y protección diplomática; no existen otros antecedentes al respecto<sup>167</sup>.

#### 4.1 Evolución histórica de los AII y sus disposiciones

Las posibilidades de acceso directo de un inversionista privado a un foro internacional han estado históricamente mediatisadas por el hecho y la necesidad de que el Estado de origen del inversionista le brinde la protección diplomática del caso<sup>168</sup>. Una vez verificada la protección diplomática, y por la vía del endoso<sup>169</sup>, el mismo Estado hace suya la reclamación del inversionista<sup>170</sup>. Esto, con la finalidad de recurrir al foro arbitral correspondiente para buscar soluciones políticas o diplomáticas que pongan fin a la controversia<sup>171</sup>. Como se ha señalado anteriormente, esta estructura pasa por el interés soberano del Estado para brindar la protección del caso al ciudadano de su nacionalidad, a lo que se suma la necesidad de que este ciudadano solicite oportunamente la protección diplomática que le corresponde, en el ejercicio de sus derechos como nacional al cual solicita la protección<sup>172</sup>.

Esta concepción jurídica de la figura del endoso a partir de un acto de soberanía estatal y la eventual resistencia de los Estados a proporcionar protección diplomática y representar los intereses de sus nacionales, o para subrogarse en la posición de estos mediante el endoso, pasó a convertirse en la mayor motivación para el desarrollo de los AII; en especial de los TBI, cosa que ocurrió a partir de las décadas de 1970 y 1980 del siglo pasado. Se configura de este modo el origen de las normas especializadas para la solución de controversias entre inversionistas y Estados, recogidas en la estructura jurídica híbrida del NAFTA y de los sucesivos AII, en plena etapa inicial de la última globalización<sup>173</sup> (reiteramos: siempre que el modelo adoptado así lo disponga).

---

<sup>167</sup> Cf. BJORKLUND (2005: 818).

<sup>168</sup> Resulta de interés para el Perú el caso Canevaro, ocurrido a fines del siglo XIX y principios del XX, entre el Perú e Italia, citado en GARMENDIA (2001).

<sup>169</sup> Cf. RAMACCIOTTI (1990: 73 y ss.).

<sup>170</sup> Pero con este esquema la protección estatal se ha basado consuetudinariamente en el derecho a la protección diplomática y no en la tutela estatal a partir del derecho internacional de las inversiones.

<sup>171</sup> Cf. WILTSE (2003: 1152).

<sup>172</sup> El Estado se encuentra en libertad (soberana) de proceder al endoso y, por otro lado, los derechos del nacional son irrenunciables; de modo que la prohibición de recurrir a la protección diplomática contenida en la legislación de América Latina a partir del auge de la doctrina Calvo no llegó a tener el carácter vinculante de otras normas de derecho internacional ni constituyó derecho internacional consuetudinario. Cf. RAMACCIOTTI (1990).

<sup>173</sup> Cf. WILTSE (2003: 1151).

Otra vertiente desde la doctrina señala que, dadas las características de la realidad jurídica de la inversión y de los inversionistas extranjeros en el país receptor de la inversión, se genera un potencial estado de indefensión y dificultades de acceso a la justicia. Por esta razón fluye de suyo la necesidad de contar con medios internacionales de solución de controversias. En tal sentido, y en términos generales, se entiende como estado de indefensión incluso el caso en el que la jurisdicción estatal, judicial o administrativa, del país receptor de la inversión, resuelva una controversia mediante sentencia o resolución definitiva y cuando el inversionista, no obstante ello y encontrándose insatisfecho con dicha decisión, decide acudir a la jurisdicción internacional mediante un proceso aduciendo violaciones al AII y recurriendo a la vía de solución de controversias prevista en dicho AII<sup>174</sup>.

#### *4.1.1 Importancia de los Tratados Jay de 1794 para el DII actual*

Algunos autores informan que el origen de los instrumentos jurídicos internacionales contemporáneos que sirven de marco jurídico para regular las relaciones entre inversionistas y Estados, conformando la base del DII, se ubica en los primeros acuerdos esencialmente comerciales concertados por Estados Unidos durante los tiempos inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial, similares en la forma a los viejos acuerdos de navegación, amistad y comercio de los siglos XVIII y XIX. La regulación de las inversiones no se encontraba expresamente prevista como hoy lo hace un AII; es decir, un TBI o un TLC de última generación<sup>175</sup>.

Cabe destacar en este punto que, en esencia, los TLC contemporáneos incorporan en el respectivo capítulo de inversiones<sup>176</sup> la estructura propia de un TBI y de los medios de gestión de conflictos que correspondan, incluido el arbitraje inversionista-Estado. Con esta estructura conceptual se hace hoy viable el acceso directo o *ius standi* del inversionista, dándole la posibilidad de iniciar un arbitraje en contra de un Estado. El inversionista puede entonces iniciar acciones ante un foro internacional. De esta manera se ha creado un nuevo estándar internacional que paulatinamente tiende a consolidarse en el ámbito global<sup>177</sup>; en particular, en los AII celebrados entre países «en vías de desarrollo» y países «desarrollados».

Siguiendo con la evolución histórica de las estructuras jurídicas especializadas para el tratamiento de la inversión, es con posterioridad a 1946 cuando

<sup>174</sup> Cf. BJORKLUND (2005); PAULSSON (2005).

<sup>175</sup> Cf. SALACUSE Y SULLIVAN (2005: 75).

<sup>176</sup> Nos referimos por ejemplo al capítulo 11 del NAFTA, al capítulo correspondiente del TLC Chile-Estados Unidos o al capítulo correspondiente del TLC CAFTA-Estados Unidos.

<sup>177</sup> Cf. MANNING-CABROL (1995: 1169).

Estados Unidos procedió a la ratificación de veintitrés TBI, situación que se extendió hasta el año 1966, reeditando de esta manera la tradición de los Tratados Jay, celebrados con el Reino Unido durante los tiempos poscoloniales<sup>178</sup>. Los Tratados *Jay* incorporaron por primera vez, en tiempos modernos, la entonces muy controvertida posibilidad de que los particulares puedan litigar contra un Estado en un foro arbitral, extrajurisdiccional y fuera del ámbito de decisión de los tribunales de un Estado<sup>179</sup>.

Claro que la experiencia de los Tratados Jay, aunque definidos como «veniales» por Thomas Jefferson, corresponde a una época específica, propia de hace más de doscientos años. En 1794, el negociador americano John Jay<sup>180</sup> generó facilidades en el marco de los acuerdos de amistad, comercio y navegación, para que los acreedores británicos, en tiempos de la descolonización norteamericana, recurrieran a la vía arbitral para resolver disputas derivadas de usurpaciones de patrimonio una vez concluida la guerra de la independencia.

En aquella época Estados Unidos era una nación «subdesarrollada», emergente, deudora. Adicionalmente, sus políticas de Estado se orientaban por los principios del nacionalismo económico<sup>181</sup>. La alternativa tremadamente onerosa hubiera sido otra vez la guerra o el uso de otros medios tradicionales. El testimonio histórico que se puede recoger a partir de la negociación y aplicación de los Tratados Jay constituye sin duda una clave para entender cómo el arbitraje termina abriéndose un espacio natural como medio de solución de controversias, en escenarios críticos como el de la descolonización y las reclamaciones derivadas de tales procesos históricos. Nótese que el surgimiento del CIADI, un siglo y medio más tarde que los Tratados Jay, se registra precisamente en tiempos de la última descolonización, posteriores a la Segunda Guerra Mundial.

#### *4.1.2 La relevancia de la post Segunda Guerra para el DII y el modelo Abs-Shawcross*

En efecto, la «primera etapa de desarrollo de los AII», cuyo antecedente fueron los Tratados Jay, no se caracterizó por una expansión significativa de este tipo de tratados para Estados Unidos. Posteriormente, luego de la Segunda Guerra

<sup>178</sup> La ratificación de dichos tratados no fue pacífica en Estados Unidos. Como señala Roger Alford, «When news of the terms of the treaty broke, there were literally mobs in the streets. Chief Justice John Jay was declared a traitor and burned in effigy. George Washington's reputation was assailed as never before, with Thomas Jefferson describing the treaty as a "monument of venality"» (2003: 72).

<sup>179</sup> Cf. TIETJE (2003: 5).

<sup>180</sup> En su oportunidad, presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos.

<sup>181</sup> Cf. AGUILAR ÁLVAREZ y PARK (2003: 266).

Mundial, los países europeos toman la iniciativa, dando lugar a lo que Salacuse denomina la «segunda etapa de desarrollo de los AII». Esta se intercala con la primera etapa, en la década de 1950<sup>182</sup>. En este caso, una de las motivaciones históricas de la negociación y ratificación de TBI fue el proceso de descolonización respecto del remanente de colonias europeas que terminaron emancipándose a raíz de los resultados de la Segunda Guerra Mundial, lo que implicó una significativa ola «nacionalizadora» y de expropiaciones por parte de los novísimos Estados soberanos sobre los activos de las «empresas coloniales», muchas de estas concentradas en actividades primarias de extracción y comercialización de materias primas.

Adicionalmente, y como consecuencia de la guerra mundial, los «perdedores» y sus antiguas colonias pasaron a ser importadores netos de capital, ante la devastación que dejó el conflicto. En este punto resulta de sumo interés tener en cuenta que tanto los Tratados Jay como el CIADI o ICSID surgen en momentos diferentes de «descolonización», mientras que la génesis de los TBI europeos está influenciada por las situaciones económicas críticas y hasta desastrosas de sus promotores y por su necesidad de atraer inversiones, en medio del surgimiento del bipolarismo, como modo de organización geoestratégico global.

#### a) El modelo europeo de AII

En el ámbito global, la República Federal de Alemania dio inicio a la segunda etapa de desarrollo de los AII. Lo hizo mediante la firma de un TBI con Pakistán en 1959 y luego con la firma de una serie de acuerdos similares con otros países en vías de desarrollo. Hoy sigue siendo el país europeo con mayor volumen de TBI<sup>183</sup>. Suiza, Francia, el Reino Unido y los Países Bajos siguieron el ejemplo alemán.

Precisamente se atribuye al primer TBI alemán la incorporación de la primera *cláusula paraguas*, que se nutre del principio del *pacta sunt servanda*, para brindar protección jurídica y cobertura del TBI a los contratos, autorizaciones o acuerdos de inversión celebrados entre Estados e inversionistas. Se facilita así la calificación y tipificación de las relaciones jurídicas eventualmente no cubiertas por las protecciones propias del derecho internacional. Estas relaciones jurídicas quedan subsumidas al marco jurídico del AII y transformadas en relaciones cubiertas por el respectivo acuerdo, ante el cumplimiento de determinados requisitos contenidos en el AII<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup> Cf. SALACUSE Y SULLIVAN (2005).

<sup>183</sup> UNCTAD (2006).

<sup>184</sup> Cf. WÄLDE (2004).

También en la década de 1950 se crea el proyecto de Convención Abs-Shawcross (1959), ante el fracaso de las disposiciones sobre inversión contenidas en la Carta de La Habana de 1948, con la que se constituyó el Acuerdo General de Aranceles y Tarifas. El proyecto en mención es un antecedente del proyecto de tratado multilateral en materia de inversiones posterior a la Carta de La Habana. El proyecto fue acogido por la Organización para la Cooperación Económica Europea, antecesora de la actual Organización Económica para la Cooperación y el Desarrollo (OECD). La Organización para la Cooperación Económica Europea fue creada con la finalidad de administrar el plan Marshall para la reconstrucción de Europa luego de la Segunda Guerra Mundial y en tiempos de la Guerra Fría.

Hacia la década de 1970, los países europeos ya habían firmado cerca de 170 TBI<sup>185</sup>, la gran mayoría con sus antiguas colonias. Una serie de factores se han identificado como promotores de la expansión de los AII y, en especial, de los TBI europeos de la post Segunda Guerra Mundial. Esto contrasta con la no expansión de los acuerdos promovidos por Estados Unidos, correspondientes a la primera etapa antes descrita. Desde la doctrina del DII se sostiene que los acuerdos europeos de la «segunda etapa» eran menos exigentes y más flexibles, aunque históricamente se dieron en medio de la última descolonización, con lo que surgió la necesidad de incorporar medios jurídicos para organizar el nuevo escenario de los flujos económicos y ante el surgimiento de nuevos entes soberanos.

Las características de estos AII de la segunda etapa se apreciaban en lo que concierne a demandar garantías legales respecto de temas como la libre convertibilidad, la abolición de requisitos de *performance* o rendimiento de las inversiones en el territorio del Estado receptor y la protección frente a las expropiaciones, entre otros factores. Destaca, así, su mejor adaptación a los tiempos de descolonización del período histórico respectivo.

b) El relanzamiento del modelo Estados Unidos de AII y el NAFTA como telón de fondo

El éxito del modelo europeo determinó que finalmente, en 1981, Estados Unidos lanzara un nuevo programa de desarrollo de TBI tomando en cuenta la experiencia europea y la coyuntura internacional de la época<sup>186</sup>. Dicho programa ha sido renovado en dos oportunidades<sup>187</sup>, en 1994 y en 2004, mediante el perfeccionamiento

<sup>185</sup> Cf. SALACUSE Y SULLIVAN (2005: 75).

<sup>186</sup> SALACUSE Y SULLIVAN (2005: 74).

<sup>187</sup> Es pertinente señalar que en Estados Unidos esta iniciativa se complementa con la correspondiente ley especializada; en la actualidad, The Trade Act 2002, que fija los objetivos para las negociaciones internacionales que lleva a cabo Estados Unidos, los mismos que sirven de guía a los negociadores norteamericanos, desde agosto de 2002, en las negociaciones del TLC con Chile,

del respectivo modelo de TBI de Estados Unidos<sup>188</sup>. En esta última renovación del modelo resulta innegable la influencia que ha tenido la experiencia en la aplicación práctica del capítulo XI de inversiones del NAFTA.

En septiembre de 2004 Estados Unidos ya había firmado 45 TBI<sup>189</sup>. A su vez, un fenómeno reciente es el que concierne a la exportación de capitales por parte de países no occidentales, que procen también a negociar TBI en forma creciente: en 1997 Japón ya había firmado cuatro TBI y Kuwait veintidós<sup>190</sup>. La última modalidad de incorporación de reglas de derecho internacional de las inversiones se produce en el caso de los TLC de última generación.

Entender el arbitraje entre inversionistas y Estados establecido en el marco de los AII solo se posible, entonces, en la medida en que se tenga en cuenta la vinculación de las disciplinas que encontramos sobre esta materia, tanto en los antiguos tratados del tipo Jay como en los TBI y TLC, que vienen evolucionando y proliferando en forma notable durante la última globalización. En todos estos casos, pero con algunas variaciones y dependiendo del modelo adoptado, se verifica la posibilidad de que los Estados puedan ser llevados a tribunales arbitrales internacionales por los interesados que actúen de conformidad con lo establecido en un acuerdo internacional de inversiones. Así se está creando paulatinamente un nuevo estándar internacional<sup>191</sup>. Evidentemente, los modelos jurídicos, que en estos casos sirven para que los privados puedan tener *ius standi*, han evolucionado notablemente a lo largo del tiempo<sup>192</sup>.

Singapur y en la OMC, incluidas las negociaciones del TLC con los países andinos y el CAFTA. Estos objetivos establecen la necesidad de un balance entre la posibilidad de que los inversionistas norteamericanos puedan recurrir directamente al arbitraje entre inversionistas y Estados, y la necesidad de que se protejan los intereses de Estados Unidos como potencial demandado en estos escenarios. Cf. GANTZ (2004: 705).

<sup>188</sup> GANTZ (2004: 690).

<sup>189</sup> Por contraste, Cuba mantiene una agresiva política de desarrollo de TBI: en la década de 1990 negoció más de cuarenta. PÉREZ Y TRAVIESO (2001: 570).

<sup>190</sup> Cf. SALACUSE Y SULLIVAN (2005).

<sup>191</sup> Cf. TIETJE (2003: 17).

<sup>192</sup> Si bien casi el 100% de la literatura sobre arbitraje y solución de controversias entre inversionistas y Estados se concentra en la necesidad de privilegiar y facilitar el acceso de los inversionistas a los sistemas o foros internacionales, cabe referir que la Convención ICSID contiene disposiciones que permiten que también un Estado recurra en contra de un inversionista, en vía de conciliación o arbitraje. Esto está previsto en los artículos 28 y 36 de la Convención. No obstante, su aplicación depende del consentimiento manifestado por las partes en un acuerdo internacional de inversiones o en un convenio arbitral especial y sus estipulaciones. Por otro lado, la jurisprudencia arbitral en materia de inversiones consagró en su oportunidad el principio de igualdad en el caso AMCO: «*Thus, the Convention is aimed to protect, to the same extent and with the same vigour the investor and the host state, not forgetting that to protect investments is to protect the general interest of developed and of developing countries*» (UNCTAD 2003: 11).

En esencia, la *ratio legis* del capítulo de inversiones de un TLC de última generación<sup>193</sup> tiene dos propósitos, con miras a la armonización y creación de balances entre lo público y lo privado en el ámbito jurídico transnacional, que a efectos del DII comprende la relación trilateral de los principales actores involucrados en una inversión.

El primer propósito consiste en suministrar un conjunto de estándares obligatorios para el tratamiento de las inversiones y de los inversionistas, por parte del Estado receptor de la inversión. Dichos estándares incluyen, por ejemplo, la definición de inversión cubierta, el trato nacional, el trato de la nación más favorecida<sup>194</sup>, el trato justo y equitativo, la protección y la seguridad plenas, las restricciones a la aplicación de requisitos de desempeño, la libertad de designar o nombrar personal especializado y las libertades de tránsito de ejecutivos, la libertad de transferencia de fondos y la protección respecto de las expropiaciones directas o indirectas de carácter predatorio. Estas disposiciones suelen estar agrupadas en la sección A de los capítulos de inversiones<sup>195</sup>.

El segundo propósito, no menos importante, tiene que ver con la sección B de dicho capítulo, que regula los medios de gestión de conflictos entre inversionistas y Estados, los mismos que resultan de aplicación exclusiva para los casos en que se vulneren las disposiciones de la Sección A del capítulo de inversiones. En consecuencia, la sección B contiene disposiciones para que los inversionistas puedan recurrir a un arbitraje especializado en la materia, o reglas que garantizan la aplicación de medios adecuados de solución de controversias en caso de producirse una violación a las reglas sustantivas del AII.

#### **4.2 Inversión cubierta y arbitrabilidad en el Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos**

En su capítulo X sobre inversiones, el APC<sup>196</sup> contiene las disposiciones sobre DII que obligan a las partes (Estados) del tratado. Estas comprenden la sección

<sup>193</sup> Además del capítulo de inversiones, los TLC de última generación comprenden normas que regulan los siguientes temas: acceso a mercados (productos industriales, textiles, agricultura); medidas sanitarias y fitosanitarias; administración aduanera; reglas de origen; servicios; propiedad intelectual; políticas de competencia; compras del Estado; barreras técnicas al comercio; salvaguardias y medidas disconformes; solución de controversias; transparencia y asuntos institucionales; asuntos laborales; asuntos ambientales; fortalecimiento de capacidad comercial; cooperación.

<sup>194</sup> Véase el caso Maffezini, respecto de la aplicación de este principio al arbitraje entre inversionistas y Estados, en <[http://ita.law.uvic.ca/documents/Maffezini-Jurisdiction-English\\_001.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/Maffezini-Jurisdiction-English_001.pdf)> (consulta: agosto de 2007).

<sup>195</sup> Cf. GANTZ (2004).

<sup>196</sup> Por Acuerdo de Promoción Comercial o TLC Perú-Estados Unidos.

A (artículos 10.1 al 10.14), sobre reglas o derecho sustantivo del DII, y la sección B (artículos 10.15 al 10.27), sobre medios de solución de controversias. A ambas se suma una sección C, sobre definiciones. A continuación haremos una presentación resumida de las diversas disciplinas de DII contenidas en el APC, que corresponden a su vez al estado actual de evolución del DII, como correlato de la evolución histórica reseñada líneas antes.

Es usual que a las secciones A, B y C antes mencionadas se incorporen los anexos correspondientes. En el caso del capítulo X encontramos los anexos 10-A al 10-H, que definen con mayor claridad y precisión una serie de temas recogidos en el articulado del cuerpo principal del capítulo X, especialmente respecto del contenido de las secciones A y B. Como ya se ha señalado, las disposiciones del capítulo X no son ajenas al DII ni exclusivas del APC, ya que adoptan estructural, sustantiva y adjetivamente el modelo jurídico generalmente recogido en un número muy amplio de AII.

El capítulo en mención se aplica a las medidas que adopte o mantenga una parte en el APC, relativas a: inversionistas de la otra parte e inversiones cubiertas; todas las inversiones, en lo concerniente a requisitos de desempeño y medio ambiente; lo no cubierto por el acuerdo; y lo relativo a la incompatibilidad entre el capítulo y otros capítulos del APC<sup>197</sup>.

El artículo 10.1 define el ámbito de aplicación del capítulo X y la cobertura del mismo, precisando *para mayor certeza*, que las disposiciones del capítulo no se aplican a inversiones anteriores al APC (ver numeral 10.1.3). Esta disposición es de suma importancia, pues evita las incertidumbres que se pudieran generar a partir de controversias preexistentes al acuerdo y la aplicabilidad del nuevo régimen establecido en el nuevo AII. En consecuencia, las controversias preexistentes no están cubiertas por el APC<sup>198</sup>. Es usual que los AII contengan reglas sobre el ámbito de aplicación. Estas suelen referirse a aspectos temporales, como el antes señalado, y a aspectos territoriales; es decir, el AII se aplica en el territorio de los Estados que son parte. A ello se suma que necesariamente la controversia debe afectar a un inversionista o a su inversión en el territorio del Estado receptor.

---

<sup>197</sup> ROBERT (2007).

<sup>198</sup> Los tribunales arbitrales que resuelven controversias en el ámbito de los AII y dentro del marco del DII establecen su competencia a partir de la materia, el factor cronológico (aplicación del AII en el tiempo) y la persona que inicia las actuaciones arbitrales; es decir, se debe de tratar de un inversionista, una inversión y todo ello bajo el ámbito de aplicación temporal del AII. La doctrina y jurisprudencia arbitral derivada de AII abunda respecto de estos factores de definición de competencia y el ejemplo específico de la conjugación de estos factores se encuentra plasmado en el reglamento de arbitraje del CIADI. Véase <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>> (consulta: agosto de 2007).

Adicionalmente, el numeral 10.2.1 precisa la relación entre el capítulo X y los demás capítulos del APC, destacando que en el caso de existir cualquier incompatibilidad entre este Capítulo y otro Capítulo, el otro Capítulo prevalecerá en la medida de la incompatibilidad.

En todo caso, el capítulo X debe ser leído y entendido a la luz de las definiciones contenidas de manera formal en el tratado, específicamente en el artículo 10.28 (sección C, capítulo X). Este artículo contiene el detalle de los conceptos definidos en el capítulo X, en lo referente a una gama de temas como la inversión, el inversionista beneficiario del APC, la parte y otros más. Las definiciones forman parte del tratado y configuran obligaciones y derechos internacionales para las partes en el APC y, en su oportunidad, para las partes en conflicto en el marco del capítulo X, con lo que incide en la posibilidad o imposibilidad de someter a arbitraje determinada controversia.

Uno de los medios de defensa que suelen utilizar los Estados en los arbitrajes iniciados a partir de los AII consiste en tratar de demostrar que la controversia deriva de una inversión «no cubierta», ya sea por no encontrarse tipificada en el AII o porque cronológicamente se presentó en un momento en el que el AII no estaba vigente ni brindaba cobertura, o porque quien formula reclamación no es un inversionista en el marco del AII. Así, en el capítulo I del APC, en la parte que se refiere a las definiciones generales del APC, consta el concepto de *inversión cubierta* que rige para todo el tratado y que remite al artículo 10.28 de la sección C citado anteriormente:

*inversión cubierta:* significa, con respecto a una Parte<sup>199</sup>, una inversión, de acuerdo a la definición del artículo 10.28 (Capítulo de Inversiones, Definiciones), en su territorio de un inversionista de otra Parte que exista a la fecha de entrada en vigor de este Tratado o sea establecida, adquirida, o expandida posteriormente

Esto implica características tales como el compromiso de capitales y otros recursos, la expectativa de obtener ganancias y el asumir riesgos<sup>200</sup>. Tanto las definiciones contenidas en el capítulo X del APC como la definición general de *inversión cubierta* antes citada, son de suma importancia y establecen con precisión los alcances y límites de lo que se entiende técnica y jurídicamente como inversión dentro del APC, condicionando así la arbitrabilidad de las controversias.

En lo que concierne al inversionista, se toman en cuenta los criterios de la nacionalidad para definir si se encuentra o no bajo el ámbito de cobertura del APC. En efecto, debe tratarse de persona natural de la nacionalidad de la otra parte, y en el caso de doble nacionalidad se toma en cuenta la nacionalidad

<sup>199</sup> Se refiere a la parte Estado, que es parte en el tratado (APC) debidamente ratificado.

<sup>200</sup> ROBERT (2007).

dominante y efectiva. En lo referente a la persona jurídica, el criterio principal es el lugar de constitución que debe corresponder al país que es parte en el APC. La jurisprudencia arbitral en materia de inversiones ofrece diversos casos en los que se analiza la problemática de la nacionalidad.

En cuanto a la aplicación específica del ICSID, cabe señalar que dicha convención mantiene silencio respecto de la definición de la nacionalidad de una persona jurídica, con lo que prevalece el lugar de constitución y las normas del APC, en caso de que el arbitraje sea en ICSID. Queda claro también que una persona jurídica tiene que haber sido constituida en el territorio de un Estado parte para encontrarse bajo el ámbito de aplicación del APC. Aun así, hay una gama de matices que por razones de espacio resulta ocioso detallar. Algunos casos arbitrales han brindado mayores luces sobre estos temas; por ejemplo, los casos MINE con Guinea, CSOB con Eslovaquia, Cable Televisión con St. Kitts and Nevis, Vacuum Salt con Ghana y otros<sup>201</sup>.

El caso más reciente es el Waguih Elie George Siag y otro contra Egipto, resuelto en lo que concierne a la competencia de los árbitros con un voto parcial en discordia del doctor Orrego Vicuña, quien analiza justamente la problemática de la nacionalidad de los demandantes<sup>202</sup>. Un muy controvertido caso anterior, también reciente, es el Tokios Tokeles contra Ucrania, del año 2004, en el cual el presidente del tribunal arbitral, el profesor Prosper Weil, renunció debido a una seria discrepancia con los demás árbitros, a propósito de este tema<sup>203</sup>: el renunciante sostenía que la postura asumida por sus demás colegas en el tribunal desnaturalizaba la aplicación del CIADI, pues no tomaba en consideración la predominancia de elementos nacionales que justificaban su postura de no reconocer la existencia de un conflicto en materia de inversión extranjera, en el marco del DII.

En consecuencia, si de conformidad con el APC nos encontramos ante una controversia que no trate sobre una inversión cubierta ni que se refiera a los derechos de un inversionista extranjero en los términos del respectivo AII, estaríamos ante una controversia que no podría ser resuelta en aplicación de ningún medio de solución de conflictos tipificado por la sección B del capítulo X; en suma, tampoco sería arbitrable.

---

<sup>201</sup> Cf. UNCTAD (2003b: 1-33).

<sup>202</sup> Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi vs. The Arab Republic of Egypt, Decision on Jurisdiction, 11 de abril de 2007, a ser publicado en <<http://www.iisd.org/investment/itn/documents.asp>>.

<sup>203</sup> Véase <[http://www.iisd.org/pdf/2004/investment\\_investsd\\_june11\\_2004.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2004/investment_investsd_june11_2004.pdf)> (consulta: agosto de 2007)

#### *4.2.1 Conceptos de excepción al de «inversión cubierta» que concurren en el capítulo X del APC*

##### a) Medidas disconformes

Adicionalmente al concepto de inversión cubierta, cabe tomar en cuenta el efecto de las medidas disconformes<sup>204</sup> a las que se refiere el artículo 10.13 del capítulo X. Dichas medidas han sido listadas en el anexo I del APC<sup>205</sup>, a efectos de que no se genere ningún efecto que permita o sirva de base para que un inversionista pueda recurrir al sistema de solución de controversias por la presunta violación de las disciplinas del DII contenidas en la sección A del capítulo X.

Por ejemplo, en la relación de diversas medidas disconformes listadas por el Perú se encuentra la disposición constitucional peruana que prohíbe la propiedad de extranjeros en zona de frontera<sup>206</sup>. De modo que un inversionista titular de una inversión cubierta, de conformidad con el capítulo X, no podría en este caso alegar la violación del trato nacional regulado en la sección A del capítulo X del APC como causal para activar el medio de solución de controversias, en caso de que las autoridades peruanas le prohibieran legítimamente ser propietario de terrenos en zona de frontera.

##### b) Medio ambiente

El artículo 10.11 del capítulo X precisa que nada en este capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental. Esta disposición también recoge una tendencia internacional que se registra en el DII cuando se trata de la protección del medio ambiente. En consecuencia, el prerequisito es que la medida de protección ambiental debe ser compatible con el capítulo X, pero se fundamentará en la

---

<sup>204</sup> De conformidad con el Diccionario Comercial de la Organización de Estados Americanos: «Una medida disconforme es cualquier ley, regulación, procedimiento, o práctica que viola ciertos artículos del acuerdo de inversión. Por ejemplo, una ley que prohíba al inversionista de otro país miembro ser propietario de una fábrica no es conforme con el artículo sobre trato nacional». En <[http://www.sice.oas.org/dictionary/IN\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/dictionary/IN_s.asp)>.

<sup>205</sup> La relación de medidas disconformes listadas por el Perú puede consultarse en <[http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Anexo\\_I-PERU.pdf](http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Anexo_I-PERU.pdf)>. Del mismo modo, las de Estados Unidos se pueden consultar en <[http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Anexo\\_I-EUA.pdf](http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Anexo_I-EUA.pdf)> (consulta: agosto de 2007).

<sup>206</sup> En <[http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Anexo\\_I-PERU.pdf](http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Anexo_I-PERU.pdf)> (consulta: agosto de 2007).

necesidad de tomar en cuenta las necesidades de carácter ambiental. Esto implica que el Estado mantiene sus atribuciones de imperio en lo referente a los temas materia de comentario en este punto.

c) Régimen de denegación de beneficios

El artículo 10.12 precisa los supuestos en los que no cabe que el inversionista o la inversión cuenten con los beneficios reconocidos en el capítulo X. Entre otros criterios encontramos la nacionalidad de los propietarios de una empresa, así haya sido constituida en el territorio de uno de los Estados parte del APC, cuando la nacionalidad de dichos propietarios es diferente a la de los Estados parte en el APC. Otro criterio utilizado, entre varios, es la relevancia de las actividades comerciales. El artículo permite contar con mayor precisión para identificar a los que efectivamente tienen derecho a los beneficios del APC, incluida la posibilidad de recurrir a los correspondientes medios de solución de controversias previstos en la sección B del capítulo X.

d) Expropiaciones y bienestar público, anexo 10-B

El numeral b del anexo en mención precisa que, salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.

El concepto de bienestar público recogido en este anexo es diferente al propósito público que recoge el artículo 10.7 sobre expropiación e indemnización. En el segundo caso se precisa, mediante una nota a pie de página referida al artículo, que «[...] para mayor certeza, para los propósitos de este Artículo, el término *propósito público* se refiere a un concepto del derecho internacional consuetudinario. La legislación interna puede expresar este concepto o uno similar usando diferentes términos, tales como necesidad pública, interés público o utilidad pública».

En tal sentido, el propósito público es la motivación de la expropiación tutelada por el derecho público; pero, a su vez, se distingue claramente del acto de imperio mediante el cual el Estado lleva a cabo sus prácticas regulatorias ordinarias y con el fin de preservar el bienestar público en ámbitos como salud, temas laborales, seguridad y medioambiente<sup>207</sup>.

---

<sup>207</sup> La política de tratamiento de estos temas ha ido variando a lo largo del tiempo e influyendo así en la evolución del DII. Es el caso, por ejemplo, del acuerdo entre demócratas y republicanos, en Estados Unidos, en lo referente a los AII. Véanse KUNDMÜLLER (2007); «USA: Acuerdan Nuevas Políticas para los TLC», en *Globalaw*, blog de la Pontificia Universidad Católica del Perú,

Mientras que en el caso de la expropiación (directa o indirecta), el inversionista (que califique como tal) expropiado tiene derecho a una indemnización y para ello podría eventualmente activar el mecanismo de solución de controversias contenido en el capítulo X, en el caso de los actos regulatorios no discriminatorios del Estado no resulta aplicable el concepto de expropiación directa o indirecta regulado por el artículo 10.7 antes citado y no cabe reclamación alguna por la vía de la sección B del capítulo X.

#### 4.3 Los temas sustantivos del DII en los AII

Como adelantamos, en cuanto a los temas referidos a asuntos sustantivos sobre DII que hoy requieren mayor atención —a partir de las experiencias derivadas de los arbitrajes entre inversionistas y Estados— encontramos los regímenes de trato nacional, la cláusula de la nación más favorecida y el estándar mínimo de trato: trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, régimen de expropiaciones, entre otros.

Estas disciplinas se incorporan en los AII. Los AII suelen, a su vez, ser materia de interpretación en los arbitrajes inversionista-Estado. El tratamiento de estas disciplinas también comprende una evolución en la forma como son reguladas en los diversos AII, en especial desde su incorporación primigenia a los primeros TBI en la década de 1950, pasando por el NAFTA y por los AII posteriores a este.

Si extendemos un poco el análisis y nos remitimos a lo explicado líneas antes, en realidad los AII actuales implican una evolución respecto de lo que eran los contenidos elementales de los acuerdos internacionales de amistad, navegación y comercio, que antecedieron a su vez a los primeros AII y cuyos orígenes se remontan al siglo XVIII<sup>208</sup>.

##### *4.3.1 Régimen de trasferencias, requisitos de desempeño y designación de ejecutivos*

El APC Perú-Estados Unidos contiene normas negativas que prohíben las limitaciones a las transferencias y el establecimiento de requisitos de desempeño. En cuanto a lo primero, se establecen excepciones en el artículo 10.8.4, que señala cuándo es posible establecer prohibiciones a las transferencias; en todo caso, esto

---

<<http://blog.pucp.edu.pe/item/9730>>: «Los líderes demócratas del Congreso anunciaron el jueves que han acordado nuevos lineamientos de política comercial con la administración Bush, que le darán prioridad a los derechos en materia laboral y medioambiental, en los futuros acuerdos de libre comercio [...]» (consulta: agosto de 2007).

<sup>208</sup> Véase SALACUSE Y SULLIVAN (2005: 75).

debe corresponder a la aplicación «equitativa, no discriminatoria y de buena fe» de sus leyes relacionadas con los asuntos descritos por el mismo artículo.

Del mismo modo, en el artículo 10.9 se especifica el régimen de tratamiento a los requisitos de desempeño. Finalmente, en el artículo 10.10 se precisa el tratamiento a ejecutivos y directores de empresas. En todos estos casos se trata de obligaciones articuladas en función de los fines de libre comercio que persigue el APC.

#### *4.3.2 Trato nacional*

En lo referente a las disposiciones sobre trato nacional del inversionista, se entiende que este debe ser no menos favorable que el que recibe un nacional. A esto se suma la condición de circunstancias similares que determinan qué es lo favorable, de donde fluye que la clave para calificar el trato nacional radica en cómo se debe entender el concepto del trato nacional en circunstancias similares, tanto para los extranjeros como para los nacionales.

Sin embargo, como se puede observar en la jurisprudencia arbitral producida caso por caso, este asunto ha sido interpretado arbitralmente en distintos términos. De conformidad con el análisis que formula UNCTAD, una inadecuada regulación del trato nacional podría generar la peculiar situación de que, por ejemplo, una empresa transnacional que califique como inversión o inversionista, que eventualmente cuente con una facturación global incluso superior al PBI del país receptor, pueda recibir el mismo trato que una pequeña empresa local, por la simple razón de operar empresarialmente en circunstancias similares a una pequeña empresa nacional<sup>209</sup>. De modo que, a la luz de la jurisprudencia arbitral existente, surge la necesidad de regular con mayor precisión los alcances de la cláusula de trato nacional, para prevenir la inequidad en el tratamiento de nacionales y extranjeros a partir de las diferencias de escala y asimetrías antes descritas.

En todo caso, con el modelo de regulación negativa de los AII, en lo referente al trato nacional queda prohibido brindar al inversionista un trato no equivalente o no menos favorable al trato que reciben los nacionales<sup>210</sup>.

Cabe destacar que el artículo 10.3 del capítulo X del APC otorga protección sin restricciones al inversionista en lo que concierne al trato nacional. Por otro lado, en el ámbito de la legislación peruana prevalece el principio de igualdad de trato para nacionales y extranjeros en materia económica.

---

<sup>209</sup> Cf. UNCTAD (2003b).

<sup>210</sup> Cf. ROBBINS (2006: 420).

#### *4.3.3 Cláusula de la nación más favorecida*

Siguiendo las recomendaciones de UNCTAD, para el caso de la cláusula de la nación más favorecida sería conveniente que los nuevos AII contuvieran disposiciones redactadas con mayor precisión. Esto evitaría que en futuros arbitrajes los tribunales arbitrales deban referirse a laudos inconsistentes entre sí, como los recaídos en los casos Maffezzini, Tecmed, Salini y Palma, materia de análisis y reflexión por parte de diversos especialistas<sup>211</sup>.

El anexo III del modelo de TBI de Canadá, por ejemplo, establece un método que podría servir de base para atender este tipo de inconsistencias, pues solamente funciona hacia adelante, excluyendo de plano la aplicación de cualquier tratado bilateral o multilateral vigente con anterioridad como base para aplicar los beneficios que reconoce la cláusula en mención<sup>212</sup>.

En este caso también se produce la comparación con el tratamiento que reciben otros inversionistas nacionales de terceros países, de modo que mediante la cláusula de la nación más favorecida no cabe brindar un tratamiento menos favorable que el que reciben terceros inversionistas, y ello debe estar regulado en los respectivos AII<sup>213</sup>.

El artículo 10.5 sobre cláusula de la nación más favorecida —en el capítulo X del APC— tiene una nota a pie de página que excluye expresamente de su ámbito la aplicación de los medios de solución de controversias por esta vía, con lo que se ha tomado en cuenta la casuística arbitral; en particular el caso Maffezzini, en el cual un inversionista accedió a un arbitraje por vía de la cláusula de la nación más favorecida, no obstante que el respectivo AII no contenía una disposición al respecto. En efecto, la nota en mención señala:

Para mayor certeza, el trato con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones, a que hacen referencia los párrafos 1 y 2 del artículo 10.4, no incluye mecanismos de solución de controversias, tales como los señalados en la Sección B, que se encuentren estipulados en acuerdos internacionales comerciales o de inversiones.

La cláusula de la nación más favorecida muestra cómo interactúan las estructuras jurídicas comprendidas en el DII, de modo que las disposiciones de otro AII pueden ser aplicadas a otro AII siempre que se demuestra que son más favorables y en la medida en que exista relación entre las partes involucradas.

---

<sup>211</sup> FRANCK (2005).

<sup>212</sup> Cf. UNCTAD (2003b: 59).

<sup>213</sup> Cf. ROBBINS (2006).

En este sentido, la cláusula de la nación más favorecida es una expresión del derecho transnacional, a partir del efecto homogeneizador que puede generar<sup>214</sup>.

#### **4.3.4 Estándar mínimo de trato**

##### a) Trato justo y equitativo

El primer antecedente registrado respecto del trato equitativo en lo concerniente a inversiones lo encontramos en la Carta de La Habana de 1948<sup>215</sup>. Por otro lado, la heterogeneidad jurisprudencial arbitral en la interpretación de lo que se entiende por trato justo y equitativo dio lugar, en el contexto del NAFTA, a una interpretación de la Comisión de Libre Comercio, ente facultado por el mismo tratado para pronunciarse al respecto, el mismo que estableció que, de conformidad con el derecho internacional, la expresión *estándar mínimo de trato*, recogida en el artículo 1105(1) del capítulo de inversiones, se debía interpretar de la siguiente manera<sup>216</sup>: «El artículo 1105(1) establece que el derecho internacional consuetudinario<sup>217</sup> referido al estándar mínimo de trato de los extranjeros, constituye un estándar mínimo a disposición de las inversiones de los inversionistas de la otra parte [Estado, en el tratado]».

Los conceptos *trato justo y equitativo* y *protección y seguridad plenas* no requieren un tratamiento adicional o que vaya más allá de lo previsto al respecto en el derecho internacional consuetudinario en materia de estándar mínimo de trato de los extranjeros.

Cabe precisar que si se produjo una vulneración de otras disciplinas del NAFTA o de otro tratado internacional, ello no da lugar a que se haya producido una vulneración al artículo 1105(1).

---

<sup>214</sup> Cf. CONE (2005: 563).

<sup>215</sup> Sobre la evolución del principio, véase OECD (2005: 73-125).

<sup>216</sup> Según acuerdo de la Comisión de Libre Comercio del NAFTA del 31 de julio de 2001. Véase <<http://www.dfaid-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-en.asp>> (consulta: agosto de 2007).

<sup>217</sup> Para mayor claridad cabe citar a Gantz, cuando formula algunos comentarios sobre el derecho internacional y el derecho internacional consuetudinario, en lo que concierne a las dificultades para establecer jurídicamente los alcances objetivos de lo consuetudinario: «*International law presumably means the full range of sources in the hierarchy set forth in the Statute of the International Court of Justice. Thus, customary international law is indicated in Article 38(1)(b) of the ICJ Statute as: a usage felt by those who follow it to be an obligatory one, or a general and consistent practice of states that they follow from a sense of legal obligation, and is only a subset of the broader idea of international law. But it is not always clear what «customary international law means, particularly in terms of the extent to which treaty law and judicial decisions are relevant in determining whether a legal principle has become customary international law and is thus binding upon states. As one scholar has noted (Mark Janis): the determination of customary international law is more an art than a scientific method»* (GANTZ 2004: 715).

Como era de esperarse, el tratamiento jurisprudencial e institucional de estos asuntos también ha condicionado e influido en las negociaciones desarrolladas posteriormente; por ejemplo, tanto en el caso del TLC Estados Unidos-Chile como en el caso del TLC Estados Unidos-Singapur y en las negociaciones del CAFTA y del APC Perú-Estados Unidos, en orden a que determinan la necesidad de lograr una mayor precisión en los términos del capítulo de inversiones.

En consecuencia, el trato justo y equitativo se está regulando hoy con mayor precisión en los últimos AII<sup>218</sup>. Tanto el modelo de TBI de Canadá como el de Estados Unidos establecen que el trato justo y equitativo, así como la protección y seguridad plena, no requiere un tratamiento más allá de los requerimientos establecidos por el derecho internacional consuetudinario, en lo que respecta al estándar mínimo de trato a favor de los extranjeros, y establece en forma positiva que los inversionistas tendrán acceso a la justicia en los términos que señala el derecho internacional consuetudinario<sup>219</sup>.

Así, en el capítulo X del APC Perú-Estados Unidos se ha establecido, en el anexo 10-A:

#### Derecho Internacional Consuetudinario

Las Partes confirman su común entendimiento que el «derecho internacional consuetudinario», de manera general y tal como está específicamente referido en el artículo 10.5, resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal. Con respecto al artículo 10.5, el trato mínimo otorgado a los extranjeros por el derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos económicos e intereses de los extranjeros.

Esta disposición establece los alcances del concepto de derecho internacional consuetudinario para las partes, en lo que concierne a la protección de los derechos económicos e intereses de los extranjeros. Se trata de un tema complejo que remite a una serie de disciplinas del derecho internacional. Entre otras, la protección diplomática, el tratamiento de los extranjeros por el derecho internacional y el agotamiento de las vías previas, asuntos reflejados en diversos casos en los que la Corte Internacional ha analizado estos temas, como el *Barcelona Traction*, el caso *Elsi* y otros<sup>220</sup> ocurridos con anterioridad como el caso *Mavrommatis*<sup>221</sup>.

---

<sup>218</sup> Véase OECD (2005: 73-125).

<sup>219</sup> Cf. ROBBINS (2006: 425).

<sup>220</sup> Cf. BRUNO (1997).

<sup>221</sup> Cf. FALSAFI (2007).

Por otra parte, en el modelo de TBI de Estados Unidos se ha adoptado una estructura de regulación que remite al derecho internacional consuetudinario<sup>222</sup>, confirmando así la relevancia del derecho internacional en el ámbito del DII y estableciendo que el trato justo y equitativo incluye la obligación de no denegar al interesado el acceso a la justicia administrativa, civil o criminal; mientras que la protección y seguridad plenas son aquellas que razonablemente pueden proveer las autoridades policiales nacionales en armonía y cumplimiento con el derecho internacional consuetudinario<sup>223</sup>.

El artículo 10.5.2.a del capítulo X del APC precisa que «trato justo y equitativo» incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo.

Lo cierto es que el concepto del trato justo y equitativo, asociado a la idea de los estándares mínimos de trato, ha generado un debate internacional de gran envergadura que aún no concluye; en especial, en lo que concierne a la noción y los efectos de dicho concepto. En tal sentido, se han podido identificar dos corrientes o tendencias: una que considera que el concepto está más allá del derecho internacional consuetudinario y otra que considera que el concepto no debe extenderse más allá de lo dispuesto en dicho derecho<sup>224</sup>, estando a lo referido líneas antes, tal como se aprecia en la regulación del concepto en el marco del APC.

#### b) Protección y seguridad plenas

La cláusula de la protección y seguridad plenas se remonta a los tiempos de los tratados Jay y de diversos acuerdos de amistad, comercio y navegación del siglo XIX y principios del XX. Por regla general, hoy se la asocia a la cláusula de trato justo y equitativo; y se precisa también, como en este último caso, que el inversionista no recibirá en este sentido un trato menor que el establecido en el derecho internacional consuetudinario.

En esencia, se trata de que los inversionistas reciban por parte del Estado las seguridades que demuestren que este ha aplicado la debida diligencia ante

<sup>222</sup> Es un concepto muy discutido en la doctrina del DII y en la jurisprudencia internacional sobre la materia. En consecuencia, dejamos señalado acá que la referencia al derecho internacional consuetudinario no es pacífica; las opiniones se encuentran divididas entre los que sostienen que se debe procurar un nivel de protección incluso superior al estándar mínimo de trato, aquellos que piensan que la protección no debe de exceder dicho estándar y los que hacen referencia al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en lo referente al derecho internacional consuetudinario. En todo caso, son conceptos a ser analizados caso por caso mediante el arbitraje internacional inversionista-Estado. Véase FALSAFI (2007).

<sup>223</sup> OECD (2005: 60).

<sup>224</sup> Cf. FALSAFI (2007: 337-354).

determinadas circunstancias a partir de las cuales se requiere que dicho Estado mantenga la protección y seguridad plenas. Tanto en el caso Asia Agricultural Products Ltd. con Sri Lanka como en el caso ELSI se observa este criterio de debida diligencia aplicado por los respectivos tribunales: el primero, en el ámbito inversionista-Estado; el segundo, en el de las relaciones entre Estados<sup>225</sup>.

De acuerdo con lo que señalan algunas fuentes doctrinarias, resulta complicado determinar el nivel de protección que debe proveer un Estado para garantizar la «debida diligencia» en cada caso<sup>226</sup>. En el arbitraje Agricultural Products Ltd. antes referido, el tribunal arbitral dejó enunciadas dos posibles vías. La primera vía, a partir de una aproximación objetiva que otorga el mismo tratamiento a todos los Estados receptores de inversión, obligándolos a proporcionar al inversionista la protección y seguridad legítimamente esperada por parte de un Estado moderno y organizado. La segunda, que en concepto del tribunal de *Agricultural Products Ltd.* estaría siendo descartada paulatinamente, es la aproximación subjetiva, basada en las relativamente limitadas capacidades de las autoridades locales en determinado contexto, a efectos de ofrecer protección y seguridad. Con esta perspectiva, cada caso debería ser evaluado en forma diferente<sup>227</sup>.

Otros casos que cabe traer a colación son el Genin con Estonia y Olguin con Paraguay<sup>228</sup>, ambos tramitados ante el CIADI. Los tribunales rechazaron reclamaciones por supuesta carencia de protección y seguridad plenas derivadas de actos no criminales o de carácter no físico, tomando en consideración que los inversionistas fueron negligentes en ambos casos, al no haber tomado las medidas preventivas correspondientes, pero sin precisar categóricamente que las reclamaciones derivadas de actos no criminales o de carácter no físico, efectivamente no se encuentran amparadas por la cláusula de protección y seguridad plenas.

Se suele citar con frecuencia, igualmente, el caso Loewen versus Estados Unidos, en el marco del NAFTA, en el cual el demandante alegó la mala conducta de terceros como una violación del principio materia de comentario, sin que el tribunal arbitral acogiera su pretensión y sin que se produjese un laudo a su favor<sup>229</sup>.

#### *4.3.5 Expropiación directa e indirecta*

El APC prohíbe la expropiación directa, salvo en los casos previstos taxativamente en el mismo capítulo X, artículo 10.7. En consecuencia, solo cabe la expropiación

<sup>225</sup> Cf. ROBBINS (2006: 425-429).

<sup>226</sup> Cf. FALSAFI (2007).

<sup>227</sup> Cf. ROBBINS (2006: 428).

<sup>228</sup> Véase <[www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid)> (consulta: agosto de 2007).

<sup>229</sup> Véase <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Loewen-Award-2.pdf>> (consulta: agosto de 2007).

cuando la medida obedezca a un propósito público, se realice de manera no discriminatoria, tenga como correlato el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización en aplicación de la fórmula Hull y se lleve a cabo de conformidad con el debido proceso. En tal sentido, el artículo en mención simplemente acoge la doctrina internacional y el derecho internacional consuetudinario sobre la materia<sup>230</sup>.

Otro ámbito que merece atención se refiere a las expropiaciones regulatorias o indirectas y a las notas interpretativas incorporadas a los AII luego de ser adoptadas por los entes competentes, como la Comisión de Libre Comercio del NAFTA. En el primer caso, debe existir un balance entre el derecho de un país a regular soberanamente su economía y el razonable interés comercial del inversionista<sup>231</sup>. Conviene destacar que tanto el modelo de TBI canadiense como el de Estados Unidos, contienen novedosas reglas para facilitar este equilibrio.

En los dos modelos se utilizan anexos con listas detalladas que clarifican las actividades regulatorias de los Estados, incluidos diversos factores de evaluación como el impacto económico de la medida regulatoria y su posible interferencia con las expectativas del inversionista, entre otros.

En el caso del APC Perú-Estados Unidos, como se ha detallado líneas antes, se incorporó un esquema similar que hace referencia a la regulación que lleva a cabo el Estado. Esto está previsto en el anexo 10 B del capítulo X de inversiones, donde destaca la prevalencia y validez de los actos regulatorios no discriminatorios en materia de bienestar público, llevados a cabo por la administración. De conformidad con el tratado, estos actos regulatorios en modo alguno pueden ser considerados como medidas expropiatorias directas ni indirectas<sup>232</sup>.

El numeral b del anexo en mención precisa que, salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.

Conviene resaltar que el concepto de *bienestar público* recogido en este anexo es diferente al de *propósito público* que recoge el artículo 10.7 sobre expropiación e indemnización. En el segundo caso, se precisa mediante una nota a pie de página referida al artículo que «[...] para mayor certeza, para los propósitos de este artículo, el término “propósito público” se refiere a un concepto del derecho

<sup>230</sup> Cf. NORTON (1991: 474).

<sup>231</sup> Véase OECD (2004).

<sup>232</sup> Véase <<http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/10.Inversion.pdf>> (consulta: agosto de 2007).

internacional consuetudinario. La legislación interna puede expresar este concepto o uno similar usando diferentes términos, tales como “necesidad pública”, “interés público” o “utilidad pública”».

En tal sentido, el *propósito público* es la motivación de la expropiación tutelada por el derecho público; pero se distingue claramente del acto de imperio mediante el cual el Estado lleva a cabo sus prácticas regulatorias ordinarias y con el fin de preservar el *bienestar público* en ámbitos como salud, seguridad y medioambiente.

En resumen, en el caso de la expropiación directa o indirecta, el inversionista que califique como tal y que sea expropiado tiene derecho a una indemnización; y para ello podría eventualmente activar el mecanismo de solución de controversias contenido en el capítulo X. Por otro lado, en el caso de los actos regulatorios no discriminatorios puestos en práctica por el Estado, simplemente no resulta aplicable el concepto de expropiación directa o indirecta regulado por el artículo 10.7 antes citado y no cabe reclamación alguna por la vía de la sección B del capítulo X del APC.

#### *4.3.6 Interpretación del tratado y arbitraje*

En lo que se refiere a la interpretación del tratado a llevarse a cabo por los entes especiales derivados de los AII, se encuentra un antecedente interesante en el caso de la Comisión de Libre Comercio del NAFTA, que produce interpretaciones del tratado para clarificar los alcances de determinadas cláusulas, lo que armoniza perfectamente con los alcances de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados<sup>233</sup>.

Una estructura similar se recoge en el capítulo XX del APC Perú-Estados Unidos<sup>234</sup>. En tal sentido, el artículo 10.22.3 señala que «[...] una decisión de la Comisión en la que se declare la interpretación de una disposición de este Acuerdo, conforme al artículo 20.1.3 (Comisión de Libre Comercio), será obligatoria para un tribunal y toda decisión o laudo emitido por un tribunal deberá ser compatible con esa decisión».

En el artículo 10.23 se establecen disposiciones adicionales respecto de las interpretaciones de la Comisión de Libre Comercio concernientes a los anexos del APC. En consecuencia, la Comisión cuenta con atribuciones que influenciarán en el funcionamiento de los tribunales arbitrales que se constituyan de conformidad con la Sección B del capítulo X, contando así con una potencial

---

<sup>233</sup> UNCTAD (2003b: 60).

<sup>234</sup> Véase <<http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/20.Administracion.pdf>> (consulta: agosto de 2007).

limitación a su discrecionalidad, siempre que se den los supuestos previstos en el mismo capítulo X y en el marco de las funciones que precisa a su vez el capítulo XX para la Comisión de Libre Comercio.

## CONCLUSIÓN

La globalización no es una novedad y ello fluye de testimonios tan lejanos como el de Marco Polo o de acontecimientos anteriores como la conformación de la cultura Gandhara en el año 100 d. C. La última globalización configura un contexto fuertemente influido por factores económicos, comerciales y tecnológicos, en un mundo que se caracteriza por la promoción de la democracia, pero también por la grave inequidad en la distribución de ingresos y la asignación de recursos. La última globalización se gesta entre los tiempos en que se dio la última descolonización resultante de la Segunda Guerra Mundial y la época en que cae el muro de Berlín y se disuelve la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Se gesta así un nuevo escenario geoestratégico global, que en lo económico determina que los Estados compitan entre sí para lograr mayores ámbitos de influencia y espacios económicos en el mundo. Encontramos entonces una gama de factores que influyen en el desarrollo de la *lex inversorum*, incluso en regiones económicas como la que conforma América Latina, donde la afluencia de inversión extranjera directa no es significativa, comparada con la afluencia de inversión en otras regiones económicas o al interior de las potencias emergentes, como ocurre por ejemplo en el caso de los países del sudeste asiático, los países del este de Europa, China Continental y la India.

Los tiempos actuales se caracterizan por la concurrencia de diversos «actores» públicos y privados en el ámbito transfronterizo. El DII no es ajeno a esta realidad e implica un proceso evolutivo de suma importancia, en particular en lo que concierne a su impacto en las economías y regiones económicas que requieren desarrollarse, expandirse e incrementar su presencia geoestratégica global. Se sustenta así el surgimiento del *global marketplace*, cuya conformación cuestiona las bases mismas de la concepción de soberanía incardinada con el acontecimiento histórico de la gesta de los tratados de Westfalia del siglo XVII.

La inversión, más allá de su procedencia u origen, es un factor económico estratégico que comprende aspectos jurídicos y económicos que deben ser organizados y administrados a efectos de incentivar el desarrollo, el empleo y el mejor desempeño económico de los países y de las regiones económicas. En el caso de países como el Perú, el hecho de que se pueda contar con inversión nacional y extranjera en diversos sectores económicos, simplemente marca la diferencia entre la supervivencia o subsistencia y el abandono o desamparo material.

Sin inversión no hay progreso económico ni empleo; pero sin políticas nacionales coherentes sobre la materia, tampoco se registrará progreso alguno. En consecuencia, es pertinente atender a la necesidad de balance que debe de existir entre lo público y lo privado. Dicho balance ofrece diversas expresiones económicas, jurídicas y políticas. Se instaura hoy como un tema de gran actualidad en la conformación de la nueva *lex inversorum*. Sin embargo, en contextos caracterizados por padecer dificultades para la gobernabilidad y por una creciente debilidad institucional, las concesiones al capital y la inversión son mayores a las que encontramos en contextos donde la gobernabilidad está asegurada y donde se observan estructuras institucionales robustas.

El DII no ofrece una evolución ordenada y homogénea, en un mundo donde la inversión ha crecido en un 2000% en menos de veinte años y ante la proliferación de AII, lo que muestra un signo inequívoco de la última globalización en marcha. Aun así, el DII puede ser un medio internacional para la promoción del desarrollo, que concurre descentralizadamente con otros medios para el mismo fin y a partir de la utilidad de la cláusula de la nación más favorecida, cuando esta fuera aplicable. En tiempos del mundo bipolar, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, se percibe el origen de la tendencia a vincular el desarrollo con las inversiones, lo que se refleja en diversos instrumentos jurídicos.

Por otro lado, existe jurisprudencia arbitral reciente en la que se hace referencia a dicha vinculación, que precisa que la inversión tutelada por el DII debe entenderse en función del «desarrollo y bienestar» que dicha inversión debe ser capaz de producir para las economías. De modo que si la inversión no genera dichos efectos, incluso puede deducirse que no estaría protegida por el DII<sup>235</sup>.

Esta tendencia, que hoy no constituye una corriente principal de pensamiento<sup>236</sup>, es recogida en diversas fuentes y probablemente tienda a consolidarse<sup>237</sup>. Los expertos en inversiones reunidos recientemente en Ginebra con el auspicio de

---

<sup>235</sup> Es el criterio adoptado por el árbitro Michael Hwang en el caso Malaysian Historical Salvors Sdn contra Malasia, resuelto en mayo de 2007, que puede hallarse en <<http://ita.law.uvic.ca/documents/MHS-jurisdiction.pdf>> (consulta: agosto de 2007).

<sup>236</sup> Tal como en el plano operativo de la solución de conflictos inversionista-Estado, encontraremos que en muy pocos los casos los Estados inician arbitrajes contra inversionistas extranjeros, no obstante poder hacerlo si mediase el respectivo consentimiento de las partes. Del mismo modo, se trata de un tipo de arbitraje en el cual generalmente son demandados los Estados del llamado Tercer Mundo o «en vías de desarrollo». Cf. ODUMOSU (2007: 358).

<sup>237</sup> Otro antecedente jurisprudencial que vincula el logro del desarrollo económico con las inversiones extranjeras lo encontramos en el caso AMCO Asia Corp. con Indonesia. Allí se cita el preámbulo de la Convención CIADI y su orientación para satisfacer el interés de los países en vías de desarrollo, en lo concerniente a lograr su evolución económica y su desarrollo. Cf. ODUMOSU (2007).

la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) destacan la necesidad de promover la coherencia de las políticas y de la legislación en materia de inversiones en el mundo, a lo que agregan la necesidad de lograr un balance entre los intereses públicos y privados en materia de inversiones y la necesidad de reforzar el impacto de las inversiones como uno de los medios más importantes para lograr el desarrollo económico<sup>238</sup>.

El arbitraje en inversiones está inevitablemente inserto en este contexto. Pero no se trata de un contexto sencillo ni pacífico; el arbitraje en inversiones implica una intersección entre lo político, lo jurídico y lo económico<sup>239</sup>. La estructura que mejor y más nítidamente refleja esta concepción es la Convención CIADI; le siguen los diversos AII que tienden a proliferar en la actualidad. El CIADI ofrece por primera vez, en los tiempos previos a la última globalización, un modelo formal para que un Estado arbitre con un particular mediante un arbitraje internacional donde este goza de *ius standi*, de modo que el arbitraje en mención contiene elementos públicos y privados que confluyen en la gestión del conflicto, en el marco de la *lex inversorum*.

En este arbitraje no es posible centrar la discusión en forma exclusiva en los asuntos de interés público, ya que el foco de análisis se concentra en las controversias derivadas de una inversión, con todo lo que ello implica en el ámbito del DII y a partir de las disciplinas sustantivas contenidas en los AII. La plantilla de dichas disciplinas sustantivas ha sido recogida en diversos TLC de última generación, bajo el modelo NAFTA plus, el mismo que también obedece a una evolución histórico-jurídica.

Solo con el tiempo será posible medir el impacto global del arbitraje en el marco de la *lex inversorum*. Lo que queda claro es que la estructura conceptual del arbitraje, así como su aplicación práctica, determina que las partes puedan contar con condiciones apropiadas para el manejo del conflicto en el ámbito transnacional y transfronterizo, por contraste con las jurisdicciones estatales locales. En el contexto contemporáneo se viene dando un acelerado proceso de transformación tanto del arbitraje inversionista-Estado como del DII y por ende, de la *lex inversorum*. Es un reto para los países, las regiones y los operadores económicos e institucionales globales, contribuir en dicho proceso para revertir la inequidad global.

---

<sup>238</sup> Véase UNCTAD (2007: 1-9).

<sup>239</sup> Cf. ODUMOSU (2007).

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR ÁLVAREZ, Guillermo y William Park  
2003 «The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11». *Yale Journal of International Law*. New Haven, volumen 28, número 2, pp. 266.
- AKINSANYA, Adeoye  
1987 «International Protection of Direct Foreign Investments in the Third World». *International and Comparative Law Quarterly*. Londres, volumen 36, pp. 58-75.
- AL FARHAN, Farhan  
2002 *The procedural law applicable to arbitration: The Seat Theory & the Delocalization Theory*. Consulta: enero de 2007.  
<[www.cailaw.org/academy/magazine/farhan\\_paper.pdf](http://www.cailaw.org/academy/magazine/farhan_paper.pdf)>.
- ALFORD, Roger Paul  
2003 «The American Influence on International Arbitration». *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Ohio, volumen 19, número 3, pp. 69-88.
- AMIRFAR, Catherine y Elise DREYER  
2007 «Thirteen Years of NAFTA's Chapter 11: The Criticisms, the United States' Responses and Lessons Learned». *New York International Law Review*. Nueva York, volumen 20, número 1, pp. 39-41.
- ANAND, Ram Prakash  
1986 «Sovereign Equality of States in International Law». *Recueil des Cours*. La Haya, volumen 197, número 2, pp. 9-228.
- BJORKLUND, Andrea  
2005 «Reconciling State Sovereignty and Investor Protection in Denial of Justice Claims». *Virginia Journal of International Law*. Virginia, volumen 45, número 4, pp. 810 y ss.
- BLANKART, Charles  
2003 *Deutscher Zollverein*. Consulta: marzo de 2007.  
<[http://www.preussen.de/de/geschichte/preussenlexikon/a-m/deutscher\\_zollverein.html](http://www.preussen.de/de/geschichte/preussenlexikon/a-m/deutscher_zollverein.html)>
- BOBBIT, Philip  
2003 *The Shield of Achilles: War, Peace and the Course of History*. Nueva York y Toronto: Alfred A. Knopf.

- BRUNO, Roberto  
1997 *Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis.* Consulta: marzo de 2007.  
<<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/97/97-13.html>>.
- BULLARD, Alfredo  
2006 «Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, número 2, pp. 155-227.
- BURLEY, Anne-Marie  
1992 «Law Among Liberal States: Liberal Internationalism and the Act of State Doctrine». *Columbia Law Review*. Nueva York, volumen 92, pp. 1909-1996.
- CALLIESS, Gralf-Peter  
2001 «Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide to an Autonomous Legal System». *German Law Journal*. Volumen 2, número 17. Consulta: marzo de 2007.  
<<http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=109>>
- GARMENDIA, Roxana  
2001 «El caso Canevaro». *Caretas*. Lima, número 1660. Consulta: marzo de 2007. <<http://www.caretas.com.pe/2001/1660/articulos/fujimori.phtml>>, (consulta: agosto de 2007).
- CASTRO, Jorge  
2007 «La nueva revolución china». *Cronista Comercial*. Reseñado en *LATN-Newsletter*. Buenos Aires, año 5, número 206, pp. 1-2.
- CHENG, Tai-Heng  
2005 «Power, Authority and International Investment Law». *American University International Law Review*. Washington DC, volumen 20, número 3, pp. 465-520.
- CHIMNI, Bhupinder S.  
2007 «A Just World Under Law: A View from the South». *American University International Law Review*. Washington DC, volumen 22, número 20, pp. 199-220.
- CLARK, David S.  
1987 «The Medieval Origins of Modern Legal Education: Between Church and State». *The American Journal of Comparative Law*. Volumen 35, número 4, pp. 653-719.

- CLARK, Gregory  
2007 *A Farewell to Alms. A Brief Economic History of the World.* Princeton: Princeton University Press.
- CONE, Sydney  
2005 «The Promotion of Free-Trade Areas viewed in Terms of Most-Favored Nation Treatment and “Imperial Preference”». *Michigan Journal of International Law.* Michigan, volumen 26, número 2, pp. 563-585.
- CREMADES, Bernardo  
2004 «Disputes Arising out of Foreign Direct Investment in Latin America. A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues». *Dispute Resolution Journal.* Mayo-julio, pp. 78-84.
- DE TRAZEGNIES, Fernando  
1999 *El dilema de la globalización ¿Universalización o articulación?* Ponencia presentada por el autor en la Universidad Carolina de Praga. Consulta: marzo de 2007.  
[<http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafda.htm>](http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafda.htm)
- DONNER, Ruth  
1999 «The Procedure of International Conciliation: Some Historical Aspects». *Journal of the History of International Law.* La Haya, número 1, pp. 103-124.
- DRACHE, Daniel  
2001 *The Post Washington Consensus: The Market Disconnect and the Public Reconnect.* Documento presentado a la conferencia internacional «Beyond the Washington Consensus. Governance and Public Domain in Contrasting Economies». Consulta: marzo de 2007. [<http://isidev.nic.in/pdf/DDrache.PDF>](http://isidev.nic.in/pdf/DDrache.PDF).
- DU BOIS, Fritz y Javier TORRES  
2006 «Déficit y sobrecostos de la economía peruana». *Revista de Economía y Derecho.* Lima, volumen 3, número 11, pp. 7-28.
- ECONOMIC INTELLIGENCE UNIT  
2006 *World Investment Prospects to 2010. Boom or Backlash.* Consulta: marzo de 2007. [<http://www.cpii.columbia.edu/pubs/documents/WIP\\_to\\_2010\\_SPECIAL\\_EDITION.pdf>](http://www.cpii.columbia.edu/pubs/documents/WIP_to_2010_SPECIAL_EDITION.pdf)
- EWART, John  
1903 «What is the Law Merchant?». *Columbia Law Review.* Volumen III, número 3, pp. 135-154.

FAIRLIE REINOSO, Alan

- 2007 *Bases para una negociación justa entre la Unión Europea y la Comunidad Andina.* Lima: Consejo Consultivo Laboral Andino, Programa Laboral de Desarrollo e Instituto Laboral Andino.

FALSAFI, Alireza

- 2007 «The International Minimum Standard of Treatment of Foreign Investors Property: A Contingent Standard». *Suffolk Transnational Law Review*. Volumen 30, número 2, pp. 317-364.

FRANCK, Susan

- 2005 «The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through inconsistent Decisions». *Fordham Law Review*. Nueva York, volumen 73, número 4, pp. 1585-1625.
- 2007 «Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law». *Global Business & Development Law Journal*. California, volumen 19, número 2, pp. 337-373.

FRIEDRICH, Jörg

- 2004 *El incendio, Alemania bajo los bombardeos (1940-1945)*. Buenos Aires: Taurus.

FRUG, Gerald y David BARRON

- 2006 «International Local Government Law». *The Urban Lawyer*. Volumen 38, número 1. Consulta: junio de 2007.  
[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Barron\\_Paper.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Barron_Paper.pdf)

GANTZ, David A.

- 2004 «The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United Status-Chile Free Trade Agreement». *American University International Law Review*. Washington DC, volumen 19, número 4, pp. 679-768.

GARCÍA BOLÍVAR, Omar

- 2007 «Investor-State Disputes in Latin America: A Judgement on the Interaction between Arbitration, Property Rights Protection and Economic Development». *Law and Business Review of the Americas*. Volumen 13, número 1, pp. 67-96.

GHEMAWAT, Pankaj

- 2007 «La globalización del 10%». *Foreign Policy*. Consulta: mayo de 2007.  
[http://www.fp-es.org/abr\\_may\\_2007/story\\_20\\_16.asp#autor](http://www.fp-es.org/abr_may_2007/story_20_16.asp#autor)

GOODMAN, Peter

- 2005 «China Pledges not to unload U.S. T-Bills». *Washington Post Foreign Service*. Consulta: mayo de 2007.  
<<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/09/09/AR2005090902025.html>>

GREER, Jed y Kavaljit SINGH

- 2000 «A Brief History of Transnational Corporations». *Global Policy Forum*. Consulta: marzo de 2007.  
<<http://www.globalpolicy.org/socecon/tncs/historytncs.htm>>

GUEVARA GIL, Armando

- 2006 «Las causas estructurales de la pluralidad legal en el Perú». *Global Jurist Frontiers*: Volumen 6, número 1. Consulta: marzo de 2007.  
<<http://www.bepress.com/gj/frontiers/vol6/iss1/art1>>

GUZMAN, Andrew

- 2005 *Saving Customary International Law*. University of California, Berkeley Public Law Research Paper 708721. Consulta: marzo de 2007.  
<[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=708721](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=708721)>

HELD, David

- 1997 «Democracy and Globalization». *Global Governance*. Volumen 3, número 3; pp. 251-267.
- 2004 *Globalization: The Dangers and the Answers*. Open Democracy. Free Thinking for the World. Consulta: mayo de 2007.  
<<http://www.openDemocracy.net>>

HIRSCH, Moshe

- 2006 *Interactions between Investment and Non Investment Obligations in International Investment Law*. International Law Forum of the Hebrew University of Jerusalem Law Faculty. Research Paper 14-06.

HOBER, Kaj

- 2006 «State Responsibility and Investment Arbitration». *International Law Association*. Consulta: agosto de 2007.  
<<https://www.ila-hg.org/pdf/Foreign%Investiment/ILA%20paper%20Hofer.pdf>>.

HONG, Lin Yu

- 2005 «Explore the Void: An Evaluation of Arbitration Theories». *International Arbitration Law Review*. Volumen 8, número 1, pp. 14-22.

- JACKSON, John  
1998 «Global Economics and International Economic Law». *Journal of International Economic Law*. Washington DC, volumen 1, número 1, pp. 1-23.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle  
2003 «Globalization of Arbitral Procedure». *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Volumen 36, pp. 1313-1333.
- KLINGST, Martin  
2007 «Herr Yu, Frau Hu und ihre Richter». *Zeit Online*. Consulta: junio de 2007.  
<<http://www.zeit.de/2007/22/China?from=rss>>
- KOOIMAN, Jan  
2005 «Gobernar en gobernanza». *Instituciones y Desarrollo*. Edición 16, 3 de marzo. Consulta: agosto de 2007.  
<<http://www.iigov.org/id/article.drt?edi=13451&art=13469>>
- KRESALJA, Baldo  
2003 «La política en materia de propiedad intelectual en la Comunidad Andina». En *Derecho Comunitario Andino*. Lima: Instituto de Estudios Internacionales y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, pp. 221-297.
- KUCZYNSKI, Pedro Pablo y John WILLIAMSON (editores)  
2003 *After the Washington Consensus. Restarting Growth and Reform in Latin America*. Washington: Institute for International Economics.
- KUNDMÜLLER, Franz  
2005 «El arbitraje y los tratados de libre comercio». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, número 1, pp. 121-139.  
2007 «USA: acuerdan nuevas políticas para los TLC». *Globalaw*. Blog de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consulta: marzo de 2007.  
<<http://blog.pucp.edu.pe/item/9730>>
- KUNDMÜLLER, Franz y Salvador HERENCIA  
2006 *Estrategias para la agenda económico-social de la Comunidad Andina*. Lima: Corporación Andina de Fomento y Comisión Andina de Juristas.
- KUNDMÜLLER, Franz y Roger RUBIO  
2006 «El arbitraje del CIADI y el derecho internacional de las inversiones: un nuevo horizonte». *Lima Arbitration*. Consulta: marzo de 2007.  
<<http://www.limaarbitration.net/revista.htm>>

- LAUTERPACHT, Elihu  
1997 «International Law and Private Foreign Investment». *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Bloomington, número 4, pp. 259-276.
- LEADER, Sheldon  
2006 «Human Rights, Risks, and New Strategies for Global Investment». *Journal of International Economic Law*. Oxford, volumen 9, número 3, pp. 657-703.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis  
1957 «Political Obligation and Natural Law». Traducción de Catherine Havey. *Natural Law Forum*. Volumen 2, número 1, pp. 119-128.
- LEHMKUHL, Dirk  
2003 *Resolving Transnational Disputes: Commercial Arbitration and the Multiple Providers of Governance Services*. Center for Comparative and International Studies, University of Zurich. ECPR Joint Sessions in Edinburgh. Consulta en agosto de 2007.  
<<http://www.essex.ac.uk/ecpr/events/jointsessions/paperarchive/edinburgh/ws11/Lehmkuhl.pdf>>
- LESAFFER, Randall  
2000 «The Medieval Canon Law of Contract and Early Modern Treaty Law». *Journal of History of International Law*. La Haya, número 2, pp. 178-198.
- MANNING-CABROL, Denise  
1995 «The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors». *Law and Policy in International Business*. Volumen 26, número 4, pp. 1169-1200.
- McMICHAEL, Philip  
2000 *Development and Social Change*. California, Londres y Nueva Delhi: Pine Forge Press.
- MENDES, Errol  
1988 «The U. N. Sales Convention & U. S.-Canada Transactions: Enticing the World's Largest Trading Bloc to Do Business Under a Global Sales Law». *Journal of Law and Commerce*. Pittsburgh, volumen 8, número 1, pp. 109-144.
- MIR PUIGPELAT, Oriol  
2004 *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*. Madrid: Thomson Civitas.

- MORAN, Theodore  
2000 *Inversión extranjera directa y desarrollo*. México DF: Oxford University Press.
- NEUMAYER, Eric y Laura Spess  
2005 «Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?». *LSE Research Online*. Consulta: febrero de 2006. <<http://eprints.lse.ac.uk/archive/00000627>>
- NICHOLS, Philip  
1999 «Legal Theory of Emerging Economies». *Virginia Journal of International Law*. Volumen 39, número 2, pp. 229-301.
- NORTON, Patrick  
1991 «A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation». *American Journal of International Law*. Washington, volumen 85, número 3, pp. 474-505.
- NOTTAGE, Luke  
2003 *The Procedural Lex Mercatoria: The Past, Present and Future of International Commercial Arbitration*. Center for Legal Dynamics of Advanced Market Societies Kobe University; CDAMS Symposium, Kobe University Law Faculty.
- ODUMOSU, Ibironke  
2007 «The Antinomies of the (continued) relevance of ICSID to the Third World». *San Diego International Law Journal*. San Diego, Volumen 8, número 2, pp. 345-380.
- OECD  
2004 *Indirect Expropriation and the Right to Regulate in international Investment Law*. Working Papers on International Investment Law, elaborado por Catherine Yannaca-Small. Número 4.  
2005 International Investment Law: A Changing Landscape. París: OECD Publishing.
- OKAFOR, Obiora Chinedu  
2005 «Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our Time. A Twain perspective». *Osgoode Hall Law Journal*. Toronto, volumen 43, número 1-2, pp. 171-191.
- PANGARIYA, Arvind  
2005 «The Triumph of India's Market Reforms. The Record of the 1980s and 1990s». *Policy Analysis*. Washington DC, número 554, pp. 1-22.

PAULSSON, Jan

- 2005 *Denial of Justice in International Law*. Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press.

PÉREZ L., Jorge y Matías TRAVIESO

- 2001 «The Contribution of BITS to Cuba's Foreign Investment Program». *Georgetown Law and Policy in International Business*. Volumen 32, número 3, pp. 529 y ss.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich

- 1987 «International Economic Theory and International Economic Law: On the Tasks of a Legal Theory of International Economic Order». En MacDONALD, Ronald St. John y Douglas M. JOHNSTON (editores), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*. La Haya, Boston y Lancaster: Martinus Nijhoff.
- 2006 *Justice in International Economic Law?* From «International Economic Law among States» to «International Integration Law» and «Constitutional Law». EUI Working Papers LAW. Número 46. European University Institute; Department of Law.

PETRÁSH, Vilma

- 2000 «Towards 2005: Consistencies and inconsistencies of the FTAA process in the face of challenges to the Liberal Democratic Governance Consensus in the Americas». *Summer Institute 2000 Robarts Centre for Canadian Studies*. Toronto. Consulta: marzo de 2007.  
<http://www.yorku.ca/robarts/archives/institute/2000/pdf/pettrashr.pdf>

PORTERFIELD, Matthew

- 2006 «An International Common Law of Investor Rights?». *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*. Volumen 27, número 1, pp. 79 y ss.

RAMACCIOTTI, Beatriz

- 1990 *Estudios de derecho internacional*. Lima: Instituto Peruano de Relaciones Internacionales.

RAMENTOL, Santiago

- 2004 *Teorías del desconcierto*. Barcelona: Urano.

RIZVI, Haider

- 2006 «Desarrollo: el abismo de la inequidad». *La Otra Historia. IPS-Inter Press Services*. Consulta: marzo de 2007.  
<http://www.ipsonline.net/nota.asp?idnews=34917>.

- ROBBINS, Joshua  
2006 «The Emergence of Positive Obligations in Bilateral Investment Treaties». *University of Miami International and Comparative Law Review*. Miami, volumen 13, número 2, pp. 403 y ss.
- ROBERT, Maryse  
2007 *Acuerdos de inversión: Los temas substantivos del TLC Perú-EE.UU.* Exposición presentada por al Seminario Nacional sobre Controversias Inversionista-Estado. Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, Proinversión, Ministerio de Economía y Finanzas, UNCTAD, ICSID y OEA. Lima, 22 de mayo.
- ROMANO P. R., Cesare  
1999 «The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle». *International Law and Politics*. Nueva York, volumen 31, pp. 709-751.
- ROWE, Vaughan  
2007 *Changing Dimensions of International Investment Law*. Conferencia dictada en la Academia China de Derecho Internacional, Xiamen, septiembre de 2006. University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series. Documento de trabajo número 4/2007.
- SALACUSE, Jeswald y Nicholas SULLIVAN  
2005 «Do BITs really work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain». *Harvard International Law Journal*. Volumen 46, pp. 67-130.
- SCHIFF BERMAN, Paul  
2007 «A Pluralist Approach to International Law». *The Yale Journal of International Law*. Volumen 32, número 2, pp. 301-330.  
2005 «From International Law to Law and Globalization». *Columbia Journal of Transnational Law*. Volumen 43, número 2, pp. 485-556.
- SCHREUER, Christoph  
2006 *Consent to Arbitration*. Consulta: marzo de 2007.  
[http://www.univie.ac.at/intlaw/con\\_arbitr\\_89.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf)
- SHAW, Malcolm  
1997 *International Law*. Reino Unido, Estados Unidos, Australia: Cambridge University Press.
- SHELTON, Dinah  
2006 «Normative Hierarchy in International Law». *American Journal of International Law*. Washington, volumen 100, número 2, pp. 291-323.

SPIERMANN, Ole

- 2005 «Applicable Law». *International Law Association*. Consulta: enero de 2007.  
<<http://www.ila-hq.org/pdf/foreign%20Investment/ApplicableLaw-4.pdf>>

STEINGART, Gabor

- 2006 «Globalisierung: Gleicher Lohn für Gleiche Arbeit». *Spiegel Magazin*.  
Hamburgo, 11 de septiembre. Consulta en septiembre de 2007.  
<<http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,436345,00.html>>

STIGLITZ, Joseph

- 2000 What I learned at the World Economic Crisis. Consulta en septiembre de  
2007.  
<[http://www.robarts.yorku.ca/archives/institute/2000/pdf/stiglitz\\_worldban.pdf](http://www.robarts.yorku.ca/archives/institute/2000/pdf/stiglitz_worldban.pdf), Agosto 2004>.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando

- 2005 *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente*.  
México DF: Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de  
Investigaciones Jurídicas.

TELLO V., Luis Ernesto

- 2004 *El Perú en el proceso de integración andino de 1992 a 1997*. Tesis de licen-  
ciatura en Historia. Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

TEUBNER, Günther

- 2002 «Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of Lex  
Mercatoria». *European Journal of Social Theory*. Fráncfort, volumen 5,  
número 2, pp. 199-217.

TIETJE, Christian

- 2003 *Grundstrukturen und aktuelle Entwicklungen des Rechts der Beilegung  
internationaler Investitionstreitigkeiten*. Halle-Wittenberg: Martin Luther  
Universität.

TRACHTMAN, Joel

- 2002 «Institutional Linkage: Transcending “Trade and...”». *American Journal  
of International Law*. Washington, volumen 96, número 1, pp. 77-93.

UNCTAD

- 2003a *Train for Trade*. DITE/UNCTAD. Sección 1, Alcance de los Acuerdos  
Internacionales en materia de Inversión.  
2003b *Course on Dispute Settlement*; ICSID, 2.4. Requirements Rationae Personae.  
Nueva York y Ginebra: United Nations.

- 2004     *World Investment Report. The Shift Towards Services.* Ginebra: United Nations Publication.
- 2006     *IIA Monitor, International Investment Agreements.* UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2006/7.
- 2007     *Report of the Expert Meeting on Development implications of International Investment Rulemaking.* TD/B/COM.2/EM.21/3.
- VANDEVELDE, Kenneth
- 1998     «Investment Liberalization and Economic Development: The Role of Bilateral Investment Treaties». *Journal of Transnational Law.* Volumen 36, pp. 501-527.
- 2000     «The Economics of Bilateral Investment Treaties». *Harvard International Law Journal.* Volumen 41, número 2, pp. 469-502.
- VEYTIA, Hernany
- 2004     ¿Quién es la parte más débil en los contratos de inversión en infraestructura? XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Buenos Aires, 15, 16 y 17 de septiembre. Consulta: agosto de 2007.  
[http://www.vrbs.org/xiv\\_congreso/43.htm](http://www.vrbs.org/xiv_congreso/43.htm)
- WÄLDE, Thomas
- 2004     «The Umbrella (or Sanctity of Contract/Pacta Sunt Servando) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases». *Transnational Dispute Management.* Volumen 1, número 4, pp. 1-87.
- WALLERSTEIN, Immanuel
- 2001     *The End of the World as we know it.* Minnesota: University of Minnesota Press.
- 2002     «The Eagle has Crash Landed». *Foreign Policy Magazine.* Consulta: septiembre de 2007. <<http://www.yonip.com/n/articles/eagle.html>>
- WEINBERG, Karyn
- 1994     «Equity in International Arbitration: How Fair is “Fair”? A Study of Lex Mercatoria and Amiable Composition». *Boston University International Law Journal.* Boston, volumen 12, pp. 227 y ss.
- WILD, Oliver
- 1992     *The Silk Road.* University of California, Department of Earth System Science. Consulta: septiembre de 2006. <<http://www.ess.uci.edu/~oliver/silk.html>>
- WILTSE, Jessica
- 2003     «An Investor State Dispute Mechanism in the Free Trade Area of the Americas: Lessons from NAFTA Chapter 11». *Buffalo Law Review.* Nueva York, volumen 51, pp. 1145-1198.

- ZIEGLER, Andreas y Louis Philippe Gratton  
2006 «Investment Guarantee: From a National to an International Perspective». *International Law Association*. Consulta: marzo de 2007.  
<<http://www.ila-hq.org/pdf/Foreign%20Investment/ILA%20paper%20Ziegler%20rev.pdf>>
- ZUMBANSEN, Peer  
2006 «Transnational Law». En Jan SMITS (editor). *Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham: Edward Eggar, pp. 738-754.

# **COMMENTS ON THE DISCIPLINE OF «NATIONAL TREATMENT» IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: BOOSTING GOOD GOVERNANCE VERSUS INTRUDING INTO DOMESTIC REGULATORY SPACE?**

*Thomas Wälde* (†)

## **INTRODUCTION<sup>1</sup>**

National treatment —that foreign traders and investors should not be treated worse than local businesses— is one of the oldest principles in international economic law, next to only the rule that you can not take foreign property without compensation. It is as old and venerable as it proves difficult to define and apply

---

(†) (1949-2008) Dr. iur. LL.M. (Harvard) fue titular de la Cátedra Jean-Monnet y profesor de legislación económica, de energía y recursos naturales en CEPMLP/ Universidad de Dundee. El autor fue el principal asesor y experto en el caso Nykomb v. Latvia, así como árbitro y experto en otros casos de litigios sobre tratamiento nacional. Desgraciadamente, el profesor Walde falleció en un accidente en el año 2008.

Este artículo reúne una serie de presentaciones del autor en la conferencia internacional de arbitraje organizada por Lord Mustill en St John's College, Cambridge, 2004 y en la conferencia de Derecho de la Organización Mundial de Comercio (WTO), realizada en la universidad de Bar Ilan en Tel Aviv, en diciembre de 2004. También hace referencia de manera particular a un artículo de Jürgen Kurtz que será publicado como parte del seminario de investigación de la Academia del Derecho Internacional de La Haya llevado a cabo en el 2004 (en el cual Thomas Wälde dirigió las sesiones de habla inglesa). También incorpora reflexiones del autor desarrolladas en el contexto del trabajo individual o conjunto con respecto a su rol de árbitro, consultor experto y asesor de varios casos recientes de arbitraje.

El presente trabajo no pretende ser un estudio exhaustivo sobre el principio de tratamiento nacional para litigios de inversión, sino más bien comentar algunos casos recientes, en especial la cuestión de analogía con la legislación de la WTO y la manera en la que la discriminación ha sido y debe ser entendida en un caso de conducta administrativa.

<sup>1</sup> This paper complements a series of related studies of mine on international investment Law: Forthcoming: *International Investment Law: Key Issues; Report of the 2004 Research Seminar on International Investment Law*, Hague Academy of International Law, forthcoming, 2006; *Remedies and Compensation in International Investment Law, report to the ILA Committee on International Law of Foreign Investment; Contract Claims under the Energy Charter Treaty's Umbrella Clause: Original Intentions versus Emerging Jurisprudence*, ICSID-Journal (forthcoming, 2006); already published: 2004a, 2004b, 2004c, 2005a and 2005b.

in the modern practice of international economic law. This essay focuses on the legal scope of the national treatment principle in international investment law, mainly as it is formulated in international (bilateral and multilateral) investment treaties and in particular as it is slowly emerging in recent, law-applying and law-making, jurisprudence of arbitral tribunals set up for direct investor-state arbitration under modern investment treaties. The issue is the scope of the national treatment obligation in the context of protection of existing investments. There have been a number of awards over the last 5 years which have started to grapple with the contours of this key principle and «discipline» —claim or cause of action—in such treaties. While these awards do not as yet constitute an established jurisprudence, certain issues, arguments and directions are already emerging. This essay is intended to provide a conceptual and theoretical underpinning for analyzing this emerging jurisprudence, an analysis of these recent cases and an effort to define the current state of play, together with some suggestions as to how the principle of national treatment will, and should, evolve in the near future. This essay will in particular pay attention to efforts to specify the quite open-ended formulations on national treatment with respect to analogies with other areas of international economic law, in particular the extensive jurisprudence from within the WTO dispute resolution process. Some of the conclusions can only be tentative as we are rather in an initial phase than at the end of mature case law. Investment law now evolves both on its own on the basis of an increasing number of cases, but also in close interaction with other areas of international law, primarily international trade, but also human rights and economic integration law<sup>2</sup>. While academic reflection has its place, it can not be equal to the in-depth testing of facts and law that takes place in the charged litigation dynamics of an actual high-value complex investment arbitration<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Pauwelyn (2003).

<sup>3</sup> Cases are referred by the name of parties; if available from an internet site, no further citation will be done. The sites for investment claims are at present: [www.naftaclaims.com](http://www.naftaclaims.com); [www.investmentclaims.com](http://www.investmentclaims.com); [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com); [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid); <http://ita.law.uvic.ca/>; for back-up on other references see the extensive bibliography prepared by the international law library of the Peace Palace in The Hague for the seminar, available at: <http://www.ppl.nl/bibliographies/all/?bibliography=investment>

TDM means [www.transnational-dispute-mangement.com](http://www.transnational-dispute-mangement.com); OGEL means: [www.gasandoil.com/ogel](http://www.gasandoil.com/ogel); JWIT means *Journal of World Investment and Trade*; ICSID-Journal means: *ICSID Journal/Foreign Investment Law Review*. The main books so far are: WEILER (editor), 2004 and 2005; BROWER & J. BRUESCHKE, 1998; PAULSSON 2004; GAILLARD, 2004; SORNARAJAH, 2004; see also the representative surveys by UNCTAD on specific areas of investment law, e.g. 2003, 2004; HORN & KROLL (ed.), 2004; MANCIAUX, 2004; SCHREUER, 2001; BISHOP, CRAWFORD & REISMAN, 2005. Investment dispute issues are continuously discussed, with posting of commentary and information on OGEMID, my internet discussion forum linked to TDM.

## 1. A HISTORICAL PRIMER

National treatment —equality between foreign and domestic businesses— is recorded in treaties of the Hanseatic league with the kings of England<sup>4</sup> in the high middle ages, but one would suspect that the principle can be identified in the first treaties between the first formal states thousands of years earlier in the Middle East. Such treaties were, in today's sense, both investment and trade treaties as such distinction is relatively recent<sup>5</sup>. The principle can be identified in formal trade treaties of the past centuries. It is disputed if non-discrimination is an established principle of customary international law<sup>6</sup>. Advocates of trade liberalization have always argued in favour; opponents of trade liberalization and followers of statist, nationalist and Communist thinking have always been in favour of «sovereignty» rather than international law rules reducing unfettered discretion of the rulers of states. Defensive attitudes —and that includes developing countries in fear of being exposed to strong outside economic influences, but also forces in all countries threatened by developments in the international economy and in particular in times of economic crisis— will always insist on prerogatives to favour domestic interests, «infant» industry arguments for some, industries in decline arguments for others. Those who rule states—in particular poor, badly governed and declining economies— will be compelled by political and self-interested financial logic to set themselves up as a necessary channel through which foreign commerce has to pass and for which foreign commerce has to pay a «political rent». An international law discipline of non-discrimination is by its nature an impediment to the interest of national rulers to seek political and direct financial «rent» out of the control over barriers between the domestic and global economy and to seek gain out of bargaining with foreign traders and investors for access to and operation in a national economy.

National treatment is the corner stone of all international regimes setting up external, legally, politically and economically enforceable disciplines over national economic policies in order to mobilize the wealth-creating forces of economic integration by trade and investment. It is therefore the key pillar of the WTO regimes —though here at least traditionally focused on tariff equality, an issue

<sup>4</sup> ERLER (1956: 46-47).

<sup>5</sup> The distinction may also be on the wane again as there might be a tendency towards wider and more integrated economic cooperation agreements. See UNCTAD, press release of 30 August 2005, on TDM 2005. It is noteworthy that the main multilateral treaties —Energy Charter Treaty and NAFTA— are both trade and investment treaties (with elements of competition, transit and environmental law as well).

<sup>6</sup> SORNARAJAH (2004: 318 ff); UNCTAD (1999: 14-15).

that is more quantitative and thus easier to handle; with the focus shifting from tariffs to NTBs (non-tariff barriers), i.e. regulation, the WTO national treatment principle is, though, coming closer to its parallel in investment treaties. It is the concept underlying any economic integration—be it in the forms of intensive integration such as the US, the EU, middle-intensive forms such as various other regional integration agreements (MERCOSUR, ASEAN, NAFTA, etc)<sup>7</sup> or very early low-intensive forms such as initiated by bilateral economic (trade and/or investment) agreements. «Equality» is a fundamental principle of comparative constitutional and administrative law, though here applicable primarily only to nationals. Non-discrimination is a core principle of human rights law<sup>8</sup>, though it tends to focus on rights of individuals and is often directed at discrimination for racial, national, religious and political reasons<sup>9</sup>. In modern comparative discrimination law, discrimination—the mirror concept for equality—is also aimed at detrimental differentiation for reasons of gender and sexual preference<sup>10</sup>, and the ways of enforcing them come in a variety of ways, some much more pro-active and intrusive and some with only a very «light touch», both in the way a non-discrimination situation is defined and in the scope and impact of the consecutive obligation to remedy such breach.

At one end of the spectrum are situations defined only by clearly and visibly intended and explicitly formulated legislative discrimination against foreign traders and investors because they are foreign; at the other end are situations where there are no visible or even intended discriminatory rules, but where the domestic regulatory, administrative and in the extreme case institutional, commercial and social practices and culture constitute a certain handicap for entry and operation to foreign business. There can not be a society where being foreign—i.e. not a born and acculturated member of the relevant domestic communities—does not create a handicap. At one end of the «remedy spectrum» are obligations to gradually, with only a prospective impact, remove clearly visible, explicit and intentional legal impediments for greater equality; at the extreme other end where any handicap is captured, states are under an obligation to remove not only state-owned regulatory, administrative and institutional practices that handicap a

---

<sup>7</sup> UNCTAD (2004).

<sup>8</sup> McKEAN (1983).

<sup>9</sup> But one should note that different to the emphasis of SORNARAJAH (2004: 450 ff) the most legally and factually effective human rights instruments include property protection and cover legal persons (for the ECHR) - e.g. art. 1, Additional Protocol, for the most recent collection of excerpts from significant cases on the ECHR and Latin American Convention on Human Rights: BISHOP (2005: 478–485); MARROQUIN-MERINO (1991); ANDERSON (1999).

<sup>10</sup> DINE and WATT, editors (1996).

foreign business, but even to intervene into a society's commercial culture, possibly even with «affirmative action» to equalize the conditions of competition. The closer the integration intended—usually a sign of greater homogeneity—shared history and a will to develop an already pre-existing sense of community, the more will states be under an obligation, with joint enforcement institutions, to go very far into creating, pro-actively, effective equality. The lesser the intensity of integration intended and realistically achievable, the more will non-discrimination measures be of a «light touch», prospective, triggered only by glaring breaches and with soft remedies.

National treatment —expressed usually in an obligation to provide at least the same treatment, or the most favourable treatment accorded to nationals to foreign investors—is in modern treaties aimed at providing an advantage to foreign investors. This takes the form of a «discipline» (in WTO language) on states that can be enforced by investor-initiated arbitration of a «claim» that the «national treatment» obligation was breached, thus providing a distinct «cause of action» entitling, usually, to monetary compensation<sup>11</sup>. Its role is to «lift» the quality of treatment of foreign investors to the quality available to domestic businesses. Foreign investors may get sometimes better treatment (including in particular access to professional justice independent of the host state), but one of the «floors» is that at a minimum they should be treated as well as domestic investors. It has thus an «offensive» character. It has not always been so.

In the 19<sup>th</sup> century foreign investors were typically accorded —for similar reasons as today (attract capital to higher-risk environments)— special privileges; these were enforced not only legally, but by political and direct military pressure («gunboat diplomacy»). In reaction, then already independent, but still (as now) «developing» or «emerging» countries mainly in Latin America protested. Argentine foreign minister Carlos Calvo developed in reaction the doctrine of national treatment as the maximum —the absolute «ceiling»— available to foreigners. Quite different from today's concept that national treatment is a minimum (together with the fair and equitable treatment sometimes seen as identical or related to the customary international law «minimum» standard), national treatment was here advocated as a maximum. In particular it meant that access to justice outside the control of the host state and host state law was cut off —while the modern concept is that national treatment provides primarily substantive treatment standards, but enforceability is before an international

---

<sup>11</sup> A separate section on remedies and compensation, related to my report to the ILA Foreign Investment Law Committee on Remedies & Compensation, has been omitted from this paper for reasons of length and will form the nucleus of a separate study.

system of justice. One needs to be therefore careful over confusion between the modern investment treaty concept with the Calvo doctrine's understanding of «national treatment»<sup>12</sup>. With Calvo, national treatment meant «pulling down» even if national treatment was awful; with the modern concept, national treatment means being pulled up, together with access to international justice and with another floor securing the downside: That if national treatment is awful, then the fair and equitable and/or international minimum standard is meant to provide protection against domestic standards which may be applied equally to all, but which are from an international perspective un-acceptable.

National treatment has re-emerged forcefully in many if not most of the over 2500<sup>13</sup> bilateral investment treaties currently reportedly in existence<sup>14</sup>; the cumulative effect of the few multilateral treaties (Energy Charter Treaty —with over 50 members; NAFTA— with Canada, Mexico and the US and others)<sup>15</sup> would add the equivalent of probably more than another 1000 state-to-state treaty relationships. Next to the traditional expropriation discipline (modernized with the reference to action «tantamount to expropriation» and to the «fair and equitable treatment obligation», national treatment has become the third most significant pillar of the investment protection regime of such treaties<sup>16</sup>. Claimant investors will in most cases raise discrimination as one of the several causes of actions; tribunals have based several recent awards solely or in conjunction with

---

<sup>12</sup> SHEA (1955); PAULSSON (2005); LIPSTEIN (1945).

<sup>13</sup> The figures are changing; the most recent reports seem to indicate about 2500 bilateral investment treaties but we should add the equivalent of a bilateral, legally binding treaty relationship created by the 50-odd countries' Energy Charter Treaty, the NAFTA and the Asean investment instruments. The current number of bilateral investment protection treaty relationships is therefore at something like 3600+ by the end of 2005. About 500 are in the stage between signature and ratification. The main new development (see UNCTAD, August 30, 2005 press release, on TDM 2005, is the developed of broader bilateral or multilateral economic cooperation treaties, some of them include investor-enforceable investment disciplines, others leave this rather for government-government (or EU-host state) discussions, sometimes (as for example the EU — ACP countries Cotonou agreements) with at least the theoretical availability of quite sharp sanctions. For up to date information: [www.unctad.org](http://www.unctad.org). For an intelligent discussion of the «number of investment treaties and obligation-creating investment treaty relationships» and the ratification issue: M. Kantor. OGEMID archive, September 2005, on TDM.

<sup>14</sup> For a generalized discussion of the national treatment provisions in investment treaties: UNCTAD (1999); OECD (2004); for an up to date and lucid statement on BITs: SALACUSE and SULLIVAN (2005).

<sup>15</sup> E.g. ASEAN and Mercosur investment agreements (partly not ratified): UNCTAD, <[www.unctad.org](http://www.unctad.org)>.

<sup>16</sup> For an up to date treatment of these disciplines see the contributions in WEILER, editor (2005 and 2004).

other causes of action on a breach of the national treatment provision<sup>17</sup>. The main investment treaty disciplines are not completely separated, though it is recognized that the breach of one does not automatically allow to infer the breach of another one<sup>18</sup>; but a breach of one discipline may also have some weight in the examination of another one; elements relevant for one discipline that may not as yet amount to a full breach (e.g. «discriminatory elements», elements of lack of due process or unfair conduct) may be taken into account for assessing the breach of another discipline (obligation). For example, elements of discrimination or even full breach of the national treatment discipline will make it easier to find a breach of the fair and equitable discipline or of the «regulatory expropriation» discipline.

One needs to distinguish the application of the national treatment principle to admission/entry of investors («pre-investment») from application in the context of protection of existing investments («post-investment»). National treatment with respect to admission is in the main a policy to liberalize entry of investors to countries; it exists in the main only, and with mainly sectoral reservations, in US bilateral treaties and in a soft-law version in Art. 10 (2) of the Energy Charter Treaty<sup>19</sup>. These provisions have so far not been tested in investment arbitration; their legal value is unclear and the provision is not taken very serious<sup>20</sup>. The national treatment for access condition is the one that is most comparable to the national treatment provision in the GATT (Art. III<sup>21</sup>) and related instruments and in Art. 28, 29 and other provisions of the EU treaty relating to freedom of

<sup>17</sup> Mainly: Nykomb v. Latvia, an Energy Charter Treaty award (published in [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com) and [www.gasandoil.com/ogel](http://www.gasandoil.com/ogel); commented by WÄLDE & HOBER (2005); Myers v. Canada, Feldman Karpa v. Mexico (based on art. 1102 NAFTA) at [www.naftaclaims.com](http://www.naftaclaims.com); Occidental v. Ecuador (BIT-based), published in TDM ([www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)) with a case comment by J Kurtz; discrimination has been discussed in quite some detail (though ultimately not relied upon for an award) in Pope-Talbot v. Canada. The Lauder v. Czech Republic tribunal determined a breach of the relevant BIT's national treatment provision, but it did not find that breach was a sufficiently proximate cause for the damage suffered by claimant. For a review of current jurisprudence WEILER (2004 and 2005); CREPET (2004); WANG (2001); national treatment has been the subject of official international agency reports by UNCTAD (mainly 1999) and (more or less identical): Chapter 5- *National Treatment*, in: UNCTAD (1999 and 2004). The official agency papers tend to be more descriptive than interpretative of treaty practice. Professors Sornarajah and Muchlinski have served as legal consultants in —very useful— the UNCTAD investment treaty series of publications.

<sup>18</sup> NAFTA Chapter XI: Interpretative Decision, available from <[www.naftaclaims.com](http://www.naftaclaims.com)>.

<sup>19</sup> WANG (1995).

<sup>20</sup> See on NT as a pre-investment rule: UNCTAD (1999 and 2004); extensively and repeatedly (and always highly critically) SORNARAJAH (2004: 120, 319 and *passim*).

<sup>21</sup> The Reference Paper for the Telecommunications Protocol contains a pre-investment/ access to foreign investors set of rules within the WTO, but not enforceable directly by investors.

movement. This essay focuses on national treatment as a «post-entry» obligation on host states.

While non-discrimination was included in older investment protection instruments<sup>22</sup>, it acted largely as an ancillary reference to disciplines on expropriation reflecting the role of the non-discrimination principle in classical international law<sup>23</sup>. It now engages the emerging «regulatory state» and the large shadow of the WTO. In the contemporary «regulatory state», direct public ownership has been largely replaced by post-privatization private ownership of functions and assets hitherto assumed directly by the state as owner and operator. Foreign investment flowed, throughout the 1990s, massively into the privatization of state enterprises and agencies in public infrastructure (energy, transport, utilities in particular)<sup>24</sup>. The public interest function moved from direct ownership and operation to «regulation», i.e. supervision (setting of standards, tariffs, and access conditions) by often semi-independent public regulatory bodies<sup>25</sup>. This has created a large potential for discriminatory treatment of foreign as compared to domestic (public and private) operators. The national treatment obligation has won, in this new context, a new and much more poignant role for protecting foreign investors post-privatization and often in competition with domestic operators in a highly politicized climate of industries that interact very directly with large numbers of local people. With the transition to the regulatory state, investment protection had to move and did move as well: Direct expropriation has become very rare. Modern complaints about improper state conduct regularly focus on regulatory conduct and administrative practice<sup>26</sup>: the disciplines invoked are typically

---

<sup>22</sup> Art. 2 of the Abs-Shawcross convention —no impairment of property by «unreasonable or discriminatory measures»; art. 12 Havana Charter has a very soft law provision: «undertaken»... «to give due regard to the desirability of avoiding discrimination as between foreign investments». The first BIT —1959 Germany-Pakistan— provides in art. 2: «neither party shall subject to discriminatory treatment any activities carried on in connection with investments [...] unless specific stipulations are made in the documents of admission of an investment».

<sup>23</sup> MANIRUZZAMAN (1998).

<sup>24</sup> WÄLDE (2000).

<sup>25</sup> One has to be careful here not to confuse the legal and formal independence of such regulators from the de-facto independence. Even in the UK —case of railway regulator— direct pressure on theoretically independent regulators is not uncommon, e.g. the pressure to resign reported by the UK regulator from the UK prime minister, *Daily Telegraph*, 23/9/2005.

<sup>26</sup> It would be helpful to analyse that issue in terms of recent awards/cases: NAFTA cases: Myers v. Canada is about discriminatory regulation; Pope-Talbot v. Canada about administrative practice; Feldman Karpa v. Mexico about discriminatory audit practice; Thunderbird v. Mexico about administrative practice; Gami v. Mexico — about regulatory practice (?); Fireman Insurance v. Mexico: financial regulation; Tecmed v. Mexico: municipal licensing; Waste Management: municipal licensing (?); Metalclad v. Mexico: municipal licensing practice; Loewen v. US: miscarriage of justice; Methanex v. US: environmental regulation; ADF v. US: procurement practice and regulation;

«regulatory taking» —i.e. regulation with the impact and scope of expropriation, but without formal taking<sup>27</sup>—, the breach of the «fair and equitable treatment standard» (with subcategories such as due process, arbitrary and discriminatory decision-making, breach of legitimate expectation) and national treatment. Expropriation has therefore been largely replaced, both in terms of conduct and protective investment treaty discipline, by regulatory conduct that does not measure up to authoritative good-governance standards.

National treatment has also, whatever the justification of legal analogies, gained significantly in visibility and status from its association with the WTO and other trade and economic integration (mainly EU) agreements. While already contained in the Havana Charter and the first BIT in 1959, it is hard to find any investment award which rests on a breach of national treatment —until the first NAFTA and the first ECT case. The negotiators and drafters of multilateral treaties (such as the Energy Charter Treaty) and BITs were often the same as those who negotiated the 1994 WTO agreements<sup>28</sup>. Both the WTO agreements, the NAFTA, the Energy Charter Treaty and the modern BIT model were negotiated in the same period (say 1985-1995) and represent the same economic philosophy: liberalization, privatization and «regulatory state», investment promotion and creation of open competitive economies). The language in investment treaties is often literally transposed (without much thinking) from the new trade treaties to the simultaneously or consecutively negotiated investment treaties. Clearly, the drafters considered investment treaty a corollary to the global liberalization policy embodied in the world trade treaties of the 1990s<sup>29</sup>. While investment protection has traditionally rested exclusively on expropriation disciplines, the GATT jurisprudence has largely focused on the national treatment principle. It is therefore hard to avoid the conclusion that the greater prominence of national treatment in modern investment treaties is very much due to the intellectual—but also simply drafting— influences from international trade law. I will examine the implications of such influences —the issue of analogy with WTO law— more closely in this study. But this increasing proximity and partial convergence can also be explained as both regimes now focus primarily on economic regulation affecting international economic integration (with trade and investment closely intertwined): The WTO on non-tariff barrier regulation, investment treaties on

---

Mondev v. US: planning practice (?); MTD v. Chile: planning and investment promotion practice; Occidental v. Peru: tax regulation and tax practice.

<sup>27</sup> WÄLDE and KOLO (2001).

<sup>28</sup> BAMBERGER, in WÄLDE (Ed), 1996.

<sup>29</sup> On this, critically and with a general, pervasive and repetitive anti-imperialist, de-colonialist and pro-NIEO perspective, SORNARAJAH (2004: 51, 211, 288, 297 and *passim*).

economic regulation affecting operations by foreign businesses established in the host state. The object and the purpose of regulation relevant under the WTO and relevant under the investment treaties have become much less distinct than in the past, when there was little if any linkage between tariff policies and formal expropriation.

There is however a major difference between the national treatment principle under the WTO and its role in investment treaties. Invocation of the national treatment discipline remains under the control of governments. Dispute settlement in the WTO is reserved to member states even if businesses (in effect acting usually both as trading and investing companies) are often behind WTO litigation<sup>30</sup>. In investment arbitration, however, a legal revolution occurred in the 1980s and 1990s. Disputes can be initiated unilaterally by private investors, with states having limited screening or filtering control. This explains the explosion of investor-initiated investment disputes since the late 1990s. It has been driven by entrepreneurial cooperation between investors, specialized law firms and the arbitration community —an example of the «invisible hand» making private interests acting as «private attorney generals» to develop good-governance.

Many governments (including those in developed countries) do not seem to have expected that the rules they set up would actually be enforced; nor did they think it through that the general formulations of investment disciplines in the relevant treaties inevitably gave de-facto and in the longer term *de iure* law-making powers to arbitral tribunals<sup>31</sup>. It also explains the shocked reaction of older scholars who had grown up in the secure states-only paradigm of conventional international law up to the 1960s<sup>32</sup> and of younger scholars and NGO activists not ready to accept that states should be accountable for their conduct before the semi-privatized system of international justice that is investment arbitration. But the new facility of direct investor-state arbitration also means that in the search for remedies by aggrieved foreign investor the law is continuously tested, that analogies are sought from all cognate areas of law with similar language or a similar function<sup>33</sup>. To search for such analogies to help specify the still inchoate

---

<sup>30</sup> SHAFFER (2003).

<sup>31</sup> On this also: PAUWELYN (2003).

<sup>32</sup> Perhaps most characteristic is the reaction of Professor Sornarajah who consistently advocates a minimalist and reductionist approach to investor rights. See generally and throughout, from beginning to end, SORNARAJAH (2004).

<sup>33</sup> I.e.: Traditional international law principles on discrimination; application of discrimination rules to further national (US) or international-regional economic integration; to further world trade (WTO, NAFTA), comparative constitutional and administrative law where principles of equality play a major role; human rights law —both general rules against discrimination of individuals and social and ethnic groups and specific rules on discrimination in an economic context; comparative

national treatment language is inevitable at this early stage of national treatment in investment law jurisprudence. My study is intended to contribute towards systematic thinking on the scope, but also limitations of specifying investment treaty language by analogy and in conformity with other areas of international economic law, in particular WTO law.

To face the manifold interpretative challenges that the national treatment clause raises, in a context that is usually markedly different from the trade law context<sup>34</sup>, there is usually little conventional legal support. So far, very little is known in terms of treaty-history («travaux») about specific purposes ascribed to the national treatment clause. We know that references to discrimination occurred as early as the Havana Charter, the first BIT and the Abs-Shawcross convention<sup>35</sup>, but rather as an adjunct to the then primary expropriation discipline. An exhaustive survey of the evolution of national treatment—from an expropriation adjunct to a self-standing key investment discipline—still remains to be done. Similarly, the *travaux* of the main multilateral treaties—Energy Charter Treaty, NAFTA<sup>36</sup>—have not as yet been made to reveal anything of substance to guide the interpretation. In this situation, one needs to rely on the formal intentions—the object, context and purpose in the sense of Art. 31 of the Vienna Convention on Treaties—of the treaties as they are indicated by the preambles and specific references to the objectives.

These objectives are quite broad. Thus, Art. 102 of the NAFTA—for example, speaks of the goal to «increase substantially investment opportunities» and «promote conditions of fair competition». Similarly, the Energy Charter Treaty<sup>37</sup>

discrimination law (which is largely focused on ethnic, religious, political and social and now, in particular in developed countries, on gender and sexual-preference discrimination. On the similar tension in WTO law between a system of self-containment on one hand and, on the other, a harmonious evolution of the various subsystems of international (and international economic) law see PAUWELYN (2003).

<sup>34</sup> TRACHTMAN, report for UNCTAD, [http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20034\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20034_en.pdf).

<sup>35</sup> Art. 2, *supra*.

<sup>36</sup> NAFTA history is still open only to a limited extent. There is no proper collection of the «travaux» for the Energy Charter Treaty nor are there specific «travaux» which would help to analyse the discussion of national treatment in the MAI. Bilateral treaties, as a rule, are negotiated on the basis of major-nation models (e.g. US, Germany, UK). We are not aware of a systematic discussion of the origin and intentions of the specific national treatment formulations in such BIT models and the actual BITs negotiated subsequently. This is quite different from the WTO where there is now a large literature on national treatment. The explanatory memoranda submitted to governments for ratification of both multilateral and bilateral investment treaties still remain to be mined for better insight into the official purpose for specific national treatment clauses though we suspect they will yield little of a specific insight with respect to national treatment.

<sup>37</sup> In the case of the ECT, one needs also to go back to its precursor «European Energy Charter» of 1991 which refers to a «high level of legal security», to transparency and non-discrimination.

affirms the goals of developing a «stable and transparent legal framework creating conditions for the development of energy resources» and to «catalyze economic growth by means of measures to liberalize investment and trade»

These objectives translate into an intent to apply liberal economic policies aimed at economic integration, promotion of foreign investment by protecting it extensively and a general emphasis on a level playing field between domestic and foreign competitors in a competitive market economy. To understand better how such quite general approaches should guide the interpretation of the national treatment discipline, it is necessary to visualize at least briefly the «political economy» of the interaction between governments, domestic (private and public) businesses and foreign investors. The statesmen, international economists and lawyers who set up the post-World War II international economic institutions realized that the normal political dynamics national economic policy-making leads to restrictions on foreign trade and investment —«domestic protectionism». The specific special interests threatened by foreign trade and investment and those which benefit from domestic privilege tend to have a greater influence over domestic political processes than either foreign traders and investors or the people at large; in the «logic of collective action» special interests of greater intensity with greater information and interest prevail<sup>38</sup>. This leads to an international zero-sum race for reciprocal barriers which disrupts and in the end destroys the potential for enhanced prosperity (plus often security) of international economic integration. The inter-war economic crises and escalating trade, investment and monetary restrictions with their concomitant contributions to international and national insecurity and instability are usually quoted as the best example. The main rationale for the development first of the Bretton Woods Institution after 1944 was to avoid the threat to prosperity and security that had plagued the inter-war years and to create a global legal and institutional framework which would unleash the potential of market capitalism. That indeed occurred, though with some imperfections: The failure of the investment treaty program of the Havana Charter in 1948<sup>39</sup>, the division of the world into the economically successful market economies, the economically and politically failing Communist countries and the politically wavering and only partially successful underdeveloped (developing, emerging) economies. But the unfinished business of the Havana Charter was taken up again in the 1950s —Abs-Shawcross and the beginning

---

<sup>38</sup> OLSON (2000).

<sup>39</sup> The only relevant obligation from the Havana Charter is in art. 18: «to give due regard to the desirability of avoiding discrimination as between foreign investments» —which is to be seen as a adhortatory MFN— rather than a national treatment clause.

of the BIT movement in the 1960s. The OECD model conventions and the creation of ICSID, suffered a set-back in the 1970s —the «New International Economic Order»<sup>40</sup>— and revived from the mid-1980s —the creation of MIGA and the new model of pervasive BITs, NAFTA and ECT with direct investor-state arbitration<sup>41</sup>. It is currently suffering from a back-lash as governments realize they can in practice be sued and at times may lose investment arbitration, often combined with the realization that international law, treaties and disciplines can indeed reduce the «regulatory policy space». If such treaties can be effectively enforced without too much diplomatic filtering by states, then the disciplines on the domestic regulatory process can be more than a subject of inter-governmental conversation<sup>42</sup>.

## **2. THE CONTOURS OF A NATIONAL TREATMENT INQUIRY: GOOD GOVERNANCE AND THE CHALLENGE OF APPLICATION**

The very extensive development of international «disciplines» on domestic economic policies, combined with international economic institutions, was intended to counteract the innate tendencies of domestic politics towards protectionism, both against trade and against investment. This role extends to virtually all international economic law, but it has been thought through most in-depth for the WTO conceptualized by Jan Tumir<sup>43</sup>. It is equally relevant—indeed possible more so—for international investment law: While foreign traders/importers increase competition with domestic businesses for market share and sales profit, foreign investors increase competition for local companies not only to the extent they are involved in production and sales, but also in the identification and development of business opportunities. Business opportunities especially in many developing and transition countries usually involve close relationships between businesspeople and government (politicians, bureaucrats). Such close relationships tend to involve at best extensive patronage, at worst pervasive corruption —«crony capitalism» generating «political rent» for the «state classes». The harsh reality is that foreign investors disrupt such relationships. They endanger the advantage held by well established local business groups in terms of «captive» or closely

---

<sup>40</sup> Prof Sornarajah —see most recently 2004, *op. cit. supra*— is a still surviving advocate of the «NIEO».

<sup>41</sup> WÄLDE (2005a).

<sup>42</sup> For a series of papers highlighting, mostly, the «regulatory policy space» than the other side of the coin, treaty-based investment protection, see the UNCTAD seminar in 2002: [http://www.unctad.org/en/docs/iteia20034\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteia20034_en.pdf).

<sup>43</sup> See the extensive discussion in PETERSMANN in: HILF and PETERSMANN (1993).

linked government and the «political rent» enjoyed by the «state classes». They may be co-opted, but that usually takes place only over the long term and rather favours large multinational companies, but less so entrepreneurial companies with limited experience and local staying power.

The collusion that often exists between powerful local business groups (nationally or locally) and the relevant elements in the government are rarely fully visible. It is like a «black box» where one sees the result: that some do inexplicably very well out of the interaction with the government, while others—both domestic and in particular foreign investors—can not get a foot in the door however hard they try and however much they comply with the formal, visible and explicit local rules<sup>44</sup>. It is against this backdrop of the hidden confrontation of foreign investors with the «black box» of government-local business collusion that external disciplines are helpful to reduce the black-box effect by encouraging greater transparency in government-business relations, an essential pre-condition for a more equal playing field. It also explains why explicit (or *de jure*) discrimination is quite rare; legally explicit and visible discrimination is rather a sign of early and clumsy conduct by government (as by the Canadian Minister for Environment in the Myers v. Canada case). With growing awareness of the national treatment discipline's enforceability, discrimination —favouring the local businesses with political leverage— is likely to operate rather behind veils. The main investor complaint is therefore often about discrimination that only can be identified by its effects rather than by explicit manifestation. The protectionist and anti-foreign investor intent came out in the Myers v. Canada or the Feldman v. Mexico case quite late. In these cases the detailed factual discovery and examination that is part of the benefits of in-depth litigation indicated the powerful influence of domestic business groups keen to preserve a monopoly or at least a significant

---

<sup>44</sup> I have developed this observation with particular respect to public energy monopolies, state-and privately owned: WAELEDE (2002). There is analysis from a business perspective on the role of domestic majority investors, but also minority investors in using their capture of the state's regulatory, administrative and political machinery to squeeze out foreign partners that are from far away—geographically, culturally, socially and ideologically—and who have little understanding and ability to influence such domestic governmental processes as effectively as well connected local businessmen—see: DESAI and MOEL (2004), p. 27 at note 62.: «Zeleshny's ability to control the value of CNTS arose, in part, from the ability to access Czech officials and court public opinion while CME was viewed as a remote entity. The CME example suggest that proximity to critical resources can lead to greater control and that remote owners may not retain the level of control indicated by their ownership shares». The Feldman v. Mexico tribunal seems also to have faced such a black box phenomenon, with enforcement more focused, rapid and effective against Feldman than against his Mexican competitors (where Mexico's economically most powerful businessman had a key role).

competitive advantage based on privileged relationships with government<sup>45</sup>. In this difficult situation —where the borders between the natural advantage of «local players» and exorbitant «crony capitalism» are not easy to distinguish—, the traditional core discipline of investment treaties —no expropriation without full compensation— only plays a marginal role. It is in the main the role of the revived «national treatment» discipline to help movement towards a more level playing field. Such a contribution can only be limited: Without radical affirmative action which is usually politically and practically not feasible, international disciplines even if vested with effective arbitration enforcement can only go so far in equalizing competition between foreign and domestic, large and smaller, entrepreneurial companies. There is a significant rest of «foreign handicap» —based on personal, cultural and institutional links and affinities— which is an unavoidable reflection of the fact that societies are not just legal and mechanical constructs, but living and with respect to the non-member distinct social communities. But the re-activation of the «national treatment» principle as a key component of the investment disciplines in modern investment treaties indicates the need for moving towards a more equal —never fully equal— playing field in light of the natural collusion between domestic business and captive government against foreign «newcomer» investors: the «new kid on the block» seen as disruptive to the established ways of playing profitable games.

This observation in turn raises the difficulty of applying a «national treatment» obligation effectively. There is a need to find a reasonable balance between the intrusion into national regulation and administrative practices —in itself an expression of the culture, good or bad, of national and then local communities— and a wise restraint respecting the limits of what is politically and practically feasible at a particular point of time and in a particular situation. Over the last years, intensive opposition has developed against the external intrusion into the domestic «regulatory space» by, first and foremost, WTO law; opposition against the lesser intrusion by international investment treaties is a companion, though investment treaties usually are focused on particular cases of affected individual investors<sup>46</sup>, rather on more generalized issues of anti-trade domestic policies. This opposition is part of the anti-globalization sentiment; many if not most NGOs, trade unions and industries anxious about losing domestic market power and the associated benefits. Intrusion into the domestic «regulatory space» is what international economic law does and is fully intended to do. The political

---

<sup>45</sup> See also: PUIG, TDM 2004 (?) on the role of Carlos Slim, Mexico's most influential businessman, in the background of the Feldman v. Mexico dispute.

<sup>46</sup> On the difference between trade and investment disputes: TRACHTMAN, 2002, *op. cit.* supra.

legitimacy of such intrusion is based on the fact that countries with unfettered sovereignties have been economically—and politically—unsuccessful, indeed a threat to peace and security. Economic theory and experience suggest that open economies should do well and have done best, while closed economies should do badly and have fared worst. The economic and political success of the 50 years of EU integration has shown the benefit of external disciplines and institutions while the example of closed economies—the Communist countries in the past or the persisting examples of, say, North Korea or Belarus—show the association of closure with failure. The legal legitimacy of external disciplines on domestic regulation is based on voluntary consent and accession to the relevant trade and economic treaties. So «intrusion» into the «regulatory space» of national communities, governed more or less democratically, is not per se an argument against application of disciplines such as «national treatment». International law limits, and that is its function, the sovereignty of states as national law limits, and that is its function, unfettered freedom of individuals. However, there are limits on the scope of such intrusion. These are related to the social and political acceptability of external disciplines, and such de facto limits should be accommodated within the way the external disciplines are interpreted and applied in practice. Whatever the discussion between realism and idealism in international law, some realism is necessary in order to make international economic law practically effective rather than utopian.

It is helpful to appreciate the link between the potentially quite intrusive WTO restraints on national economic policy powers on one hand, the three-tier process of managing disputes (often with more than one phase) and the quite finely tuned system of remedies—as a rule ex-post and prospective, as a rule without direct financial liability for damages, and intended to encourage the defendant state to gradually move its regulatory and administrative system towards compliance<sup>47</sup>. This system of a very gradual adjudicatory process, leading not to huge damages for conduct in the past, but rather to pressure towards a prospective adjustment of regimes contrasts starkly with investment arbitration where a rigorous logic of systematically calculated damages can lead to massive damage awards for what could be seen as not fundamental infringements of the rules. The best illustration is the series of CME/Lauder cases where two respected tribunals on the basis of the same facts and with, each, a respectable reasoning came to either a dismissal of claim (*Lauder v. Czech Republic*) or

---

<sup>47</sup> MAVROIDES (2000).

the award of a 350+ Million US \$ award<sup>48</sup>. Such stark differences between winning or losing a claim do not occur with WTO remedies. The application of conventional damages methodology combined with the usual wide range of valuations possible leads more easily to damage awards which can destabilize the investment arbitration system than in the WTO situation. If analogies are to be drawn between the WTO-based intrusion into the national policy space and investment arbitration, then one needs to take also into account the greater subtlety of WTO remedies. They allow a step-by-step encouragement of compliance in ways that move the disciplining effect forward, but only as much as it is politically acceptable without endangering the viability of the WTO system. This consideration should help to think about national treatment not in the usual legal separation between breach and damages, but to link the type of breach with the type of remedy that is suitable and most effective in making the national treatment discipline effective.

Finally, one needs to relate the «national treatment» discipline to the investment promotion role of investment treaties. This central objective has been documented for the two main multilateral treaties. It is likely to be either an explicit or implicit function of every investment protection treaty. Their function is to encourage new investment (and maintaining of current investment, possibly even to encourage return of flight capital) by a credible promise of protection (conventionally mainly in terms of protection of property and sanctity of contract) but in the regulated, post-privatization economy it is protection from discriminatory practices which obstruct the «normal» running of a business operation. In the post-privatization regulated economy, it is less the protection of tangible ownership rights as the ability to run a business in a context of fair competition which determines the essence of the value of the assets<sup>49</sup>. Discrimination is then the main risk, much more than formal expropriation, against which protection is sought from external, impartially enforced disciplines. By providing such effectively enforceable guarantees, the host state enhances its reputation and «investment climate»; it increases the credibility of its promises and is able to correct to some extent the disincentive inherent in low-governance quality frequent in developing and transition economies; it signals to the international markets that it is serious about

<sup>48</sup> The Svea Court of Appeals judgement is the end of the case and it summarizes the various cases and awards preceding it, published with a comment: T. Wälde, Introductory Comment to the CME/Lauder v. Czech Republic Litigation International Legal Materials, 2003: 42 ILM 811. One needs to add that such large awards have been rare and tribunals have in most cases been cautious with damage awards. For a more detailed discussion of remedies and compensation see my ILA report - *op. cit. supra*.

<sup>49</sup> WÄLDE and WOUTERS (1996).

its commitment to treat investors reasonably well, even after they have become «hostage» to the vagaries and volatilities of often difficult countries. This function —though often explicitly referred to in preambles and objectives statements of investment treaties— is rarely appreciated or even understood in academic literature, though analyzed in quite some depth by authoritative discussions of international rules by the World Bank<sup>50</sup>.

External disciplines—if taken serious, as they will be if there is a credible enforcement mechanism—will not only make host state policies more credible, but they will also make them more stable. If domestic economic reform is «anchored» in external disciplines, it will be more insulated from the vagaries of domestic politics, and the foreigner-bashing that comes naturally to opposition parties; agitation against foreign businesses is always a temptation in domestic politics, particularly if it finds support in politically favoured domestic competitors. But it can often result in lasting damage to the stability of property rights, of contracts and the perception of the domestic investment climate. External disciplines provide support to domestic forces opposed to short-term populism<sup>51</sup>, they create political and financial costs against the tearing up of contracts and other rights for short-term political gain and thus stabilize economic policies that are technically correct and wise from a longer-term perspective. National treatment is thus an external discipline to anchor good-governance more firmly than mere importation of foreign models subject to political process vagaries would do. Nowhere has this been better shown to work than in the EU. It represents the rationale underlying all fine balances in constitutional systems where the long-term interests of the nation—or union—have to co-exist with the short-term perceptions of interest and sentiment of an unfettered democratic process<sup>52</sup>. International investment law is therefore a projection of constitutional approaches to the governance of the global economy.

### **3. PRECEDENTIAL JURISPRUDENCE BY ANALOGY: CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW, WTO, EU, US**

There is no formal common law rule of precedent—*stare decisis*—in international investment law. This is even more so in international commercial arbitration

---

<sup>50</sup> For example, World Bank Development Report, 2004, «A Better Investment Climate», chapters 5 and 9—compare, on the other hand, with Sornarajah, 2004 where dependency, neo-colonialism and exploitation are amply discussed and frequently insinuated, but where the investment promotion, good-governance and signaling functions are ignored.

<sup>51</sup> PUTNAM (1988).

<sup>52</sup> Alexis de Tocqueville on the US constitution; RAKOVE (1966).

with which investment arbitration shares similar procedural (but not substantive) tendencies<sup>53</sup>. In commercial arbitration, awards are as a rule not public; they are sometimes summarized in a sanitized way. As arbitrators are primarily appointed by and accountably only to the parties, with a contractual relationship to the parties, awards are not written with an eye towards precedential effect and persuasion of the public, but almost exclusively for the parties and with the intention of accommodating their views and sentiments. Such award styles are therefore not very suitable for developing precedent. Not surprisingly arbitration awards can differ dramatically from each other in style, substance, selection and interpretation of the law. It is only in rare cases that such divergences surface<sup>54</sup>.

Investment arbitration though is quite different. The similarities with commercial arbitration can be deceiving even though the attitudes brought in from commercial arbitration linger on. First, it is in most cases not two parties disputing about a contract, but it is a foreign investor claiming damages because of governmental measures. Public policy issues are always present; they are rarely directly relevant in commercial arbitration. The treaty obligations on which claims are based are very open-ended, with general language («Fair and equitable», «non-discrimination») far away from the very detailed text of modern international commercial contracts. These treaty terms can not be interpreted only on their own, but only in the context of the treaty. All this leads to the increasingly dominant role of precedent as the few awards of the past (say 15-20 from 1950 to 1980) and the historically distant mainly PCIJ and terse claims commission decisions, are now being gradually superseded in weight by the substantial increase of investment treaty cases since in the main 1995. Tribunals recognize that they are not dealing with commercial contracts, but treaty instruments under international law for which the interpretation methods of treaties —Art. 31-33 of the Vienna Convention on Treaties— are the one authoritative guideline. This leads to the established sources of international law as expressed in Art. 38 of the statute of the International Court of Justice, that is:

---

<sup>53</sup> While investment arbitration comes with the styles, procedures, formats and to a significant extent personnel of commercial arbitration, it is in substance a form of international quasi-judicial review of administrative conduct so that in essential, not minor procedural issues, a look towards comparative constitutional and administrative law of judicial review and towards international forms of judicial review as exercised by the European Court of Justice or the WTO dispute system is more warranted.

<sup>54</sup> As in the CME/Lauder v. Czech Republic case which was not a commercial arbitration, but an investment arbitration using commercial arbitration forms.

- «international custom, as evidence of a general practice accepted by law»<sup>55</sup>
- «general principles of law recognized by civilized nations» and
- judicial decisions (as a subsidiary means).

All three categories allow authoritative arbitral awards to contribute, in a cumulative way rather than as distinct individual awards towards international law formed by a line of precedent<sup>56</sup>. Modern investment arbitral awards are increasingly publicly available, in response to general professional interest in useful precedent, but also to NGO pressure for greater transparency. Once they become public, they are subject to the usual ways of professional, academic and political quality control in terms of public discussion and critique<sup>57</sup>. As a result, the style of awards has gradually changed from one only intended to accommodate two disputing commercial parties to one that is comparable to judgments by senior national courts, the WTO Appellate Body, the ICJ, ECHR, ECJ and similar international courts.

Precedent and litigation dynamics also build momentum towards the emergence of a «persuasive precedent» role of individual awards and authoritative precedent role of principles that get confirmed and reinforced in a series of awards. In modern investment arbitration, a large amount of legal resources is deployed by both parties —counsel, experts, witnesses, discovery, cross-examination and several sequences of pleadings and hearings, sometimes now also amicus briefs—to persuade the tribunal. A tribunal with two members appointed by each party and the chair appointed by the parties or at least with the informal consent of the parties by an appointing authority—all keen to win re-appointments—, can

---

<sup>55</sup> See here, for investment treaties, on common core content of modern investment treaties as contributing towards a contemporary definition of customary international law: LEBEN (1998: 248); HINDELANG (2004: 767); always contra: SORNARAJAH (2004: 104, 306, 319, 330) who claims the 2200+ (plus 2500+ equivalent of BITs in terms of ECT and NAFTA treaty relationships) are not specific enough to contribute to customary international law, but in other parts of his books complains about the surprisingly identical substantive content of African BITs and of BITs based on large-country models, and, after having highlighted the special character of BITs proceeds to discuss their content in general and generic terms. Critically also: GUZMAN (1998), but his argument that BITs have no sense of legal obligation because developing countries seek advantages is not persuasive as most or all treaties or legal obligations are accepted because advantages are being sought.

<sup>56</sup> On the role of authoritative soft law to guide the interpretation of open-ended language in investment treaties: WÄLDE (2004).

<sup>57</sup> Just note the publication of awards on: [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid); [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com); [www.investmentclaims.org](http://www.investmentclaims.org); <http://ita.law.uvic.ca> —in addition to conventional and often sanitized publication and comment in the publication vehicles of commercial arbitration.

not but be influenced by the arguments put forward by parties. The parties will seek —with extensive resources backing their advocacy— not to leave a stone unturned in their effort to find persuasive precedent to support their case. The litigation dynamics thus involves a search for both precedents in existing and emerging investment arbitral jurisprudence, but also an effort to dig up analogies wherever a credible reason can be found for such analogy. A tribunal, when faced with the challenge of interpreting a so far untested, open-ended treaty clause will naturally gravitate to seek support from any other authoritative, respected and reasonably cognate area of law, both to help it find its decision and, perhaps more importantly, for providing authority for its reasoning. Judges and arbitrators fear little more than being accused of «subjective and discretionary» decisions. The power of the tribunal —but also its accountability— «increases in direct proportion as the norms increase in generality»<sup>58</sup>. The more general the investment disciplines, the more tribunals will want and have to search for external authority that protects them from the «subjectivity» accusation. While such elements are part of the real-life decision-process, they will be overlaid by a reasoning that presents the decision as «objective», as «finding» rather than «creating» the law. The more an area is as yet unsettled, the farther will counsel and arbitrators reach out to cognate areas of law; the more a jurisprudence is settled, the less such far-reaching analogy will be necessary. The more «revolutionary» a judicial decision, the more the courts and tribunals will seek to present it as nothing but an application of well-established principles to a mildly novel factual situation.

To sum up, precedent plays a most significant role in investment arbitration. One can perhaps distinguish direct precedent —other arbitral awards interpreting a similar clause in a similar context— and more remote, indirect precedent —analogies from cognate, but distinct fields such as in particular WTO, ECJ and comparative jurisprudence. Should an award deviate from a well-established and directly precedential jurisprudence, then the burden of reasoning will be much larger— arguably sanctioned by Art. 52 (1) (4) of the ICSID annulment procedure and the rules for judicial review of arbitral awards in the case of non-ICSID awards.

As a starting point, the closest source of guidance for the application of national treatment in investment treaties is the jurisprudence on national treatment in GATT Article III. It is notable that this was the route taken by claimants and tribunals in the very first NAFTA cases that applied the national treatment Article 1102 such as SD Myers and Pope & Talbot. The language employed in GATT Article III (and especially GATT Article III.4) is similar in

---

<sup>58</sup> McKEAN (1983), also: PAUWELYN (2003).

certain respects to that adopted for national treatment in investment treaties. This is by no means unexpected considering that underlying concepts from the WTO were imported into various newly negotiated investment treaties including Chapter 11 of NAFTA, the Energy Charter Treaty and the aborted OECD Multilateral Agreement on Investment. Further, there is a commonality in purpose that unites these different arms of international economic law: the setting up of international controls on domestic economic policy making. It is thus understandable that the instinctive reaction of counsel and tribunals in the first NAFTA Article 1102 cases was to look towards the WTO, and to import WTO jurisprudence more automatically than the difference between both areas of law should allow. One import was the structure of analysis adopted in the GATT Articles III and XX approach: likeness? —different treatment?— justification? Then again, this structure is by no means limited to the WTO jurisprudence as it is a general approach that unites any general discrimination claim. It is also in the main the approach that two prominent NAFTA states (in particular US, also Canada) have suggested for investment treaties<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> See US/Canada Declaration on the ECT art. 10 NT standard (one should note both countries did in the end not sign the Treaty): «With respect to Article 10 Canada and the United States each affirm that they will apply the provisions of Article 10 in accordance with the following considerations:

For the purposes of assessing the treatment which must be accorded to Investors of other Contracting Parties and their Investments, the circumstances will need to be considered on a case-by-case basis. A comparison between the treatment accorded to Investors of one Contracting Party, or the Investments of Investors of one Contracting Party, and the Investments or Investors of another Contracting Party, is only valid if it is made between Investors and Investments in similar circumstances. In determining whether Differential treatment of Investors or Investments is consistent with Article 10, two basic factors must be taken into account. The first factor is the policy objectives of Contracting Parties in various fields insofar as they are consistent with the principles of non-discrimination set out in Article 10. Legitimate policy objectives may justify differential treatment of foreign Investors or their Investments in order to reflect a dissimilarity of relevant circumstances between those Investors and Investments and their domestic counterparts. For example, the objective of ensuring the integrity of a country's financial system would justify reasonable prudential measures with respect to foreign Investors or Investments, where such measures would be unnecessary to ensure the attainment of the same objectives insofar as domestic Investors or Investments are concerned. Those foreign Investors or their Investments would thus not be "in similar circumstances" to domestic Investors or their Investments. Thus, even if such a measure accorded differential treatment, it would not be contrary to Article 10. The second factor is the extent to which the measure is motivated by the fact that the relevant Investor or Investment is subject to foreign ownership or under foreign control. A measure aimed specifically at Investors because they are foreign, without sufficient countervailing policy reasons consistent with the preceding paragraph, would be contrary to the principles of Article 10. The foreign investor or Investment would be "in similar circumstances" to domestic investors and their investments, and the measure would be contrary to Article 10.

It is much more difficult to simply transpose specific WTO jurisprudence on questions such as the determination of «likeness». GATT Article III.4 for example speaks of «like products» whilst NAFTA Article 1102 uses the formulation «in like circumstances». There is also the very pertinent difference that exists between most investment treaties and the WTO compact. Unlike the WTO, most investment treaties do not contain a general exception from application in the form of a GATT Article XX. There are however good reasons why WTO jurisprudence should be examined closely for analogy. WTO Panels and the Appellate Body have grappled for decades in sometimes intensively debated and commented cases with the contours of a national treatment inquiry. In recent years, the jurisprudence has tackled the difficult task of identifying hidden discrimination in origin-neutral regulation. The criteria and reasoning developed in the WTO context thus should not be ignored in the task of developing a coherent approach to underpin national treatment as it applies in the investment treaty context.

At the same time, one must bear in mind key systemic differences between WTO and investment disputes. WTO disputes are inter-governmental only and there is no unscreened access by private claimants<sup>60</sup>. Investment remedies are mainly monetary damages. WTO remedies in contrast are prospective and try to encourage and move the non-complying state gradually into compliance. They have none of the financial impact of a multi-million dollar award often with compound interest that can be the result of an investment arbitration. There is also the issue of institutional structure and support of the dispute settlement process. The WTO secretariat is closely, some say too intrusively, involved with the award<sup>61</sup>. The WTO is also marked by a formal appeal process that is missing in the investment treaty context apart from the rudimentary ICSID annulment procedure.

It is perhaps in the scope of operation that the most fundamental difference lies. WTO law relates to trade in goods and services. As such, it affects the conduct of traders who would like to be more active in the importing country but they are not exposed as yet to sizeable risk as investors who have entered the host state. While trade and investment can sometimes overlap, (in particular in services trade), there is still a fundamental difference. The investor has made the leap

<sup>60</sup> This is not to say the decision to commence WTO processes is taken by reference to state interests alone. Indeed, some aspects of the WTO compact expressly contemplate the involvement of the domestic industry affected. This is most notable in the area of anti-dumping duties. Thus, Article 5.1 of the WTO Anti-Dumping Agreement provides that the regulator's investigation into whether dumping has occurred is initiated upon a written application by the affected domestic industry.

<sup>61</sup> See, e.g., J. WEILER in PORTER *et al.* (2001).

and, is exposed as a «hostage» to its host state that now can change its conduct and extract rent from the investor. A commercial entity in a trading relationship with an importer in the host state is rather looking prospectively into the future to develop opportunities rather than having to protect investments already made<sup>62</sup>. The need for protection for an investor will therefore in many cases be much greater than in a typical WTO dispute though with the links between investment and trade some convergence and parallel applicability of both trade and investment rules may occur.

The next proximate field for analogy should be international law on discrimination<sup>63</sup>. Since discrimination has been a standard item in international trade treaties since at least the 12th century, and presumably long before this<sup>64</sup>, one would expect relevant case law. There are however very few cases. The Oscar Chinn case<sup>65</sup> revolved around a guarantee of «commercial freedom and equality» in the Treaty of St. Germain of 1919 Otherwise, discrimination against foreigners in matters of economic policy has received little attention in international law. This is of course apart from the controversy of whether discrimination makes an otherwise legal expropriation illegal under international law. Home states, in particular in the context of decolonisation expropriations, have taken that position against host states and NIEO advocates<sup>66</sup>.

There is probably no general international law prohibition on discrimination against foreigners<sup>67</sup>. Indeed, there are many cases of discrimination —both for and against foreigners— which are largely accepted. On the other hand, there is a trend towards considering discrimination on the basis of race and certain other factors (religion, gender et. al.) as illegal. In contrast, Professor Sornarajah considers «affirmative action» discrimination as acceptable<sup>68</sup>, meaning measures that discriminate in favour of indigenous or socially and economically disadvantaged

---

<sup>62</sup> TRACHTMAN, UNCTAD report, 2002, *op cit.*

<sup>63</sup> Authoritatively: MCKEAN (1983); also: MANIRUZZAMAN (1998).

<sup>64</sup> ERLER (1954).

<sup>65</sup> PCIJ 1934 ser A/B. No. 63; case comment by T. WEILER in T. WEILER (Ed), 2005.

<sup>66</sup> See the discussion in MCKEAN (1983: 196-198) referring to the Anglo-Iran case, the Suez Canal nationalization and the Indonesian nationalizations of Dutch companies.

<sup>67</sup> Notably however, a senior US Court in the Sabbatino case made precisely such a claim. See 307 F2nd 845, 866 (1962), reversed by the US Supreme Court, 376 US 398, 433 (1964); 307 F2nd 845, 866 (1962), reversed by the US Supreme Court, 376 US 398, 433 (1964).

<sup>68</sup> SORNARAJAH (2004: 201).

people<sup>69</sup>. Discrimination based on racial hatred is considered illicit<sup>70</sup>; the question then arises of whether «racial hatred» can also include measures against «hated aliens»<sup>71</sup>. Most of the scholarly discussion and the little of jurisprudence on issue<sup>72</sup> suggests that «positive discrimination» may be permitted if reasonably effective to compensate factual inequalities. It also suggests that the key issue is if there are reasonable—and proportional—grounds for distinct treatment and that the difference in treatment is done without abuse and in good faith.

Whilst traditional international law presages the basic concepts of today's interpretative discussion, it does not seem to yield specific standards for applying current investment treaties. This is particularly the case as modern economic treaties are much more numerous, specific and are now faced with discrimination in the context of the post-privatisation regulatory state for which there is very little precedent<sup>73</sup>. Human rights treaties focus on individuals rather than businesses though the European Convention on Human Rights protects both juridical persons and property through its Additional Protocol<sup>74</sup>. The role of discrimination against foreigners in its jurisprudence is still to be properly researched. None the less, some of the criteria used—proportionate affirmative action to correct inequalities, good faith and absence of abuse—should be part of a standard inquiry into the existence of legitimate policy reasons in a national treatment test.

<sup>69</sup> Also Art. 24 (2) of the ECT: Certain measures are exempted from the ECT's scope, such as: «Designed to benefit investors who are aboriginal people or socially or economically disadvantaged individuals or groups [...]. That exemption is limited by non-discrimination between member state investors and by the absence of a «significant impact on that Contracting Party».

<sup>70</sup> MANIRUZZAMAN (1998) with reference to SORNARAJAH.

<sup>71</sup> Most references, e.g. SORNARAJAH (2004), select only relatively benevolent cases of affirmative action – e.g. for the Malay majority in Malaysia, for lower castes in India. The definitively not benevolent discrimination against Jews in Nazi Germany—the «Aryanization» of Jewish-owned business—is however rarely mentioned in this context: FRIEDLAENDER (1977). Then, as in the 1970s in the NIEO context, the principle of «absolute state sovereignty» was asserted against international rules and intervention (at p. 139).

<sup>72</sup> PCIJ advisory opinion on the minority schools in Albania; 1935 19 ser A/B NO. 64 and Advisory Opinion concerning German settlers in Poland, 1923 PCIJ 24, ser B No. 6.

<sup>73</sup> Apart from perhaps the Oscar Chinn case.

<sup>74</sup> There are reportedly over 45000 applications per year, though few of them deal with major matters of economic regulation affecting property rights; D. Anderson, Expert Opinion on Yukos case in Houston, February 2005, on: [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com) 2005; on ECHR jurisprudence with respect to property protection: CONDORELLI (1995); ANDERSON (1999); SORNARAJAH (2004: 154), claims that the ECHR instruments «do not contain any reference to the right of property» to reject those who «scavenge for authority in the most unlikely quarters» for recognition of property as a universal human right — something that is hard to square with the significance of the Additional Protocol to the ECHR and increasing jurisprudence of the Latin American Convention, e.g. Banco de Lima case, *supra*.

The elimination of discrimination has constituted a key plank in the EU's successful integration effort. One can perhaps distinguish three dimensions of that anti-discrimination effort, although it often does not operate under the label of «discrimination», but under the category of «elimination of impediments to freedom of movement (capital, services)»<sup>75</sup>.

- Firstly, there is an absolute prohibition of discrimination (Art. 6, ex Art.7) on grounds of nationality. It has been widely interpreted: Any disadvantages —not only disadvantages suffered in the context of a competitive commercial context— are forbidden; special favours granted to one can be discriminatory disadvantages for others. Discrimination is covered that is explicit, but also that which is only indirect and de facto. But different treatment is not discrimination if it can be justified on reasonable grounds.
- On a second level, the equivalent of a discrimination rule is contained in the far-reaching prohibition on freedom of movement of goods, capital and services. These capture virtually all de-facto, by effect only, forms of disadvantages for foreign investors. The key debate here is usually less if forms of regulation and government conduct can be qualified as a restriction on intra-Union trade, but rather if they can be justified<sup>76</sup>. The debate and the fine points of ECJ jurisprudence tend to turn around issues of least-restrictiveness and proportionality, but also recognition of governmental discretion in assessing and shaping economic policies. That leaves some immunity for domestic cultural preferences and social and political needs<sup>77</sup>. In so far, EU trade law is much closer to WTO law than the use of different terminology suggests<sup>78</sup>.
- On a third level, there is the much more advanced and intensive level of integration intensity, as compared, for example, to the WTO and the NAFTA. This comprises positive action to develop common standards or mutual recognition and other pro-active measures to propel integration are continuously developed in a way that has no equal outside deeply federated states (such as the US). This is usually done by directly effective regulation or, in most cases, by EU directive. Much of the elimination

---

<sup>75</sup> Summary: McKEAN (1983: 201-202).

<sup>76</sup> Hartley (1994).

<sup>77</sup> 1997 ECJ electricity import monopoly, EC Commission v. France *et al.* (C159/94) [1997] E.C.R. I-5815.

<sup>78</sup> WEILER (2000).

of discrimination of trade and investment between member states came about not by individual judicial decision, but by large-scale restructuring of the regulatory regimes for industry by directive. This instrument of intensive integration policy is neither available nor suitable under the low-integration levels of BITs.

The ECJ jurisprudence in turn largely reflects the deeper and more intensive level of integration than exists in most other international fora. It is thus unlikely to serve as a strong precedent for the much looser pre-integration aims and preconditions of investment treaties. On the other hand, the decades of jurisprudence developed with a pro-integrationist purpose, (whilst still balancing Community interests versus national identities) should not be ignored. The ECJ, in particular, has often developed subtle (if not always consistent) ways of moving integration forward step-by-step, while not going so far as to provoke a too radical counter-reaction. Measures that overshoot a reasonable underlying policy rationale are separated from those that can be legitimized. The Danish bottle case<sup>79</sup> is a good example of how discriminatory legislation was struck down where it overshot a legitimate underlying environmental objective. It is therefore in particular ECJ jurisprudence relating directly to discrimination (where there is no requirement of a competitive context) and relating to justification of restraints on intra-EU freedom of movement that should be relevant per analogy to our national treatment challenges. On these levels, EU law is not that far removed in terms of integration intensity from investment treaty situations, while on level three—positive action—the EU may serve as a laboratory for regional economic integration advocates, but not for current investment arbitration.

Comparative national law on judicial review of administrative acts—usually with claims that national constitutional guarantees of equality of treatment are breached—would be another natural area for analogy. Since investment arbitration is in effect quasi-judicial review of government conduct by affected investors, it is more comparable to judicial review than to commercial arbitration. Nevertheless, there are serious differences: National constitutional guarantees of equality play within a national context. There is less sensitivity over the national judiciary (including constitutional courts) intervening in national legislation than there is over foreign adjudicatory bodies intervening in domestic policy areas. On the other hand, investment treaties have the explicit purpose of encouraging investment and enhancing good-governance by protecting exposed foreign

---

<sup>79</sup> Case 302/86 Commission v. Denmark (1988) ECR 4607, 1 CMLR 619 (1989). European Court of Justice, Brasserie du Pecheur v. Germany; Regime v. Secretary of State for Transport, Ex Parte Factortame, *The Times*, March 1996, p. 38.

investors. The closest that comparative judicial review comes to national treatment challenges in investment arbitration is probably where the federal courts (e.g. US Supreme Court) exercise economic integration roles similar to the one by the ECJ. The questions of discrimination for out-of-state businesses can at times raise issues quite similar to those arising under investment treaties<sup>80</sup>.

To sum up, there is good reason to look to precedent in other fora where judicial control is exercised over domestic economic policy-making and where equality —or discrimination— is used as the main interpretative standard. However, none of the sources considered in this article can be simply transposed into the investment treaty context. There are some similarities, in particular in areas where legal rules are used on a relatively low-intensity level of economic integration to strike out relatively direct and easily identifiable measures of discrimination. Such analogies, as tenuous as they often are, are also inevitable until a separate body of arbitral jurisprudence on national treatment has emerged. But every analogy that is proposed to tribunals or relied upon by them needs to be seen as a prop. That is, something that might yield an argument, a tested method of solving a dilemma but is not suitable for automatic application.

#### **4. OVERVIEW: TYPICAL NATIONAL TREATMENT CLAUSES IN MULTILATERAL AND BILATERAL INVESTMENT TREATIES**

Although there are now over 2400 BIT (and another 1000 or so equivalent bilateral treaty investment protection relationships in operation, there are certain core commonalities and often very similar language that has emerged, in particular with treaties influenced by the modern US/UK model since 1990<sup>81</sup>. The multilateral treaties (and the newest US model) provide the most representative illustration. Multilateral treaties tend to be negotiated with more care and rely less on established models. They are therefore most instructive for the state of the art and state of development of modern investment treaty practice.

NAFTA Art. 1102 can perhaps be seen as the «mother» of all modern national treatment clauses in investment treaties: «Each Party shall accord to investors (Art. 1102 (2) refers to investments», i.e. domestic host state subsidiaries of foreign

---

<sup>80</sup> The Methanex v. US case presumably raises quite related issues to NAFTA art. 1102 under the US inter-state commerce clause.

<sup>81</sup> SALACUSE/SULLIVAN 2005; on the new model: M. KANTOR, TDM 2004 (check); also: GANTZ in WEILER (Ed) 2004, NAFTA Chapter XI arbitration; for an overall survey of all sorts of formulations with respect to national treatment see UNCTAD, 1999 and 2005. They also describe issues not dealt with here such as pre-investment (access), sectoral and other restrictions; relationship with the MFN and other typical BIT clauses.

investors) of another party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.»

Art. 1102 (3) is also of more interest than just the reference to sub national authorities: «The treatment accorded by a party [...] means, with respect to a state or province, treatment no less favourable than the *most* favourable treatment accorded, in like circumstances, by that state [...] to investors [...] and investments [...].»

National treatment in the NAFTA thus covers both «investors» and «investments» (foreign parent and domestic subsidiary). It is necessary to note the use of «like circumstances» which is textually different from the *identical* circumstances language as was proposed in the aborted UN Code of Conduct<sup>82</sup>. One should also note the possible qualification to «the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments». There are other listings, such as in the 1992 World Bank Foreign Investment Guidelines which refer to permits, property rights, security, legal matters; the draft MAI lists also «enjoyment» and the Asian Framework Agreement on Investment makes clear the list is only illustrative but not exhaustive<sup>83</sup>. It is difficult to see any relevant government action affecting foreign investment that is not covered — including merger regulation («acquisition», «sale») and the application of competition law principles («operation», «conduct»). Art. 1103 (3) is notable as it uses the term «most favourable» in the national treatment context, thus (arguably) contributing something on the disputed question if the comparator is «the most favourably treated domestic investor» or «the average treatment meted out to domestic investors».

In contrast, Article 10 of the Energy Charter Treaty has a not yet properly understood structure: It takes up the NAFTA formulation (no discrimination in specific areas of economic activity) but it adds a general national treatment obligation using the «most-favourable» as compared to domestic investors method:

Art. 10(1): [...] no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal.

Art. 10(3): Treatment” means treatment accorded by a Contracting Party which is no less favourable than that which it accords to its own Investors or

<sup>82</sup> UNCTAD (2005: 171).

<sup>83</sup> Longer analysis: UNCTAD (1999: 31-32).

to Investors of any other Contracting Party or any third state, whichever is the most favourable.

Art. 10(7): Each Contracting Party shall accord to Investments in its Area of Investors of other Contracting Parties, and their related activities including management, maintenance, use, enjoyment or disposal, treatment no less favourable than that which it accords to Investments of its own Investors [...] and their related activities including management, maintenance, use, enjoyment or disposal, whichever is the most favourable.

It may be that at some time in the future parties in litigation will be able to squeeze different meanings out of these three references to national treatment (non-discrimination). At present, all we can surmise is that the more extensive version of national treatment in the ECT as compared to Art. 1102 NAFTA means that the drafters wanted both an «illustrative clause» (but not exhaustive as arguably in Art. 1102 NAFTA, though the scope there is very wide as well) and a general, all-encompassing clause encompassing any sort of national treatment. It may be also that Art. 10 (1) refers here to discrimination that is wider than a difference in treatment between foreigners and nationals (such as, possibly, ethnic, religious, etc discrimination). It requires a lot of imagination though come up with discrimination which is not caught by the national treatment obligation.

The most recent «model» formulation in the 2004 model US BIT is mostly based on Art. 1102 NAFTA, though it contains an interesting omission. The reference to the «most favourable treatment» in Art. 1103 (3) is gone. This omission is most likely explicable due to the experience of the NAFTA member states in cases such as Methanex v. US where respondent states have raised as a defence the fact that other domestic investors were also not treated as well as the «best treated» domestic investor<sup>84</sup>.

It is also useful to have the main text of the comparable GATT and GATS articles readily available:

---

<sup>84</sup> 1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.

2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

3. The treatment to be accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a regional level of government, treatment no less favorable than the treatment accorded, in like circumstances, by that regional level of government to natural persons resident in and enterprises constituted under the laws of other regional levels of government of the Party of which it forms a part, and to their respective investments.

GATT Art. III: 4:

«The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use.»

Article XVII of the GATS:

«1. In the sectors inscribed in its Schedule, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to its own like services and service suppliers. 2. A Member may meet the requirement of paragraph 1 by according to services and service suppliers of any other Member, either formally identical treatment or formally different treatment to that it accords to its own like services and service suppliers. 3. Formally identical or formally different treatment shall be considered to be less favourable if it modifies the conditions of competition in favour of services or service suppliers of the Member compared to like services or service suppliers of any other Member.»

There is, we suggest, a link in the formulation of national treatment as it appears in the GATT and GATS and its role in modern investment treaties. This is by no means absolute as there are also clear textual differences in the two divergent strands of international economic law. For one thing, the GATT national treatment formulation has the benefit of a textual direction as to its role in suppressing protectionism in the form of GATT Article III.1. There is no similar guide as to the overall purpose of the national treatment inquiry in the investment treaty context. This absence is largely ignored in the jurisprudence of investment arbitral tribunals that tend on the whole to mechanically attempt to transplant GATT Article III jurisprudence onto national treatment in investment treaties. There remains the unresolved question as to the overall purpose of national treatment in investment treaties. One cannot simply assume the goal should necessarily be the suppression of protectionism (howsoever defined but most likely requiring a pre-condition of competition) as it is equally plausible to conceive national treatment as an inquiry into broader forms of discrimination.

An important point in coming to an understanding on the purpose of national treatment as it applies to foreign investors is the difference when individual investors are exposed as «hostages» to the vagaries of host state economic policy as against the more distant relationship experienced by exporting entities to a importing state. The survey of the perhaps most influential treaty formulations help to be aware of the issues of WTO-to-investment treaties import, but can not resolve it.

## 5. CURRENT INTERPRETATIVE CHALLENGES UNDER INVESTMENT TREATIES

A cursory review of the issues and solutions from cognate areas may be relevant to draw upon pertinent issues that seem to pose significant interpretative challenges. This list is not exhaustive; life is richer than legal drafting can envisage it and new challenges are therefore likely to emerge over time. The four issues that seem particular pertinent are:

1. The overall structure of national treatment test;
2. The determination of «likeness»;
3. The meaning of the trigger requirement of «less favourable treatment»;
4. Whether and when to justify discrimination for legitimate public policy reasons.

Each of these issues will be considered in turn.

### 5.1 Overall structure of National Treatment test

The first step in every discrimination analysis is the search for the appropriate comparison between the domestic business entity and the claimant foreign investor. That search is roughly comparable to the role of «likeness» in the WTO jurisprudence. While it is far from clear that absolutely the same criteria should determine the «likeness» for investors under investment treaties as the «likeness» under the GATT and GATS, it is structurally the first step in the national treatment analysis. The overall structure of the WTO approach has been considered applicable in the joint declaration of both Canada and the US included in the Final Act of the Energy Charter Treaty in 1994<sup>85</sup>:

«For the purposes of assessing the treatment which must be accorded to Investors of other Contracting Parties and their Investments, the circumstances will need to be considered on a case-by-case basis. A comparison between the treatment accorded to Investors of one Contracting Party, or the Investments of Investors of one Contracting Party, and the

Investments or Investors of another Contracting Party, is only valid if it is made between Investors and Investments in *similar circumstances*. In determining whether differential treatment of Investors or Investments is consistent with Article 10, two basic factors must be taken into account.

---

<sup>85</sup> Reprinted in: WÄLDE (Ed), 1996, pp. 617, 618. Note that neither the US nor Canada signed or ratified the ECT. The declaration is therefore rather an expression of how two, and one principal, negotiating party understood the meaning of national treatment in 1994.

The first factor is the policy objectives of Contracting Parties in various fields insofar as they are consistent with the principles of non-discrimination set out in Article 10.

*Legitimate policy objectives* may justify differential treatment of foreign Investors or their Investments in order to reflect a dissimilarity of relevant circumstances between those

Investors and Investments and their domestic counterparts<sup>86</sup>. The second factor is the extent to which the measure is motivated by the fact that the relevant Investor or Investment is subject to foreign ownership or under foreign control. A measure *aimed specifically at Investors because they are foreign*, without sufficient countervailing policy reasons consistent with the preceding paragraph, would be contrary to the principles of Article 10. The foreign Investor or Investment would be «in similar circumstances» to domestic Investors and their Investments, and the measure would be contrary to Article 10.»

This statement —reflected in submission by the US and Canada to NAFTA tribunals<sup>87</sup>— is compatible with the general structure of the GATT Articles III and XX test which essentially requires:

Determination of «likeness» —for which claimant bears burden of proof;

Determination of a differentiated treatment —for which claimant also bears burden of proof, and, last

Determination if there are «legitimate policy reasons» which justify such differentiation —for which the respondent government bears the burden of proof<sup>88</sup>.

This three-step test (with its concomitant burden of proof) has been accepted as the basic structure of the national treatment test in a variety of arbitral cases<sup>89</sup>. The difficulty, however, is less with the structure of the test, but rather the legal definition of each of the three steps and their application to a specific factual situation.

The basic structure of the discrimination test and the burden of proof allocation rather reflects the way any lawyer —or reasonable person— will

---

<sup>86</sup> It continues: «For example, the objective of ensuring the integrity of a country's financial system would justify reasonable prudential measures with respect to foreign Investors or Investments, where such measures would be unnecessary to ensure the attainment of the same objectives insofar as domestic Investors or Investments are concerned. Those foreign Investors or their Investments would thus not be «in similar circumstances» to domestic Investors or their Investments. Thus, even if such a measure accorded differential treatment, it would not be contrary to Article 10».

<sup>87</sup> <[www.naftaclaims.com](http://www.naftaclaims.com)>.

<sup>88</sup> See also: T. WEILER (2004).

<sup>89</sup> Nykomb v. Latvia, 2003; Myers v. Canada, 2001; Feldman Karpa v. Mexico (2002); has it also been used in Occidental v. Peru.

approach a claim of discrimination. It is likely to be found in international and national law (customary, human rights) instruments on discrimination (ethnic, political, religious, gender, sexual). While there is sometimes a reference a «detailed, fact-based investigation», a mere reference to an in-depth factual examination does not by itself solve the underlying problems. While it is often useful to have a wide factual understanding, one needs legal criteria to understand which facts may be relevant and how they should be weighed. A direction to a simple factual investigation without guiding principles merely camouflages the wish to give the arbitral tribunal wide discretion to decide subjectively what constitutes discrimination.

The most difficult question is that of determining whether the foreign investor is treated differently and worse *because* it is foreign. Respondent governments—as the three NAFTA governments or the joint US/Canadian declaration to Art. 10 of the ECT—will prefer such a more limitative approach. This suggests as a condition for breach the existence of a subjective element underlying the incriminated government measure. Different treatment in turn would not be a breach if it were motivated by other factors, for example, that the investor brought the disadvantages on himself by unlucky or unskilful ways of interaction with government agencies. Inexperienced and unskilful foreign investors will probably often get a worse deal simply because they have not mastered the skill of domestic government relations. Lack of investor skills in government relations management should not normally constitute a breach by the government of its non-discrimination duty—except if there is some duty to assist, or at least clarify, to the investor what government policies are—an element of transparency and good-faith obligation one finds in a number of recent cases dealing with legitimate expectations of the investor<sup>90</sup>.

Yet, any requirement of subjective factors such as intent is usually hard if not impossible to prove. Government officials may publicly or privately be heard to express negative opinions about foreign investors in general or a specific foreign company. Politicians will frequently engage in foreigner-bashing to attract instinctive anti-alien sentiment prevailing in every society or they may express sympathy with local interests (companies, trade unions) to secure their support<sup>91</sup>. Such public utterances do not necessarily mean that the conduct was truly motivated by an anti-foreigner sentiment as it may have been purely for

---

<sup>90</sup> Metalclad v. Mexico; Tecmed v. Mexico; Waste Management II v. Mexico; Occidental v. Peru; MTD v. Chile;

<sup>91</sup> E.g. the well demonstrated Canadian environment minister's public support for anti-US-investor regulations in the Myers v. Canada case — «Canadian business for Canadians», the «buy America» formal policies in the ADF case or the support to ethanol in its competition for methanol «bought»

public consumption. On the other hand, the absence of a «smoking anti-foreigner gun» may not indicate that discrimination of foreign investors and helping domestic investors was not at the heart of the design of government policy. It may just have been designed, implemented and camouflaged more skilfully. Hidden discrimination will as a rule not be publicly explained as such nor be found in explicit rules, but rather in the way the rules are applied. Focusing the national treatment simply on unskilful discrimination and immunising more skilful discrimination therefore makes little sense. That would mean catching the fool and letting the cunning escape. The adage: «Ye shall recognize them by their fruits»<sup>92</sup> —and not by their words and pretensions— should therefore guide the interpretation.

## 5.2 Likeness

The first step in the examination of discrimination —favouring of domestic businesses as compared to the claiming foreign investor— is to ascertain «likeness». As the claimant is individually defined, it is a matter of identifying domestic companies (investors) that can and should be compared<sup>93</sup>. Everything in life can be compared depending on the criteria («comparators») used. The choice of the relevant criteria to define what can be compared is the key methodological issue which usually will determine the outcome of a national treatment case. If advocates or tribunals wish to achieve a certain result for whatever reason, they will manipulate the criteria for comparison so they yield the desired result. It is therefore essential to define what the relevant comparator should be.

As a starting point, one aspect of the «likeness» or «similarity» standard should be noted. There is no requirement as was contained in the draft UN Code of Conduct of investors being in an «identical» situation. At most «likeness»<sup>94</sup> suggests a similarity, an easy comparability with respect to major qualities of a situation or a person. Various dispute settlement bodies have shrunk from making explicit the choice of comparability criteria by relying on what appears as an automatic, mechanistic application of «likeness», devoid of subjective judgement. This for

by ethanol producer Archer Daniels through campaign contributions to the governor of California in the Methanex v. US case.

<sup>92</sup> Sermon of the Mount, Bible, Matthew 7:16.

<sup>93</sup> They are sometimes named «comparators», though a technically more correct terminology would be to talk of «compared» domestic investors, with comparators meaning the criteria on which the comparison is to take place.

<sup>94</sup> «Similar, nearly equal in any respect, resembling», are mentioned (Chambers dictionary), though «identical» is also mentioned. Our sense, however, is that «likeness» is not «identical» with «identical».

example can on one view be seen in the GATT Article III jurisprudence. GATT and later WTO dispute settlement organs have historically taken a market-based approach to the question of «like products» by emphasizing factors that indicate a competitive relationship between the imported and domestic product in the domestic market-place. Factors such as physical similarities, common end-uses and consumer tastes and habits have been historically been taken as probative of this relationship<sup>95</sup>. The blunt, market-based approach to likeness in the context of GATT Article III has been heavily criticized<sup>96</sup>; it does, though, have advantages: A product that is physically very similar on most counts is most likely to be «like» and has an immediate persuasion effect through plausibility.

It is not however easy to simply adapt the GATT approach that emphasizes certain physical similarities between products to the comparison between a foreign and one or several domestic investors. There may be certain «objective» characteristics that tend to be seen by observers with familiarity of a certain industry as making two investors (or «investment operations») as similar enough. For example, in the Nykomb v. Latvia case, a foreign-owned, modern electricity co-generation plant was seen by the tribunal as sufficiently similar to Latvian-owned co-generation plants with a similar production capacity, similar technology and built in a similar time period (2-3 years) based on incentives derived from the same law. These plants were not «identical»: the colour, an undoubtedly here irrelevant criterium, might have been different; the location was different (which is likely to have been a factor on competition between the plants), but for the tribunal the very tangible characteristic of «co-generation», together with the criterium of «similar time period» and the legal-financial criterium of being based on incentives in the same law were enough to assume «likeness» —and thus allow a comparison of treatment between the foreign-owned and the domestically owned plants. The Nykomb tribunal did not engage in the next test—was there direct substitutability and competition (probably not since the state energy monopoly was the only possible purchaser and was under a purchase obligation) nor did it look for a specific, to be proved «protectionist» or «discriminatory» intent;

---

<sup>95</sup> These criteria pre-date the establishment of the WTO and are drawn from a GATT working party on border tax adjustment. Working Party Report, Border Tax Adjustments, BISD 18S/97, 2 December 1970. For specific WTO cases that have affirmed the relevance of these criteria (and reacted against broader criteria such as regulatory purpose), see Japan-Taxes on Alcoholic Beverages, Report of the Appellate Body, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, Oct. 4, 1996 and Chile-Taxes on Alcoholic Beverages, Report of the Appellate Body, WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R, Dec. 13, 1999.

<sup>96</sup> See, e.g., Donald REGAN, *Regulatory Purpose and «Like Products» in Article III.4 of the GATT* (With Additional Remarks on Article III.2), in 36 (3) J. WORLD TRADE 443 (2002); HOWSE & TUERK (2006); REGAN (2003); VERHOOSEL (2002).

reasonably so, as such intent is hard to prove and if it exists it rather indicates clumsiness on the part of the governmental designers and commercial lobbyists for a privileging measure than anything else. The physical or rather «industry» and «technical characteristics» approach is therefore likely to stay, and perhaps constitutes the base point and the most plausible method of defining «likeness». One should not succumb too easily to professorial sophistication over allegedly too «literal» and «simplistic» adjudicators. It is a method that has a persuasive, presentational and intuitive advantage over more complex methods and thus also serves for external legitimating. When it looks similar to a reasonably industry-trained eye, it may well be similar.

It is worth recalling that ultimately much of the GATT Article III jurisprudence has turned on whether the imported and domestic product are in a competitive relationship<sup>97</sup>. Products that may be quite different in physical characteristics (colour, material, shape, production process, use) may be in direct competition to each other. The boundary of the «competition area» is not a sharp bright line, but rather a gradual greying until competition is rather potential and its effect increasingly weaker. Consumer preferences —their readiness to buy rather motorcycles than scooters if price and convenience change— are relied upon in such a competition analysis. The method seems very similar to the «relevant market» definition of competition law, in particular for the concept of «abuse of a dominant position» and for measuring the anti-competitive impact of mergers<sup>98</sup>. Elements such as price convergence, constraints of one product's terms on the sales of another, geographic dimension, demand substitution, reactions of customers and «potential» competition with low barriers of entry play here a role. However, can one just transfer this method from trade and competition law to investment treaties? The Energy Charter treaty considers the promotion of workable, regulated competition as one of its objectives (Preamble, Art. 6). Similar, the NAFTA (Preamble, Art. 102) include as their general objectives «fair competition» and «competitiveness». Given the link between market economy, liberalisation and economic progress on one hand and competition on the other, it is therefore legitimate to link investment treaties with the goal

---

<sup>97</sup> Consider the Appellate Body's perspective on interpreting «like products» in the context of GATT Article III.4: Likeness is viewed as «fundamentally, a determination about the nature and extent of a competitive relationship between and among products». European Communities -Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, Report of the Appellate Body, WT/DS135/AB/R, March 12, 2001, para 99. In Asbestos, the Appellate Body considers the health risks associated with carcinogenic asbestos fibers as probative of likeness not as a separate criterion (such the regulatory purpose underlying the product distinction with non-asbestos substitutes such as the protection of health) but within the prism of the physical properties of such fibers. See *para 114*.

<sup>98</sup> FAULL/NIKPAY (1999).

of competition. Interference by government in the free play of competition on the side of the domestic investor is therefore something that should fall properly under the non-discrimination rule. This is even more so as the black-box collusion between government and powerful domestic business —on a national or local level— creates considerable competitive handicaps for a foreign investor not part of the «in-group» and thus can severely restrict competition, and indeed does so<sup>99</sup>. There is therefore nothing intrinsically wrong to adopt a market-based approach that focuses on the competitive relationship between market participants rather than simply their output in products and services.

Companies do, however, not compete only with their «products» and «services» in a defined market; they also compete in a much wider sense for «business opportunities» and criteria of commercial strength: sales, profits, strategic position. This competition seems not covered in a traditional competition law analysis nor in a WTO-derived analysis of competition not between companies, but between products and services. A company that is helped here by friends in government and politics to win and develop profitably new opportunities may not compete from the start with the foreign company with the same or even substitutable products and services, but rather gain entry to new businesses. That situation is not captured in WTO law and its relevance in competition law still needs to be examined more closely. A company that can move from one business to acquire another will generate profits and loyalties (politics, civil servants, trade unions, employees) that a foreign company without such influence assets can not obtain. As a result, the competition in the market that could develop —putting competitive pressure on local companies to improve their pure commercial competencies and to provide goods and services of greater quality at lower price to local consumers— does not develop. In consequence, the investment treaty concept of «competitive markets» has to be much wider, and appropriate for the competition for new business opportunities between foreign and domestic firms in cahoots with the government apparatus, other influential domestic social forces and monopoly-like situations. «Likeness» should here be assumed when a foreign company meets opposition from domestic companies in the contest for business opportunities. This is at present a rather tentative conclusion as we have neither seen research nor precedents that discuss the competition for business opportunities rather than simply in the traditional competition and WTO prism the competition between goods and services. What I suggest here is a more «holistic» concept of competitive relationship and likeness, and one

---

<sup>99</sup> *Financial Times*, 9 or so May 2005: «Slovenia prevents foreign supermarkets to enter to protect influential local supermarket group».

that reflects more closely the way business is carried out in societies with a close intermingling of business and politics<sup>100</sup>.

«Likeness» may also not be limited—as in WTO jurisprudence—to situations where there is a competition of any sort between the foreign and domestic companies. In *Nykomb v. Latvia*, for example, the better treated domestic co-generators were not in competition with Nykomb. All co-generators supplied power to the state monopoly which was under a purchase commitment. Nor was there any particular indication of a «competition for business opportunities», at least not in a more direct sense. The tribunal, without further analysis, relied mainly on the test of «industrial comparability»—co-generation, similar capacity, similar period of construction, similar or identical incentives based on the same law. The rationale underlying such reasoning was not that the government measure (i.e. state energy monopoly's refusal to honour special tariff commitment) interfered in the competitive relationship between the co-generators and buyers (i.e. where buyers and sellers meet), but rather that there was no good reason for the state enterprise in a monopoly position not to honour the government's special promotional tariff promise. This was especially the case given that it did in the end honour a similar promise towards local companies. In *Feldman v. Mexico*, the tribunal did not rely on the competition-interference analysis, but saw two companies in essentially the same business: A domestic company with very influential Mexican businessmen on board, and a smallish foreign company, both engaged in cigarette re-sale and exporting. It is possible, but not certain that denial of tax rebates and tax audit harassment of Feldman might have increased the relative cigarettes export share of its Mexican competitor. However, for the tribunal, the essential similarity was not the competition between the two, but rather that in industry terms both were engaged in the same business so that a different treatment was hard to justify on purely objective grounds. In *Occidental v. Peru*, again, there was no competition between Ecuadorean oil producers and Ecuadorean flower producers; the tribunal here jumped over the industrial sector boundaries<sup>101</sup>; it found that the flower exporters tax rebate should also be available to oil exporters.

---

<sup>100</sup> HOFFMAN (2003); there relationships between business and politics everywhere (note the well discussed relationships between US presidents and the US/Texas oil industry), but I suggest that in developing and transition countries such relationship is often more close and inevitable while businesses in developed countries can operate in many (though not all) industries with a greater distance and detachment from the political process in normal times.

<sup>101</sup> Which is in itself problematic — see the OECD *National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises* 22 (1993) which suggests that «likeness» can only be established within the same industrial sector.

One can envisage situations where companies can be legitimately compared even across sectoral boundaries, that is, when one sector is predominantly foreign-owned and the preferred sector predominantly locally owned. Here, the design of the measure suggests that investors get a worse deal because they are foreigners. Indeed, objective indications of a discriminatory targeting of foreign businesses are inferable from the way rules are designed and implemented and as such, can be used to link companies even from different sectors into a «likeness» comparability. That likeness does not necessarily require a competitive context can also be supported by traditional international law on discrimination. A competitive context may allow with greater ease to pinpoint discrimination as a way to help always supportive local friends against foreign competition, but it is not necessary: Racial, ethnic and other types of discrimination do not require a context of business competition (though it sometimes exists and usually intensifies pressures for discrimination<sup>102</sup>).

An unresolved issue is the right domestic comparator: Is it the «best treated» domestic company<sup>103</sup>, is it the «worst treated» domestic company or is it some average of treatment meted out by the host state to its domestic companies. It will be normal that some domestic companies have much less trouble of «capturing» politics and bureaucracy, usually if they can exercise significant capturing power — local politics, links with politicians and bureaucrats, outright bribery or influence through substantial and well-placed financial contributions<sup>104</sup>. Each country and culture has its own ways by which businesses can exercise political and regulatory influence, by campaign contributions, by bribery, by close personal, educational and institutional ties, by employment

---

<sup>102</sup> On this in particular: CHUA (2002), on the stoking of ethnic hatred leading to governmental capture and discrimination against commercially successful and visible ethnic minorities and foreigners.

<sup>103</sup> WEILER, in: WEILER (Ed), 2003 with a discussion of the treatment of this issue in Myers, Pope-Talbot and other NAFTA cases.

<sup>104</sup> The Methanex v. US final award —dismissing the claim— discussed the implication of Methanex competitor Archer Daniels making 300 000+ \$ contribution to governor Davis of California before he issued the Californian pro-ethanol and anti-methanol regulation. In essence, the tribunal considered that a meeting between the governor and Archier Daniels was—as per the testimony of its participant—not suspect and that the history of the making of the regulation was transparent enough to suggest it was a bona-fide environmental regulation. The tribunal's award is consistent with general arbitration practice in terms of inferring certain conduct (my black-box theory) by drawing «lines» between «dots» —see POLKINGHORNE, in TDM, 2005. The Methanex tribunal: «The tribunal is not averse to trying to «connect the dots» as a way of testing Methanex's hypothesis», and: «inference is an appropriate mode of decision in circumstances in which firmer evidence is not available» (Part III, B, para. 57). Possibly and arguably, it may be used as a precedent for a required higher threshold of proof of bribery as it was ready to accept the Archer Daniels executives' testimony at their face-value.

of people close associated with government staff or employment of government staff during or after their public service tenure. Differences within a host state will therefore be frequent; this is even more so where, as again is normal, local political-administrative-business collusion operate against any newcomer, be it from another city, province, state or country. The Feldman v. Mexico tribunal, dealing with in the main only one domestic comparator, chose the «best» treated domestic business as comparator. The OECD and UNCTAD<sup>105</sup> identify the issue, but seem to leave it open (or vary their positions over the years). Under the NAFTA, Art. 1102 (3) provide a in our eyes clear solution: In case the relevant conduct emanates from a sub national authority, the country owes « the most favourable treatment» which strongly suggests it is the best treated investor, not the worst and not an average that is the right comparator. A country's responsibility under international treaties for the conduct of autonomous sometimes less<sup>106</sup> than for the conduct of the government's central institutions. If in case of a subnational body's conduct the best-treated investor (presumably an in-state company with influence over that federated state's policies) is the comparator, then that principle must apply to the same extent, or even more, for central government conduct<sup>107</sup>.

To sum up, there is a core of likeness which is relatively easy to grasp: different treatment of what are essentially highly comparable companies in the same industrial sector operating under highly similar conditions, investors engaged in a competitive race for new business opportunities and companies engaged in direct competition in the relevant market. But likeness can also exist across sectoral borders, in particular when the differentiation of treatment seems to be characterized by anti-foreigner sentiment, by attitudes that are usually considered in other areas of anti-discrimination law as unacceptable. One should never forget, as lawyers often do when digging themselves deep into the mountains of a complex legal text, the purpose of the national treatment discipline. It is to increase the quality of governance and thereby attract investment (in the end

<sup>105</sup> OECD, Mid-Term Report on the 1976 Declaration and Decisions Annex v. (1982) at p. 58; the subsequent OECD report *National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises* 22 (1993) avoids dealing with the issue. I am grateful to Juergen Kurtz, Hague Academy Report, 2006, forthcoming, for calling this to my attention. UNCTAD, 1999, p. 33 seems to favor the interpretation that it is the one «best-treated» foreign investors that is relevant for the comparison: «it may be presumed that the comparable treatment should be with the best treated out-of-state» United States investor, otherwise the treatment would be «less favorable».

<sup>106</sup> For example, the ECT provides for a defendant state option to pay only financial compensation for justified claims based on subnational misconduct, art. 26 (8) ECT;

<sup>107</sup> I can not follow UNCTAD, 1999, p. 33 which reads art. 1102 (3) of the NAFTA to allow «for differential treatment as between different out-of-sub-division investors of the host country».

both foreign and national). If a differentiation even across industry sectors would be seen as unacceptable in the major legal systems of economically successful countries, then it would make sense to apply the same yardstick —developed out of comparative law in the «successful and well governed economies»<sup>108</sup>— to countries signing up to a higher standard of governance quality precisely to attract companies from such countries.

The «likeness» test —though embedded in the three-tier structure of likeness, differentiation, justification— can not be mechanically and sequentially applied without taking the type of differentiation and the justification available into account. The three categories are inter-related. While lawyers tend to operate in categories that are completely distinct from each other, like filling one formula item without attention to how the previous item was filled out, there is an inextricable link between the three categories and, we suggest, even the remedies following the breach. The farther away from manifest likeness and the more into the grey zone, the higher the requirements for a clear showing of substantial differentiation of treatment and for an absence of any reasonable justification. The more blatant a finding for the claimant in one element of the test, the lower the threshold in the other elements, and vice versa. On the other hand, the more explicit, direct, with indications of intentionality both likeness and different treatment, the higher the threshold for necessary justification. The same relationship of proportion between severity of the breach and extent of remedies can be proposed. It is far from unheard in international law that the more severe, visible and unjustified breach leads to more stringent sanctions<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Perhaps a revival of the concept of «civilized nations» of the ICJ statute, see *supra*. I have suggested in another study (Hague Academy 2004 report, forthcoming in 2006, preliminary version on TDM 2005) that the now somewhat embarrassing concept of «civilized nations» is being reborn (e.g. in the US model BIT of 2004's reference to «principal legal systems of the world» and essentially denotes today general and recognized forms of quality governance as identifiable from reasonably similar state practice in the area of economic regulation.

<sup>109</sup> For example, there have been precedents and suggestions that expropriation which is not only without compensation, but discriminatory and against previous stabilization promises should result in a higher level of compensation. Punitive practices are as a rule implicitly or explicitly not accepted (art. 1135 (3) of the NAFTA). But de facto, given the discretion in assessing damages and the usual valuation ranges which can not be managed without discretion, it is likely that arbitral tribunals will, consciously or not, apply penalization elements in determining compensation, for example in the case of breaches that are egregious and «shocking» rather than more of a technical character. See here my ILA report 2005 (*op. cit*) and B. SABAHY, Hague 2004 Research Seminar, forthcoming in 2006.

### 5.3 Different Treatment

The second step in the national treatment test is that there must be different and more unfavourable treatment for the foreign investor. Again, one needs to realize that the three steps in the standard national treatment test are not distinct, but inter-related. Tribunals in looking from facts to law and from law to the facts will be influenced by their determination of likeness when examining if companies in a «like» situation are treated differently, and they will already take into account what they see in terms of different treatment when they carry out the «likeness» test.

As in the stage of «likeness» determination, a tribunal will have the challenge to identify the criteria for determining which element of state conduct towards the compared domestic investor(s) and foreign investor is relevant and which is not. The selection of the criteria is decisive for the outcome. The two «like» cases will always be treated in some way similarly and in other ways dissimilarly. In investment cases, with businesses—and not products or services—being compared, there will be more differences. It is very hard, if not impossible, to develop an objective or quantitative approach for determining mechanistically which different treatment is relevant and which is not. The discretion for tribunals in investment cases is therefore considerably larger than in WTO situations. I suggest that in practice tribunals will mostly or always take a holistic view, and then fit their overall approach into the way they select those criteria of differentiation

As in the «likeness» examination, the test is much more complex than in conventional national treatment analysis under the WTO, in particular for internal taxes. In the case of taxes, it should be possible to calculate the financial impact of tax regimes on domestic as against imported products for a number of standard scenarios even if the tax rules are different<sup>110</sup>. But in the case of investment disputes, the first task is to define which elements of governmental conduct need to be compared. First, if the foreign and domestic investors, are involved in actual competition then the well-developed criteria in comparative competition law and WTO jurisprudence<sup>111</sup> might provide guidance. The first level of relevant government conduct should consist of trade regulation as in the Pope-Talbot v. Canada claim and the Myers v. Canada NAFTA award.

---

<sup>110</sup> This has Art III (1) of the GATT: «The contracting parties recognize that internal taxes and other internal charges, and laws, regulations and requirements affecting the internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use of products, and internal quantitative regulations requiring the mixture, processing or use of products in specified amounts or proportions, should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production.

<sup>111</sup> FAULL-NIKPAY (1999).

It is not overly difficult to identify such regulation. A claim by an investor will indicate the likelihood that such regulation affects the investor's competitive equality. What is, however, much more difficult is to find out if the same GATT tests —affecting the competitive ability of products and services— can also apply to investors. Investors have made their investment and are therefore exposed much more than exporters to a host state particularly if regulations change, thus springing a surprise on the investor. Of course, investors can and have to assess investment conditions with due diligence before investing<sup>112</sup>. It is especially damaging to a foreign investor if a regulation —and even more so the application— changes after it has made its move into the country and the domestic investors mobilizes its friends in politics and public administration to defend its position. It seems what is most problematic for investors is de-facto administrative conduct. Transparent regulations can be assessed with normal due diligence. It is much more difficult to ascertain beforehand how a regulation or tax rule will be applied in practice. Even the best due diligence, including close consultation with local experts on factual practices will rarely reveal how administrative and tax practices change once domestic companies in an entrenched position face competition and react by activating their political leverage. Such domestic companies will inevitably lean towards using their better links to the state to develop administrative protection rather than formal, easily identifiable and visible regulatory protection. It is a regular feature of discrimination claim that the interpretation and administration of the law changes, rather than that the law is changed<sup>113</sup>. It is for these reason that the examination of national treatment is likely to have to be much more fact-intensive in investment disputes than in trade disputes<sup>114</sup>. Such greater fact-intensity makes the dispute more costly, harder to predict, but it also gives the tribunal much more subjective discretion in fact selection and fact weighing.

---

<sup>112</sup> Note, for example, the MTD v. Chile ICSID award where the tribunal sanctioned what it considered as insufficient due diligence by in effect halving the compensation due.

<sup>113</sup> For example, in the disputes between Russian oil company Yukos and the government of Russia, the complaints did not relate to a change in the law, but a change in the interpretation of tax law (from a formal to a substantive approach), the composition and political control of the relevant courts and administrative services and the non-application of the law (as re-interpreted) to other companies in a similar position as Yukos contrasted with a most rigorous, efficient and lightning-like application of the law, judicial, administrative and tax procedures to Yukos, see report by the rapporteur for the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Leutheusser-Schnarrenberger, [http://assembly.coe.int/EMB\\_NewsView.asp?ID=592](http://assembly.coe.int/EMB_NewsView.asp?ID=592).

<sup>114</sup> The over 300 pages of the Methanex v. US award illustrate this —required— approach though in Methanex the issue was a publicly available regulation, rather than a particular way law is applied in practice.

National treatment in investment law can, as we have seen earlier, go beyond a situation of impact on competitive conditions. This is especially pertinent in situations where the government visibly or surreptitiously helps domestic companies to prevail over foreign investors —even if not direct competitors in classical «relevant market analysis». Governmental regulatory and licensing rules—and in particular their actual conduct—can take the form of demanding foreign companies to overcome a much higher threshold of requirements be they information, disclosure, financial securities, technical quality, environmental and health safety—than is required, in law or in fact, from domestic companies<sup>115</sup>. In the Nykomb v. Latvia case, without any direct competition, the tribunal considered that the state energy monopoly discriminated against a Swedish co-generator because it paid (though reluctantly and compelled by the national courts) a promised incentive tariff to Latvian co-generators, but not to the foreign one. It was influenced here by the fact that the foreign investors had a «double tariff» contractual commitment which the domestic courts had validated in disputes between the state energy monopoly and local co-generators; it did not consider the foreign co-generator should have lost treaty protection because it preferred to have recourse to an international treaty (ECT) rather than to local courts. In Feldman v. Mexico and Occidental v. Peru, the less favorable differentiation consisted in the fact that tax rebates were in practice made available to domestic companies, but not to the foreign investors —though, in the Occidental case, outside a context of direct competition. In Myers v. Canada —where we have a competitive context—the government used its import regulation powers to obstruct Myers strategy to ship hazardous waste to its geographically closer, but across the border located, environmentally more efficient plant. It tried by using its regulatory and licensing powers to move the business of processing hazardous waste rather to an environmentally less efficient Canadian than a geographically closer and environmentally preferable US plant.

The existing jurisprudence (with some cautious analogy with conventional international law and ECJ jurisprudence) suggests that differentiation in treatment outside a direct competitive context has to be more blatant and associated with unacceptable discriminatory attitudes (such as unfavourable treatment because the investor is a foreigner), even more so if it is also in a group that is discriminated for reasons that are condemned in authoritative human rights instruments—race, religion and origin in particular. It is possible to conceive of a range of types of conduct that reaches from discrimination in a competitive context based on the

---

<sup>115</sup> E.g. the Italian Central Bank's (May 11, 2005 Financial Times) delaying of a bid by ABN AMRO for the Italian Antonveneto bank in order to favor competing tenders by local banks.

foreign nationality of the investor on one end, and distinct treatment of foreign investors outside competitive contexts, without a reasonable or inferable nexus to the foreign nationality and rather by incidental impact on the other. The question is of how far the reach of the national treatment discipline should go. Lawyers' instincts are based on a binary (yes/no) habit of judgment that attempts to draw a bright line on one point of that particular range. The point of that bright line would depend on the relative integration intensity of the treaty, but also on the intention and effect of the treaty in signalling good governance and investment promotion. Investment-treaty based national treatment has therefore less place in situations where there is little need for investor protection, where the treaty has a high level of integration intensity and where there are no serious issues of good-governance and government misconduct at issue; BIT-based national treatment is not—and not yet—an appropriate legal basis for something close to the wide ranging economic integration jurisprudence of the ECJ or the US Supreme Court<sup>116</sup>. Other ways of providing a more subtle application of the discipline is to require a higher threshold of justification and less far-reaching, more prospective remedies in case of «weaker» cases of discrimination as compared to the more egregious cases.

There is no doubt that the national treatment discipline covers both *de iure*, (explicit, usually regulatory and written-rule based discrimination), but also *de facto* discrimination, (unfavourable differentiation in treatment that is not immediately visible, but has to be inferred from its effects). That has been recognized throughout—in customary international law<sup>117</sup>, WTO law<sup>118</sup>, EU integration law<sup>119</sup> and statements by recent investment tribunals<sup>120</sup>. It would be wrong to consider *de iure* discrimination as more serious than *de facto* discrimination: *De iure* is easier to catch, while *de facto* is more surreptitious, more characteristic of the black-box state-local business collusion and it tends to occur more out of often informal if not secretive ways the state apparatus carries out its action.

---

<sup>116</sup> HARTLEY (1994).

<sup>117</sup> McKEAN (1983); MANIRUZZAMAN (1998); see also the dissent in the Oscar Chinn case, see the case study by T. WEILER (2004).

<sup>118</sup> Canada —Certain Measures Affecting the Automotive Industry, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, 31 May 31, 2000, at para. 78.

<sup>119</sup> EU law, as developed by the ECJ, goes beyond «de-facto discrimination» and covers also «indistinctly applicable rules» provided they obstruct the free movement (for our analogy mainly capital and services) not justified as a necessary and proportional measure by legitimate policy reasons (e.g. public policy, public security and public health), for a recent extended analysis: WEISS & WOOLDRIDGE (2002).

<sup>120</sup> Feldman v. Mexico; in Myers v. Canada, both a discriminatory intent and a discriminatory effect was easily identified. J. Kurtz, in: Hague Academy, forthcoming 2006. Discussion at notes 36-38.

It is recognized that the discriminatory treatment must be in principle «because» of the foreign nationality<sup>121</sup>. In the less integration-intensive world of investment protection treaties the discrimination principle can not be directed by a wide-ranging pro-integration policy as for example by the ECJ; it needs rather to focus on the question if the foreign investor is treated worse because it is foreign (and not because it would enhance economic integration or compensate for the foreign investor's lack of skill and luck in running its business abroad). The problem is to apply this in practice because only rarely will such anti-foreigner motivation become apparent and provable. The Myers-case, where the Canadian Minister of the Environment publicly went about advocating a «Canadian garbage for Canadian business» approach is rare, and will become much more so as awareness of the disciplining effect of investment arbitration sets in. Tribunals have therefore, in cases where a discrimination «because of being foreign» was not apparent (as it was in *Myers v. Canada*), operated a system of presumptions: Feldman v. Mexico argued, rightly, that requiring full proof of not only an intention to discriminate, but also «because of the foreign nationality» would invalidate the effectiveness of the national treatment clause<sup>122</sup>. It then operated a reversal of the burden of proof method. Once «likeness» and «different treatment» were shown by claimant, respondent government has to prove that the discrimination is not because of the foreign nationality. That appears to us at this time the correct approach. It broadly mirrors the methodology in WTO and ECJ jurisprudence<sup>123</sup>. Such analogy appears justified because in both of these analogous situations the treaty rules intend to prevent discrimination that is related to the foreign nationality, but which is hard to prove and where the evidence for a subjective intent to discriminate is largely under the control of the defendant state; the control of evidence is in arbitration jurisprudence a reason to reverse the burden of proof and to infer their likely content from claimant's allegation if the respondent does not reveal them<sup>124</sup>. The WTO Appeal Body gave up the

---

<sup>121</sup> US/Canada statement on ECT, *supra*; US Canadian position in NAFTA cases, available from [www.naftaclaims.com](http://www.naftaclaims.com); discussion of this in Feldman v. Mexico, *para* 169.

<sup>122</sup> *Paras.* 181 ff.

<sup>123</sup> J. KURTZ, 2006, forthcoming, *op. cit.*

<sup>124</sup> Kalkosch US-Mexican Claims Commission case cited in SANDIFER (1975[1939]); POLKINGHORNE (2004: 13-16), forthcoming in Fordham Law Review. Most recently: Methanex v. US, p. 154, para 56: «the burden of proof... shifted to Methanex, yet Methanex elected not to call the relevant partners of the unnamed law firm whose testimony might have clarified the issue. The Tribunal is unable to see why these partners could not have testified before it». Similar at p. 155 (para 58), the tribunal again draws an inference from the fact that the relevant person «was not called by Methanex as a witness... was made aware of these proceedings and could have testified, Methanex provided no satisfactory explanation for his absence as a witness».

requirement of a subjective intention («aims and effect test») to discriminate and replaced this—always hard to prove criterium—with the requirement that there be an «objective design» that can be inferred from the architecture of the measure<sup>125</sup>. This «objective design» does not seem that different from the way the Feldman–Mexico tribunal dealt with the requirement that the discrimination be related to the investor's foreign nationality.

«Treatment» also means in essence conduct by the state (including all state organs, including sub national governments, independent regulatory and licensing agencies and the judicial system<sup>126</sup>). The conduct of the state must be reasonably directly relate to both the foreign and domestic investor; jurisprudence is here not quite developed<sup>127</sup>. But the requirement that the discrimination must in principle relate to the foreign nationality of the investor suggests that a discriminatory impact that is not a reasonably direct result of the incriminated government conduct is unlikely to have been intended. One also needs as always in investment arbitration a «filtering» or «screening» facility to avoid that investment arbitration becomes recourse for any grievance against the host state and an external appeal for any matter where domestic courts have not satisfied the investor. A particular difficulty arises if the host state's conduct does not just, in a unilateral direction, affect the domestic and foreign investors as complete passive objects, but if the discriminatory impact emerges out of an interaction between these three key players. In practice, that will be the rule. What if the state asserts, and can prove it, that there was no particular intention to treat the foreign investor less favourably, but that the less favourable situation is in fact due to the foreign investor's conduct? This might constitute an unsuccessful or clearly ignorant strategy of negotiating with government authorities or an equally luckless and unfortunate litigation strategy? These cases—which are rather the norm than the more theoretical exception—are difficult to disentangle. The foreign investor can not use the national treatment clause to in effect shift a «normal» government relations, licensing and litigation risk to the state via the investment treaty. On the other hand, the black-box operation of the local state-business alliance against foreign intruders tends to work mainly through the way administrative and judicial processes operate. We need more jurisprudence to

---

<sup>125</sup> WTO AB in the Asbestos case European Communities-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Cointaining Products, Report of the Appellate Body, WT/DS135/AB/R, March 12, 2001.

<sup>126</sup> Article 4 of the ILC Articles on State Responsibility, and commentary, published in: J. CRAWFORD, Cambridge University Press 2002.

<sup>127</sup> Through reference to direct and not too remote: McKEAN, *op. cit*; Methanex v. US, Jurisdictional award, 2002 at para. 138; also WEILER (2004), discussing the directness requirement in the WTO decisions examined.

get a better understanding of how to solve this dilemma. At present, the proper approach seems to be to require the government to prove that a de-facto worse treatment is not due to the nationality of the foreign investor and to raise this threshold as circumstances suggesting the plausibility of collusion between the state and foreign investors become known.

In these cases, the investor should have to prove that there are credible and plausible indicators that somewhere in the administrative and judicial process there was a definitive preference for a local competitor, or a definitive resentment against the foreign investor; upon such proof, the state has then to prove that the administrative and judicial system operated as it normally does and that mishaps that happened have nothing to do with the foreign nationality. This is largely the way the *Feldman v. Mexico* tribunal cut a path through the jungle of internal workings of the Mexican tax administration. It is here that it is difficult to avoid recognising substantial discretion of the tribunal in terms of determining the relevancy of facts and the weight of indicators in one direction or the other. Investors cannot be simply absolved of co-responsibility: While treaties provide in effect a certain measure of «affirmative action» to investors to compensate for their «foreigner handicap», they cannot free the investor from a reasonable due diligence and skill requirements in operating in a foreign context. Definitive under-performance in terms of acquiring the relevant foreign operating skills can either negate the finding of discrimination or it can be taken into account in less blatant cases through reduction of damages because of contributory negligence<sup>128</sup>. An arrogant foreign investor insulting local sensitivities cannot expect to then seek justice from an investment treaty for the expected resentment and bureaucratic and political blockade of its investment proposals. On the other hand, one can not go so far as to expect a foreign investor in the game to become an acceptable local player to adopt practices that are outlawed under domestic and international law, such as bribery. Compelling foreign investors to play exactly like local players—the implication of the «caveat investor» concept sometimes proposed—would undermine the «good-governance» signal to come international economic treaties. It would be incompatible with the objectives of «liberalisation» and «promotion of investment» under principles of «transparency» and «rule of law». How to strike the right balance here, with a realistic appreciation of the implications, has as yet not been thought through at all in the various proposals to enhance the «right to regulate», the due-diligence and «caveat investor» obligations or suggestions to define international treaty obligations in light of domestic conditions. In somewhat simplistic terms: Reducing an internationally anchored and enforceable

---

<sup>128</sup> So the *MTD v. Chile* tribunal.

«rule of law» effect in treaties is most likely to result, in practice, in encouraging corruption. Rule of law and corruption (including related, not always illegal methods such as political contributions, patronage and other features of crony capitalism) are alternative approaches to government relations; weakening one means enhancing the relevance of the other<sup>129</sup>.

The unfavourable differentiation must also have a reasonably substantial weight. Investment treaties are not made for minor grievances. The investment arbitral machinery is heavy and should not be activated for minor grievances as they tend to occur in any business. Nor is it meant to avoid «learning costs» that any foreign investor has to accept when entering into an unfamiliar new business context. The national treatment discipline is also not intended to let investors —or counsel— exploit minor discriminations against foreigners on new turf to engage in litigation gambling or to pressure governments to pay-off litigious foreign lawyers in order to avoid arbitral trouble-making. A *de minimis* rule has to apply<sup>130</sup>. Minor bureaucratic obstruction is a business challenge in every place and investment treaties would lose their value if they are not limited to discriminatory government conduct of some seriousness in terms of the incriminated conduct and the impact on the foreign investor. Discrimination is parallel to the other major treaty disciplines: expropriation and fair and equitable treatment. In the case of expropriation —direct or indirect— a very substantial economic impact has to occur which in economic terms at least «deprives» the investor of the investment; in the disciplines under «fair and equitable treatment», «denial of justice», a breach of the «umbrella clause» requiring respect for commitments or the «international minimum standard», minor bureaucratic harassment, difficulty making or putting bureaucratic and judicial roadblocks into the way is not enough. One can argue about how high the threshold of «shocking behaviour» and «glaring misdemeanour» has to be<sup>131</sup> but it has to be substantially higher than a frequently occurring breach of internal procedural rules or otherwise

---

<sup>129</sup> I refer here to discussions following the 9 September BIICL Conference in London on the good-faith principle in international law on the OGEMID internet forum, all available and searchable on the OGEMID archive (mainly after September 9 on TDM 2005 ([www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com))).

<sup>130</sup> It would be desirable to review arbitral awards in particularly with respect to the national treatment discipline for a *de minimis* principle, though such a principle may have been applied under different labels or in the way the two disciplines are applied. The idea of national conduct in the administration of justice to have to be «shocking» or «egregious» —under the fair and equitable treatment principle, contains already a *de minimis* rule, I. LAIRD, «Betrayal, Shock and Outrage», in: T. WEILER (Ed) (2004: 49-76); SCHREUER (2005: 357). Arguably, this is a general principle of all treaty investment disciplines and not only FET-specific.

<sup>131</sup> Pope-Talbot v. Canada, Award on the Merits; I. Laird, *supra*.

technical illegality. All other investment treaty rules assume a certain threshold for governmental misconduct —intensity of breach, of impact on the investor and scope of injury suffered and this rule of «sufficient substantiality» must also apply to national treatment.

#### 5.4 Justification by legitimate reasons

The third leg in the national treatment test is the justification of what has been proven by the investor as discrimination. It is not absolutely clear that this third step is necessary or allowed. Some authors have suggested in the context of GATT Article III that two products may not be in a «like» situation if the regulator has a legitimate non-protectionist purpose in treating the foreign product differently such as for health and safety reasons<sup>132</sup>. The third leg in the test — justification by legitimate reasons —thereby becomes part of the second part— «likeness». If two products are treated differently, but such difference can be justified, then there are not considered as «like». This approach shifts the burden of proof to the claimant —rather than, as in the standard GATT Article XX justification—to the defendant government. It does seem clear though that the general approach in most analogous sources of precedent (be that customary international law, the WTO and ECJ jurisprudence) is to search instead for a specific legitimate underlying policy reasons which justify a finding of discriminatory difference in treatment<sup>133</sup>.

The reference to «legitimate» reasons which can justify different treatment of investors in otherwise like situations is unavoidable. As the likeness test provides tribunal discretion in terms of selecting the criteria for factual comparison, so the justification test provides an even larger discretionary leeway. The challenge for tribunals is to sort between the many reasons respondent governments will have come up with during the regulatory and administrative process to justify

<sup>132</sup> REGAN (2002).

<sup>133</sup> Also, for the application of the non-discrimination article under the European Convention on Human Rights (ECHR) in the seminal Belgian Linguistic case, Merits A 6 (1968): «[...]the principle of equality of treatment is violated if the distinction has no reasonable and objective justification. The existence of such a justification must be assessed in relation to the aim and effects of the measure under consideration, regard being had to the principles which normally prevail in democratic societies. A difference of treatment in the exercise of a right... must not only pursue a legitimate aim: art. 14 is likewise violated when it is clearly established that there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised». HARRIS (1995). The ECHT does not focus specifically on discrimination against foreigners, but the authoritative quotation should be seen as describing the standard approach towards discrimination. For the justification of discrimination in EU law of freedom of movement, see WEISS (2002: 82).

the measure. Similarly, tribunals have to distinguish between reasons put forward which are merely and demonstrably pretences to cover other intentions as against the «true causes», the objective policy and if ascertainable the real intentions behind such measures. Not even individual persons have often clear and stable intentions or can distinguish well between what they pretend to themselves about their true intentions and a shifting reality; it is so much more difficult to do this when political, regulatory and administrative processes involving many disjointed organisations and individuals are at issue. Tribunals will therefore prefer to rather lean towards the more «objectified» approach of the WTO Appellate Body which looks less at specific individualized intentions than at the objective design that can be inferred from the architecture of the measure<sup>134</sup>. On the other hand, such an analogy may not be appropriate to the much more individualized situation of a claimant investor: The issue here is as a rule much less of a general regulatory policy affecting a group of traders as WTO law than of governmental policies and specific measures directed against a specific investor. As such conduct can be rather qualified with the perspective of tort law; individualized intentions may therefore be more relevant, in particular in the case of specific administrative measures hitting an individual investor only<sup>135</sup>.

It is important to understand the litigation dynamics of «justification». It is up to the respondent government to assert, in a substantiated way, that there are legitimate reasons for the differentiation and prove any pertinent facts. Respondent governments have in several cases simply failed to do this: in Nykomb v. Latvia<sup>136</sup>, the government did not come up with substantiated, detailed and factually proven reasons —e.g. that the other Latvian co-generators had undertaken obligations that were over and above those that Nykomb assumed; that their individual case histories were sufficiently different from Nykomb's or that other factors (e.g. more difficult location; different quid-pro-quo context; availability of subsidies available to Nykomb that were not available to the Latvian co-generators) required, or at least reasonably justified a different treatment. The fact that local courts had repeatedly and consistently

---

<sup>134</sup> Compare Japan-Taxes on Alcoholic Beverages, Report of the Appellate Body, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, Oct. 4, 1996, at 28-9 (generally rejecting regulatory intent as the determinative test for breach of Article III.2 (second sentence) but affirming the relevance of objective expressions of intent such as the design and structure) with Chile-Taxes on Alcoholic Beverages, Report of the Appellate Body, WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R, Dec. 13, 1999, ¶ 41 (affirming such objective evidence of intent as «intensely pertinent» to determining protective application). For a more general analysis of WTO case law: G. Verhoosel, 2002, *op. cit.*

<sup>135</sup> That would also be the consequence of the distinction between WTO and BIT disputes as identified by J. TRACHTMAN, 2002.

<sup>136</sup> Case is published on TDM, with a case comment by WETTERFORS (2005).

answered the legal issue underlying the dispute —the validity of the double-tariff for co-generators promise by the state company— in favour of Latvian co-generators, also increased the weight of the presumption and thus the height of the justification threshold for Latvia. The award thus illustrates the much more complex and wide-ranging consideration of factual elements than in a typical WTO «products» case that may strengthen or weaken the case for a breach of the national treatment. There is no real or even apparent automaticity of the three-level test. In *Feldman v. Mexico*, the government essentially did not come up with a substantiated, detailed and fact-based statement on why the Mexican competitor of Feldman was —clearly— significantly favoured<sup>137</sup>. While the tribunal could not identify —as is normal— a clearly identifiable intention to go after Feldman because it was a foreigner, it found a number of factors that suggested that Feldman's character as a foreign investor and its conduct as a foreign investor (raising a NAFTA Chapter XI claim) could well have been the reason why the Mexican tax authorities singled it out.

Similarly, in the *Myers v. Canada* and *Occidental v. Ecuador* case, the government did not focus on submitting both legal reasoning and factual proof on justification. Perhaps, these cases indicate that the proper way of managing national treatment disputes is at present not yet well established so that respondents focus rather on the «likeness» and other investment treaty defences than on the justification of differentiated treatment. The real reasons for discrimination may be politically too sensitive and potentially embarrassing for the respondent government defence teams to be able to focus properly —as, for example, when the real reason is that powerful local businesses are in cahoots with and have in one form or other captured the administrative agency in charge. Government defence teams may here be under greater de-facto strictures with respect to full advocacy than a private investor claimant.

In WTO jurisprudence, justifications have to be sought primarily within the operation of Art. XX (also XXI) of the GATT. These articles set out a very restricted group of exempted regulatory conditions reflecting the political and economic realities of the late 1940s. A general review of the application of Art. XX and XXI suggests that a measure can in particular be justified if it can be linked to a legal or quasi-legal rule of an authoritative character, either between the parties or of a global nature. In the *Tuna-Dolphin* cases, for example, reasonable compliance with international soft-law rules and guidelines<sup>138</sup> was

---

<sup>137</sup> Note *paras.* 168 ff.

<sup>138</sup> On the tuna/dolphin and shrimp/turtle cases: CAMERON & GRAY (2001); Idem, in: WARD & BRACK (2000, 2003); international authoritative codes —*Codex Alimentarius*, respected technical

considered to provide a legitimate reason. Such precedent may be helpful for investment claims where a regulation as such is the main cause for the claim. But again, investment arbitration is different: In WTO litigation, there is no specific, already heavily exposed investor interest to protect. In investment arbitration a regulation imposing a differentiated treatment may gain some legitimacy from the fact it constitutes reasonable modern governance practice, but the inquiry has to go deeper: Did the regulation at issue, for example, breach a pre-existing «legitimate expectation» of the investor<sup>139</sup>? Was the enactment of the regulation —or of ensuing administrative conduct— with its discriminatory intention and/or effect an unexpected and not reasonably foreseeable surprise for the foreign investor? That would diminish the force of the legitimate reason. In particular, was the international guideline rather a pretence and was it used to favour a domestic investor —or was the action against the foreign investor and the ensuing advantage conferred on domestic businesses an unavoidable consequence of modernising domestic legislation?

The risk with the defence of «compliance with international rules» is that such rules get misused for protectionist purposes. That is so in particular when the international rules are not very specific and provide discretionary leeway, or when they allow transition periods to protect existing operations from a too sudden reversal of the regulatory framework. The WTO (and ECJ) practice provide some precedent: Under the «chapeau» of Art. XX, there must be a relationship, broadly, of proportionality (least-restrictiveness, necessity)<sup>140</sup> between the legitimate cause and the discriminatory measure. If the discriminatory measure against a foreign investor is out of proportion with the accepted legitimate objective, then the justification effect disappears. This is even more so when the discriminatory measure is imposed in a way that the domestic investors' competitive position is improved —e.g. by selective enforcement or by taking into account habitual non-compliance of domestic businesses or when the discretionary leeway in implementation by regulation and administrative conduct is otherwise biased against the foreign investor. In *Myers v. Canada*, for example, Canada sought

---

industry guidelines (e.g. by the American Petroleum Institute or the UK Society of Petroleum Engineers)—can provide the starting point for a careful examination if they provide —true rather than disguised, necessary and proportionate legitimate reasons. See on this also: M. ORELLANA, *The Role of Solid Science in Investment Disputes*, Hague Academy 2006, forthcoming; T. WEILER (2003: 229).

<sup>139</sup> The legitimate expectation concept is also relevant in WTO law: See J. CAMERON (2001).; PANIZZON (2005).

<sup>140</sup> From Art. XX of the GATT: «Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade [...].».

reliance on international environmental treaties concerning the transportation of hazardous waste; but the tribunal's analysis indicated that such treaties did not require the discriminatory action against Myers and thus were rather used as a pretence and camouflage cover for the discrimination. Proportionality indeed emerges not only in WTO and ECJ jurisprudence<sup>141</sup>, but also in some investment awards as a principle controlling government conduct<sup>142</sup>.

A «legitimate reason» for differentiated treatment is not simply what the tribunal subjective thinks but what the tribunal can identify as proper and legitimate reasons in authoritative instruments, be they treaties, authoritative soft-law guidelines and codes<sup>143</sup> or good-governance practices that can be identified with reasonable comparability to the situation at issue. Human rights treaties and international customary law probably justify a certain element of «affirmative action» in favour of disadvantaged local peoples, minorities or majorities<sup>144</sup> provided the aim is to compensate for existing handicaps, and not to express ethnic (or anti-foreigner) hatred and resentment. Art. 24 (2)(b)(iii) Energy Charter Treaty, for example, provides for the acceptability of «affirmative action» for «socially or economically disadvantaged individuals and groups», but it subjects such affirmative action to a notification requirement and a requirement that «normal domestic investors» bear the same burden. The rule is here that «affirmative action» can justify differentiated treatment, but not only or mainly at the cost of the foreign investor. Such rules are also found in other investment treaties<sup>145</sup>.

---

<sup>141</sup> USHER (1998: 37, 55 ff); Sophia Tobler, the standard of judicial review of administrative agencies in the US and EU, 22 BC Int 213 (1999). To quote from the ECHR Bourrimi case: (Bourimi v. The Netherlands; Application number 5 00028369/95. Date of Judgment: October 3, 2000.

«Under Article 14, a difference in treatment is discriminatory “if it has no objective and reasonable justification, that is if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized.” In addition, States “enjoy a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment”. The Court found that while the protection of other heirs may constitute a legitimate aim, in this case the child’s exclusion from his father’s inheritance was “disproportionate” and in violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8».

<sup>142</sup> Svembalt case: HOBER, OGEL 5-2003, p. 37, 28; Tecmed v. Mexico, *para* 122.

<sup>143</sup> WÄLDE (2004b).

<sup>144</sup> SORNARAJAH (2004) as great advocate, see p. 119 ff. and throughout.

<sup>145</sup> The U.S. model agreement maintains an exception to NT in Annex 2, “Minority Affairs”. The United States reserves the right to adopt or maintain any measure according rights or preferences to socially or economically disadvantaged minorities, including corporations organized under the laws of the State of Alaska in accordance with the Alaska Native Claims Settlement Act.

Uruguay took a similar exception in their recent BIT with the US. Australia took the following reservation in their FTA with the US:

All international courts charged with exercising controls over domestic regulatory powers have recognized their limits: The ECHR and the ECJ have expressed respect for a measure of governmental discretion —both in assessing and developing an image of the regulated factual reality and in fashioning a regulatory policy response. Modern social sciences do not provide a single, uniquely true picture of reality; biases, interests, cultures allow developing multiple pictures of factual realities as the on-going public debate in countries where it is allowed shows. This applies even more to «social engineering»: It is virtually impossible to know what social and economic impact a specific policy measure will have in society, and the longer-term the perspective, the greater the uncertainty. Courts and tribunals are not well equipped to deal with a social-sciences' based assessment of both present reality and the future impact of policies<sup>146</sup>. The «margin of appreciation and policy-making» is therefore a necessary part of controlling governmental policy-making —not dissimilar from judicial restraint and «act of state» doctrines. The exercise of judicial restraint emerges also from a cognate area: The application of EU competition rules (in particular Art. 86) to state-licensed or supported monopolies —primarily a discrimination issue. Here, different treatment can be justified if it is «necessary» to carry out an essential public service function<sup>147</sup>. The ECJ has here as a rule carried out a detailed factual assessment

---

Australia reserves the right to adopt or maintain any measure according preferences to any indigenous person or organisation or providing for the favourable treatment of any indigenous person or organisation in relation to acquisition, establishment or operation of any commercial or industrial undertaking in the service sector. Australia reserves the right to adopt or maintain any measure with respect to investment that accords preferences to any indigenous person or organisation or providing for the favourable treatment of any indigenous person or organisation.

Canada, the United States and Mexico have each adopted various reservations to National or MFN Treatment for Aboriginal Affairs or Minority Affairs in Annex II of NAFTA. For example, Canada's reservation reads:

“Canada reserves the right to adopt or maintain any measure denying investors of another Party and their investments, or service providers of another Party, any rights or preferences provided to aboriginal peoples”.

The US reservation is similar, but applies to “socially or economically disadvantaged minorities”. These model treaty amendments reflect US experience with litigation over the direct effect of the US-Japan FCN treaty. See: Sumitomo v. Avagliano, 457 US 176 (1982); Fortino v. Quasar, 950 F2nd 389 (1991); see also LASH (1991).

<sup>146</sup> ECJ, EU Com v. France, 1997; US Supreme Court LINGLE V. CHEVRON U.S. A. INC. (04-163) 363 F.3d 846, reversed and remanded.

<sup>147</sup> 2. Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest or having the character of a revenue producing monopoly shall be subject to the rules contained in this Treaty, in particular to the rules on competition, insofar as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them. The development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Community.

if the restrictions —typically by a state enterprise favouring its internal services or domestic companies— are «necessary» to achieve the legitimate purpose, but accepting reasonable cause-effect relationships<sup>148</sup>.

If investment claims are largely about the effects of general governmental policies on foreign investors, then such «arbitral restraint» makes perfect sense. On the other hand, if the issue is rather specific conduct of public agencies against individual investors, there is less reason for «arbitral restraint» when facts emerge that indicate that the foreign investor is treated worse than the domestic comparator. The reason here is that for general policy the presumption should be rather for arbitral/judicial restraint with respect to policy-making, but for the specific case of an investor directly affected by administrative action, the presumption should rather be for taking a close look at what happened and comes out of the «black-box» of government-domestic-business collusion against the foreign newcomer.

A very difficult issue is to square domestic judicial-decision making with the national treatment discipline. It has been argued at times in investment claims that discrimination does not exist if the foreign claimant had a full opportunity, untainted by manifest «denial of justice», to litigate his case before domestic courts. Lack of success in that situation before domestic courts is then advocated to constitute either a «justification» or to reject —with equivalent effect— «likeness». There is no doubt that domestic courts in international law have no privileged position: They are part of the state; their conduct is fully attributed to the state under established rules of state responsibility<sup>149</sup>. There is, however, a relationship to be understood with respect to domestic courts: Between the «denial of justice» concept, now considered part of the «fair and equitable treatment» discipline<sup>150</sup> and national treatment. While «denial of justice» is reasonably well established, the application of the national treatment/non-discrimination discipline to domestic courts is so far utterly unexplored and uncontested. Courts can discriminate against foreign investors in the same way as any government agency can. Such discrimination if it occurs is likely to occur in the same context as discrimination otherwise: Judges are part of the local and national culture, integrated with local and national politics, bureaucrats and

For jurisprudence on art. 86 (2): Faull/Nikpay; cases: Campus oil (Irish security of supply interest) versus Greek Refinery (no necessity).

<sup>148</sup> Commission Decision on La Poste, EC Official Journal of 23 October 2001; Belgian and Austrian postal/ magazine cases — compare with UPS v. Canada.

<sup>149</sup> Art 4 ILC articles on state responsibility with Commentary, J. CRAWFORD, *op. cit. supra*.

<sup>150</sup> PAULSSON (2005); cases: Loewen v. US.; Azinian v. Mexico; references/obiter in SGS v. Philippines.

business interests. True independence is rare in most developing and transition countries<sup>151</sup>. Only in relatively few jurisdictions with a clear focus on attracting capital and legal business for a competitive local legal services industry is there a relative lack of bias against foreign litigants. A judge's independence and professionalism can not emerge as an isolated personality trait; it must be formed, encouraged and sanctioned by the local legal culture. These factors advocate the application of normal non-discrimination standard to domestic judicial decision-making. On the other hand, there is a habit, perhaps in substance, but certainly in form, of courts and tribunals showing to some extent collegial respect and deference to each other. No judicial or arbitral system is perfect; collegiality hence involves a greater respect than would be shown by tribunals to administrative services of the government. The breach of national treatment is possibly much harder to detect with courts than with administrative agencies: All cases depend on facts and rules which are inevitably linked to subjective selectivity and presentation. Litigation depends everywhere on skills both of a technical and a more cultural-social character. Who is to say—if the court is reasonably competent in presenting its reasoning as objective—if a judgement was made against a foreign litigant because it is foreign—or because the facts, the law, its choice of counsel, of litigation strategy or «Lady Luck» were not favourable enough?

It is interesting to see how tribunals have been coping with these dilemmas. In *Nykomb v. Latvia*, the tribunal seems to have supported its finding of not justified discrimination by pointing out that domestic courts had decided the same issue in favour of domestic investors. The conduct by domestic courts thus gave comfort to the tribunal in its interpretation of domestic law to the extent it was relevant; but it also reinforced the impression that the domestic system—state enterprise, government, regulator, the courts—tended to lean towards the domestic investors. The situation was different in *Azinian v. Mexico*: Here, Mexican courts had rejected all appeals by the US investor for breaches of contract against the Mexican municipality it had contracted with. The tribunal found no indication that there was something biased about these cases—a test much lower than the very high-threshold test of «denial of justice»; also, the investor had not raised any criticism of the domestic courts. In the *Azinian* case, the impression emerges that the tribunal saw its own impression of a legally dubious claim confirmed by its own summary review of the domestic judgments. There

---

<sup>151</sup> Jan Paulsson's *Denial of Justice in International Law* provides extensive case material throughout the last 150 years; for a current case: Report for the Council of Europe by Ms Leutheusser-Schnarrenberger on the Yukos affair, *op. cit. supra*.

was, hence, no «cognitive dissonance» between the tribunal and the domestic courts. This made it easy for the tribunal to reject the Azinian claim. In other cases in international arbitration, there was clearly a «cognitive dissonance»: In *Lucchetti v. Peru*, the tribunal, with one arbitrator also present in the earlier Azinian claim, seems to have considered with suspicion domestic judgements in favour of claimant. This made it easier for the tribunal to reject the idea that the dispute had been definitively solved by domestic courts. In the well-known *Hilmarton* and *Chromalloy* cases<sup>152</sup> a suspicion —short of definitive proof— of dubious integrity of the domestic courts seems to have made it easier for the tribunal to disregard such judgements.

The conclusion to be drawn is that, first, domestic courts are subject to the non-discrimination discipline, though breaches are harder to identify. Second, that the conduct of a state has to be judged in totality —with courts being integral part of the state, though enjoying some greater measure of respect and deference from arbitral tribunals, at least in form. Third, that the judgements of domestic courts are «taken into account» by tribunals when determining if an overall assessment of the government conduct —in law and more importantly in fact— leads to a finding of unjustified discrimination. If there are no plausible indicators that domestic courts were influenced by anti-foreigner bias and if their reasoning strikes a cord with the arbitrators, then tribunals in such situation of «cognitive consonance» are more likely to heed domestic courts. If, however, there are suspicions or a significant divergence in the tribunal's assessment from that of the domestic court, the weight given to domestic courts will be less. There are also practical considerations. Treaty tribunals are not intended to function as another layer of appeal and litigation for investors that have tried their luck with domestic courts and have, without any indication of bias, lost. A credible local court's definition of the applicable law will and should weigh heavily on the tribunal's mind. The threshold of differentiation for the claimant to prove will be higher, and the threshold of justification for the respondent government to prove will be lower if domestic courts have spoken credibly. This quite fluid situation requires from counsel and the tribunal examination of the authority and quality of domestic courts (which will rarely be fully disclosed), of challenges and criticism (if any) by the losing claimant with respect to decisions by domestic courts and of the particular role of the domestic court and its applicable law in the national treatment test. Domestic courts applying discriminatory law will not require much attention;

---

<sup>152</sup> *Chromalloy Aeroservices v. Egypt XXII YBCA 1001* (1997); *Omnium v. Hilmarton*, Rev. Arb 315 (1993); See: Lew (2003).

credible domestic courts which validate the application of non-discriminatory legislation will be much more relevant, but their position should not preclude an independent investigation by the tribunal.

In conclusion, precedents from the WTO and EU non-discrimination jurisprudence on the question of justification are of some, but limited value. They suggest lines of inquiry and relevant criteria. But in investment claims, there can not be—and is not—the literal automaticity that is usually claimed by the WTO Appellate Body nor the careful—and politically palatable—dissection of a government measure into legal and illegal components typical for the ECJ. Rather, tribunals have to understand the factual situation of the generally very individualized claimant much better; they do not only adjudicate for the future (as does the WTO system and to a significant extent the EU judicial system), but they adjudicate for the past, to compensate an investor who suffered for—reasonable—miscalculations with respect to government conduct. Standards that are used in other investment disciplines—denial of justice/due process, legitimate expectations, but also required due diligence—legitimately play a much bigger role in investment than in trade cases. Discrimination that is contrary to a legitimate expectation weights much heavier than a different treatment that is linked to a legitimate government reason and was well known or knowable to the investor before undertaking the investment. This is the «protective» dimension of investment protection that is largely absent in trade regulation—with a retrospective rather than an only prospective vision. There is therefore less of a «bright line test»—which is at least pretended to exist by the WTO Appellate Body, than a grey zone where the intensity, severity and proportionality of the difference in treatment, the seriousness of justification and the credible direct link between the discrimination and legitimate reasons and the indications for bias and discriminatory intention have to be weighed. The national treatment for investment claims assessment is therefore much more individualized rather than the generic treatment in the WTO. If the conduct at issue is consonant with good governance standards as they should be applicable to foreign investment under the respective «integration intensity» of the treaty relationship, then justification is more likely. But if the discrimination is blatant and severe, the link to justificatory policy reasons tenuous and the damage done serious, then the finding of breach with sanctions should be the proper response by the tribunal.

## 6. TOWARDS A MORE FLEXIBLE, MODULATED AND SUBTLE HANDLING OF THE NATIONAL TREATMENT DISCIPLINE IN MODERN INVESTMENT TREATIES

The conclusions of this study do not suggest that there is a «bright-line» test for identifying either likeness, different treatment or justification. The national treatment test in investment treaties has some basis in much older treaties and customary international law than WTO or economic integration law. While it is no doubt related to the application in WTO or economic integration law, it is quite distinct as the underlying situation, the remedies and the dispute resolution methods are not at all the same. At most, one can see a similar purpose —liberalisation, gradual (but lower-intensity) economic integration between countries, creation of more level playing fields between competitors— at work. Discrimination in investment dispute has a link with traditional international law and comparative discrimination law in so far as its demand for equality is not only relevant in a situation of competition (for markets, goods, services), but also business opportunities and even access to governmental regulatory, licensing, tax and administrative powers. It also expresses the idea that foreigners, even outside a widely defined competitive context, should not be treated by governments worse because they are foreigners. Lastly, there is an overall good-governance approach inherent in investment treaties: That having external disciplines like non-discrimination is in the end beneficial for a country's governance, first directly with respect to foreign investors, but in the end also in its dealings with its own people.

To bring these approaches to bear through interpretation of quite general treaty rules and application of usually complex factual situations is substantially more difficult than in most WTO situations. The reason is that the comparability between investors («likeness»), the determination of the relevant elements for «different/ discriminatory treatment» and for justification has to take into account many more, and typically qualitative elements than is usually required in WTO disputes. Tribunals are not well equipped for that task though they may struggle valiantly as, for example, in the detailed investigation undertaken by the Myers v. Canada tribunal. National treatment analysis in investment claims requires probably a much wider net for facts and criteria for selecting facts as relevant that operates with more tribunal discretion. There are some similarities with more modern WTO or EU integration cases on regulatory non-tariff barriers, services with a longer-term investment component or longer-term movement of capital and services. But none of these analogous situations of international economic law controls can provide a clear solution to the challenges now arising in the only emerging investment treaty jurisprudence on national treatment.

Lawyers use a methodology that splits up a case into distinct elements, each of which is usually examined in a «binary» (yes-no) way and then proceeds sequentially from one condition to the next one. This can lead to substantial risks in terms of the legitimacy of overall results reached when applied in a formalistic and outcome-wise blind way. For example, there may be a positive, but relatively weak finding on likeness; an existing, but not substantial discrimination; some reasons for discrimination but not strong enough to justify the different treatment. If these elements are combined and lead to a massive damages calculation, we can have a situation where the legal foundation is stretched beyond what the treaty intended and what makes sense, in terms of treaty objectives, context and political legitimacy. Most tribunals temper legal rigor with pragmatism and will avoid that situation. But that is not guaranteed —and hard to correct by way of annulment, appeal or judicial review.

The analysis here therefore suggests that in this early stage of discrimination jurisprudence in investment treaties tribunals should be very careful. This not to invite them to shun from making a decision as some think the Loewen v. US tribunal has done, but also not to rush into awards with massive damages as some think the CME v. Czech Republic tribunal has done. The model of arbitral progress with restraint should rather be the approach underlying one of the most famous US constitutional cases, *Marbury v. Madison*<sup>153</sup>. In this case, the US Supreme Court advanced the later crucial doctrine of judicial and constitutional review over acts of the legislature, but it did not go so far to strike down, for the first time ever, the particular piece of legislation at stake. The same combination of progress with caution will be observable with all of the other influential international courts—the European Court of Justice and the WTO Appeals Body<sup>154</sup>. The way to thus advance boldly and with caution is to take an «integrated», rather than an isolated, step-by-step look at a claim: To align the intensity, scope and impact of the remedy with the level of integration the treaty intends to achieve and, with the overall intensity of a breach. The intensity of a breach should be determined by looking at how self-evident likeness is, how serious and conspicuous the discrimination and how strong or weak the justification. Most senior courts and experienced tribunals will do this anyway—but usually not be explicit about it. Tribunals should therefore not refrain from finding a breach, even if it is not egregious and even if the treaty has a low level of integration intensity; but they should consider responding to low-level breaches carefully. One should therefore try to identify if such breaches could be sanctioned by prospective, rather than retrospective, large-amount damage awards.

---

<sup>153</sup> 5 US (1 Cranch) 137 (1803).

<sup>154</sup> BELLO (1996); VAN DEN BROEK (2001).

The main objective should be to encourage the respondent state to work hard to improve its governance quality in particular where the breach occurred, while still providing enough compensatory incentives to investors to bring the case. The more egregious the case, the more should prospective and governance-enhancing remedies be complemented by true and sufficiently serious compensatory remedies. The tribunal should both —as does the WTO Appellate Body and the European Court of Justice, look for justice for the affected claimant, but also towards emitting effective good-governance signals to the respondent state. Breaches of the national treatment discipline that were in the main procedural should be corrected in the main by procedural remedies<sup>155</sup>. This could include obligating the state to re-enact the challenged conduct in a procedurally proper way, with compensatory damages only as a complement and with care not to choose the damages theory which produces the most dramatic outcome. The more a breach is serious, its impact for the investor substantial and not part of normal business risk or remediable and the more there are indications that it targets the foreign investor specifically because of state-domestic business collusion against foreign newcomers, the more prospective, good-governance signalling remedies should be combined with direct compensatory measures. Remedies and compensation should therefore not be determined in isolation after a breach has been found, but they should respond to the nature, impact, target and the target's conduct relating to the breach. Breach of other disciplines —e.g. fair and equitable treatment, minimum standard (in essence a modern minimum good-governance standard), legitimate expectations and due process should count in the ultimate decision on type and scope of remedy—, while excusatory factors —level of development, economic crisis, political upheaval— should equally count. Prospective good-governance signalling should be made as effective as possible, and retroactive damages compensation be as much as is necessary—but without providing an incentive for speculative treaty claims litigation and without providing a no-fault insurance for foreign investor's accidents in a naturally risky business. The tests here developed are therefore not white-black, win-lose standards, but rather a set of balancing criteria for chiaroscuro situations. Nor are they unfamiliar to lawyers: In criminal law, for example, the seriousness of an offense and the weakness of exculpatory factors may not be decisive for the question if an offense has been committed, but they determine for any reasonable court within its discretionary range the weight of the penalty imposed. It is suggested that this approach best describes the implicit practice of enlightened legally competent and politically sensitive international investment arbitration tribunals.

---

<sup>155</sup> This proposal is developed in more detail in my ILA report on remedies and compensation; also PAULSSON (2005: 2007 ff.)

## BIBLIOGRAPHY

ANDERSON, David

- 1999 «Compensation for Interference with Property». *European Human Rights Law Review*. London, Nº 6, pp. 543-558; also in TDM articles archive.

BAMBERGER, Craig

- 1996 «The Energy Charter Treaty as a Work in Progress», in T. WÄLDE (editor).

BENHAMIDA, W.

- 2003 *Arbitrage Transnational*. Paris II, PhD Thesis.

BISHOP, D./J.CRAWFORD/M. REISMAN

- 2005 *Foreign Investment Disputes, Cases, Materials and Commentary*. La Hague: Kluwer.

BROWER, C. & J. BRUESCHKE

- 1998 *The Iran-United States Claims Tribunal*. La Hague, Martinus Nijhoff.

CAMERON, J. and K. GRAY

- 2001 «Principles of international law in the WTO dispute settlement body», *British Institute of International and Comparative Law Quarterly*. London, Nº 50, 264-268.

- 2000, 2003 «The Shrimp-turtle dispute», in: H. WARD/ D. BRACK, *Trade, Investment and the Environment*. London: RIIA-Earthscan.

CHUA, Amy

- 2002 *World on Fire. How exporting free market democracy breeds ethnic hatred and global instability*. New York: Doubleday.

CONDORELLI, Luigi

- 2000 *Premier Protocole Additionel in: Pettiti, La Convention Europeene des Droits de l'Homme*. Paris: Economica.

CREPET, Claire

- 2004 *Traitement National et traitement de la Nation la plus Favorisee*, contribution of a May 2004 Paris II colloquium published subsequent in Gazette du Palais and republished on [www.transnational-dispute-mangement.com](http://www.transnational-dispute-mangement.com).

DESAI, Mihir, and Alberto MOEL

- 2004 «Czech Mate: Expropriation and Investor Protection in a Converging World». Cambridge: Harvard Business School Manuscript.

DINE, Janet and Bob WATT (editors)

- 1996 *Discrimination Law*. London: Longman.

- ERLER, G.
- 1956 *Grundprobleme des internationalen Wirtschaftsrechts*. Goettingen.
- FAULL, Jonathan and Ali NIKPAY
- 1999 *The EC Law of Competition*. Oxford: Oxford University Press.
- FRIEDLAENDER, Saul
- 1977 *Nazi Germany and the Jews*, Vol. I (1933-39) New York: Harper Collins.
- GAILLARD, Emmanuel
- 2004 *La Jurisprudence du CIRDI*. Paris, Pedone.
- GANTZ, David
- 2004 «Contrasting Key Investment Provisions of the NAFTA with the United States-Chile FTA», in: T. WEILER, editor, pp. 393-423.
- GUZMAN, Andrew
- 1998 «Why LDCs sign treaties that hurt them: Explaining the popularity of bilateral investment treaties». Charlottesville: *Virginia Journal of International Law*, № 38, pp. 639-688.
- HARRIS, D.J., M. O. BOYLE, Colin WARBRUCK, E1
- 1995 *Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- HARTLEY, Trevor
- 1994 *The Foundations of European Community Law*. Oxford: Clarendon.
- HINDELANG, Steffen
- 2004 «Bilateral Investment Treaties, Custom and a Healthy Investment Climate? The Question of Whether Bits Influence Customary International Law Revisited». *Journal of World Investment & Trade* № 5.
- HIPPLER BELLO, Judith
- 1997 «The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More». *American Journal of International Law* № 90, pp. 416-419.
- HOFFMAN, David
- 2003 *The Oligarchs, wealth and power in the new Russia*. New York: Public Affairs.
- HORN, Norbert and Stephan KROLL (editors)
- 2004 *Arbitrating Foreign Investment Disputes, Procedural and substantive legal aspects*. La Hague: Kluwer Law International.

HOWSE, Robert & Elizabeth TUERK

- 2006 «WTO Impact on Internal Regulations. A Case Study of the Canada–EC Asbestos Dispute, in The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues». In *Trade and Human Health and Safety*. George a. BERMAN and Petros MAVROIDIS (editors), New York, Cambridge University Press.

LASH, W.

- 1991 «Unwelcome Imports: Racism, Sexism and Foreign Investment», in *Michigan Journal of International Law*. Ann Arbor, Nº 13.

LEBEN, Charles

- 1998 «Retour sur la notion de contrat d'état et sur le droit applicable à celui-ci». In: *Mélanges offerts au Professeur Hubert Thierry*, Paris, Pedone.

LEW *et al.*

- 2003 *Comparative International Commercial Arbitration*. La Hague, Kluwer.

LIPSTEIN, Kurt

- 1945 «The place of the Calvo clause in international law». *The British Yearbook of International Law*. London, Nº 22, pp. 130-145.

MANCIAUX, Sébastien

- 2004 *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats*. Dijon: LITEC-CREDIMI.

MANIRUZZAMAN, A. F. M.

- 1998 «Expropriation of alien property and the principle of non-discrimination in international law of foreign investment: an overview». *Journal of Transnational Law and Policy*. Tallahassee, Nº 8.

MARROQUIN-MERINO, Víctor

- 1991 *The protection of property rights in the Inter-American System*. Lima: Banco de Lima.

MAVROIDES, Petros

- 2000 «Remedies in the WTO legal system». *Oxford European Journal of International Law*. Oxford, Nº 11, p. 763-813.

MCKEAN, W.

- 1983 *Equality and discrimination under international Law*. Oxford: Clarendon.

OLSON, M.

- 2000 *Power and Prosperity*. New York: Basic Books.

ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD)

- 2004 *National Treatment for foreign-controlled enterprises*. Paris: OECD.

- ORELLANA, M.
- 2006     *The Role of Solid Science in Investment Disputes*. Le Hague: Hague Academy.
- PANIZZON, Marion
- 2005     «Good Faith in the Jurisprudence of the WTO, A Study on the Protection of Legitimate Expectations, Good Faith Interpretation of the WTO Agreements and Fundamental Fairness in Dispute Settlement», Manuscript submitted to publication on April 2005; doctoral thesis, University of Berne (World Trade Institute, [www.wti.org](http://www.wti.org)).
- PAULSSON, Jan
- 2005     *Denial of Justice in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- PAUWELYN, Joost
- 2003     *Conflicts of norms in Public International Law. How WTO law relates to other rules of International law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich
- 1993     «National constitutions and International Economic Law». In: HILF, Meinhard and Ernst-Ulrich PETERSMANN, *National Constitutions and International Economic Law*. Le Hague: Kluwer.
- POLKINGHORNE, Michael
- 2004     «The Withholding of Documentary Evidence in International Arbitration»», forthcoming in *Fordham Law Review*.
- PORTER, Roger B., Pierre SAWE, Arvind SUBRAMANIAN, Americo BEVIGLIA ZAMPETTI (editors)
- 2001     *Equity, Efficiency and Legitimacy: The Multilateral Trading System at the Millennium*. Washington D.C., Center for Business and Government, Harvard University, Brookings Institute Press.
- PUTNAM, Robert
- 1988     «Diplomacy and domestic politics: The logic of two-level games» *International Organization*, Cambridge, MIT Press, Vol. 42, № 3, pp. 427-460.
- RAKOVE, Jack
- 1966     *Original Meanings-Politics and ideas in the making of the Constitution (i.e. OF THE UNITED STATES)*. Vintage Books, New York.
- REGAN, Donald
- 2002     «Regulatory Purpose and “Like Products” in Article III.4 of the GATT (With Additional Remarks on Article III.2)». *Journal of World Trade*, Geneva, Vol. 36, № 3.

- 2003 «Further Thoughts on Regulatory Purpose under Article III of the General Agreement on Tariffs and Trade: A Tribute to Bob Hudec», *Journal of World Trade*, Geneva, Vol. 37, Nº 4.
- SALACUSE, J. and N. SULLIVAN
- 2005 «Do BITs really work: An evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain». *Harvard Journal of International Law*. Cambridge, Nº 46.
- SANDIFER, Durward
- 1975[1939] *Evidence before International Tribunals*. Washington, D.C.: PAIL Institute Publications.
- SHAFFER, Greg
- 2003 *Defending Interests: Public-private partnerships in WTO litigation*. Washington D.C., Brookings Institution Press.
- SHEA, D.
- 1955 *The Calvo Clause*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- SCHREUER, C.
- 2001 *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press.
- 2005 «Fair and Equitable Treatment». *Journal of World Investment & Trade*. Geneva, Vol. 6, pp. 357-386.
- SORNARAJAH, M.
- 2004 *The international law on Foreign Investment*. Second Edition. Cambridge: Cambridge University Press.
- UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD)
- 1999 *National Treatment*. Geneva: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements.
- 2003 *Dispute Settlement: Investor-State; State Contracts*. Geneva: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements.
- USHER, John
- 1998 *General Principles of EC Law*. Edinburgh: Longman Publishing.
- VAN DEN BROEK, N.
- 2001 «Legal persuasion, political realism and legitimacy: the ECJ's recent treatment of the effect of WTO agreements in the EC legal order». *Journal of International Economic Law*. Oxford, Nº 4, pp. 411-440.
- VERHOOSEL, G.
- 2002 *National Treatment and WTO Dispute Settlement*. Oxford: Hart Publishing.

WÄLDE, Thomas

- 2000 «International Treaties and Regulatory Risk in Infrastructure Investment», *The Journal of World Investment & Trade*. Geneva, № 34, pp. 1-61.
- 2002 «International Energy Trade and Access to Energy Networks» (with A. Gunst), *The Journal of World Investment & Trade*. Geneva, № 36, pp. 191-218.
- 2004a «Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration-Controversial Issues». *The Journal of World Investment & Trade*. Geneva, Vol. 5, № 3.
- 2004b «International Standards: A professional Challenge for Natural Resource and Energy Lawyers». *Ampla Yearbook*, Melbourne, pp. 44-80.
- 2004c «International Standards: A professional Challenge for Natural Resource and Energy Lawyers», reduced version in [www.transnational-dispute-mangement.com](http://www.transnational-dispute-mangement.com).
- 2005a «The Serbian Loans case. A Precedent for Investment Treaty Protection for Foreign Debt?» In: T. WEILER (editor), pp. 383-424.
- 2005b «The ‘Umbrella’ Clause in Investment Arbitration. A Comment on Original Intentions and recent cases» *The Journal of World Investment & Trade*. Geneva, Vol. 6, № 2, pp. 183-237.

WÄLDE, Thomas (editor)

- 1996 *The Energy Charter Treaty: A Gateway towards East-West Investment and Trade*. The Hague, Kluwer International.

WÄLDE, Thomas and K. HOBER

- 2005 «The First Energy Treaty Arbitral Award». *Journal of International Arbitration*. La Hague, № 22, pp. 83-105.

WÄLDE, Thomas and A. KOLO

- 2001 «Environmental Regulation, Investment Protection and regulatory taking in international Law». *British Institute of International and Comparative Law Quarterly*. London, № 50, 811-848.

WÄLDE, Thomas and P. WOUTERS

- 1996 «State responsibility in a liberalized world economy: state, privileged and subnational authorities under the 1994 Energy Charter Treaty». *Netherlands Yearbook of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press № 27, pp. 143-194.

WANG, Guiguo

- 1995 «International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty». *Journal of World Trade*, Washington D.C., № 29, p. 5-72.

- 2001 «The Globalized Economy in Quest of Globalization of the Rule of Law from the Perspective of the National Treatment Principle». *Journal of World Investment*. Geneva, Nº 2.
- WEILER, Joseph
- 2001 «The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats: Reflections on the Internal and External Legitimacy of Dispute Settlement», in Roger B. PORTER *et al* (editors).
- WEILER, Joseph and J.H.H. WEILER
- 2000 *The EU, the WTO and NAFTA: Towards a Common Law of International Trade*. New York: Oxford University Press.
- WEILER, Todd
- 2003 «The treatment of SPS measures under nafta». *Boston College International & Comparative Law Review*, Boston, Nº 29.
- 2004 «Saving Oscar Chin: Non-Discrimination in International Investment Law». In: Norbert HORN and S. KROLL (editors), pp. 159-192.
- WEILER, Todd (Editor)
- 2004 *NAFTA Investment Law and Arbitration*. New York: Transnational Publishers.
- 2005 *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. London: Cameron.
- F. WEISS and F. WOOLDRIDGE
- 2002 *Free Movement of Persons within the European Community*. La Hague, Kluwer.
- WETTERFORS, Jonas, and K HOBER
- 2005 «The First Energy Treaty Arbitral Award». *Journal of International Arbitration*, La Hague, Nº 22, pp. 83-105.

**NOVENA PARTE  
LITERATURA**



## **LA LITERATURA DE FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA (O LA «VERDAD FICTA» Y LA INVERSIÓN DE VALORES EN LA DICOTOMÍA CIVILIZACIÓN/BARBARIE EN SU OBRA LITERARIA)**

*Alexander Forsyth Rebagliati\**

*Raúl Sánchez Consiglieri\*\**

Entre nosotros, pocos han sido los escritores que han conjugado con solvencia el cultivo de la escritura creativa con la docencia y la pasión por la historia y el derecho. De esos pocos, uno de los más conspicuos es Fernando de Trazegnies Granda (1935), abogado de renombre, docente universitario, miembro de número de la Academia Peruana de Derecho y de la Academia Peruana de la Lengua, poseedor además de una trayectoria académica admirable. Sin embargo, la crítica especializada casi no se ha encargado de analizar su obra de creación literaria, la cual, aunque no es abundante, posee una gran riqueza no solo verbal sino también de contenido.

Según Mario Vargas Llosa, hay tres maneras de hacer la crítica de una novela: la primera, individual y subjetiva, por la impresión que la obra deja en el lector; la segunda, objetiva, de pretensiones científicas, en función de reglas universales, analizando lo que la historia es, las fuentes que aprovecha, la manera como se hace tiempo y lenguaje; la tercera, que corresponde más a la historia de la literatura que a la crítica propiamente dicha, en función de las novelas que se escribieron antes o después.

En este artículo intentaremos conjugar estas tres formas de análisis bajo dos ejes. El primero es una disertación sobre la relación existente entre historia y literatura, entre la verdad y la mentira, tanto en la obra histórico-jurídica *Ciriaco de Urtecho: litigante por amor* como en la novela histórica *En el país de las colinas*

---

\* Editor, comunicador visual y promotor cultural, fundador y director general del portal de Internet *Paginasdelperu.com* y del Centro Peruano de Estudios Culturales.

\*\* Bachiller en Literatura por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Durante cuatro años estuvo a cargo de la coconducción del programa radial cultural y literario *Divina Comedia* (Lima, 1160 Radio Noticias). Actualmente se encarga de la edición de contenidos de *Páginas del Perú*, sitio web dedicada a la difusión de la cultura peruana.

*de arena*. El segundo es un ensayo sobre la relación inversa en los términos de la dicotomía civilización-barbarie existente en su libro de cuentos *Imágenes rotas* y en su novela *Atracción apasionada*. Esperamos, entonces, que este ensayo aporte algunas luces sobre la obra literaria de este notable escritor.

## 1. LA «VERDAD FICTA» EN TRAZEGNIES

Cuando un escritor, ya sea de narrativa o poesía, escribe un tratado de teoría o de crítica literaria, lo que hace en el fondo es desarrollar su propia poética (palabra que deriva del vocablo griego *poiesis*, que significa no solo ‘poesía’ sino también, en el sentido más amplio, ‘creación’); por tanto, el objeto de ese tratado será la forma como el lenguaje puede ser o llegar a ser un medio de creación, es decir, de producción de una obra. Claro ejemplo de lo afirmado es *La utopía arcaica* de Mario Vargas Llosa, donde el autor, al evaluar las diferencias entre los relatos de corte indigenista y de creación en Latinoamérica, desarrolla su propia manera de realizar la creación literaria.

Esto queda reflejado, asimismo, en el artículo *La verdad ficta*<sup>1</sup> de Fernando de Trazegnies. Aquí el autor hace un desarrollo de su poética al desplegar su teoría sobre las cercanías existentes entre los relatos de ficción y la historia. Según de Trazegnies, lo que quiere la Historia es «[...] simplemente recomponer y reconstruir una secuencia retrospectiva de acuerdo a ciertos métodos». Esta recomposición se basa en el ordenamiento y discusión de los hechos encontrados en las fuentes. Sin embargo, esta recomposición es incompleta ya que se le escapa algo: la cotidianidad. En este sentido, la novela constituye una perspectiva que nos permite conocer ciertos aspectos de la realidad de los que la Historia no es capaz de dar cuenta. Para el autor, la novela «[...] nos aporta una verdad de atmósfera, donde lo que ocurre es inventado pero, al mismo tiempo, los espacios en los que las cosas ocurren nos muestran una verdad elusiva, una verdad que necesitó de la mentira para mostrarse, una verdad que quizá no hubiera sido accesible a través de la verdad»<sup>2</sup>.

La historia se ocupa de las muertes, los nacimientos, las guerras, los cambios ideológicos, los surgimientos o las caídas económicas; pero el hombre, que es el generador de estas situaciones, ha desaparecido de ella en beneficio de la «verdad» científica. De esta forma, la novela puede ser útil a la Historia con respecto a esta recuperación de lo cotidiano dando cuenta de:

[...] su humanidad que se escapa por los resquicios de la estructura lógica de la ciencia, que se pierde bajo el bisturí del académico, que se fragmenta y desorganiza bajo los ojos del analista. Es por ello que es preciso recurrir a imágenes novelescas

<sup>1</sup> DE TRAZEGNIES (s/a).

<sup>2</sup> DE TRAZEGNIES (s/a).

que nos muestren los anhelos, los sufrimientos, las esperanzas, los valores en los que los hombres creen o los valores en nombre de los cuales son vejados y maltratados. Dentro de este orden de ideas, es preferible falsear la verdad y utilizar la ficción que dejar escapar la verdad en aras de la abstracción científica<sup>3</sup>.

Para de Trazegnies, esta carencia es aún más grave en la historia del derecho, pues los protagonistas parecen ser las leyes y no los hombres que las crean. En su obra *Ciriaco de Urtecho...*<sup>4</sup>, cuya primera edición apareció en 1981, trata de solventar esta carencia. En este tratado tenemos al poblador cajamarquino Ciriaco de Urtecho quien, casi a fines del siglo XVIII, reclama la libertad de Dionisia Gracia, mujer de raza negra, al hacendado don Juan de Dios de Cáceres. El primero alegaba que era su mujer legítima y el segundo que era una esclava de su propiedad. La obra expone dos cosas: la primera es la lucha judicial que quedó registrada en un expediente encontrado por de Trazegnies en Cajamarca el mes de septiembre de 1979; y la segunda, el comentario del autor acerca de este expediente.

Aunque se inscribe dentro de aquellos numerosos juicios relativos a la esclavitud que proliferaron sobre todo en el siglo XIX, época en la que muchos esclavos tomaron conciencia de utilizar la vía judicial para erosionar las condiciones de la esclavitud, este caso resulta extraordinario debido a que no hay otros procesos donde un hombre libre demande la libertad de una esclava alegando que es su mujer.

Es esta propiedad única la que hace que el autor no quiera perder ningún detalle en el análisis del texto. Sin embargo, como afirma de Trazegnies, el análisis es «[...] una autopsia; lo que lleva a cometer un asesinato de la vida social». Lo que intenta hacer entonces es devolverles la vida a estos personajes. Buscando este cometido es que realiza el comentario del expediente, persiguiendo «[...] rescatar aquello que no quedó registrado [...], poner de relieve lo implícito, mostrar el gesto que se oculta entre las líneas del recuso, descubrir el rostro del que habla, recuperar su tono de voz, a fin de tener una impresión más completa de la situación: el análisis está orientado a llenar los *vacíos de realidad* que son inevitables en todo documento»<sup>5</sup>.

El comentario del expediente realizado por de Trazegnies es un ensayo jurídico-histórico basado en legajos judiciales y documentos históricos que no pretende «[...] ser una investigación sociológica sino un intento de penetrar en la naturaleza del razonamiento jurídico»<sup>6</sup>. Los *vacíos de realidad* son llenados mediante el recurso de especular acerca de los posibles motivos que llevaron a

<sup>3</sup> DE TRAZEGNIES (s/a).

<sup>4</sup> DE TRAZEGNIES (1995a).

<sup>5</sup> DE TRAZEGNIES (1995a: 16, cursivas nuestras).

<sup>6</sup> DE TRAZEGNIES (1994a: 207).

un determinado personaje a realizar o no una posible acción. Algunos ejemplos de esto serían el análisis que hace del discurso de Cáceres, que lo lleva a la conclusión de que se encuentra cargado de una visión paternalista con respecto a la esclavitud doméstica, o de lo que significa la casi desaparición del discurso del juez, o de cómo Ciriaco de Urtecho llega a perder en cierta forma su libertad por amor al irse a vivir con su mujer. Sin embargo, en estas disertaciones se haya ausente lo tan reclamado en *La verdad ficta*: la cotidianidad que solo se puede hallar presente en un relato de ficción.

Años más tarde, con la obra *En el país de las colinas de arena*<sup>7</sup>, cuya primera edición data de 1994, recupera la tan ansiada cotidianidad. Este libro consta, al igual que *Ciriaco de Urtecho*, de dos partes: la primera es una novela histórica basada en hechos judiciales; la segunda, un estudio de historia social del derecho.

La novela se encuentra centrada en el personaje llamado Kin Fo<sup>8</sup>, el cual, debido a su afición al juego, vicio muy arraigado en la población china, es obligado a abandonar a su esposa y a su madre para emigrar al Perú y, de esta forma, pagar la deuda contraída. Este es engañado por un «enganchador», oscuro personaje histórico que se encargaba de traer mano de obra a las haciendas de la costa peruana en condiciones de semiesclavitud, el cual le hace creer que el Perú es un lugar mítico donde las colinas están cargadas de oro. Kin Fo, deshonrado por haber perdido todo lo que tenía e ilusionado por las riquezas que podría acumular con el viaje, acepta el enganche y se embarca en la aventura. En la travesía por barco Kin Fo se da cuenta de su error.

Aquí la novela convierte a este personaje en un colectivo: las peripecias y desventuras de Kin Fo son las peripecias y desventuras que pasaron todos los emigrantes chinos que llegaron a nuestra patria engañados por las contratas y que se encontraron con la dura realidad: en el Perú las colinas no eran de oro sino de arena calcinante. Esto incluye la pérdida del nombre<sup>9</sup>, el trabajar en condiciones inhumanas y de esclavitud en las haciendas azucareras costeñas, la liberación de la contrata, el trabajar como criado para un patrón<sup>10</sup>, y el poner un comercio en el barrio chino<sup>11</sup>, entre otros. Como afirma el autor, esta novela es «[...] una mentira con conocimiento de causa, una fantasía documentada. Pero también es el establecimiento de una realidad de atmósfera, una verdad elusiva, que no

<sup>7</sup> DE TRAZEGNIES (1992b).

<sup>8</sup> Nombre que, como reconoce el autor, es un claro homenaje a *Las tribulaciones de un chino en China* de Julio Verne.

<sup>9</sup> Kin Fo pasa a llamarse *Aquino* al llegar al Perú, debido a la dificultad de los peruanos para pronunciar el idioma chino.

<sup>10</sup> Se hace cocinero de su patrón.

<sup>11</sup> Primero puso un restaurante y luego un comercio de mercaderías provenientes de la China.

está referida a cada personaje o a cada hecho en particular sino al *espacio social* que rodea y que envuelve a los personajes»<sup>12</sup>.

Mediante la recuperación de este *espacio social*, la novela recupera la cotidianidad. Por este motivo podemos saber acerca de qué comían, cómo se vestían, cuáles eran sus creencias religiosas, cómo se relacionaban entre ellos, la discriminación que sufrían por parte de las autoridades; lo difícil que era para los inmigrantes chinos, al no haber mujeres chinas, conseguir mujer peruana; su adicción al juego, el uso del opio para olvidar el sufrimiento, cómo surgió la medicina y el comercio chino en nuestra patria, los crímenes y juicios en los cuales se veían envueltos, y un sinfín más de aspectos de la vida diaria de estos personajes que no podrían ser reflejados cabalmente en un frío acercamiento científico-histórico.

De esta manera, la segunda parte de la obra (que consta a su vez de dos partes: un intento de explicación en materia de hechos y de derechos, y a continuación un repliegue del derecho sobre sí mismo) cobra total sentido al haber recuperado ese toque de vida que un tratado social, jurídico e histórico, no posee. Con *En el país de las colinas de arena* de Trazegnies logra la cabal comunión entre ficción e historia, haciéndonos ver que la literatura no es solo una emoción sino también una forma de «[...]conocimiento de una dimensión de lo real que no puede ser aprehendida de otra manera».

## 2. INVERSIÓN DE VALORES EN LA DICOTOMÍA CIVILIZACIÓN/BARBARIE EXISTENTE EN *IMÁGENES ROTAS* Y *ATRACCIÓN APASIONADA*

Civilización y barbarie no son categorías que puedan pensarse por separado y fuera de una dualidad intrínseca. La palabra *bárbaro* es de origen griego; en la antigüedad designaba a las naciones no griegas, a las que se consideraba primitivas, incultas, atrasadas y violentas. Siendo la civilización, la *civitas* romana, uno de los puentes de Occidente, no deja de ser significativo que, en un rastreo cronológico, el término *barbarie* se registre antes que el anterior. Una primera conclusión que podemos inferir de ello es que la cultura occidental se ha basado en la exclusión del «otro» como operación privilegiada para instituir el «yo». Así pues, la oposición entre civilización y barbarie es antigua.

Nuestra hipótesis es que existe un hilo conductor que hilvana parte de la obra literaria de Trazegnies, la cual se consolida bajo esta dicotomía. Los protagonistas tanto del libro de cuentos *Imágenes rotas* como de la novela *Atracción apasionada* construyen su personalidad basándose en la exclusión del «otro», y, como veremos más adelante, ese «otro» es lo considerado como «civilizado».

---

<sup>12</sup> DE TRAZEGNIES (1995b: 28, cursivas nuestras).

E. M. Forster distingue dos tipos de personajes: esféricos y planos. Un personaje plano está dotado de un solo rasgo, o de muy pocos, y su conducta es totalmente previsible. Por el contrario, los personajes esféricos poseen una gran variedad de rasgos, algunos de ellos contrapuestos o incluso contradictorios; su conducta es imprevisible, son capaces de cambiar y de sorprendernos. En el vocabulario estructuralista podríamos decir que el paradigma del personaje plano es dirigido o teleológico, mientras que el del personaje esférico es la aglomeración. En este sentido, los personajes esféricos funcionan como construcciones abiertas, capaces de generar nuevas ideas; lo indescriptible de estos personajes viene en parte de la gran gama, diversidad e incluso discrepancia que hay entre sus rasgos<sup>13</sup>.

Según estas definiciones, podemos afirmar que los protagonistas del libro de cuentos y de las dos novelas son del tipo esférico. Los personajes planos, como hemos afirmado, tienen pocos rasgos y cumplen con un programa teleológico, es decir, desempeñan un fin determinado dentro de la narración. Un claro ejemplo de ello serían los personajes de los cuentos de hadas: los malos son malos y los buenos son buenos y no hay lugar a ambigüedades en su psicología ya que no hay un desarrollo, una evolución interna dentro de los mismos. En los personajes de de Trazegnies hay una multitud de rasgos contradictorios que producen claramente una evolución dentro de su psiquis que los lleva a cambiar de un punto «A» a un punto «B». Esta evolución está marcada por las contraposiciones existentes dentro del mismo personaje enmarcadas dentro de la dicotomía civilización/barbarie.

En *Imágenes rotas* hay varios cuentos que ilustran claramente estas afirmaciones; sin embargo, dos de ellos, «Doble traición» y «Guerra pasada», ejemplifican mejor lo expuesto. En el Perú del siglo XIX la dicotomía civilización-barbarie ocupó un rol central y alcanzó todas las dimensiones del proceso de configuración del Estado: la política, la jurídica, la social y la económica, sustentadas en una macrodimensión cultural que funda la convicción de estar construyendo una «nación civilizada», que se cimentó bajo los pilares de un modelo conceptual europeo. Por este motivo, no es de extrañar, como le ocurre a Mario Vargas Llosa en la presentación del libro, la elección de este siglo como escenario de los relatos.

En el relato «Doble traición», ambientado en el año 1822, tenemos al coronel Manuel Choquehuanca, perteneciente al ejército realista español, encarcelado y esperando sentencia. Mediante cartas que envía a su esposa Felipa durante el encierro nos enteramos de que ha sido apresado por traición debido a su filiación con el teniente coronel Manuel Camargo, su primo, que fuera fusilado por la supuesta autoría de un cartel que incitaba a la subversión. La prueba del delito: una carta, considerada sospechosa, escrita por Choquehuanca a Camargo en

---

<sup>13</sup> CHATMAN (1990: 141-142).

la que «[...] había estampado [...] una frase en la que le decía a mi primo que excedía a muchos en el honor y en el valor»<sup>14</sup>.

En este encierro, debido a la injusticia ejercida contra él y la inminencia de su propia ejecución, se produce en Choquehuanca un cambio interno que se refleja en las cartas escritas a su esposa. Sus argumentos de inocencia, que alegaban el hecho de que la frase escrita era una simple expresión de afecto y que no cargaban un contenido político, fueron desestimadas primordialmente por el hecho de ser él un mestizo: «El problema, amada Felipa, es que me llamo Choquehuanca y soy español».

Heredero de dos razas, la blanca española y la indígena peruana, se enfrenta tardíamente a la dualidad de su origen, como en el siglo XX lo haría Arguedas, dándose cuenta de que no era ni lo uno ni lo otro sino que era algo más: «Estoy formado de dos mitades que no casan perfectamente. No es que yo lo sienta así, porque por mucho tiempo estuve ciego y no percibí mi propia *contradicción*, pero los demás se han encargado de hacerme ver la verdad: un medio indio más un medio español, no llegan a ser ni un indio ni un español completos»<sup>15</sup>.

Este personaje, que se percibe como un «otro» ante la mirada tanto de indios como de españoles, reconstruye nuevamente su personalidad. La multiplicidad de rasgos *contradictorios* en él da como resultado su hibridez. La oposición civilización/barbarie cobra vida con un matiz distinto: ya no se trata de la clásica oposición españoles = civilización frente a indígenas = barbarie, ya que para él tanto españoles como indígenas conforman lo civilizado. Es entonces cuando Choquehuanca, el mestizo, el cholo, el cual no pertenece a ninguna de estas dos poblaciones ya que configura en sí mismo algo distinto, conforma lo barbárico.

En esta lucha interna se engaña a sí mismo en un principio, al unirse al ejército español por querer pertenecer a algún bando: «No quise ser como un lobo solitario, vivir al margen de la humanidad como un animal salvaje»<sup>16</sup>. La doble traición está en la condición que conlleva su duplicidad, es decir, el hecho de no pertenecer a nada, de ser algo distinto: «He cometido, entonces, una doble traición: traicioné a mis antepasados por servir al Rey conquistador; y, a partir del mismo instante en que me ponía a su servicio, traicioné también a mi Rey por el solo hecho de que por mis venas corre todavía un hilo de la sangre de Huayna Cápac»<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> DE TRAZEGNIES (1992: 20-21).

<sup>15</sup> DE TRAZEGNIES (1992: 21, cursivas nuestras).

<sup>16</sup> DE TRAZEGNIES (1992: 21).

<sup>17</sup> DE TRAZEGNIES (1992: 21).

Choquehuanca, al darse cuenta de su «otredad», realiza una inversión de cualidades en la dicotomía civilización/barbarie. Utilizando los términos de *disforia* y *euforia* de la semiótica greimaciana, podemos decir que la *civilización*, que al comienzo tiene una connotación *eufórica*, pasa a ser *disfórica*, y que, en consecuencia, la *barbarie*, que al comienzo es *disfórica*, es ahora *eufórica*. Esto significa que para el personaje la condición de ser mestizo, de ser barbárico, pasa a ser una forma de libertad frente a la esclavitud de pertenecer a cualquier civilización, sea española o indígena, ya que ahora se pertenece a sí mismo: «Ahora, en vísperas de la muerte, la conciencia de mi *mestizaje* se ha convertido en la conciencia de mi *libertad*. Hasta ahora había tratado de hundirme en la vacilante identidad hispánica que me había impuesto. Ahora me doy cuenta de que no pertenezco a ninguna raza, a ninguna cultura: solo me pertenezco a mí mismo»<sup>18</sup>.

Choquehuanca es entonces consciente de que la auténtica libertad es la que se produce cuando uno se encuentra fuera de las reglas que conlleva cualquier esquema civilizador. En toda violencia late el esquema civilización/barbarie. A veces se mata en nombre de la barbarie. Se mata lo establecido, lo racional, lo instaurado. La civilización entendida como sacralización del Poder. Aquí, la barbarie se asume como lo distinto, lo nuevo, lo —empleando una palabra hoy en boga— transgresor. Lo que transgrede el orden monolítico del ser. El personaje entonces asume que para llegar a ser realmente un ser humano es necesaria la libertad y que para ser libre se tiene que transgredir y matar dentro de sí cualquier rastro de civilización: «La solidez, la coherencia, no se adquieren sino al precio de una castración: para no violar el ambiente en que vive, el «hombre de bien» tiene que reprimir sus erecciones, tiene que renunciar a diferenciarse, tiene que frustrar la libertad que le exige hacerse a sí mismo con la misma pasión que lo lleva a tumbar a una chola entre los trigales»<sup>19</sup>.

En el relato «Guerra pasada», ambientado en la época de la guerra de la independencia, el pueblito serrano de Corongo es invadido por las tropas del ejército emancipador. En un principio sus pobladores los reciben con los brazos abiertos. Sin embargo, al sufrir sus abusos, poco a poco se va revelando ante ellos la verdadera cara de estos supuestos «libertadores»: en nombre de la «causa» pedían altos cupos en especies a los ya muy empobrecidos coronguinos. Su alcalde, Martín Sifuentes, se rebela ante la injusticia y toma partido activo con el ejército realista haciendo que el pueblo lo acompañe en su lucha. Para su desgracia, la guerra es ganada por las tropas separatistas y, al llegar estas nuevamente al pueblo, Manuel Sifuentes y sus partidarios se ven obligados a huir a los montes. El nuevo

<sup>18</sup> DE TRAZEGNIES (1992: 21, subrayado nuestro).

<sup>19</sup> DE TRAZEGNIES (1992: 24-25).

gobierno del protectorado «perdona» las faltas cometidas por los hombres de Corongo y les permite regresar al pueblo; sin embargo, Manuel Sifuentes queda como el único proscrito, pendiendo sobre él la pena de muerte si es apresado. El antiguo alcalde es obligado a vivir en los montes, convirtiéndose en algo parecido a un animal salvaje. Pasado mucho tiempo, adquiere el sobrenombe de *Guerra Pasada*, y se convierte, debido a su ferocidad, en el azote del pueblo por el que antes combatiera. Los coronguinos tratan entonces de cazarlo, pero es su antigua mujer, casada ahora con un farmacéutico, quien termina matándolo al ir dejando pedazos de carne envenenada en el monte.

En un comienzo el pueblo de Corongo vive en paz porque es ignorado por la Corona: «Hasta entonces, Corongo era una pequeña población agrícola, prácticamente olvidada por el gobierno español entre los pliegues de los Andes, donde nunca sucedía nada que —para el bien o para el mal— alterara nuestra paz»<sup>20</sup>. No podemos entonces hablar de un esquema civilización/barbarie en un principio, ya que la elección de los coronguinos de ser partidarios se debe a que la prédica de la justicia y principalmente de la libertad son valores universalmente aceptados: «¡No era mucho, sobre todo si era para eso que llaman *libertad* y que debía ser una cosa buena!»<sup>21</sup>. Después de que el ejército emancipador comienza a cometer abusos es cuando aparece la dicotomía civilización/barbarie.

Es necesario anotar que en este cuento el autor utiliza un narrador *extradiegético-heterodiegético*, que en narratología designa a un tipo de narrador en primer grado que cuenta una historia de la que está ausente<sup>22</sup>. Aquí el narrador es un poblador anónimo que cuenta la historia ocurrida a Martín Sifuentes, protagonista del relato. Esta voz narrativa puede tomarse entonces como la voz del pueblo, tanto en su memoria como en su conciencia colectiva.

Asimismo, el autor apela al recurso de intercalar esta narración con párrafos resaltados en «negrita». Estos párrafos, dedicados al pensamiento de Martín, aparecen como un monólogo interior sin recurrir al uso de comas. De esta forma podemos saber la callada protesta que producen en Martín las injusticias cometidas por las tropas patriotas. Su pensamiento representa en ese momento el sentir del pueblo coronguino. Esto lo podemos ver reflejado en una escena donde un coronel patriota le requisa unos carneros a una pobladora llamada Jacinta, quien protesta ante el injusto decomiso de sus bienes. Aquí Martín Sifuentes actúa como alcalde y sale en defensa de su paisana:

---

<sup>20</sup> DE TRAZEGNIES (1992: 29).

<sup>21</sup> DE TRAZEGNIES (1992: 29).

<sup>22</sup> GENETTE (1989: 302-303).

—Mire, coronel. Disculpe a Doña Jacinta, pero la gente está cansada de que le tomen sus cosas. Las ovejas son muy importantes para nosotros, que somos pobres...

[...] *pedazo de bruto* Jacinta es una buena mujer los carneros ha trabajado duro toda su vida para tenerlos nadie tiene el derecho de tratar así a la gente qué revolución ni qué ocho cuartos hay que impedirle que se robe nuestros animales... qué estoy pensando Dios nunca he sentido tanta rabia por dentro quizá él, pobre oficial no sabe lo que representan los carneros para nosotros los campesinos [...]

—¡Más importante es la libertad del país! —replicó el coronel con voz tajante.

—Pero es que también hay que tomar en cuenta la libertad de nosotros y no solo la del país... —Martín no terminó su frase porque Ariza le propinó un par de bofetadas.

*Salvaje ladrón* si pudiera decirte lo que pienso ojalá estuvieras solo un día sin toda esa chusma que te defiende... pero cómo puedo pensar de esta manera el cura dice que hay que devolver bien por mal [...]<sup>23</sup>.

Podemos apreciar en este segmento del texto dos cosas muy importantes. La primera se refiere a la calificación que mentalmente hace Martín de *pedazo de bruto* y *salvaje ladrón* respecto del coronel Ariza. Este, en representación de las tropas patriotas, queda en la condición de un ser irracional y violento, de un criminal. Corongo es visto entonces como la representación de lo civilizado frente a las tropas emancipadoras, vistas como barbáricas. Lo segundo es el conflicto interno producido en Martín. El personaje reacciona con sentimientos contradictorios frente a la injusticia. En un principio sucumbe ante la barbarie al querer ejercer la violencia y la venganza en contra de Ariza, pero después se serena al recordar las enseñanzas de la fe. De esta forma la religión católica, representación del mundo civilizado, se vuelve un freno que le impide caer en la barbarie.

Un tiempo después llegan tres españoles que intentan convencer a la población de la necesidad de unirse a la causa realista frente a los «facinerosos mandados por un tal San Martín». Estos españoles presentan al rey de España como un padre preocupado por sus hijos debido a los destrozos e iniquidades cometidos por los «sediciosos separatistas». Martín Sifuentes, alcalde de Corongo, toma la determinación de apoyar, junto con la población, al ejército español. Este apoyo toma la forma de resistencia al retirar cualquier apoyo a los llamados libertadores. Los coronguinos, al creer que el rey se preocupa verdaderamente por ellos, ven a los españoles como parte de lo que ellos mismos conforman: la civilización. Sin embargo, como hemos afirmado unas líneas antes, son los patriotas los que triunfan y Martín es obligado a huir a los montes.

<sup>23</sup> DE TRAZEGNIES (1992: 30-31, cursivas nuestras).

Cuando Martín se queda completamente solo, al margen incluso de los tuyos, se produce el cambio en él ya anunciado en su enfrentamiento con el coronel Ariza. Poco a poco va dejando de ser Martín Sifuentes para convertirse en Guerra Pasada. Su evolución —o involución, si se quiere— se ve manifiesta en su pensamiento: «[...] puedo beber la sangre caliente del animal, desgarrar sus entrañas y llenarme la boca con sus vísceras»<sup>24</sup>. Este estado mental denota su transformación en un animal semihumano, capaz de gran salvajismo, y en ese momento se aprecia el verdadero sentido de la libertad al sentirse lejos de «[...] las artificialidades de esos que se llaman humanos»<sup>25</sup> y de la sociedad que condena al hombre a vivir en un «[...] apretado pueblo de paredes de barro con techos de rojas tejas donde viven todas las pasiones mezquinas»<sup>26</sup>.

Martín pasa por un proceso parecido al de Manuel Choquehuanca, ya que para él lo barbárico, el estado de salvajismo, pasa a tener una condición *eufórica*, mientras que el vivir en el poblado junto con otros seres humanos, es decir, lo civilizado, viene a ser lo *disfórico*. Sin embargo, aquí el personaje no llega a la conclusión de que para ser humano hay que ser libre. Para Guerra Pasada la condición humana hace que el hombre sea esclavo y prisionero, y para ser auténticamente libre hay que matar al ser humano que tenemos adentro, entregarnos a nuestros instintos más puros, abandonar la civilización y vivir en la barbarie.

Decía Aristóteles que la ciudad es una de las cosas naturales y que el hombre es, por naturaleza, un animal cívico, y que el enemigo de la sociedad ciudadana es, por naturaleza y no por casualidad, o bien un ser inferior o más que un hombre. No ha de extrañarnos entonces la reacción de los coronguinos al intentar matar a su antiguo alcalde. Para ellos, por el hecho de ser humanos y vivir en sociedad, lo natural es lo civilizado; por lo tanto, Guerra Pasada es el enemigo y tiene que morir. Cabe preguntarnos si Martín Sifuentes llegó a convertirse en un ser inferior o en más que un hombre.

Toca ahora ocuparnos de la novela *Atracción apasionada*. En esta obra el personaje llamado Alejo, arquitecto de profesión, encuentra en una visita laboral a Arequipa unos folios que exponen la teoría de un singular personaje: Jean-Baptiste Levasseur. Esta teoría propone una organización social y económica basada en el rechazo al trabajo, la oposición al matrimonio y la libertad sexual. Alejo se ve subyugado y atraído inmediatamente por esta teoría y comienza a investigar acerca de la vida de este personaje, un librepensador francés que emigró al Perú, con más precisión a Arequipa, para evadir al fisco de su país. Lo que no sospecha

---

<sup>24</sup> DE TRAZEGNIES (1992: 36).

<sup>25</sup> DE TRAZEGNIES (1992: 38).

<sup>26</sup> DE TRAZEGNIES (1992: 38).

Alejo es que Emma, su esposa, le es infiel con Arquímedes Uchay, un abogado que la representa por unos problemas tributarios surgidos por la posesión de una *boutique*. La narración transcurre relatándonos la historia de Alejo y Emma en la Lima actual, paralelamente con la de Levasseur en la Arequipa del siglo XIX.

La teoría de Levasseur, muy pronto conocido como Petipán por los parroquianos arequipeños de un burdel decimonónico, se encuentra expuesta en el primer capítulo de la novela, «Manifiesto del M. P. M. O.»<sup>27</sup>. Aquí se expone cómo las pasiones naturales han sido pervertidas por la civilización, siendo el amor la única pasión que no ha sido dañada medularmente. El amor es usado por la naturaleza para multiplicar hasta el infinito las relaciones sociales, razón por la que el hombre es básicamente polígamo y la mujer políandrica. Desde esa perspectiva el matrimonio es algo inmoral, al constituirse como una aberración de las leyes naturales. En el nuevo mundo propuesto, hombres y mujeres tendrán el derecho de gozar «[...] con orden pero sin prejuicios que restrinjan ideológicamente la libertad del Placer»<sup>28</sup>.

Aquí vemos otra vez una nueva connotación de los términos *euforia* y *disforia*. Nuevamente el hecho de estar fuera y de transgredir lo fundamentado por la civilización es un hecho *eufórico*, ya que en estos términos lo *civilizado* (el matrimonio, el trabajo, la abstincencia sexual) es considerado como *barbárico* por Levasseur, quien plantea un «Nuevo Mundo Amoroso» como propuesta de una nueva civilización donde prevalezca la estructura ideal de las series pasionales. La justificación de este nuevo orden se haya en la ciencia. De esta forma, deja de ser una simple proclama por una juerga colectiva para, según Levasseur, llegar a ser «[...] un elaborado concepto de la motivación humana, que describía como “el cálculo geométrico de la atracción apasionada” y que sostenía que estaba en completo acuerdo con la gravitación universal. De ahí la importancia de las matemáticas: todo debía ser calculado, todo debía ser medido para lograr la armonía universal»<sup>29</sup>.

La contradicción existente en Alejo es la de ser un fervoroso seguidor de esta teoría y, al mismo tiempo, seguir siendo fiel a su esposa y al trabajo que desempeña. «Todos los hombres nacen aristotélicos o platónicos», ha escrito Jorge Luis Borges. Esta condición humana determina la visión de la realidad, o, para seguir a Platón, la imagen que entendemos como tal. La imagen que Alejo tiene del mundo es el retrato que su propia imaginación dibuja. Este personaje de clase media alta, profesional, casado con una rubia y bella mujer, padre de un niño pequeño, residente en una zona privilegiada de Lima, era incapaz de sospechar la infidelidad de su mujer.

<sup>27</sup> «Movimiento por la Promiscuidad Matemáticamente Organizada».

<sup>28</sup> DE TRAZEGNIES (2004: 21).

<sup>29</sup> DE TRAZEGNIES (2004: 28).

El personaje gravitante de la novela es Emma. Su confesión de infidelidad a Alejo y su posterior suicidio marcan el giro de la trama y el cierre de la misma. Este accionar hace que la obra emule a la tragedia griega. En su *Poética*, Aristóteles define la *anagnórisis* (helenismo cuyo significado es ‘revelación’ o ‘reconocimiento’) como el instante de revelación, cuando la ignorancia da paso al conocimiento. De acuerdo con Aristóteles, el momento ideal para la *anagnórisis* es cuando coincide con la *peripeteia* (‘giro de la fortuna’).

En la tragedia griega clásica, *anagnórisis* es el momento crucial en el que todo se le revela al protagonista. Tal revelación es, por lo general, dramática; esto es, el descubrimiento, por parte del héroe trágico, de alguna verdad sobre sí mismo que suscita el cambio de dirección de la trama debido a su reacción ante lo manifiesto. Un ejemplo clásico de *anagnórisis* en el teatro griego se halla en la obra *Edipo rey*, de Sófocles, cuando Edipo se entera de que la persona que él había matado era su padre y de que su esposa es también su madre.

En *Atracción apasionada* Alejo escandaliza ante el romance adulterio que viven Petita y Gaspar, amigos de la pareja. En una conversación con su esposa, Alejo le manifiesta su malestar. Es entonces cuando Emma, después de sufrir una crisis moral y psicológica durante toda la obra, le revela que ella le es infiel con Arquímedes Uchay. He aquí la *anagnórisis* de la obra. Alejo reacciona primero violentamente, violándola, y después sale en su coche, apresuradamente, a recorrer las calles sin dirección alguna. Al día siguiente regresa decidido a perdonar a Emma, pero llega justo cuando ella tira del gatillo y siega su propia vida. Se produce entonces la *peripeteia*; el giro de la fortuna está ya dado y nada hay que Alejo pueda hacer para cambiar las cosas.

Emma siente asco de sí misma por ser infiel a su esposo con un hombre como el abogado Arquímedes Uchay. Este personaje, de raza mestiza, vive acomplejado por la discriminación racial. No asume su condición de «cholo», como Manuel Choquehuanca, quien se siente libre al saberse distinto; para él esta situación es fuente de un continuo resentimiento social que encubre con un falso orgullo por la raza indígena. En el transcurso de la trama descubrimos que Arquímedes seduce a Emma por vengarse de una antigua afrenta producida por unas tías abuelas de Alejo, que años antes lo trajeron de cholo. Para Emma, al ser Arquímedes el representante de las más bajas pasiones, simboliza lo barbárico frente a lo civilizado, personificado esto último en la figura de Alejo. Para ella su esposo significa el verdadero amor, la familia, la vida en sociedad, el hogar. Arquímedes no es más que el irrefrenable deseo sexual.

En el mundo civilizado la infidelidad es vivida como una de las peores traiciones que enfrenta la pareja; y en general, se piensa que el infiel es el culpable. Sin embargo, la infidelidad es solo el resultado de la crisis de pareja y esta no es

solo sexual, pues el cónyuge infiel buscará aspectos que su pareja no le brinda, que pueden ser intelectuales, sexuales, físicos y emocionales. Emma (nombre que no en vano nos recuerda a la otra infiel, la de Flaubert) busca, aunque ella no lo reconozca, liberarse de todo lo que significa la vida burguesa en la cual está envuelta. Sus encuentros sexuales con Arquímedes son algo más que eso. En el coito ella copula no solo con Arquímedes sino con el mundo que él representa. La negación de esta circunstancia hace que se sienta sucia y culpable.

Alejo y Emma no pueden alejarse de lo *barbárico* de la civilización, según lo planteado por Levasseur. Esto, que suena contradictorio, lo es más aún para ambos, especialmente para Alejo, quien solo al final, con el suicidio de Emma, se da cuenta de la farsa en que vivía.

## BIBLIOGRAFÍA

### ARISTÓTELES

2002 *Poética*. Madrid: Istmo.

### BAJTIK, Mijail

1990 *La cultura popular en la Edad Media y en el Renacimiento*. El contexto de François Rabelais. Alianza: Madrid.

### CHATMAN, Seymour

1990 *Historia y discurso. La estructura narrativa en la novela y el cine*. Madrid: Taurus.

### DE TRAZEGNIES, Fernando

1992 *Imágenes rotas*. Lima, Ediciones del Dragón.

1995a *Ciriaco de Urtecho: litigante por amor. Reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento jurídico*. Tercera edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica.

1995b *En el país de las colinas de arena*. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica.

2004 *Atracción apasionada*. Lima: Laberintos.

s/a *La verdad ficta*. Consulta: <<http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafca.htm>>

### GENETTE, Gérard

1989 *Figuras III*. Barcelona: Lumen.

### GREIMAS, Algirdas Julián

1987 *Semántica estructural*. Madrid: Editorial Gredos.

## RIBEYRO: «SER ABOGADO, ¿PARA QUÉ?»

*Carlos Ramos Núñez\**

Si se pasa revista de los presidentes de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, llamada «la Excelentísima», por mandato de sucesivas leyes orgánicas, el apellido Ribeyro es el que más se repite. Lo propio ocurre si se confecciona una lista de los decanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, así como del elenco de rectores afiliados al campo del derecho de la cuatricentenaria universidad. La conexión sanguínea, social e intelectual de Julio Ramón con sus ancestros, emblemáticos representantes del foro y de la magistratura peruana, en una época en que la profesión legal y la judicatura disfrutaban de una inmejorable percepción social y era un espacio exclusivo de los segmentos ilustrados, debió haber sido una pesada carga de responsabilidad y ritual histórico para el sensible escritor. Había una voz interior que parecía llamarlo desde un pasado recóndito para delinejar su vocación como hombre de leyes.

Esa suerte de obligatorio encargo generacional sale a luz en numerosas ocasiones, en palabras de Julio Ramón y de sus personajes. En un testimonio autobiográfico —el género literario que privilegia en sus relatos— apunta Ribeyro, sin escondida vanidad, al hablar de su tatarabuelo Juan Antonio Ribeyro y Estrada, presidente de la Corte Suprema en varios períodos (en la historia del Perú no hubo otro reelegido para el cargo tantas veces), decano de la Facultad de Jurisprudencia, rector de la Universidad de San Marcos, amén de fundador de la moderna disciplina del Derecho Internacional Público en el Perú y autor de numerosos libros, folletos y documentos sobre la materia, a raíz de los cuales ocupó el cargo de Ministro de Relaciones Exteriores:

Conservo [...] tanta documentación —cartas, manuscritos, fotografías, publicaciones, condecoraciones, etcétera— que podría escribir su biografía. Pero no se trata de eso. Diré solamente que vivió entre 1810 y 1886 y fue un ilustre Hijo de

---

\* Abogado. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Universidad de Lima. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.

la Patria: Rector de la Universidad de San Marcos, presidente de la Corte Suprema de Justicia y Ministro de Relaciones Exteriores. Su retrato orna hasta ahora el despacho ministerial de Torre Tagle y la Sala del Consejo Sanmarquino. En casa tuvimos durante mucho tiempo un hermoso busto de él en mármol y pedestal de ébano, que mi padre terminó por obsequiar a la Universidad de San Marcos indignado al ver que, sin ningún respeto por su venerado antecesor, sus hijos utilizábamos su efígie como sombrerera. Destacó sobre todo como internacionalista y dejó alegatos —en especial uno contra la ocupación de las islas de Chincha por la armada española— que son verdaderos modelos de argumentación jurídica. Publicó breves pero numerosas biografías de hombres destacados de nuestra vida intelectual y política y escribió unas hasta ahora inéditas *Consideraciones sobre la Guerra del Pacífico* que de joven intenté leer pero sin fortuna, debido a lo enrevesado de la caligrafía y a su estilo insoportablemente oratorio<sup>1</sup>.

Por cierto, el recuento genealógico y documentalista no acaba allí. En efecto, Ramón Ribeyro y Álvarez del Villar, bisabuelo del cuentista, en el mismo derrotero del padre, cultivaría la misma disciplina del padre: el Derecho Internacional Público y se convertiría (al igual que el padre) en presidente de la Corte Suprema, decano de la Facultad de Derecho de San Marcos y rector de esa casa de estudios. Coronaba el mismo trayecto idéntico cargo: ministro de Relaciones Exteriores. Podría decirse que ciertos aspectos de la historia peruana, y de sus ideas, estuvieron en sus azares:

[...] lector seguramente de Plutarco, llevó una “vida paralela” a la de su padre. Ocupó exactamente los mismos cargos en la Universidad, la Magistratura y la Cancillería. Fue también un brillante profesor universitario, autor de sesudos tratados de Derecho Internacional. En 1854, cuando apenas tenía dieciséis años, naufragó en el barco *Rímac* junto con el escritor Ricardo Palma y ambos fueron unos de los pocos pasajeros que se salvaron, gracias al socorro que les prestó un marinero negro. Este marinero anónimo permitió que Palma escribiera sus *Tradiciones peruanas* y que yo, cien años más tarde, existiera y tuviera la posibilidad de escribir, para bien o para mal de mis lectores, lo que he escrito. Volviendo a don Ramón diré que fue inconformista y librepensador. Por ejemplo, se embarcó en una sonada polémica contra un teólogo importante, en la que defendió los fueros de la razón y de la verdad histórica contra el oscurantismo, la superstición y los errores del Papado. Durante la guerra con Chile combatió en la batalla de Miraflores al frente de un batallón de universitarios y estuvo entre las personalidades que los invasores llevaron a Santiago en calidad de rehenes. Era famoso por su fealdad —muy bajo, orejón y completamente calvo— y por su galantería. Murió en 1914 dejando cuatro hijas y cinco hijos. De estos últimos solo mi abuelo, Julio Eduardo, tuvo descendencia masculina<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> RIBEYRO (1994a: 226).

<sup>2</sup> RIBEYRO (1994a: 226-227).

El abuelo de Ribeyro, Julio Eduardo, rompió sin embargo con la tradición familiar, y en lugar de la jurisprudencia eligió una profesión más moderna: estudió ingeniería en Alemania. Era un profesional de criterio avanzado, entre cuyas obras está el haber dotado a Lima de agua potable y alcantarillado. Sería también uno de los artífices de un anhelo patriótico: la carretera de penetración hacia el oriente, que se concretaría décadas más tarde. Había, no obstante, un pero: su matrimonio fuera del círculo de damas limeñas...

Por el nombre ilustre que había heredado, la buena situación social y económica que gozaba y las relaciones que tenía con los ricos hombres de negocios (gracias al matrimonio de sus hermanas), parecía destinado a llevar a la cúspide la trayectoria ascendente de la familia, pero contrajo lo que se podría llamar una mesalianza y fue puesto en la lista negra por sus parientes consanguíneos y políticos. En lugar de escoger a una de las tantas herederas capitalinas a las que lo destinaba su posición, se casó con la hija de unos inmigrantes italianos, bellísima pero sin un céntimo, doña Josefina Bonello. [...] Con sus parientes paternos rompió durante años toda relación, excepto con su abuelo, el librepensador don Ramón Ribeyro, y con uno de sus tíos, Emilio Ribeyro, los únicos que tomaron partido por mi abuela y la siguieron respetando y frecuentando a pesar de su desliz<sup>3</sup>.

Poco a poco el drama personal de Ribeyro, derivado de esa carga profesional casi genética, la abogacía, habría de presentarse con la muerte del abuelo a una edad relativamente temprana: los cincuenta años. Sobreviviente a su hijo, el bisabuelo paterno quiso forjar un futuro al padre del escritor. Estaba claro que sería abogado. La decisión fue fatal:

Cuando mi abuelo murió a los cincuenta años de un ataque cerebral, mi padre se encontró como único titular de un nombre distinguido y de una mediana herencia que, bien administrada, le garantizaba una vida holgada. El viejo rector don Ramón le había inculcado la idea de reanudar con la estirpe de juristas y decidió por ello estudiar Derecho.

Pero esta disciplina no le interesaba y siguió la carrera a regañadientes, dedicado más bien a la lectura, la bohemia y el dandismo. Era la época de Abraham Valdelomar y del *Palais Concert*. Mi padre contaba que pasó cerca de diez años sin trabajar, viviendo del dinero que su padre había dejado en la Caja de Ahorros. Ese periodo de *dolce vita* no fue completamente inútil. Le permitió aprender por su cuenta francés, italiano y portugués y adquirir una sólida cultura literaria. Pero el ocio estuvo acompañado de excesos —recuerdo haberle oído hablar de jaranas que duraban una semana—, lo que unido a la fragilidad de su complexión comprometieron gravemente su salud. Contrajo una enfermedad pulmonar y se vio obligado a pasar una larga temporada en Tarma, para reponerse. De este modo, al cumplir los treinta años, se dio cuenta que no había sacado su título de abogado, que su menguada salud hipotecaba para siempre su porvenir y que

---

<sup>3</sup> RIBEYRO (1994a: 229).

la herencia paterna había sido dilapidada. Un día que fue a la Caja de Ahorros a recoger su mesada, el Director, que era amigo de la familia, lo llamó a su despacho para decirle que ya no le quedaba nada y que lo único que podía hacer por él era ofrecerle un trabajo en su oficina. Es así que sin profesión, sin salud, sin fortuna, sin relaciones con su rica familia paterna, se encontró por primera vez enfrentado brutalmente a la vida<sup>4</sup>.

Si el padre había fracasado, pues entonces el pendón de la jurisprudencia habría de transmitirse al hijo. La orgullosa remembranza de los jurisconsultos ancestros iría mano a mano con la incertidumbre de su vocación. Ribeyro, a diferencia de Vargas Llosa y del propio Bryce, quiere ser abogado, lucha con denuedo por lograrlo. Ingresa a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica con el propósito de cumplir un reto hereditario. También el escritor se matricula en Letras en la Universidad de San Marcos, pero persiste en aquel empeño, diríamos secuencial, trabado solo por el paréntesis del brillante ingeniero, la mediocridad de su padre para las cosas prácticas y su temprana muerte.

En sus memorias, Ribeyro se queja de que su amigo, el historiador Pablo Macera, lo considerase un «epígono bastante degradado» de sus ancestros y de su casta social, en la que se aliaban el dinero y los adornos del espíritu:

Él ignora que por mi ascendencia materna soy un plebeyo, con igual título que no importa qué verdadero hijo del pueblo. (Mi bisabuela materna llevaba pollera y se peinaba con trenzas.) Ignora también que no extraño los privilegios mundanos e intelectuales de mis abuelos rectores y ministros y que más bien gran parte de mi actitud en los últimos años puede definirse como una resistencia y casi hostilidad a «seguir ese camino» (no haberme recibido de abogado, no haber hecho lo que podía hacer para ingresar a la docencia en San Marcos, etcétera). No conoce tampoco hasta qué punto carezco de una serie de sentidos específicos de la casta a la que me quiere asimilar: el de la propiedad, el del domicilio, el de la patria, el de la profesión, y hasta el de la familia<sup>5</sup>.

Julio Ramón Ribeyro recuerda que estudió derecho porque se lo aconsejó su padre, sin duda estimulado por el trayecto exitoso de generaciones previas y su propio fracaso en el ejercicio libre de la profesión. Seguramente motivado por apremios económicos, tan pronto ingresó a la universidad buscó hacerse de prácticas preprofesionales que le procurasen cierta ayuda económica para él y su familia, sobre todo su madre y su hermano menor (su corresponsal y también futuro estudiante de derecho), y el alivio de un vicio creciente que acabó siendo fatal: el tabaquismo:

<sup>4</sup> RIBEYRO (1994a: 229).

<sup>5</sup> RIBEYRO (2003: 251-254).

Cuando ingresé a la facultad de derecho conseguí un trabajo por horas donde un abogado y pude disponer así de los medios necesarios para asegurar mi consumo de tabaco. El pobre Inca se fue al diablo, lo condené a muerte como un vil conquistador y me puse al servicio de una potencia extranjera. Era entonces la boga del Lucky. Su linda cajetilla blanca con un círculo rojo fue mi preferida. Era no solamente un objeto plásticamente bello, sino un símbolo de *standing* y una promesa de placer. Miles de estos paquetes pasaron por mis manos y en las volutas de sus cigarrillos están envueltos mis últimos años de derecho y mis primeros ejercicios literarios.

El recordatorio de las clases de derecho, a lo largo de seis años de estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, y el riguroso período de exámenes, que se tomaban en la antigua casona de Lártiga, dejarían una huella: los cigarrillos Lucky y el vino con los que acompañaban los jóvenes la preparación de sus exámenes: «Por ese círculo rojo entro forzosamente cuando evoco esas altas noches de estudio en las que amanecía con amigos la víspera de un examen. Por suerte no faltaba nunca una botella, aparecida no se sabía cómo, y que le daba al fumar su complemento y al estudio su contrapeso. Y esos paréntesis en los que, olvidándonos de códigos y legajos, dábamos libre curso a nuestros sueños de escritores. Todo ello naturalmente en un perfume de Lucky»<sup>6</sup>.

Entre bromas y veras, Ribeyro recordará, hacia el final de su vida, que el único aliciente para no apartarse del estudio en el que practicaba eran las propinas que recibía, con las que costeaba su impenitente afición al tabaco.

Ribeyro, como se ha dicho, inició pronto sus prácticas de aprendiz de abogado, pero no le serían fáciles. Al comenzar sus memorias, las difíciles relaciones entre su afición literaria y la dura práctica forense terminan por manifestarse. En las primeras líneas de ese documento se lee: «Se ha reabierto el año universitario y nunca me he hallado más desanimado y más escéptico respecto a mi carrera. Tengo unas ganas enormes de abandonarlo todo, de perderlo todo. Ser abogado, ¿para qué?, no tengo dotes de jurista, soy falto de iniciativa, no sé discutir y sufro de una ausencia absoluta de *verbe*<sup>7</sup>. En la anotación siguiente lanza una confesión que permite entrever sus vínculos sociales: «Ya no ingresaré al estudio de Lavalle. Mi tío Carlos F. me ha informado que en dicho estudio hay quince practicantes, los cuales tienen que turnarse para poder trabajar. Más bien me ha ofrecido colocarme en el departamento legal de alguna compañía o banco del que sea Director o Presidente»<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> RIBEYRO (1994a: 13-14). Véase también en RIBEYRO (2005).

<sup>7</sup> RIBEYRO (2003: 5). Nota del 11 de abril de 1950. La revista *Ius et Veritas* transcribió en su sección «Literatura y Derecho» diversos pasajes de la obra de Ribeyro referidos a sus dudas en torno a la abogacía (año VII, número 12, de junio de 1966, pp. 216-218).

<sup>8</sup> RIBEYRO (2003: 5). Nota del 30 de abril de 1950.

Tal como indica, lúcidamente, cuando reflexiona sobre su papel en un estudio de abogados, esto duró «[...] hasta que me di cuenta que para destacar había que servir a los ricos. Entonces dejé la profesión aquí y me fui a Europa»<sup>9</sup>. En una de sus cartas a su hermano Juan Antonio, advertirá:

Mientras estudiaba Derecho yo tenía la seguridad de que nunca ejercería la profesión y justamente por ese motivo encontraba cierto placer en el estudio. En Europa mis investigaciones literarias estaban fortalecidas también por su sustancial inutilidad. Las mismas cosas que he escrito y tú recordarás bien que *Los gallinazos sin plumas* salieron de su nido porque era la única manera de birlarles a Héctor y Carlos los 200 dólares que necesitaba en Madrid<sup>10</sup>.

Pero en cierto momento el escritor limeño pareció decidirse genuinamente a ejercer la profesión legal. Así, apostilla en su diario:

En cuatro días tengo cien cosas que hacer. Ver a mi tío Carlos F. para el asunto del malhadado puesto; ocuparme del caso Cannock, juicio ejecutivo que estoy siguiendo para ganarme unos soles; dar los exámenes de jurisprudencia médica y Derecho Procesal Penal; preparar una exposición sobre el liberalismo económico; jugar un partido de fútbol en el colegio Santa Marfa, e ir a un paseo a Chosica con mi prima Teresa y unas amigas. Y para colmo estoy agripado y el estómago me vuelve a fallar<sup>11</sup>.

«Hoy día —anota en una de sus remembranzas—, oficialmente, empecé a trabajar en la Casa F., sección legal. En realidad no hice nada. Como mi jefe no concurrió, tuve que regresarme»<sup>12</sup>. Y, agrega luego, resignado, después de una dura jornada judicial:

Estoy inferiormente dotado para la lucha por la existencia. Estos quince días de trabajo en la Casa F. me han aniquilado. El piso frío de la oficina me produjo un resfrión del cual hasta hoy quedan los resabios, y las caminatas hacia las escribanías han hecho recrudecer una antigua almorrana. No puedo pasearme, ni echarme a dormir, ni comer lo que me agrada. Flaco, demacrado, irascible, estos días me han parecido horribles. Y me han revelado que para la actividad y las cosas prácticas soy hombre perdido. Con una naturaleza enfermiza, yo debía moverme lo menos posible y resignarme a alcanzar prestigio en pequeñas cosas espirituales que pueda hacer con paciencia y gusto, tranquilamente instalado en mi hogar, sin derroche de energías. Si entrara a competir con los demás en la arena del gran mundo no dudo que sería vencido. Debo buscar mi terreno.

<sup>9</sup> COAGUILA (1998: 26).

<sup>10</sup> RIBEYRO (1996: 120).

<sup>11</sup> RIBEYRO (2003: 6). Nota del 5 de julio de 1950.

<sup>12</sup> RIBEYRO (2003: 7). Nota del 1 de agosto de 1950.

Sé que en la literatura, la filosofía, la crítica, podría hacer algo [...] pero nunca como ahora tengo la evidencia de que me va a ser imposible regresar<sup>13</sup>.

En una de las cartas a su hermano José Antonio, después de la lectura de la carta de otro amigo, recordará Julio Ramón Ribeyro su paso por la Facultad de Derecho y la conveniencia —más social que profesional— de la obtención del título profesional en esa área:

Las breves líneas de Prato me han hecho recordar que yo también he estudiado Derecho y que solo me falta la tesis para recibirme de abogado. Estoy pensando que tal vez valga la pena hacer un esfuerzo y sacar el título. Esto, lo decidiré en Lima. No tengo ningún plan concreto para ejercer la profesión, pero es mejor ser precavido y archivar definitivamente ese asunto.

Esto tendría además otra ventaja: que me definiría desde el punto de vista social. En realidad yo no sé qué soy. Cuando me lo preguntan digo indistintamente abogado, periodista, escritor, fotógrafo, lector de novelas o vago. Naturalmente que miento porque no soy ni una ni otra cosa, sino un poco de todo. En realidad, la única definición que me corresponde es la que daba Stendhal cuando le preguntaban por su profesión: *observateur du cœur humain*. Pero para dar esa respuesta se necesita vivir en Francia, en el siglo XIX, haber escrito *Rojo y negro* y llamarse Henry Beyle<sup>14</sup>.

Ribeyro, por otro lado, no escatima elogios a la abogacía y a la jurisprudencia, como escenario ideal de la argumentación y destreza metódica, y hasta se da el trabajo de incentivar y ofrecer consejos prácticos a su hermano Juan Antonio:

He tenido gran gusto que hayas aprobado el año universitario. Lo que no recuerdo es si pasas a segundo o tercero de Derecho. Te recomendaría, de todos modos, que usaras los códigos Civil y de Procedimiento Civil como libros de cabecera, y que cada noche te leyeras unos cuantos artículos. Al principio parece un poco árido y hasta relativamente estúpido. Pero después notarás la fuerza lógica que anima todo el articulado y las necesidades prácticas que lo han dictado. Como especulación, el derecho es un admirable método para aprender a razonar y para darnos una visión ordenada de las cosas, pues detrás de cada una de nuestras acciones existe una norma jurídica que la sustenta o la justifica. Incluso, para los escritores es un buen manual de expresión concisa y acertada. Ya Stendhal, el autor de *Rojo y negro*, recomendaba a todos los novelistas leer de vez en cuando el Código Civil [francés]. Esta apología del derecho no es gratuita, pues tengo cada vez más el convencimiento que en el equipo intelectual de un hombre que aspira a ser culto, debe haber siempre una buena provisión de conceptos jurídicos<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> RIBEYRO (2003: 9).

<sup>14</sup> RIBEYRO (1996: 129-130).

<sup>15</sup> RIBEYRO (1996: 23-24).

En otra carta dirigida a su hermano menor, Juan Antonio, Julio Ramón ni siquiera se plantea el triste papel de la actividad práctica; por el contrario, aconseja incorporarse de lleno a ese papel y hasta le ofrece consejos prácticos para ascender en la sección legal de la Importadora Ferreyros, en la que el propio escritor había trabajado alguna vez. El relato está lleno de información valiosa e inconfidente que describe con crudeza la mezquindad del medio y el asfixiante pragmatismo, útil incluso hoy para un estudio de la sociología y de la historia de los grandes estudios de los abogados, aún por emprenderse:

Me consultabas en tu carta anterior acerca de la miseria y la grandeza de trabajar en la Sección Legal de la Casa Ferreyros. He meditado mucho sobre la respuesta que podría darte. En principio soy enemigo de trabajar con los parientes ricos porque estos consideran que al admitirte te hacen un favor, cosa extrañísima que no sucedería si el empleado no tuviera ningún parentesco con ellos. Por otra parte, el trabajo en la Sección Legal es al comienzo un poco duro, y más que eso, un poco humillante. He pasado seis meses llevando papeles donde los escribanos, haciendo antesalas en los bufetes de los abogados para recolectar una firma, copiando a máquina letras de cambio y otras faenas por el estilo, dignas de un portapliegos analfabeto. Solamente cuando aprendí algunas cosas, cuando se me dio cierta autoridad para pequeños juicios, me sentí un poco más tranquilo y encontré —no puedo negarlo— algún interés en lo que hacía. Pero me di cuenta que la organización vertical de la casa no me permitiría arribar a un puesto de importancia sino después de muchos años de trabajo, y siempre nada más que a eso: a «un puesto de importancia». Tú sabes que en la Sección Legal hay una jerarquía cerrada que comienza con Echecopar, sigue con el doctor Arosemena, el doctor Tagle, la secretaria de Tagle, y luego, al final, vendrías tú. Para subir un escalón hay que ir eliminando a los jerarcas de la cabeza. El día que desaparezca Echecopar, subirá Arosemena al trono, y todos sucesivamente un grado. En fin, que muera Echecopar no tiene nada de extraño pues es de una senilidad verdaderamente pavorosa, pero luego que muera Arosemena es ya más complicado, y ¡Tagle! que mide dos metros de altura es ya inconcebible. Tagle participa de una especie de eternidad mitológica. Yo cada mañana lo veía rejuvenecer, llegar más fresco que un universitario, con unas espeluznantes ganas de trabajar [...]<sup>16</sup>.

La misiva es larga y el consejo también. Nada hay que disuada al hermano para optar por una profesión distinta a la del derecho. Por el contrario, Julio Ramón recalca los aspectos positivos del trabajo forense como el mejor instrumento de financiamiento familiar:

Este es, en fin, el lado negativo del asunto, aparte del sueldo que me imagino continuará siendo bajo. Yo salí ganando 45 libras y entré ganando 25. Total 20 libras de aumento en un año. Dos de los aumentos por ley y no por voluntad

---

<sup>16</sup> RIBEYRO (1996: 62-63).

de la casa. Aparte de esto, el trabajo puede ser y es a la larga prescindible del oficio. Lo que yo he aprendido no lo olvidaré nunca. Juicios ejecutivos, juicios ordinarios, juicios de menor cuantía por cantidad de soles, guardan una plaza inexpugnable en mi memoria y espero que algún día harán valer sus derechos. Si sientes un verdadero interés por aprender en el término de un año a tramitar todos estos juicios, que son los más comunes y los más sencillos, podrías empezar a pesar por la experiencia. Otra razón sería que, para recibirse de abogado, hay que tener dos años de práctica y esta sería tu oportunidad. Una última razón, que debía ser la primera, es que puedes ganar dinero suficiente para cigarrillos y pasajes sin necesidad de gravar el presupuesto familiar, si es que hay presupuesto familiar<sup>17</sup>.

Cuando su hermano Juan Antonio, animado por Juan José Vega, profesor de Historia del Derecho en la Universidad de San Marcos, le anuncia su propósito de redactar una tesis de derecho que abordase, dentro de la especialidad histórico-jurídica, la trama de los delitos sexuales en el Imperio de los incas, Julio Ramón, en una misiva del 24 de agosto de 1964, plantea una interesante reflexión metodológica:

Respecto a tu tesis de derecho, no sé qué decirte. Si yo no me he recibido de abogado se debe a que nunca he encontrado un tema que me seduzca. Lo que te propone Vega —delitos sexuales en el imperio incaico— me parece un buen tema, pero quizás ello te obligaría a familiarizarte con las crónicas o los cronistas y no sé si tendrás paciencia para ello. La ventaja de este tema es que versa principalmente sobre hechos más que sobre ideas y es más fácil encontrar lo primero que lo segundo.

Un tema interesante podría ser, por ejemplo, el relativo al derecho sobre el espacio cósmico. Te averiguaré si quieres si hay algo sobre esto en francés. El tema permite fantasear. Habría que estudiar este derecho por analogía al que obtuvieron las grandes potencias europeas sobre sus colonias —descubrimiento, conquista y colonización— y ver si es aplicable a un espacio posiblemente deshabitado, inaccesible a casi la totalidad de las naciones y sometido a leyes físicas diferentes a las de nuestro globo. Más analogía tiene quizás con el derecho de propiedad sobre las tierras antárticas, donde se ha llegado a una distribución más o menos ideal o geométrica entre las naciones vecinas y navegantes<sup>18</sup>.

Así como la primera entrega de su diario fue confiada a su dilema de ser o no ser abogado, Ribeyro termina sus confesiones con un postrero testimonio acerca de la profesión fallida: «No concibo mi vida más que como un encadenamiento de muertes sucesivas. Arrastro tras de mí los cadáveres de todas mis ilusiones, de todas mis vocaciones perdidas. Un abogado inconcluso, un profesor sin cátedra,

---

<sup>17</sup> RIBEYRO (1996: 63).

<sup>18</sup> RIBEYRO (1998: 85-86).

un periodista mudo, un bohemio mediocre, un impresor oscuro y, casi, un escritor fracasado»<sup>19</sup>.

### LUDO TÓMEM: ESPUMANTE EN LOS PASILLOS JUDICIALES

Ludo Tótem, en *Los geniecillos dominicales*, describe lúcidamente la Facultad de Derecho de la Universidad Católica cuando cursaba el quinto o penúltimo año de estudios, hacia fines de la década de 1940. El personaje de Ribeyro precisa que la Facultad se situaba en «un caserón colonial de la calle Lártiga». Sin duda, se refiere a la casona de Riva-Agüero, ubicada en la cuarta cuadra del jirón Camaná, hoy sede del Instituto que lleva el nombre del célebre historiador y genealogista. «No en vano funcionaba en una residencia colonial», anota con sarcasmo<sup>20</sup>. La descripción que sigue está cargada de ironía:

A pesar de haber sido refaccionado, el local conservaba algo del espíritu de la colonia. Ludo respiraba en ese antro un relente clerical, pero no como el que podía inspirar San Marcos, laicizado a través de siglos de refriegas y reivindicaciones, con sus amplios claustros, sus jardines y sus muros empapelados de proclamas, sino un relente de sacrifio. Esa casa había sido legada a la universidad por un católico que murió en olor a santidad, de prostatitis, y el olor perduraba, en medio de códigos e hijos de banqueros. En todo caso, si no era un olor santo, era un olor de ceremonia, de misa pagana todos los días repetida, donde una liga de acólitos de cuello duro oficiaba algún misterio: el de ganarse sin mucha pena la indulgencia plenaria de un diploma que les permitiera encontrar una justificación académica al ejercicio del poder<sup>21</sup>.

Un juvenil espíritu anticlerical y roussoniano se advierte en la asociación de Ludo entre el Colegio Mariano (consagrado, literalmente, a la Virgen María) y la Universidad Católica, «[...] sin curas esta vez, sin Santa Infancia, pero con maestros más ladinos y formas más sutiles de corrupción»<sup>22</sup>. El progreso social, incluso en la forma desmejorada del simple arribismo, y la configuración de un consorcio elitista a través de un título universitario, asoman con jocosidad pero también con un profundo sentimiento moralista:

Allí se desasnaban los hijos de la clase dirigente y se daba una oportunidad a la clase media de capa caída o a los provincianos ambiciosos de poner su talento en

<sup>19</sup> RIBEYRO (2003: 670). La cita original está en francés: «Je ne conçois ma vie que comme un enchainement de morts successives. Je traîne derrière moi les cadavres de toutes mes illusions, de toutes mes vocations perdues. Il y a un avocat sans titre, un professeur sans chaire, un journaliste tari, un bohémien médiocre, un imprimeur obscur et, presque, un écrivain raté. Soirée de grand pessimisme».

<sup>20</sup> RIBEYRO (1973: 119).

<sup>21</sup> RIBEYRO (1973: 119).

<sup>22</sup> RIBEYRO (1973: 120).

pública subasta. Ya muchos condiscípulos de Ludo, emisarios de familias modestas y esforzadas, se habían relacionado y soñaban con llegar a ser consejeros serviles, abastecedores de argumentos, comisionistas a tanto por ciento o simplemente testaferros de la argolla, con tal que se les permitiera sentarse, aunque sea en el extremo, del próximo festín que se cocinaba. Porque allí se cocinaba un festín. La argolla la formaban los diez o doce alumnos que debían, dentro de algunos años, recibir por herencia algunos puestos claves en el mando del país<sup>23</sup>.

Ludo Tótém (en realidad, una suerte de *alter ego* de Ribeyro) se encontraba en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, institución entonces conservadora, en una situación flotante, inherente a su ascendente mesocrático de mediados del siglo XX. «Con la argolla —apunta sin eufemismos— sentía viejos lazos espirituales en vía de ser denunciados y con los pobres ambiciosos una hermandad no de proyectos sino de situación»<sup>24</sup>. Finalmente, hacia 1952, Ribeyro —como Ludo Tótém, de *Los geniecillos dominicales*—, «cuando acaba de terminar la carrera de Derecho» viaja a Madrid, merced a una beca del Instituto de Cultura Hispánica<sup>25</sup>. «No llegué a sacar mi título —confiesa—, porque como practicante de abogado sufrí una enorme frustración. Siempre me solidarizaba casi inconscientemente con los golpeados por la adversidad»<sup>26</sup>.

Alguna huella dejó en Ribeyro su breve paso la Facultad de Jurisprudencia y por la práctica del derecho. La influencia simbólica de sus ancestros, también. Así, Luder, mientras camina en París acompañado de un amigo y se ve reflejado en las vitrinas, advierte: «—Ya me fregué. Acabo de darme cuenta que no soy un hombre de hoy sino un letrado de ayer»<sup>27</sup>. Igualmente desencantado, señala

Cuando comparo a mi generación con las anteriores, me digo que es bastante presuntuosa y desvalida. La verdad es que no hemos tenido un poeta como Vallejo, ni un ensayista como Mariátegui, ni un historiador como Basadre, ni un político como Víctor Raúl. Quizás la única figura de nuestro equipo sea Vargas Llosa, pero en lo restante los viejos nos sacaron ventajas. Un González Prada, un Riva-Agüero, un Luis Alberto Sánchez, ¿dónde están?<sup>28</sup>.

Un notable cuento de Julio Ramón Ribeyro, «Espumante en el sótano», sintetiza toda la mediocridad del mundo burocrático a través del triste destino de unas botellas de un vulgar champán conocido con esa denominación. Y es que, en las

<sup>23</sup> RIBEYRO (1973: 120).

<sup>24</sup> RIBEYRO (1973: 120).

<sup>25</sup> COAGUILA (1998: 66).

<sup>26</sup> COAGUILA (1998: 44).

<sup>27</sup> RIBEYRO (1992b: 13).

<sup>28</sup> RIBEYRO (2003: 489). Nota del 24 de febrero de 1960. Se ha ironizado, quizás injustamente, en torno a la falta de un gran jurista de esa generación (véase LEÓN 2004: 148).

letras nacionales, Ribeyro aparece como el escritor mejor equipado para perfilar literariamente al abogado moderno y ciudadano. Las razones de esa predisposición saltan a la vista. Fue descendiente directo de una estirpe de estudiosos<sup>29</sup> en la que figuran su bisabuelo, don Juan Antonio Ribeyro (Lima, 1810-1886), impulsador de los *Anales Judiciales*<sup>30</sup>, presidente de la Corte Suprema de Justicia en sucesivos períodos y rector de San Marcos entre 1868 y 1886, así como su abuelo, Ramón Ribeyro (Lima, 1877-1933), catedrático fundador de la Facultad de Ciencias Administrativas de San Marcos y rector de la Facultad de Medicina de San Fernando. Julio Ramón Ribeyro es, asimismo, un temprano exponente de la «literatura urbana». Estos factores, además de su ya reseñada experiencia personal, lo colocaban en inmejorable condición para esbozar la imagen narrativa del letrado peruano contemporáneo.

Varios de los relatos reunidos en *La palabra del mudo* acogen escenas que debieron ser familiares al conciso prosista limeño: el desahucio de un terreno público y la indiferencia de un abogado litigante («Al pie del acantilado»); un caso de responsabilidad civil que se esconde en beneficio de un club social («La piel de un indio no cuesta nada»); la cobranza de una deuda impagable («Dirección equivocada»); una adolescente seducida por un albañil, de la que saca partido económico su propio padre («Interior “L”»); una reunión de liquidadores que concluye con el suicidio de un pobre bodeguero quebrado («Junta de acreedores»); la estrechez económica de los practicantes de los bufetes («La botella de chicha», «Solo para fumadores»); la ya aludida sordidez del mundo oficinal («Espumante en el sótano»); los avatares de la millonaria herencia de una tía solterona que, testamento ológrafo mediante, por poco es legada al Papa, [...] con la condición que haga misas diarias en el Vaticano por mi alma [...] hasta el fin del siglo» («Tía Clementina»); y hasta el sofisticado raciocinio forense —a

<sup>29</sup> Una remembranza sobre el atroz destino de la biblioteca familiar emerge del relato de Ribeyro titulado «El polvo del saber». El escritor refiere las dramáticas peripecias sufridas por ese valioso fondo bibliográfico (unos diez mil volúmenes) que, por azares del derecho hereditario, había pasado a manos de unos parientes colaterales, quienes, enemistados, se oponían férreamente a cualquier contacto con la familia Ribeyro, lo que incluía la consulta de los anaquelés. Pasados los años, Julio Ramón regresa a la antigua casona en la que se hallaban los libros, ahora convertida en un tugurizado inmueble. Lo aguarda una dolorosa realidad: los millares de volúmenes, cuidadosamente atesorados por sus mayores, habían sucumbido a la polilla y a la humedad, y de ellos solo quedan cenizas. «La codiciada biblioteca —escribe Ribeyro abrumado— no era más que un montón de basura», de la cual logró rescatar un pequeño ejemplar intacto, [...] que conservé, como se conserva el hueso de un magnífico animal prediluviano». Irónicamente, de no haber sido por esa antigua discordia, la enorme biblioteca se hubiese transmitido íntegra al padre del escritor. No es difícil inferir que esa biblioteca era esencialmente jurídica, atendiendo al oficio de su propietario original. Véase RIBEYRO (1977). También en RIBEYRO (1994).

<sup>30</sup> Cf. RAMOS NÚÑEZ (2005).

la manera de un Edgar Allan Poe o un John Grisham— que se desliza en «La juventud en la otra ribera», así como en uno de los relatos tardíos del autor: «La solución», recopilado en *Solo para fumadores* (1987)<sup>31</sup>.

En «La solución», Ribeyro explora las posibilidades que se ofrecen a un marido que acaba de descubrir que su acaudalada esposa le es infiel con cuatro amantes simultáneos, quienes le aseguraban «todas las satisfacciones de la carne y el espíritu». El protagonista del relato —para mayores señas, un exitoso autor de obras de ficción— discurre entre un abanico de respuestas a su apremiante dilema: abandonar a la cónyuge (apuesta económicamente insatisfactoria), plantearle el divorcio (opción difícil en vista de las dificultades probatorias inherentes a la causal de adulterio), asesinar a los cuatro competidores (posibilidad materialmente descabellada y que es abandonada de plano) o, en fin, aceptar caballerosamente a los cuatro amantes, trasladarles a ellos las cargas familiares y sumarse él mismo al cuarteto de libertinos hasta reconquistar los favores de la infiel. Abruptamente, en la página final, la inesperada decisión que justifica el título del relato es revelada a los lectores.

La cercanía del cuentista limeño con el derecho se advierte aun en el cuidadoso empleo de terminología jurídica: «testamento ológrafo», «síndico de quiebra», «causal de divorcio», «fundación» y tantas otras expresiones alumbran en sus ficciones. Esa familiaridad se evidencia también en su conocimiento de una figura jurídica extinta, la *obra pía*, con la que culmina el relato «Tía Clementina» ya comentado. Pero, curiosamente, no sería en su obra cuentística —que le ha dado unánime reconocimiento— sino en sus novelas, en donde aparecerían de manera más elaborada los leguleyos imaginados por Ribeyro. En *a Cambio de guardia* (1976) el autor presenta a Carlos Almenara, abogado laboralista que personifica al proverbial «embaucador titulado»: un hombre bajito pero envanecido, que hace uso de un lenguaje técnico para impresionar al eventual cliente y que no deja de acompañar sus razonamientos con alguna metáfora ingeniosa. Almenara es la expresión de un país donde el habitante común suele recibir con agrado el *verbo bonito*; donde el tinterillo hace alternar, en sorprendente combinación, un lenguaje lleno de tecnicismos con una fabla alegórica pero banal. Un pasaje de *Cambio de guardia* es, a este respecto, emblemático: frente al Palacio de Justicia y ante la desesperanza del representante de una importante empresa que busca deshacerse sin demasiados costos legales de cientos de obreros, Almenara trata de darle ánimos a su cliente con una deplorable metáfora:

[...] esto me hace acordar la vez que estuve en Sevilla, en el Barrio de Santa Cruz y que me extravié por sus endiabladas callejuelas. Erraba yo bajo un calor

<sup>31</sup> RIBEYRO (1987). También en RIBEYRO (1992a).

tórrido sin saber cómo salir de ese laberinto cuando me encontré con un andaluz que venía en mi dirección. Al preguntarle cómo haría para salir de ese barrio me respondió sin más: siempre hay salida [...]. Y puede decirle a su hermano Napoleón que la salida del embrollo ya la he encontrado, como encontré esa vez, luego de infinitas vueltas, la salida del barrio de Santa Cruz<sup>32</sup>.

Las herramientas para encontrar la «salida» que prometía Almenara no se limitaban al uso de técnicas jurídicas y de interpretaciones legales posibles. Ante un magistrado que parece estar del lado de los operarios, se aceptan otras estrategias. Así, tras una paciente investigación, el susodicho abogado descubre que el juez Caproni es homosexual. Almenara, aficionado a la jardinería, pone el mismo empeño en fumigar sus rosales que en aniquilar a todo un sindicato obrero.

Otro abogado urbano insensible es aquel que Ribeyro describe en su cuento «Al pie del acantilado». Un dirigente barrial acude a consultarle y luego de que le abonan una fuerte suma por honorarios, sencillamente se desentiende del caso. Con candor, el líder barrial piensa que el caso se ha ganado. Nada de esto. Por el contrario, los invasores son desalojados sin misericordia por orden judicial: «—Oiga, le interroga al juez. Si estos son terrenos públicos. —Precisamente, por esa razón es que procede el desahucio». Desesperado, el dirigente marcha al bufete del letrado para exigirle la devolución del dinero. El leguleyo le contesta impertérrito: «Esta no es una tienda donde se devuelva el producto». La imagen del abogado rico asoma asimismo en la obra ribeyriana a través del radiante orgullo de Daniel, el desdentado amigo taxista de Ludo Tótem en *Los geniecillos dominicales*, quien se lo imaginaba convertido en uno de aquellos: «Te presento al señor Tótem. Y mucho cuidado con mi amigo, porque es abogado y vive en Miraflores».

Julio Ramón Ribeyro, él mismo un meritorio abogado<sup>33</sup> trata espléndidamente el tema de los practicantes de derecho en *Los geniecillos dominicales*. Ludo Tótem —el personaje central— practica primero en un importante estudio de abogados y después donde el doctor Font, del centro de Lima. Lleva varios casos. El primero es el de un albañil desempleado, Moisés, demandado por ocupación precaria. En el Palacio de Justicia siente un aire de emboscada.

Ribeyro trae también una serie de escenas tragicómicas de los aprendices de abogados en *Los geniecillos dominicales*. Para arribar al pequeño estudio del doctor Font, Ludo debía sortear no solo las casonas viejas del centro de Lima, cuyos apo-

<sup>32</sup> RIBEYRO (1976).

<sup>33</sup> Preguntado Ribeyro acerca de si había trabajado en labores ajena a la literatura, sostuvo que había sido «[...] profesor, vendedor de productos de imprenta, meritorio de abogado, portero de hotel, recogedor de periódicos viejos, cargador de estación de tren, traductor en una agencia de prensa, agregado cultural de embajada». Véase OQUENDO (1973: 21-22).

sentos se habían convertido en escribanías, agencias de viaje, sastrerías, academias de idiomas u oficinas de abogados, sino también innumerables y extraños recovecos.

Ludo se lanzó por un pasillo, siguiendo una flecha que indicaba «Doctor José Artemio Font. Abogado», flecha que describía un curso caprichoso, subía un piso, bajaba otro, atravesaba un patio, vacilaba ante una agencia funeraria, estaba a punto de perderse en la azotea y por último, fatigada, la punta inclinada hacia el suelo, hacía una reverencia delante de una puerta estrecha, donde una placa dorada repetía: «Doctor José Artemio Font. Abogado».

Una vez frente al doctor Font («un chorro de luz», según el extinto padre de Ludo), este fulmina al joven con una de sus frases: «Hermosa es la jurisprudencia, pero mezquino es el pleito». En seguida hace un prolíjo relato acerca de los inconvenientes de la profesión de abogado para las personas pobres y sin relaciones: su caso, por ejemplo, veinte años de trabajo para hacerse conocido, un bufete sin luz, sin secretaria, sin sala de recibo, laborando hasta la nueve de la noche, peleando con escribanos y porteros, porque tuvo que empezar de cero para, al fin y al cabo, tener una casa en Miraflores y a sus tres hijos en un colegio decente. A la vez que envía con un escrito para el escribano, Yuen, a su amanuense, un viejito de apellido Galván, sentado en un pupitre escolar le explica a Ludo la imposibilidad de recibirla en el pequeño recinto del estudio; los clientes, por otro lado, son gente modesta. Como abogado con experiencia le aconseja al joven practicante que debe servirse de sus parientes para que lo recomiendan a un estudio millonario. «En esos estudios —añadía el doctor Font— hacen antesala los ministros y cuando se presenta un caso difícil no se resuelve en la corte: se resuelve en el palacio de gobierno»<sup>34</sup>. Ludo le responde al doctor Font, en una descripción que se anticipa a la trazada años más tarde por Alonso Cueto en *Demonio del mediodía*, que ya había entrado a uno de esos estudios millonarios y que no había podido soportar más de una semana, pues estaba repleto de meritorios de cuello duro, serviles con los grandes e insolentes con los pequeños, que se disputaban entre sí los expedientes, apelaban a las peores intrigas para ganarse la estima de un jefe y, cosa insopportable, llevaban siempre un tomo del *Tratado de Derecho Civil* de Planiol bajo el sobaco. En suma, según Ludo, «una academia de arribistas». «Es la lucha por la vida», observa el abogado Font. «En esas condiciones, abandono la lucha», contesta Ludo. Finalmente el doctor acepta recibirla como practicante, pero solo para firmarle los escritos que redactará. Los juicios y los clientes debe buscarlos él, en la calle.

A lo largo de la novela, Ludo se ve involucrado como practicante de derecho en numerosas situaciones legales. Su primer cliente, conseguido por su madre, es un obrero: Moisés, a quien el propietario pretende desalojar de un corralón por

---

<sup>34</sup> OQUENDO (1973: 68).

ser un ocupante precario (adviértase el tecnicismo del concepto). «Yo pago mi cuarto», dice Moisés exhibiendo una pila de recibos. Ludo examina los papeles y declara que eso tiene remedio. A Moisés debe defenderlo tanto con escritos como por medio de frecuentes visitas al Palacio de Justicia, donde el estudiante de derecho de la Universidad Católica nunca había puesto los pies durante el tiempo que había estado en la Gran Firma de abogados, salvo para representar los intereses de poderosos empleadores. Esta vez, como apoderado de un albañil desocupado, debe impulsar los trámites personalmente.

En medio de las vicisitudes del practicante de derecho, a Ludo se le antoja una de las ideas más geniales de Ribeyro y que delata sus lazos con el ejercicio en el foro. Ante la vista de la sede los tribunales, Ludo se pregunta «[...] si sería por azar que el palacio de justicia había sido construido frente a la penitenciaría o si más bien ello obedecería a un plan, a la sutileza macabra de algún urbanista, que había querido expresar así, por la proximidad en el espacio, la confinidad espiritual que existía entre los reos y los funcionarios de la justicia»<sup>35</sup>. Es una de las páginas más citadas:

Apenas puso los pies en el palacio, Ludo creyó respirar un aire de emboscada... Cada portero tenía el porte de un francotirador. Los ascensoristas parecían invitar con su maliciosa sonrisa a un descenso infernal. ¿No había oído decir una vez que en los sótanos del palacio había unas mazmorras donde los presos eran olvidados durante años mientras se ventilaban sus procesos? Existía, también es cierto, una sala de té donde los funcionarios se hacían reverencias y educadamente, mientras comían galletas de soda, concertaban la reclusión perpetua de un acusado o el agasajo al vocal de turno. En realidad, el palacio era como una ciudad, con sus rutas, sus sistemas de circulación, su población permanente o foránea, sus salteadores, a la cual era necesario habituarse a través de tropiezos y contravenciones.

Durante dos semanas anduvo por todos sus pisos, por todos sus corredores, buscando oficinas que habían sido trasladadas o clausuradas, haciendo cola para hablar con un funcionario que no le correspondía o pretendiendo cosas imposibles como tratar de hacerle comprender una argumentación a un conserje. Moisés, que estaba sin trabajo, lo seguía a veces en estas correrías. Al fin en un juzgado tuvo ocasión de conocer al abogado del demandante, el que hasta entonces había sido para Ludo una entidad abstracta, a lo más una firma pomposa al pie de un recurso lleno de artículos del Código Civil, de citaciones doctrinales y de mentiras. Fernando González Fernández era un enano [...], un enano cursi, con chaleco y lentes de carey. Fue durante un comparendo. El enano sometió a Moisés a un pliego de preguntas, cuyas respuestas eran anotadas por el escribano en un papel sellado. Solo al término del interrogatorio Ludo se dio cuenta que Moisés acababa de firmar algo así como un certificado de delincuencia: que no tenía trabajo, que no estaba casado con su mujer, que no pagaba impuestos, que

---

<sup>35</sup> OQUENDO (1973: 70).

no había hecho servicio militar y que nunca había visto la cara del propietario de su casa. Ludo, para ganar tiempo, exigió una inspección ocular y el juicio quedó momentáneamente suspendido<sup>36</sup>.

En lugar de traerle algún beneficio, Moisés resultó fuente de gastos en pasajes y honorarios de escribanos.

El segundo cliente de Ludo será una señora miraflorina, de apariencia rica-chona, que necesita un abogado joven y sin escrúpulos. Rodeada de sirvientes, la señora habita en un viejo caserón republicano de amplios jardines. La venerable matrona venida a menos, una inválida en silla de ruedas que fumaba en boquilla, quiere tramitar un juicio de desahucio por falta de pago contra uno de sus inquilinos, el ingeniero Mendoza, empleado de una empresa norteamericana, atrasado cuatro meses en la renta. Ludo promete expulsar de la casa al ingeniero o, por lo menos, obtener el pago de los arrendamientos atrasados. Fija sus honorarios en la suma módica de mil soles. Esa misma noche Ludo indaga por el inquilino, quien lo atiende amablemente y le narra una triste relación: el hijo paralítico, la mujer enferma, pagarés vencidos. Ludo acepta, finalmente, que pague la merced conductiva devengada mediante la aceptación de una letra de cambio a sesenta días vista. La propietaria, a duras penas, conviene en el arreglo conciliatorio, dejándole entender que todos, «[...] inquilinos y abogados, eran unos ladrones»<sup>37</sup>.

El tercer caso de Ludo es de naturaleza administrativa o, para mejores señas, de índole tributaria, una de las ramas tan lucrativa como pesada. En los pasillos del Ministerio de Hacienda de la avenida Abancay (hoy sede del Ministerio Público), trata de evitar que un cliente pague un impuesto abusivo. En ese bello edificio en uno de cuyos muros se levanta un imponente mural dedicado al trabajo, de Teodoro Núñez Ureta, el practicante de la Universidad Católica se familiariza con el infierno de la administración pública:

[...] y pudo por primera vez contemplar el rostro del fisco: mujeres con el uniforme ráido, empleados con lentes inclinados sobre enormes cuadernos, empleados con tirantes haciendo funcionar máquinas sumadoras, empleadas viejas que sellaban papeles, pupitres, mostradores, calendarios, ficheros, más empleados recordándoles que faltaba un timbre, que eran necesarias dos copias de tal documento, secretarias que le hacían señas de esperar mientras hablaban por teléfono, burócratas encallecidos que no le contestaban, subjefes con escarpines, anteojos por todo sitio, calvicies, camisas remangadas, mecanógrafos con visera, colas, mesas de partes, papeles, más papeles y en todo sitio, colas, mesas de partes, papeles, más papeles y en todo lugar, presente como Dios pero visible, el lema del ministerio

<sup>36</sup> OQUENDO (1973: 70-71).

<sup>37</sup> OQUENDO (1973: 71-72).

de Hacienda: «Pague y después reclame» [reemplazado ahora por «Pague primero, reclame después»]<sup>38</sup>.

A Ludo se le van presentando simultáneamente varios casos judiciales y administrativos e inician al mismo tiempo una serie de acciones. Comienza a tornarse en un perito, un técnico de la jurisprudencia:

Le bastaba —se reafirmaba orgulloso— una simple hoja de papel sellado con diez líneas escritas y la firma del doctor Font para poner en marcha el complejo mecanismo de la justicia, en el que se veían implicados jueces, notarios, peritos, abogados y un ejército de empleados subalternos que, como él, corrían todo el día de escribano en escribano, traficando con papeles y alimentando expedientes cuyo curso era siempre imprevisible. La ciudad se había dividido para Ludo en un inextricable damero, en cada una de sus casillas habitaban funcionarios, deudores, tinterillos o conserjes y su tiempo en multitud de actuaciones que se cruzaban unas con otras, se entorpecían o contradecían. A veces abandonaba a un cliente que respondía a un interrogatorio en un juzgado para correr donde otro que se sometía a un peritaje donde un grafólogo juramentado o le ocurría invocar en una misma tarde los mismo artículos del Código Civil para fundamentar causas que se oponían. Llegó un momento en que los procesos e incluso las personas comenzaron a confundirse en su conciencia: presentaba pruebas para un caso que ya estaba sentenciado o implicaba en un juicio de divorcio a un cliente que lo había consultado acerca de la fundación de una sociedad anónima<sup>39</sup>.

La situación, sin embargo, amenaza con hacerse inmanejable. Sin fichas ni libro de apuntes que definan con claridad el inicio y el fin de los procesos, el desempeño del futuro letrado deja mucho que desear. En una rica cita de inspiración tribunalicia y kafkiana (el peruano admiraba al autor checo), Ribeyro escribe:

A los dos meses [Ludo/Ribeyro] estaba exhausto, más pobre que nunca y a punto de volverse loco. Algunos juicios se estancaban, otros se ramificaban para llevar vidas paralelas mediante cuerdas separadas o adoptaban direcciones inusitadas, a punto que lo que comenzaba como un simple procedimiento de declaración de herederos se convertía en un juicio contencioso. Ludo fue perdiendo el control de los procesos. Se dio cuenta además que la lucha no era librada en terreno de los principios sino de los intereses más mezquinos. Un expediente se perdió con todas las pruebas que contenía, un escribano retuvo un alegato hasta que se venció el plazo de su presentación, un demandado presentó documentos falsos que era imposible invalidar, otro cambió cinco veces de domicilio, un cliente negó pagarle sus honorarios y hubo que demandarlo, otro amenazó con seguirle a su vez un juicio por mala gestión de sus asuntos. Al final Ludo ya no sabía contra quién pleiteaba. Un día se encontró con Moisés cerca del palacio de justicia. Ludo lo había olvidado completamente e ignoraba el estado de su proceso.

<sup>38</sup> OQUENDO (1973: 72-73).

<sup>39</sup> OQUENDO (1973: 73).

A pesar de ello lo abordó para preguntarle como iba. Moisés lo miró con su labio roto y le dijo simplemente: «Me desalojaron»<sup>40</sup>.

El último pleito que se le presenta a Ludo consiste en una cobranza que le encarga un cliente del doctor Font, el señor Naser, racista y tremebundo propietario de la casa comercial del mismo nombre. El cobrador de la Casa Naser, tienda de licores importados, había desaparecido con las cobranzas de la última semana. Era preciso recuperar esos dos mil cuatrocientos soles con sesenta centavos. Tres cobradores del señor Naser habían desaparecido antes con el monto de sus cobranzas. Había que darle a Naser una lección para que no cundiera el mal ejemplo. No importaba el dinero en sí, podía quedarse con él, lo importante era atraparlo.

Ludo dijo que tenía experiencia en el asunto. El doctor Font citó un artículo del código penal. El señor Naser dijo que todos eran unos sinvergüenzas, pues trataba bien a su personal y pagaba quinientos soles a los cobradores mensualmente. Ludo dijo que la inmoralidad era una lacra social. El doctor Font dijo: hay que movilizar a la policía. El señor Naser dijo que algunos delitos merecían la pena de muerte, como las violaciones de menores de edad operadas por negros, los asesinos por motivos pasionales o por rapacidad y los robos a los comerciantes honestos. Ludo dijo que era una cuestión de habilidad. El doctor Font había dicho: esos asuntos no me interesan, se los dejo en sus manos. El señor Naser invocó la buena educación ancestral del latigazo y la palmeta y añadió que se había olvidado de decir que también merecían ser fusilados y con un tiro de gracia los elementos disolventes. Ludo se dijo que corta era la estación del amor y frágil la alegría. El doctor Font había dicho: tu padre fue un hombre honrado. Ludo opinó que el mundo iba cuesta abajo. El señor Naser manifestó su placer por la música selecta, en especial por las óperas de Wagner, y añadió: deberían azotarlo, quedese usted con la plata, lo importante es que lo cojan. El doctor Font había dicho: juventud torbellino, mirando la fotografía de su nieto, para añadir que era duro partir de cero. El señor Naser lanzó una mirada lasciva a su secretaria y dio a entender que él no pagaba el teléfono para que sus subordinados sostuvieran conversaciones privadas. Ludo dijo que era necesario sanear la burocracia y terminar con la corrupción administrativa. El doctor Font opinó que el negocio de los transportes elevaba al cubo los imponderables de todo negocio. El señor Naser arguyó que deberían aumentar los impuestos a las grandes empresas, exonerar a las pequeñas y castrar a los indios. El doctor Font dijo que no creía en Dios. Ludo dijo que el asunto no ofrecía ninguna dificultad. El señor Naser sugirió que podría presentarse una demanda a la prefectura. Ludo dijo que sí<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> OQUENDO (1973: 73).

<sup>41</sup> OQUENDO (1973: 168-169).

El caso resulta más complicado de lo que podía prever el practicante. Inútilmente busca a Efraín López en su casa de Jesús María<sup>42</sup>, pues «Si algo había aprendido en la facultad de derecho es que más valía una mala transacción que un buen pleito». Piensa que es improbable que se haya fugado a alguna provincia llevando consigo el dinero de la cobranza y abandonando a su mujer y sus dos hijos. Convertido en espía, lo busca de barrio en barrio. Aconsejado por el doctor Font, presenta una denuncia por apropiación ilícita en la comisaría, donde lo atiende un indolente capitán de policía sin uniforme, viejo, demacrado y de barba mal afeitada, que groseramente le reprocha que la casa Naser les traía muchos problemas y que muy bien podían enviarle unas botellas de whisky. Ludo se lo promete y el agradecido comisario le da una orden de grado o fuerza, que permitiría capturar al señor López donde y cuando fuera habido. Piensa que el doctor Font es un sabio al liberarse de esos casos de cobranza y el señor Naser un pobre cretino vengativo. Hay que encontrar a Efraín López como sea. Dos mil y pico de soles no era poca cosa para su economía. Ludo reanuda sus búsquedas. Averigua que la esposa de López tiene familia en una picantería de Surco. Como un fisiogón, anda con la fotografía en el bolsillo y la Orden de grado o fuerza. El señor Naser y el doctor Font lo apremian porque en quince días no había obtenido ningún resultado. Lo cierto es que el evasivo ex cobrador de la Casa Naser es inhallable, escurridizo como una serpiente. Por más esfuerzos que hace no puede encontrarlo, sus esfuerzos resultan siempre infructuosos:

La respuesta era negativa y por eso Ludo prefería seguir buscando a Efraín López, por una especie de vicio contraído, sin esperanzas de encontrarlo, pensando en los buenos soles que ganaría metiéndolo en la cárcel, buscando al joven imberbe, según la fotografía, al cholito ladrón, como decía el señor Naser o simplemente al sujeto que se ha hecho acreedor a una acción represiva expresamente contemplada por el artículo 221 del código penal, al decir del doctor Font. Y así seguía caminando, incluso el día que cayó la primera garúa, con la Orden de grado o fuerza en el bolsillo, buscando al candoroso Efraín, como nunca había buscado a una mujer [...]<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> El crítico Luchting ha advertido que el cuento «Dirección equivocada» parece tomado de *Los geniecillos dominicales*. En efecto, en el cuento, el deudor moroso se llama Fausto López y es perseguido también por un cobrador. Efraín López, de *Los geniecillos dominicales*, asume un pasivo por no haber reportado las ganancias por la venta de bolillería. Fausto López, domiciliado en la zona pobre de Lince y dueño de una imprenta portátil, tiene una deuda por la compra de papel y tinta. Al observar el joven cobrador, que también narra la historia, que la esposa del deudor es un poco bonita, y aún con la certeza que allí se encuentra el deudor, anota en el expediente de cobranza: «Dirección equivocada». Véase LUCHTING (1971: 30).

<sup>43</sup> RIBEYRO (1973: 180).

Ludo se verá inmerso en otras situaciones jurídicas, pero esta vez no actuará como practicante del foro. Así, producido el golpe de Estado del general Odría contra el democrático gobierno de Bustamante y Rivero, es detenido en Miraflores por carecer de documentos: «Esa noche comprendió Ludo la utilidad de los papeles. Todo el mundo debería tener algunos, que sancionaran su condición humana. De nada valía andar en dos pies, tener un nombre, pensar, hacer un uso inteligente de la palabra, si se carecía de un carnet con un sello y una fotografía. La omisión de este requisito instauraba el desorden y el desorden debería ser castigado»<sup>44</sup>.

Los intereses bancarios que abruman a su familia y, en particular, a su madre, que debía tres meses de hipoteca, también le suscitan una reflexión moral en torno a la organización bancaria: «Un grupo de hombres se reunían, ponían algunos bienes en común se inventaban un nombre, se llenaban de lacayos y abogados, se atrincheraban en un edificio enrejado, fundaban un banco y comenzaban a robar. Un banco hipotecario, por decir algo, como aquel al cual la familia de Ludo pagaba desde hacia diez años los intereses de un préstamo, nunca el préstamo»<sup>45</sup>.

Una concepción social del aborto y sus implicancias sociales se deriva del diálogo entre Daniel y Ludo. Daniel trata de que una pareja ocasional aborte, Ludo le retruca que es delito, pero Daniel se ríe y proclama: «¿Quién te ha dicho eso? Si lo hace una comadrona será un delito, pero si lo hace el doctor Aquileno te cobra tres mil pacos y quedas como un caballero»<sup>46</sup>.

La línea moral del personaje, Ludo, no obstante su marginalidad, se manifiestará también en su concepción de familia, cuyo contenido echa de menos por la muerte de su padre: «Hubo una época en la cual también en su casa había una familia. Había un padre, una madre, unos hermanos, un orden, una jerarquía, unas ganas de reír, de bromear, un calor, un rumor, una complicidad, un perdón, un lenguaje cifrado. Casa sin luz ahora. Malayerba. Podredumbre en el césped»<sup>47</sup>.

Las aventuras de ese estudiante de derecho que es Ludo no concluyen con los casos que le corresponde conducir, como tampoco con el drama de su familia; contienen también pequeños detalles de la vida de un auxiliar de la ley, de un empleado jurídico sin título, como fue Ribeyro antes de su viaje a Europa. Los detalles son tan exquisitos como elocuentes.

La renuncia a la Gran Firma, como gusta llamar Ribeyro a su retiro del enorme bufete en el que practica Ludo, ocurre, en términos cabalísticos, un 31 de diciembre. Ese mismo día, después de operada su renuncia, el estudio le paga sus

<sup>44</sup> RIBEYRO (1973: 143).

<sup>45</sup> RIBEYRO (1973: 183).

<sup>46</sup> RIBEYRO (1973: 186).

<sup>47</sup> RIBEYRO (1973: 187).

beneficios sociales, que Ludo, derrocha con Estrella (la bella y díscola prostituta del victoriano barrio de Gatica) y en sucesivas francachelas<sup>48</sup>. En lugar de redactar un recurso de embargo, Ludo lanza un poderoso gemido, desgarra el escrito judicial y escribe su carta de renuncia: «Su jefe trata de disuadirlo con untuosos argumentos, pero al atardecer Ludo abandona para siempre la Gran Firma, donde ha sudado y bostezado, tres años sucesivos en plena juventud»<sup>49</sup>, mofándose así de su porvenir<sup>50</sup>. Aquí debe observarse la decisión no del todo resuelta del propio Ribeyro de abandonar la abogacía. En un reportaje que le hiciera su biógrafo Wolfgang Luchting, interrogado sobre si se sentía bien de su pertenencia a la clase burguesa, el escritor le contesta: «Si fuera cierto no me habría movido de Lima, habría buscado alianzas con familiares o amigos pudientes y sería ahora un abogado ricachón, más o menos deshonesto y probablemente respetable»<sup>51</sup>.

Un eje recurrente de la historia es la marcada presencia de los ancestros. Su ubicuidad se advierte en los retratos fotográficos, pinturas al óleo, bustos de bronce y hasta en espiritualidad de las viejas casas republicanas. En un momento, Ludo (Ribeyro) se detiene frente al retrato oval de su bisabuelo (se trata obviamente del sempiterno presidente de la Corte Suprema, Juan Antonio Ribeyro): «[...] donde el ilustre jurisperito aparece calvo, orejón, en chaleco y terriblemente feo». «Ese hombre —continúa el escritor— vivió casi un siglo, presidió congresos, escribió eruditos tratados, se llenó de condecoraciones y de hijos, pronunció miles de conferencias, obligó a su inteligencia a un ritmo de trabajo industrial, para al fin de cuentas ocupar una tela mal pintada que ascendientes lejanos no sabrían dónde esconder»<sup>52</sup>. En plática con la imagen de su bisabuelo, el magistrado supremo, Ludo le confía: «Ah, vejete y revejete, perdóname si he dejado el puesto. Por más que hagamos, siempre terminamos por convertirnos en retrato o en fotografía. Y cuidado con protestar, que te volteo contra la pared»<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> En un número especial de la revista *Martín. Revista de Artes y Letras* (Lima, año II, número 4, junio de 2002), íntegramente en homenaje a Julio Ramón Ribeyro, un amigo de juventud, el compositor Manuel Acosta Ojeda, identifica al descarrilado Pirulo de *Los geniecillos dominicales* como el barranquino Perucho, Pedro Buckingam Devoto, un as del billar de la alameda Ricardo Palma, en Miraflores. En la novela desfilan otros personajes de la vida real: Alfonso Delgado Backman y el gordito Del Solar. Acosta reconstruye también los bares de Surquillo que frecuentaban los inseparables amigos: *El Botellón*, el *Taka-Taka*, *El Silletazo*, *El hogar de la madre*, *Tómate la otra* (pero nunca llegaron al temible *Café de los valientes*) y hasta el nombre de conocidos maleantes de la zona: *Negro Mundo*, *Negro Petróleo*, *Pesadilla*, *Pa' los perros*, *Magua*, *Chazán*, *Carta Brava*, *Planchet*, *Doctor Chicha y Chiza* (pp. 97-101).

<sup>49</sup> RIBEYRO (1973: 15).

<sup>50</sup> RIBEYRO (1973: 18).

<sup>51</sup> *Martín. Revista de Artes y Letras*, año II, número 4, p. 107.

<sup>52</sup> RIBEYRO (1973: 16).

<sup>53</sup> RIBEYRO (1973: 16).

Sobre el escritorio de Ludo (en realidad, una mesa) hay siempre un botella de licor (cinzano o pisco), varias obras de literatura y sus códigos básicos (civil, penal, comercial, de procedimientos civiles y de procedimientos penales). Representan las armas de un estudiante algo disoluto, que, tras su renuncia, con el dinero de su indemnización, planea una orgía finalmente abortada. Como *manes* de la familia Tótem —Ribeyro— discurren también los retratos de sus célebres ascendientes<sup>54</sup>. Códigos, novelas, retratos fotográficos, alcohol y, lo olvidábamos, cigarrillos, resaltan como artilugios del indeciso practicante, a horcajadas entre las letras legales y las letras literarias, la sobriedad del jurista y la inquietud bohémica del poeta, entre el apremio económico del presente (Ludo posee solo dos deslucidos trajes) y las glorias del pasado. En realidad, hasta cierto punto, Ludo refleja ciertos rasgos del universitario en general y, particularmente, del estudiante de derecho. Sorprende, sin embargo, que ello ocurra en la casa familiar. La ausencia del padre, ya fallecido, hombre de escaso carácter, y una madre consagrada a la fe religiosa y las procesiones (como otro estudiante de derecho, Joaquín Camino, en *No se lo digas a nadie*, de Jaime Bayly) y esperanzada en aleatorios negocios sin renta visible y de enormes pérdidas, en los que la embarca un yerno ex militar, traducen también el vacío de autoridad.

La nostalgia por las viejas glorias trasporta a Ludo de los retratos a los edificios. La casa de su entrañable amigo Pirulo (o mejor dicho un pequeña parte de ella), frente a la avenida Sáenz, había sido propiedad de su abuelo. Allí vivió y murió octogenario y apopléjico. Había sido su casa de veraneo cuando Barranco era el balneario de moda. Esa transición de la opulencia a la estrechez marcaba a Ludo tanto como al propio Ribeyro, quien describe no a su abuelo, que fue ingeniero, sino a su bisabuelo Ramón, un abogado:

Cada vez que Ludo entraba a esa casa se paseaba por sus enormes habitaciones empapeladas, husmeaba, tocaba los muebles, como siguiendo las trazas de alguna ruta ancestral. Pero la casa había sido dividida en varios departamentos y la familia de Pirulo ocupaba solo un ala de lo que fue antaño una mansión. De este modo Ludo no podía reconstruir más que fragmentariamente los paseos de su abuelo y cuando tomaba té en el comedor se preguntaba si esa pieza no había sido antigua mente algún vestíbulo, un dormitorio o quizás el bufete ahora profanado donde su abuelo redactó algún brillante alegato. Muchas otras casas había ocupado su familia, de las cuales Ludo conocía solo la fachada, la de Washington, de la Belén, y sobre todo la de Espíritu Santo, gigantesca, convertida ahora en una escuela secundaria. Ludo tenía la viva conciencia de que el espacio de que antes disponían los suyos se había ido comprimiendo, cada generación perdió una alcoba, un patio. Ahora solo les quedaba el ranchito de Miraflores. Quizás algún día le quedaría a él nada más que un aposento, cuatro paredes ciegas, una llave<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> RIBEYRO (1973: 17).

<sup>55</sup> RIBEYRO (1973: 51-52).

Esa misma sensación de pérdida gradual e irreversible que padece su familia en las dos últimas generaciones habría de experimentarla Ludo en toda su crudeza cuando asume la representación de su madre y hermano en el matrimonio de una prima, cuya familia ha mantenido el estatus de la clase alta. En la fiesta el pobre personaje no solo es ignorado, sino que cuando se adentra a la hermosa casona, la madre de la novia sospecha que es un ladrón que busca sustraer los regalos de su hija. La belleza de las jóvenes invitadas a la boda constituyen para Ludo, débil y apagado, el mejor testimonio de su regresión social. Suponen «la abundancia del deporte lujoso, del sol perseguido por todos los continentes y en suma del cruce de parejas ricas y hermosas. Era el resultado de una selección rigurosa y artificial, casi de laboratorio, que le recordaba a Ludo, involuntariamente, la practicada en los haras para la reproducción de caballos de pura sangre<sup>56</sup>.

El malestar por esa especie de fracaso personal, inexplicable para Ludo, se acrecienta diariamente con la visión de la galería en miniatura, de un metro de largo y de veinte centímetros de ancho, de los cinco retratos de sus antepasados en línea paterna (exactamente igual a los ancestros de Ribeyro), ubicada cerca de su cama. En el álbum se hallaban alineadas cinco generaciones. Desde «[...] el chozno librero del siglo XVIII hasta su padre, empleado, siglo XX, pasando por tres eminentes y longevos hombres de leyes que ocuparon todo el siglo XIX»<sup>57</sup>. Estos últimos, los tres, es decir, los juristas, terminan por ser recriminados: «[...] sí que habían tenido éxito y a lo mejor hasta sin problemas de conciencia, les tocó vivir una época dichosa, paternal y jerarquizada, en la cual los privilegios se consideraban naturales y la riqueza un don del cielo, ellos fueron el orden, el bastón, la contradanaza y el ferrocarril»<sup>58</sup>.

Ludo Tótém, con alma de cuentista, al igual que Ribeyro, cada vez que debía salir a la calle echaba una rápida ojeada a la galería de retratos: «Los cinco rostros lo observaban con ironía. Incluso en la fotografía de su padre le pareció notar cierta mofa. Ludo les hizo un saludo vago con la mano y oprimiendo el conmutador de la luz los dejó en las tinieblas»<sup>59</sup>. El ingreso al dormitorio conducía siempre a la galería de retratos y al escritorio «[...] donde se apilaban los códigos. En el estante, su centenar de libros le mostraban sus bellos lomos gastados»<sup>60</sup>.

Una visita de Ludo, en compañía de Segismundo, el más calavera de sus amigos, a los claustros de San Marcos para conocer a los geniecillos de las letras,

<sup>56</sup> RIBEYRO (1973: 80).

<sup>57</sup> RIBEYRO (1973: 93-94).

<sup>58</sup> RIBEYRO (1973: 94).

<sup>59</sup> RIBEYRO (1973: 98).

<sup>60</sup> RIBEYRO (1973: 164).

abre otra vez la puerta de su reencuentro con sus antepasados: «Entraron por la puerta que daba al patio de derecho. Sin quererlo, Ludo levantó la mirada y pudo leer en el frontis del pórtico el nombre completo de su bisabuelo: “José Armando Tótem fue rector de esta universidad de 1856 a 1864. Bajo su rectorado se refaccionó este local”»<sup>61</sup>. Ludo le explica a Segismundo que en realidad no es estudiante de San Marcos, sino de la Católica. Ludo, se desgañita, solo visita a sus cofrades. Segismundo, un hombre rudo y hasta brutal, lo interrumpe en tono de reproche: «Ya me llevarás entonces otro día a la Católica, perro reaccionario, [...] sucio oligarca», en clara alusión a su entroncamiento estudiantil<sup>62</sup>.

En el recorrido de dos amigos, Ludo y Segismundo, por las galerías de la antigua casona sanmarquina, el estudiante de derecho tendría un nuevo encuentro con su bisabuelo:

Ludo atravesó un vestíbulo donde había una percha capaz de soportar cuarenta sombreros y de pronto, al cruzar la mampara, se halló en un enorme salón plagado de retratos, que muy bien podía ser la sala del consejo. Una mesa extendida de muro a muro parecía esperar a invisibles congresales. Ludo recorrió paso a paso el aposento, solazándose con los retratos —cada cual era un rector, los más antiguos llevaban golilla o hábito clerical— hasta que en un rincón, detrás de un biombo, entre pilas de legajos, silencioso y cubierto de polvo, hallábase el busto. Era el mismo: José Artemio Tótem. De mármol, sobre pedestal de ébano. ¿Qué trayectoria había seguido, por casas y oficinas, hasta llegar a ese triste rincón donde, con la cara vuelta a la pared, parecía cumplir algún castigo? Tampoco en esa casa querían saber de él. Ludo observó sus rasgos feos, pero majestuosos, dominantes, su fría calvicie donde reposaba un polvo viejo. Con la manga de su saco la limpió y luego, sacando su pañuelo, le hizo un nudo en cada punta y se lo colocó en la cabeza<sup>63</sup>.

Los ancestros viven pero también fallecen. En una escena, el padre de Ludo decide liberar un espacio del mausoleo familiar: «“Echaremos al más viejo. Los muertos también tienen edad”. Volviéndose hacia los trabajadores les indicó: “Me sacan esa lápida por favor”, y señaló la de Melchor Augusto Tótem, muerto en 1798»<sup>64</sup>.

El orgullo del estudiante de derecho de una universidad privada también resalta. Así, frente la desprejuiciada soberbia de Segismundo, que se jacta de conocer todo el Perú, un tímido Ludo se ufana de sus prácticas de derecho: «Fíjate, todo lo que dices es apasionante. Pero durante estos cinco años yo también he vivido a mi manera. No he trabajado en minas ni he viajado en barcos, pero en cambio he trabajado tres años en una oficina y he viajado siete años en ómnibus mirando la

<sup>61</sup> RIBEYRO (1973: 112).

<sup>62</sup> RIBEYRO (1973: 112).

<sup>63</sup> RIBEYRO (1973: 115).

<sup>64</sup> RIBEYRO (1973: 152).

cara de los pasajeros»<sup>65</sup>. Segismundo replica entonces con una copa de aguardiente en la mano: «“Solamente quiero decirte una cosa, Ludo. Eres el peor de los pajeros. Menos reflexión, más pasión. Mira más a tu alrededor y olvídate de ti, razonador infecto”. Ludo pensó en sus cien años de jurisconsultos cartesianos y estuvo a punto de darle la razón»<sup>66</sup>. En otro momento, de visita en su antiguo colegio mariano, le dice al director, con un timbre de suficiencia, que ese mismo año se recibirá de abogado<sup>67</sup>. En uno de los mejores pasajes de la novela, el personaje se aproxima socialmente a una mujer humilde: «“Te presento al señor Tótem. Y mucho cuidado, que es abogado y vive en Miraflores”. La mujer al instante se puso de pie, le dio la mano y quedó luego mirando su pluma como si le hubieran dado una medalla. “No soy doctor”, dijo Ludo para tranquilizarla, pero Daniel intervino: “Claro que eres doctor, todos los que van a la universidad son doctores. Eso lo sé desde que era chiquito”»<sup>68</sup> Ludo ansía que el momento de su graduación llegué. Teme que su vida bohemia junto a Pirulo y otros amigos arruine sus proyectos y no pueda ayudar a su madre: «En Lima estamos perseguidos por el fantasma del alcohol». Recalca luego a su contraparte: «[...]¿has llevado la cuenta de la cantidad de poetas, de pintores que tanto prometían que fueron tragados por el pantano?»<sup>69</sup>. Por eso, la pésima gestión de los procesos a su cargo lo aflige hasta el abatimiento: «Ludo pasó sus días de consternación inclinado sobre un tablero de ajedrez. Había perdido todos sus juicios, cada vez le era más difícil comprar cigarrillos y se daba cuenta a través de sutiles matices gastronómicos»<sup>70</sup>. Finalmente, una inopinada salida con sus amigos, que acaba con la muerte de Jimmy, uno de sus amigos de bohemia, a raíz de un accidente de tránsito que propicia Pirulo en su afán de cruzar las intersecciones de la avenida Arequipa sin semáforo, propicia en Ludo una reflexión ante la cercanía de los exámenes en la Facultad de Derecho: «En realidad, salir esa noche le parecía una profanación»<sup>71</sup>.

La relación con sus compañeros de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica no parece ser muy fluida, como sí lo es con sus compañeros de la Facultad de Letras de San Marcos, con quienes procura fundar una revista de literatura, *Prisma*, el único logro colectivo de estos jóvenes. Ludo parece alzarse como un baluarte moral ante la frivolidad de la riqueza y del mal gusto de sus compañeros adinerados de derecho. El donjuanismo de Carlos Ravel, seductor de muchachas

<sup>65</sup> RIBEYRO (1973: 106).

<sup>66</sup> RIBEYRO (1973: 107).

<sup>67</sup> RIBEYRO (1973: 132).

<sup>68</sup> RIBEYRO (1973: 185).

<sup>69</sup> RIBEYRO (1973: 107).

<sup>70</sup> RIBEYRO (1973: 83).

<sup>71</sup> RIBEYRO (1973: 155).

de condición humilde, en mérito a su Buick de lujo; la brutalidad de estudiante de apellido germánico, Blagenwild, pedante y grosero durante la instrucción premilitar que se impartía en las universidades, incapaz de ofrecer a Ludo y a sus amigos sin auto una viada desde el Club Revólver, en las afueras de la ciudad, hasta Lima o Miraflores —a Ludo le ofrece transportarlo siempre que se sitúe en la maletera del vehículo—; el malestar que le causan sus compañeros de clase alta por su afinidad con la dictadura del general Odría, que recuerda las páginas de *Conversación en La Catedral*, de Vargas Llosa; sus estúpidos diálogos sobre las ropas de baño; y hasta la referencia a un tema serio, en medio de una conversación banal, sobre lo que versarían los exámenes del curso de Derecho Procesal Civil: las lecturas del jurista italiano Francesco Carnelutti, «nombre horrible, digno de un fabricante de aperitivos»<sup>72</sup> A Ludo no solo lo irritan la simpleza de Carlos Ravel y la llanura del gordo Blagenwild o la mansedumbre de Pedro Tales; también la formalidad ritualista de los buenos estudiantes de derecho. Uno de ellos, Ramiro Peralva, «solemne alumno de derecho», quien se había ganado una sólida reputación entre los profesores por un artículo de cuatro páginas, aparecido en un semanario local, al que tituló [un típico ejemplo de derecho y literatura, por el que podría haber guardado afición] «El sistema carcelario francés del siglo XIX a través de las novelas de Honorato de Balzac». Para ridiculizarlo se sirve de la patanería de Segismundo, que levanta la pierna e impone un golpe calculado en el codo de Ramiro, «[...] haciendo volar los libros que llevaba en la axila»<sup>73</sup>.

Si la relación con sus compañeros de la Universidad Católica no es buena, tampoco parece serlo con sus profesores y el sistema educativo que determina la Facultad de Derecho. En tanto que con Rostalinez, profesor de Letras en San Marcos, artífice de la revista *Prisma*, conduce un vínculo signado por el afecto y la confianza (Rostalinez incluso lo recomienda ante el abogado Font para que realice allí sus prácticas), se burla de un profesor de Derecho Tributario de la Universidad Católica, antiguo profesor de Ludo en el colegio mariano, «una especie de maniquí de sastre», sobre quien recae una insalvable tacha moral típica de muchos de los partisans de esta disciplina: «Mientras explicaba el impuesto progresivo sobre la renta (en privado, a sus clientes, les enseñaría la manera de eludirlo) [...]»<sup>74</sup>. La asociación se torna inevitablemente negativa para con sus condiscípulos de derecho: «Ludo pensaba en la posesión de Lisa por Carlos Ravel y veía como los alumnos tomaban rápidamente notas en sus cuadernitos *ad hoc*.

---

<sup>72</sup> RIBEYRO (1973: 121).

<sup>73</sup> RIBEYRO (1973: 113).

<sup>74</sup> RIBEYRO (1973: 121). Ludo ya se había manifestado contra el derecho tributario cuando en uno de sus casos ridiculizaba el sistema «Pague primero, reclame después».

Y con una nostalgia irresistible evocó San Marcos, sus claustros, sus palmeras, sus pilas, sus hombres feos y mal trajeados, sus disturbios, su desorden»<sup>75</sup>.

La recriminación a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la época, formulada por Ludo en *Los geniecillos dominicales*, también se dirige contra la falta de exigencia académica: «Ludo asistió aun a dos o tres clases, para comprobar que el derecho era fácil y que le bastaría leer los cursos la noche anterior al examen para aprobarlos»<sup>76</sup>. Ludo (Ribeyro) intenta prepararse para sus exámenes a última hora:

Aparte de no ser un animal matinal, las pastillas que tomara la víspera para poder velar y preparar un examen comenzaban a hacerle sus efectos complementarios, en cada esquina, después de salir de la universidad, en cada esquina perdió un párrafo, una argumentación, un nombre, un artículo del código y a las diez de la mañana era una entidad con el cerebro hueco y escurrido, una sacuara exhausta y sedienta, presa de alucinaciones antropomórficas<sup>77</sup>.

Otro pasaje simbólico, que acusa el poco interés de Ludo hacia el derecho y, probablemente, el abandono de la carrera, queda representado por la pérdida de su libro de Derecho Comercial (con el que debía rendir un examen), que se desliza, sin que un extraviado Ludo haga nada por evitarlo, a las turbulentas aguas del río Rímac:

¿Qué hacía allí? ¿Quién vivía allí? ¿Había dado un examen? ¿Qué le había preguntado el profesor? ¿Por qué caminaba la gente? ¿Cómo caminaba? ¿Quiénes eran los perros? Ludo sintió que el libro de derecho comercial se deslizaba de sus dedos y haciendo un esfuerzo lo atrapó cuando estaba a punto de caerse al río [...]. Esta vez no hubo remedio: el libro se fue al río, sin que Ludo pusiera mucho empeño en impedirlo. Desde lo alto lo vio rebotar contra una piedra y hundirse lentamente con sus páginas abiertas en la corriente turbia. [...]. «No he dormido en toda la noche y además acabo de tirar un libro al río. Y con ese libro he tirado algo más... ¿qué cosa es lo que he tirado?»<sup>78</sup>.

A pesar de la pérdida, casi deliberada, del libro, Ludo obtiene un once en Derecho Comercial, calificativo que no lo entusiasma. A Segismundo, la noticia, que no es la única, pues Jimmy ha muerto como consecuencia del accidente y Pirulo padece de un derrame biliar, le parece una pequeñez<sup>79</sup> Ludo parece compartir ese mismo sentimiento: el derecho no lo atrae tanto como la literatura.

<sup>75</sup> RIBEYRO (1973: 121).

<sup>76</sup> RIBEYRO (1973: 129).

<sup>77</sup> RIBEYRO (1973: 159).

<sup>78</sup> RIBEYRO (1973: 159-160).

<sup>79</sup> RIBEYRO (1973: 161).

Allí no concluye el benéfico diálogo entre Ribeyro y el derecho. En *Prosas apátridas* un sentido jurídico de marcado realismo surge en un irónico Ribeyro cuando recuerda que un tipo se presentó a la agencia France Press de París, donde trabajaba, para informar que había presentado una demanda judicial contra la Unión Soviética a fin de que devolviera el oro que se llevó durante la República. «Su argumentación —aclara—, desde el punto de vista histórico y jurídico era inatacable, pero llevada a la práctica era un acto de demente»<sup>80</sup> En una siguiente reflexión sentencia, tal vez recordando el palacio judicial de Lima: «Lugares tan banales como la prefectura de policía o el ministerio de trabajo son ahora los templos délficos donde se decide nuestro destino»<sup>81</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- COAGUILA, Jorge  
1998      *Las respuestas del mudo*. Lima: Jaime Campodónico.
- LUCHTING, Wolfgang  
1971      *Los dobles de Ribeyro*. Lima: Instituto Nacional de Cultura.
- LEÓN, Leysser  
2004      *El sentido de la codificación civil*. Lima: Palestra.
- OQUENDO, Abelardo  
1973      *Narrativa peruana (1950/1970)*. Madrid: Alianza Editorial.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos  
2005      *Historia del derecho civil peruano*. Tomo V, volumen 1. *Los signos del cambio: Los repertorios y el periodismo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica.
- RIBEYRO, Julio Ramón  
1972      *La palabra del mudo*. Tomos I y II. Lima: Milla Batres.  
1973      *Los geniecillos dominicales*. Lima: Milla Batres.  
1976      *Cambio de guardia*. Lima: Milla Batres.  
1977      *La palabra del mudo*. Tomo III. Lima: Milla Batres.  
1978      *Prosas apátridas*. Lima: Milla Batres.  
1987      *Solo para fumadores*. Lima: El Barranco.  
1992a      *La palabra del mudo*. Tomo IV. Lima: Milla Batres.  
1992b      *Dichos de Luder*. Lima: Jaime Campodónico.

<sup>80</sup> RIBEYRO (1978: 9-10).

<sup>81</sup> RIBEYRO (1978: 10).

- 1994a *Antología personal*. Segunda edición. Lima: Fondo de Cultura Económica.
- 1994b *Cuentos completos*. Madrid: Alfaguara.
- 1996 *Cartas a Juan Antonio*. Tomo I. Lima: Jaime Campodónico.
- 1998 *Cartas a Juan Antonio*. Tomo II. Lima: Jaime Campodónico.
- 2003 *La tentación del fracaso. Diario personal (1950-1978)*. Barcelona: Seix Barral.
- 2005 *Cuentos y ensayos*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## EL DERECHO EN LA DIVINA COMEDIA

*Lorenzo Zolezzi Ibárcena\**

### INTRODUCCIÓN

Acababa de terminar de leer *El Club Dante*, de Matthew Pearl<sup>1</sup>, cuando recibí la invitación de presentar un artículo para una obra colectiva en honor de Fernando de Trazegnies. Después de la obvia aceptación se me planteó el reto de acometer una empresa que fuera, en efecto, un homenaje a quien es el jurista más creativo y más universal del Perú, y surgió en mi mente el tema del derecho en la *Divina Comedia*. No se trataba —ni se trata— de una empresa fácil, porque la *Divina Comedia* constituye un universo que posee legiones de comentaristas y eruditos, que empezaron su producción a los pocos años de morir Dante en 1321, incluidos sus propios hijos:

Alrededor del año 1350, Giovanni Visconti, Arzobispo de Milán, seleccionó a seis de los más eruditos hombres de Italia [...] y les dio el encargo de contribuir en una empresa común para la compilación de un amplio comentario, una copia de la cual se conserva en la Biblioteca Laurenciana de Florencia. No se sabe quiénes fueron, pero se conjectura que entre ellos estaban Jacopo della Lana y Petrarca. En Florencia se estableció una cátedra con el propósito de explicar el poema [...] El decreto que aprobó esta institución es de 1373 y en dicho año Boccaccio, el primero de los escritores florentinos en prosa, fue contratado con un salario anual de cien florines, para que dictara conferencias en una de las iglesias, sobre el primero de los poetas<sup>2</sup>.

Es de imaginar que el total de material escrito sobre la obra de Dante en la actualidad, 685 años después de su muerte, es prácticamente infinito. En efecto,

---

\* Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.

<sup>1</sup> PEARL (2004).

<sup>2</sup> Cary, en ALIGHIERI (1847: xxxvii-xxxviii).

existen en Internet 11.300.000 sitios web dedicados a la *Divina Comedia* y 6.490.000 sobre su autor. El catálogo en línea (en Internet) de la Biblioteca del Congreso de Estados Unidos solo puede mostrar 10.000 títulos, pero aclara que el número existente en la misma es mayor, sin precisar el total. Esta vasta literatura se explica por la complejidad del poema y por los diversos significados que posee; por la necesidad de explicar a los lectores de los siglos posteriores al siglo XIV quiénes son los personajes que aparecen en la obra, requerimiento que se hizo más urgente conforme fue pasando el tiempo; pero también por su originalidad; por sus aportaciones en materia teológica, filosófica, científica y jurídica; por la audacia de Dante (debida a sus invenciones o innovaciones y al rol central en el que coloca a su amada Beatriz); y por el deseo de muchos de sus comentadores de detenerse en los aspectos puramente literarios o lingüísticos de la obra. La dificultad a la que aludo líneas antes proviene también del culto que se ha creado alrededor de la *Divina Comedia*, por lo que cualquier recién llegado debe escoger con sumo cuidado cada frase y cada línea de interpretación que aventure, pues corre el riesgo de ser sumariamente descalificado.

Durante años, al emprender diversas aventuras intelectuales, he tratado de buscar inspiración en Borges, a quien considero un maestro en la captación e interpretación de la realidad, que suelo encontrar esclarecedoras, y en la economía del lenguaje, que puede llegar a la casi perfección. Procedo de modo similar a Gabriel Betteredge, personaje de *La piedra lunar*, de Wilkie Collins<sup>3</sup>, quien encontraba en su Robinson Crusoe las respuestas a sus interrogantes y el consuelo a sus desventuras. Confiesa Betteredge: «[...] he encontrado siempre en él al amigo que necesitaba en todos los momentos críticos de mi vida. Cuando me hallo de mal humor, *Robinson Crusoe*. Cuando necesito algún consejo, *Robinson Crusoe*. En el pasado, cuando mi mujer me importunaba, y en el presente, cuando he bebido algún trago de más, *Robinson Crusoe*<sup>4</sup>. Buscar inspiración en Borges respecto a la *Divina Comedia* no parece difícil, teniendo en cuenta que es el autor del Estudio Preliminar de la edición de la *Comedia* de la Colección Los Clásicos, que dirigió en México Alfonso Reyes<sup>5</sup>; que versa sobre la *Divina Comedia* la primera de las siete conferencias reunidas en el volumen llamado *Siete noches*<sup>6</sup>; y que posee un libro titulado *Nueve ensayos dantescos*<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> COLLINS (1981).

<sup>4</sup> COLLINS (1981: 23).

<sup>5</sup> ALIGHIERI (1978). Debo agregar que se trata de una versión en prosa, y que es la que en ocasiones intercalaré en el texto refiriéndome acto seguido a ella como «versión en prosa».

<sup>6</sup> BORGES (1980).

<sup>7</sup> BORGES (1983). Aprovecho esta nota para señalar que *La piedra lunar*, de Wilkie Collins, citada en la nota 3 posee una introducción de Jorge Luis Borges.

A pesar de su afición por Dante y la *Comedia*, varias de cuyas ideas serán citadas más adelante en el aparato crítico del presente trabajo, quiero utilizar un poema de Borges que es completamente antidantesco, para destacar la diferencia de perspectiva entre los posibles lectores de Dante de siglos anteriores y la que puede tener un posible lector actual, de pensamiento similar al «borgiano». Me refiero al poema «Tríada», que aparece en la obra *Los conjurados*<sup>8</sup>, escrito un año antes de su muerte, pues la primera edición del libro es de junio de 1985 y Borges muere en junio de 1986. Transcribo a continuación la totalidad del poema:

El alivio que habrá sentido César en la mañana de Farsalia, al pensar: Hoy es la batalla.

El alivio que habrá sentido Carlos Primero al ver el alba en el cristal y pensar: Hoy es el día del patíbulo, del coraje y del hacha.

El alivio que tú y yo sentiremos en el instante que precede a la muerte, cuando la suerte nos desate de la triste costumbre de ser alguien y del peso del universo.

Si quisieramos poner en palabras de Dante el argumento de la *Divina Comedia* tendríamos que decir que es «[...] simplemente el estado de las almas después de la muerte, pues todo el desarrollo de la obra gira alrededor de este tema»<sup>9</sup>. Para Borges, la muerte, por el contrario, es un acaecimiento que nos priva definitivamente de nuestra identidad personal y nos devuelve a un estado de no existencia. Esta idea no es nueva en la historia de las ideas y fue expuesta en términos muy sencillos por Schopenhauer, de quien Borges llegó a decir que acaso descifró el universo: «Para su entero asombro, el hombre descubre que existe después de miles y miles de años de no haber existido, vive un breve tiempo, y luego sobreviene otra vez un período igualmente largo en el cual ya no existirá»<sup>10</sup>. Más pertinente aún, desde el punto de vista de «Tríada», es la cita que sigue: «[...] la muerte es la gran ocasión que se nos presenta para despojarnos del *yo*, feliz el que lo aprovecha»<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> BORGES (1985).

<sup>9</sup> Epístola a Can Grande de la Scala, en ALIGHIERI (1980a: 815). Sobre esta carta nos dice Kurt Leonhard: «La autenticidad de este insólito autocomentario ya no ofrece dudas en la actualidad. Investigadores como August Buck, Ernst Robert Curtius, Bruno Sandkühler y otros lo han convertido en el núcleo central de sus teorías. Las objeciones subjetivas de última hora de Bruno Nardi deben considerarse refutadas» (LEONHARD 1984, nota 67: 198). En este mismo sentido se pronuncia la obra de donde tomamos la cita (véase ALIGHIERI 1980a, nota 1: 813).

<sup>10</sup> Arthur Schopenhauer, Observaciones complementarias sobre la doctrina de la vanidad de la existencia, citado en YALOM (2004: 215).

<sup>11</sup> SCHOPENHAUER (1950: 563), citado en ALDAMA (2001: 103). Sobre la influencia de Schopenhauer en Borges, consultar PAOLI (1986: 173-208).

Un pensamiento como el reseñado es incompatible con el pensamiento de Dante y, en general, con la concepción cristiana de la vida eterna y la idea del merecimiento de premios o castigos en el más allá por los actos realizados en la vida terrena. Dante colaboró eficazmente a establecer en el mundo occidental un imaginario colectivo sobre el juicio individual al que, al morir, se somete a cada hombre por las obras realizadas durante su vida, y sobre el destino que le espera en una existencia extraterrena que no acaba con la muerte, como postulan Schopenhauer y Borges, sino que empieza con la misma, y que puede ser vivida de tres formas: deleitándose eternamente en el Paraíso con la visión de Dios; preparándose para ascender al mismo, en un área de expiación temporal, que es el Purgatorio; o experimentando eternamente en el Infierno el castigo apropiado para el o los actos que no se ajustaron a la ley de Dios. Debe hacerse notar que las almas mantienen su yo, su identidad personal, hasta su nombre y apellido. Algunos exhiben los rasgos del carácter y la personalidad que tuvieron cuando vivían, como Vanni Fucci, ladrón sacrílego, que es el único personaje en la *Comedia* que se atreve a insultar a Dios con un gesto impudico (Infierno XXV, 1-3). Dante describe en detalle los lugares donde las almas se alojan y la forma específica que toman los castigos en el Infierno y el Purgatorio. La concepción de Dante es muy afín al modo como procede el fenómeno jurídico en el ámbito penal.

## 1. ELEMENTOS JURÍDICOS EN LA DIVINA COMEDIA

En efecto, si quisiéramos establecer algo así como una agenda de lo que se necesita para tener un sistema penal tendríamos que reconocer los siguientes elementos: 1) relación de bienes jurídicamente protegidos; 2) relación de conductas u omisiones que lesionan dichos bienes (listado y descripción de delitos y faltas); 3) relación de las penas que corresponden a cada uno de los delitos o faltas; 4) atribución a alguien de la facultad de juzgar; e) fijación de un procedimiento para el juzgamiento; 5) precisión de las circunstancias de modo, lugar y tiempo aplicables a la ejecución de las penas. A esta agenda básica, modernamente, deben añadirse dos órdenes de ideas: a) los principios que subyacen al sistema y que son establecidos en beneficio de los acusados, como el principio de legalidad, la proscripción de la autoinculpación, la consideración de que la falta solo alcanza a quien la comete y no a sus familiares, etcétera; y b) los elementos de tipo técnico que deben apreciarse, como por ejemplo las circunstancias agravantes, las atenuantes, las causas que eximen o atenúan la responsabilidad, etcétera.

No debemos perder de vista que la *Divina Comedia* no trata de delitos sino de pecados, y que todo el aparato doctrinario que la alimenta es teológico y filosófico, siendo lo jurídico de segundo orden. Pero aun así, nuestra tesis es que hay un

esquema jurídico muy parecido a la agenda penal básica que hemos desarrollado en el párrafo precedente y que la *Divina Comedia* ha servido de vehículo para transmitir la idea de que el hombre está sometido a imperativos que debe cumplir, porque de lo contrario será juzgado y condenado: imperativos religiosos, pero también imperativos humanos, y que ambos se someten al mismo procedimiento. Con la finalidad de corroborar esta tesis, es necesario adentrarnos en la *Comedia*; y al hacerlo no podemos dejar de caer en la tentación de tratar otros temas, que al fin de cuentas van a permitirnos entender mejor la obra y ubicarla, además, en su perspectiva histórica. Pero como la *Comedia* —y esto ya lo hemos adelantado— es todo un universo que de algún modo nos atrapa, aprovecharemos para trabajar aunque sea muy brevemente algunas otras materias, como la locura que instauró Beatriz en el alma de Dante.

## 2. UN RESUMEN DE LA DIVINA COMEDIA: EL INFIERNO

Voltaire, en el siglo XVIII, «[...] consideraba que el prestigio de la *Comedia* se mantenía gracias a que no era leída por nadie»<sup>12</sup>. El siglo XX ha sido testigo de una revalorización de la obra, como lo atestiguan algunas citas que se consignan a continuación:

La *Commedia* puede reclamar con justicia el ser el más grande poema de nuestra tradición. T. S. Eliot dice que después de Shakespeare y Dante «no hay un tercero», pero no hay un trabajo de Shakespeare que individualmente considerado pueda ser comparado con la *Commedia* en amplitud. Vico, el descubridor del verdadero Homero, aplica a la *Commedia* el adjetivo «sublime», que en general reserva para la Ilíada y la Odisea<sup>13</sup>.

[...] Dante, el único poeta que en originalidad, inventiva y fecundidad extraordinaria rivaliza con Shakespeare [...] Dante traspasa todas las limitaciones de un modo mucho más personal y manifiesto que Shakespeare, y si cree más en lo sobrenatural que este, trasciende la naturaleza de una manera tan propia como singular y característico es el naturalismo de Shakespeare<sup>14</sup>.

Si he elegido la *Comedia* para esta primera conferencia es porque soy un hombre de letras y creo que el ápice de la literatura y de las literaturas es la *Comedia* [...] Se trata de que ningún libro me ha deparado emociones estéticas tan intensas. Y yo soy un lector hedónico, lo repito; busco emoción en los libros<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> CRESPO (1976: XX).

<sup>13</sup> BERGIN (1965: 213). T. S. Eliot, Thomas Stearns Eliot (1888-1965), obtuvo el Premio Nobel de Literatura en 1948 [nota del autor].

<sup>14</sup> BLOOM (1995: 89).

<sup>15</sup> BORGES (1980: 26-27). Segundo el *Diccionario de la lengua española*, de la Real Academia Española, en su primera acepción *ápice* significa ‘extremo superior o punta de alguna cosa’ [nota del autor].

No estamos tratando, entonces, de cualquier libro de literatura. Pero yo me pregunto: si bien el siglo XX ha colocado en su verdadera dimensión de ápice de las literaturas a la *Comedia*, a través de voces tan ilustres como Eliot, premio Nobel de Literatura; Bloom, probablemente el mejor crítico literario en lengua inglesa; y Borges, con seguridad uno de los escritores más grandes del siglo XX, ¿es leída la *Comedia* por las élites culturales? Todo el mundo sabe qué es la *Comedia*, quién la escribió y *grosso modo* de qué trata, porque se estudia en el colegio. Me temo, sin embargo, que son pocos los que la han leído completa en su versión en prosa, y muchos menos los que lo han hecho en su composición en verso.

La lectura de la *Comedia* es tarea complicada. En primer lugar es una obra extensa, que consta de tres partes o cánticos: Infierno, Purgatorio y Paraíso. El Infierno tiene 34 cantos y el Purgatorio y el Paraíso 33 cada uno, lo que totaliza 100 cantos. Cada canto, a su vez, está compuesto por versos de una sola línea, pero que suman como promedio unos 140 versos por canto. Cada verso tiene once sílabas y están agrupados en tercetos (estrofas compuestas de tres líneas). Y luego viene la parte más genial desde el punto de vista de la concepción poética, y la que ha hecho naufragar todos los intentos de traducción. Me refiero a la rima: como tenemos terceto tras terceto, estos están ligados o encadenados, lo que se logra haciendo rimar el segundo verso de una estrofa con el primero y el tercero de la siguiente, y así sucesivamente, desde el comienzo hasta el fin, en lo que se ha dado en llamar la *terza rima*, o el terceto encadenado. Con esto se logra una musicalidad que embelesa a quienes tienen la suerte de poder leer la obra en su versión original:

Se ha comparado a Milton con Dante, pero Milton tiene una sola música [...] En cambio en Dante, como en Shakespeare, la música va siguiendo las emociones. La entonación y la acentuación son lo principal, cada frase debe ser leída y es leída en voz alta. Digo es leída en voz alta porque cuando leemos versos que son realmente admirables, tendemos a hacerlo en voz alta. Un verso bueno no permite que se lo lea en voz baja, o en silencio. Si podemos hacerlo, no es un verso válido: el verso exige la pronunciación. El verso siempre recuerda que fue un arte oral antes de ser un arte escrito, recuerda que fue un canto<sup>16</sup>.

Por lo demás, una obra escrita hace más de setecientos años requiere una gran cantidad de notas para que el lector se familiarice con los personajes de la época de Dante y de su pasado inmediato, con los caracteres y sucesos que extrae de los clásicos griegos y latinos, con las ideas teológicas y filosóficas que propone, con las citas que anota (hay seiscientas citas bíblicas, cuatrocientas de Aristóteles

---

<sup>16</sup> BORGES (1980: 13-14).

y doscientas de Virgilio, entre otras)<sup>17</sup>, con la topografía del terreno que imagina y que extrae de la geografía y cosmovisión de su tiempo, etcétera. A título de ejemplo podemos decir que la edición en verso con la que he trabajado, la de Alianza Editorial, tiene 630 páginas y 1.709 notas<sup>18</sup>. Quizá sea recomendable leer primero una edición en prosa, como la editada en México en la serie Los Clásicos, dirigida por Alfonso Reyes y otros prominentes escritores, y que cuenta con un estudio preliminar de Jorge Luis Borges. La traducción es de Cayetano Rosell y las notas de Narciso Bruzzi Costas. El texto tiene 500 páginas y 1.554 notas<sup>19</sup>.

Asumiendo, entonces, poca familiaridad en el lector de estas líneas con una versión completa de la *Comedia*, lo primero que me propongo hacer es presentar un breve resumen de la obra. Antes de ello, me interesa hacer una pequeña precisión sobre el título de la misma. En ninguna de las ediciones en castellano que he mencionado, ni en las tres en inglés que he consultado (las traducidas por Henry Francis Cary, M. A., Dorothy L. Sayers y Henry W. Longfellow), ni en la versión italiana comentada por Giovanni Fallan y Silvio Zennaro, figura el título exacto que dio el poeta a su obra: *Incipit Comedia Dantis Alagherii Florentini Nationes, non moribus*: «Empieza la comedia de Dante Alighieri, florentino de nacimiento, no de costumbres»<sup>20</sup>. Él no la llamó *divina*. En la ya citada epístola a Can Grande de la Scala<sup>21</sup>, Dante explica que es comedia y no tragedia, puesto que empieza «[...] con algún tema o situación áspera, pero luego termina felizmente». También hace referencia al estilo, el que es «[...] elevado y sublime en la tragedia; tranquilo y humilde, por el contrario, en la comedia». Finalmente hace una precisión en cuanto al lenguaje, dado que la *Comedia* no fue escrita en latín, que era la lengua culta de la época y la que se empleaba en las construcciones intelectuales, sino que fue escrita en el dialecto toscano: «[...] emplea el lenguaje vulgar que emplean las mujeres en sus conversaciones diarias». Sobre el adjetivo *divina* hay dos interpretaciones: algunos sostienen que fue Boccaccio, el primer biógrafo de Dante, quien empezó a emplear dicho adjetivo<sup>22</sup>; otros, que lo agregó una edición del siglo XVI hecha en Venecia durante el Renacimiento<sup>23</sup>.

El inicio de la *Comedia* es súbito y abrupto: no hay ninguna explicación de cómo y por qué un hombre común y corriente no se encuentra en los lugares que

<sup>17</sup> BONDANELLA (2003: XXXI).

<sup>18</sup> ALIGHIERI (2003a). Esta es la otra versión que utilizaremos en el texto, con la indicación «de la versión en verso». Véase la nota 5.

<sup>19</sup> ALIGHIERI (1978).

<sup>20</sup> ALIGHIERI (1935).

<sup>21</sup> Véase la nota 9.

<sup>22</sup> ALVAR (2003: XIX).

<sup>23</sup> BONDANELLA (2003: XXIX).

habitualmente mora, sino en una selva oscura, sin barruntar camino alguno que pudiera llevarlo a algún sitio. La primera estrofa de la *Comedia* es una de las que más divulgación ha alcanzado: «*Nel mezo del cammin di nostra vita / mi ritrovai per una selva oscura, / ché la diritta via era smarrita*»<sup>24</sup>: «En mitad del camino de la vida / me hallé en el medio de una selva oscura / después de dar mi senda por perdida». Vale la pena aclarar en este punto que Dante era para su época un verdadero sabio, y muchas de las cosas que escribe provienen de sus lecturas y conocimientos. Dante empieza su deambular por el más allá al atardecer del viernes santo del año 1300. Como él había nacido hacia fines de mayo o principios de junio de 1265 (era del signo Géminis), tenía o estaba próximo a cumplir los 35 años. Pero él prefiere basarse en una cita bíblica —que no explicita— para indicar que contaba con 35 años. Se trata del numeral 10 del salmo 90, que dice: «Los años de nuestra vida son unos setenta, u ochenta, si hay vigor; mas son la mayor parte trabajo y vanidad, pues pasan presto [...].»

Y no solo era una selva oscura, sino que no bien decide emprender determinado itinerario, subiendo una cuesta, se encuentra cara a cara y sucesivamente con tres fieras: un leopardo, un león y una loba. Cuando la desesperación había hecho presa en él se aparece un ser que tiene forma y materialidad, pero que no pesa (lo que se nota más adelante, al subir ambos a embarcaciones) ni proyecta sombra alguna (lo que se aprecia también más adelante, en el Purgatorio, cuando están expuestos al sol). Es el alma del poeta latino Virgilio, quien se ofrece a ser su guía: «*Ond'io per lo tuo me' penso e discerno / che tu mi segui, e io sarò tua guida / e trarrotti di qui per luogo eterno [...]*»: «A lo que por tu bien veo y discierno, / te serviré de guía en todos lados / mientras recorres un lugar eterno [...].»

En el Canto II Virgilio informa a Dante que ha recibido el encargo de Beatriz, el gran amor platónico de Dante, la que descendió desde el Paraíso al limbo, donde se encontraba Virgilio, para pedirle que acuda en socorro del poeta y le sirva de guía en los horrendos territorios del Infierno. La idea general de que Dante descienda a los Infiernos, suba luego al monte del Purgatorio y se eleve finalmente por los diversos círculos del Paraíso, estando vivo, proviene también de Beatriz, que buscaba con ello que él se salvase, después de todo lo que habría de presenciar, y que ayudase a la salvación de muchos a través de la narración que se esperaba hiciera de todo lo visto y oído. Esta preocupación de Beatriz,

---

<sup>24</sup> En lo sucesivo de este trabajo, las citas de la *Comedia* en italiano provienen de la edición de la Biblioteca Económica Newton, con Introducción de Italo Borzi y comentarios a cargo de Giovanni Fallani y Silvio Zennaro (ALIGHIERI 2002). Inmediatamente después de la cita en italiano procedo a consignar la versión en verso de Abilio Echeverría, de la edición de Alianza Editorial (ALIGHIERI 2003a). El símbolo de una barra oblicua sirve para separar los versos, que, como ya se ha explicado, ocupan cada uno una línea.

específicamente en cuanto a la salud espiritual de Dante, se puede apreciar en el Canto XXX del Purgatorio, donde ella lo repreuba con severidad por la vida desarreglada que él aparentemente llevó en algún momento de su vida, después de la muerte de ella.

Ya más tranquilo, y bajo la certera guía y protección de Virgilio, emprende Dante el recorrido del Infierno. Si queremos dar una visión panorámica del Infierno diremos que tiene la forma de un cono invertido, cuyo vértice está en el centro de la tierra; posee una entrada, en cuya puerta figura la famosa inscripción:

Per me si va ne la città dolente, / Per me si va ne l'eterno dolore, / Per me si va tra  
la perduta gente. / Giustizia mosse il mio alto fattore; / Fecemi la divina podestate,  
/ La somma sapienza e 'l primo amore. / Dinanzi a me non fuor cose create / Se  
non etterne, e io eterna duro. / Lasciate ogne speranza, voi ch'intrate.

Por mí se llega a la ciudad doliente, / por mí se llega al llanto duradero, / por mí  
se llega a la perdida gente. / Me hizo mi alto hacedor por justiciero: / el divino  
poder me dio semblanza, la suma ciencia y el amor primero. / Nada hay creado  
que en edad me alcanza, / no siendo eterno, y yo eterna duro. / ¡Perded cuantos  
entráis toda esperanza!

Una vez que se ingresa, y para poder verlo todo, hay que descender. El enorme cono está compuesto por círculos concéntricos, en cada uno de los cuales sufren tormento los condenados. Los círculos son nueve, pero existe además un vestíbulo, y algunos círculos poseen divisiones: a) el séptimo tiene tres anillos; b) el octavo tiene diez espacios separados, llamados *malebolge* (traducido como ‘malasbolsas’); y c) el noveno posee cuatro compartimentos.

Decir que el Infierno es un cono invertido compuesto por nueve círculos concéntricos no nos da una idea, ni siquiera remota, de lo que realmente es el Infierno según la descripción de Dante. El Infierno, que dicho sea de paso está ubicado debajo de la ciudad de Jerusalén, es como un mundo, con ríos, montañas, cataratas, un castillo «[...] siete veces cercado de altas murallas» (Infierno, Canto IV), una ciudad —la espantosa ciudad de Dite—; y en el fondo, donde habita Lucifer, llamado también Dite, hay un gran lago congelado.

## 2.1 El contrapasso

¿Quiénes se van al Infierno? ¿Qué penas padecen? «La clasificación de los pecados de Dante se basa principalmente en Aristóteles, con una pequeña asistencia de Cicerón. Aristóteles dividía la conducta incorrecta en tres tipos principales: a) *Incontinencia* (apetito descontrolado); b) *Bestialidad* (apetito pervertido); c) *Malicia o Vicio* (abuso de las facultades específicamente humanas o de la razón). Cicerón declaraba que toda conducta injuriosa actuaba ya sea por (a) *Violencia*

o (b) *Fraude*. Combinando estas dos clasificaciones, Dante obtiene tres clases de pecados: I) *Incontinencia*; II) *Violencia* (o *Bestialidad*); III) *Fraude* (o *Malicia*). Él las subdivide y arregla en siete círculos: cuatro de Incontinencia, uno de Violencia y dos de Fraude. A estas categorías éticas de *comportamiento* errado, él, como cristiano, añade dos de *creencia* equivocada: una de *no creencia* (limbo) y una de *creencia errada* (herejes), obteniendo nueve círculos en total. Finalmente, él agrega el Vestíbulo de los Fútiles, que no tienen fe ni obras; así, al no ser un círculo, no lleva número»<sup>25</sup>.

Empecemos ahora el recorrido. Como ya hemos dicho, existe un Vestíbulo, que no constituye un círculo del Infierno. En él permanecen los que llevaron una existencia fútil, no pecaron, pero tampoco hicieron el bien, permanecieron constantemente en una actitud de indiferencia, de carencia de compromisos. Una vez destinados a este lugar, corrían desnudos tras una bandera, y eran atacados permanentemente por moscones y avispas y moraban entre gusanos que se alimentaban de las lágrimas y la sangre que los agresivos insectos les provocaban. Después del Vestíbulo, y para entrar propiamente a los círculos del Infierno, es preciso cruzar el río Aquerón.

Lo que sigue es ya el primer círculo, el limbo, donde se encuentran los niños que no fueron bautizados y donde permanecieron por milenarios las principales figuras del Antiguo Testamento, básicamente los Patriarcas y los Profetas, liberadas por Jesucristo cuando, después de su muerte, «descendió a los Infiernos» (Credo). Al tradicional limbo que albergaba a estos dos tipos de seres: los niños (*limbus puerorum*) y los patriarcas (*limbus patrum*), Dante les añadió, en lo que parece ser una invención de él, un *limbus paganorum*: el limbo de los sabios y poetas paganos, y las grandes figuras de la antigüedad clásica, como Homero, Horacio, Ovidio, Eneas, César, Aristóteles, Sócrates, Platón, Séneca, Euclides, Ptolomeo, Hipócrates, Galeno. Añade, incluso, al sultán guerrero Saladino y a los dos filósofos árabes Avicena y Averroes. Allí estaba Virgilio cuando Beatriz vino a pedirle ayuda para que socorriera a Dante. En general, hemos llegado a contar a 39 personajes. Como ya se dijo, en el limbo se yergue un amurallado castillo. La pena de los que habitan el limbo, que son todos virtuosos, es vivir sin esperanza.

---

<sup>25</sup> Sayers, en ALIGHIERI (1949: 139). Los que habitan el vestíbulo son nombrados por Dorothy Sayers con el término *futile*. La versión española en prosa con la que trabajamos los llama *negligentes*. Pero en la *Comedia* se los llama *gl'ignavi*, expresión que tiene equivalente en castellano: según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, vigésima primera edición, 1992, los ignavos son definidos como ‘indolentes, flojos, cobardes’. En la traducción en verso de Alianza Editorial se los llama propiamente *ignavos*, mas se agrega la palabra *indolentes*.

En el segundo círculo se hallan los lujuriosos y su pena es estar a merced de un fuerte viento, que los sube, los baja y los zangolotea sin darles calma. El que sigue, el tercer círculo, es el de los glotones, apllanados por la lluvia y atacados por Cerbero, perro mitológico de tres cabezas y de apetito descomunal. El cuarto círculo es morada de los avaros y de los pródigos, quienes «[...] formando un doble frente en cada extremo del círculo, marchan unos sobre otros arrastrando a pecho limpio grandes pesos, tropiezan al llegar a la mitad con fuerte encontronazo, echándose unos a otros en cara el contrario vicio, y vuelven al punto de partida para repetir la operación *sine límite*»<sup>26</sup>. El quinto círculo está dedicado a los iracundos, cuyo castigo consiste en estar siempre sumergidos en el lodo. Estos cinco círculos corresponden a los pecados de incontinencia y constituyen, para Dorothy Sayers, el Infierno superior; en él se castigan —según ella— los pecados del leopardo<sup>27</sup>.

Después del quinto círculo se accede al Infierno inferior, pero para recorrerlo hay que ingresar primero a la terrible ciudad de Dite, circundada por la laguna Estigia, que es preciso también remontar. Ingresar a Dite no fue tarea fácil para Dante y Virgilio, ya que una serie de demonios, que eran los guardianes o porteros, se empeñaban en no franquearles el paso y solo cedieron ante la potencia de un mensajero del cielo que vino en socorro de los asustados poetas. Recién en Dite se ve fuego. El sexto círculo ha sido destinado a los herejes, quienes pagan su culpa en sepulcros ardientes. El séptimo círculo corresponde a los que han ejercido actos de violencia (bestialidad) y sus inquilinos ocupan tres recintos distintos: 1) el de los violentos contra el prójimo (que ocasionaron muerte, o robaron, o incendiaron, o violaron), que padecen sumergidos en la sangre ardiente (otra vez aparece el fuego, el calor) del río Flegetonte, y que son asaetados por los centauros cada vez que intentan emerger de la sangre; 2) el de los violentos contra sí mismos, que da cabida a los suicidas, convertidos en árboles animados, picados y destazados por las arpías, seres mitológicos, pero también un tipo de águila todavía existente que se caracteriza por el descomunal tamaño de su pico y sus garras, y por la fuerza con que los emplea; y a los disipadores o dilapidadores, que son atacados y destrozados por negras perras; y 3) el de los violentos contra Dios, que incluye a los sodomitas, usureros y blasfemadores, cuya pena es habitar un arenal ardiente, encendido en fuego por una lluvia continua de este elemento: «[...] llovía en grandes copos pura llama» (Canto XIV, 29).

---

<sup>26</sup> Echeverría, en ALIGHIERI (2003a, nota 27: 40-41).

<sup>27</sup> ALIGHIERI (1949: 84). Para Sayers, la traductora, los círculos VI y VII corresponden a los pecados del león; y los dos restantes, a los pecados del lobo.

Se arriba, luego, al círculo octavo, el de la malicia, pero es muy difícil descender hacia él porque el río Flegetonte se precipita por un acantilado en una feroz catarata, que los poetas logran vencer montados en un monstruo llamado Gerión. La malicia es un pecado complejo que admite diez tipos distintos de acciones, de allí que el octavo círculo esté dividido en las ya mencionadas diez malasbolas: «[...] l'ottavo cerchio, o Malebolge, diviso in dieci bolge concentriche» (Canto XVIII).

Enumeremos, de manera muy sucinta, lo que ocurre en cada bolsa: 1) Rufianes y seductores: giran en doble fila contrapuesta, flagelados en todo momento por cornudos demonios. 2) Aduladores, sumergidos en estiércol. 3) Simoníacos: sumergidos cabeza abajo, con los pies que, estando insepultos, permanecen en el aire y son quemados sin descanso<sup>28</sup>. 4) Adivinos, que caminan con la cabeza vuelta hacia atrás. 5) Barateros (que cometan fraude en compras, ventas o trueques, o jueces que admiten dinero o regalos para emitir su sentencia), sumergidos en pez (brea) hirviente, clavados con arpones por los diablos cuando asoman la cabeza. 6) Hipócritas, ataviados con pesadísimos hábitos de plomo pintados color oro (en esta bolsa está Caifás, crucificado en el suelo, y pisado por los otros dolientes). 7) Ladrones, que viven entre serpientes, son mordidos por ellas y caen al suelo convertidos en ceniza, para volver a recuperar su forma humana y continuar el suplicio; también experimentan metamorfosis, para convertirse los hombres en serpientes y las serpientes en hombres. 8) Consejeros fraudulentos, encerrados en lenguas de fuego. 9) Sembradores de discordia, mutilados a punta de espada por un demonio. 10) Falsarios, que son de cuatro tipos: a) los falsificadores de metales, como los alquimistas, que son convertidos en leprosos; b) los falsificadores de personas, como los suplantadores, que son ahora locos furiosos y vagan poseídos de cólera insana; c) los falsificadores de monedas, ahora grandes hidrópicos que sufren de sed; d) los falsificadores de palabras, como los perjurios y embusteros, que permanecen inmóviles, abrasados por la fiebre.

El noveno círculo es, en verdad, inesperado. Es el corazón del Infierno, el lugar llamado el Cocito, donde mora Satanás, pero que no es de fuego, como cabría suponer, sino de hielo. Es un lago de hielo reservado a los que han cometido los actos más execrables. Es el lugar de los traidores, que ocupan cuatro recintos: 1) los traidores a sus propios parientes, que están en la Caína; 2) los traidores a su patria, que pueblan la Antenora; 3) los traidores a sus huéspedes, cuyo lugar

<sup>28</sup> Según el *Diccionario de la Lengua Española*, la palabra *simonía* viene de Simón, el Mago, y significa ‘compra o venta deliberada de cosas espirituales, como los sacramentos o sacramentales, o temporales inseparablemente anejas a las espirituales, como las prebendas y beneficios eclesiásticos’. En pocas palabras, simoníacos son los que lucran con los oficios eclesiásticos en beneficio propio.

es la Tolomea; y 4) los traidores a la majestad humana y divina, albergados en la Judesca. Todos están sumergidos en el hielo hasta el cuello, pero pueden observarse tormentos agregados. Por ejemplo, los que residen en la Tolomea están forzados a mirar hacia arriba, y sus primeras lágrimas, congeladas, no permitenemerger a las siguientes. O se dan situaciones como la del conde Ugolino della Gherardesca, que sin descanso roe y devora el cráneo del arzobispo Ruggieri degli Ubalidini, quien en vida le ocasionó la muerte por hambre a él, a sus tres hijos y a un nieto. La gran final es el espectáculo casi operístico del suplicio de los tres más grandes traidores de la historia de la humanidad: Judas, que traicionó a Cristo, y Bruto y Casio, que traicionaron y asesinaron a César, con lo cual traicionaban la voluntad divina que, según Dante, impulsaba y mantenía el poder imperial, particularmente el del Imperio romano. Dite es un gigante que emerge del hielo desde el pecho, y, además de tres pares de alas, que en movimiento continuo provocan el viento helado que mantiene congelado el Cocito, posee tres caras y, por ende, tres bocas, con cada una de las cuales devora a Judas, a Bruto y a Casio, respectivamente, a la vez que los ataca y los destroza con sus garras. Así como dijimos líneas antes, que Dante encuentra fundamento bíblico para considerar que los 35 años son la mitad del camino de la vida, también se ha considerado que la inspiración bíblica para el congelamiento del Cocito está en Job 38: 29, 30: «*De qué seno sale el hielo? / ¿quién da a la luz la escarcha del cielo, / cuando las aguas se aglutan como piedra / y se congela la superficie del abismo?*»<sup>29</sup>.

Antes de continuar con el Purgatorio y el Paraíso, debemos detenernos en el Infierno para tratar de comprender su lógica. Ya sabemos que los actos que hacen a una persona acreedora de un castigo infernal se agrupan en tres categorías: incontinencia, violencia y fraude. Cabe observar que no es muy clara la progresión en la calidad o intensidad del mal causado por el reo, conforme se desciende: en el séptimo círculo, por ejemplo, están los violentos, como los asesinos y violadores, pero mucho más abajo, en la sexta bolsa del octavo círculo figuran los hipócritas y en la décima los alquimistas. La explicación puede estar en la percepción de Dante de las consecuencias de los actos de las personas que emblemáticamente encarnan determinados pecados, y que en cada círculo hablan con el poeta y se narran sus proezas o sus maldades. Dante, obviamente, los juzga a la luz de los valores de su tiempo y de aquellos que él mismo profesaba. Tomemos el caso de Bertrand de Born, que paga su culpa en la novena bolsa del octavo círculo, la de los sembradores de discordia. Bertrand de Born fue un «[...] célebre hombre de armas y trovador provenzal, señor de Hautefort [...], plaza fuerte de Gascuña.

---

<sup>29</sup> CASSELL (1984: 100).

Participó activamente, con la espada y la pluma, en las luchas políticas de su tiempo y sembró la discordia entre Enrique II de Inglaterra y el hijo de este, también Enrique, conocido por el Rey Joven [...]»<sup>30</sup>. Agrega Dorothy Sayers que se le llamó el Rey Joven porque se hizo coronar durante la vida de su padre<sup>31</sup>. Para entender mejor su tormento, procedo a transcribir una cita de la versión en prosa:

Vi, digo, y aún parece que se me representa, un cuerpo sin cabeza [...] Cogida la truncada cabeza por los cabellos, llevábala suspendida de la mano, a manera de linterna [...] Cuando estuvo enfrente de nosotros y al pie del puente, levantó el brazo en alto con la cabeza, para acercarnos más sus palabras, que fueron estas: «Mira mi tremenda pena, tú, que respiras vivo y vienes a ver a los que murieron; mira si hay otra más grande que esta. Y para que lleves nuevas de mí, sabe que soy Beltrán del Born, el que dio tan perversos consejos al rey joven. Yo enemisté entre sí al padre y al hijo [...]. (Canto XXVIII, 118-136)

Para Dante —y para su época— debe de haber resultado mucho más grave que el hijo de un rey se levantase contra su padre, por consejo inicuo de alguien, y se hiciera coronar por añadidura, que lo cometido por un homicida o el violador de una persona común. Con el mismo criterio debe entenderse la ubicación en el Paraíso del emperador Justiniano (Canto VI). La historia de Bertrand de Born tiene una importancia especialísima, porque en el último verso de ese Canto XXVIII nos da Dante la explicación de por qué las penas del Infierno son como son. En los cuatro últimos versos dice: *«Perch' io parti' così giunte persone, / partito porto il mio cerebro, lasso!, / dal suo principio ch' è in questo troncone. / Così s'osserva in me lo contrappasso»* (Canto XXVIII, 139-142): «Por separar lo unido y aledaño / llevo yo separado mi cerebro / de lo que fue su asiento y vida antaño. / ¡Y en mí la pena del talión celebro!»<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Echeverría, en ALIGHIERI (2003a, nota 134: 170).

<sup>31</sup> Sayers, en ALIGHIERI (1949, nota 134: 251).

<sup>32</sup> Es interesante observar cómo se traduce esta última línea en diversas ediciones: en la edición en prosa que hemos trabajado, traducida por Cayetano Rosell (ALIGHIERI 1978), se dice: «Y así se cumple en mí la pena que impuse a otros». En una traducción que ha circulado mucho en los países de habla hispana, la de Juan de la Pezuela, conde de Cheste, se emplea la siguiente fórmula: «y así la pena del Talión me mide» (ALIGHIERI 1959). En la edición de las *Obras completas*, en la cual la traducción estuvo a cargo de Nicolás González Ruiz: «Así se cumple en mí la ley del talión» (ALIGHIERI 1980a). La reconocida traducción al inglés de Dorothy Sayers (ALIGHIERI 1949) posee una fórmula que no transmite con propiedad la idea: «*This is my measure measured to me again*». En la traducción al inglés de reverendo Henry Francis Cary, MA (ALIGHIERI 1847), que asumo de poquíssima circulación en el Perú, y que tuve ocasión de adquirir a un librero de viejo, se intenta una figura más explicativa: «*Thus the law of retribution fiercely works in me*». Finalmente, la más apegada al original es la traducción al inglés del poeta Henry Longfellow (ALIGHIERI 2003b): «*Thus is observed in me the counterpoise*». Es digno de mención que la palabra *counterpoise* figura en el *Webster's New World Dictionary of the American Language* con el sentido de «1. un peso que

Ahora por fin podemos entender por qué el Infierno no es una mar de fuego, donde todos los pecadores pagan sus culpas por igual, sino un sofisticado sistema de penas que tratan de ser proporcionales o equivalentes al mal que ocasionó el pecador. Rige, entonces, la ley de talión, recogida en el Antiguo Testamento y apta para los condenados que, al no adecuar sus obras a las enseñanzas de Cristo, no se benefician de las ideas de clemencia y perdón que Él predicó. Es en el Éxodo donde se promulga la ley del talión: « [...] Pero si resultare daño, darás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por cardenal [...] » (21: 23-25). Esto explica las elaboradas y a veces exóticas penas que padecen los condenados.

Es correcto, como dice León Hilario, que «Dante considera menos graves los pecados de incontinencia; más graves los de violencia, y más aún los de fraudulencia. A esto se debe el orden en el que están dispuestos los círculos infernales, cada vez más estrechos y más profundos [...]»<sup>33</sup>. Discrepo, sin embargo, de su afirmación respecto a que la severidad de los tormentos se acrecienta de grado en grado. Considero más afín con mis propias observaciones la siguiente cita de Cassell:

No existía sugerencia de alguna *jerarquía* en la intensidad o variación diseñadas para establecer la seriedad del castigo entre diferente crímenes [afirmación a propósito de la bíblica ley del talión]. Similarmente, los castigos en el Infierno de Dante no parecen más severos en la medida que descendemos con los poetas a las profundidades [...] Obviamente, no estamos observando una jerarquía de penas sino la operación de un modo moral de justicia a través del simbolismo: el castigo en cuanto es exquisitamente apto y merituado en cada caso específico. En la medida que descendemos de círculo en círculo, los pecados aparecen no más serios en castigo sino en la culpa humanamente adquirida. Los sufrimientos del Infierno, como los gozos del Paraíso, deben, al fin de cuentas, ser incomprensibles al intelecto humano y, por eso, inexpresables. Dante elige concentrarse en la responsabilidad humana, en el estado de las almas después de la muerte literalmente como consecuencia de sus propios actos, y, así, en el hombre quien, «de acuerdo con sus méritos o deméritos en el ejercicio de su libre albedrío [...] merece premio o castigo por la justicia». Quizás no es por accidente que esta frase se repita dos veces en la *Epístola a Can Grande de la Scala*<sup>34</sup>.

---

balancea otro. 2. una fuerza, influencia, etcétera que balancea o neutraliza otra. 3. un estado de balance o equilibrio» [traducción del autor].

<sup>33</sup> LEÓN HILARIO (1999: 19).

<sup>34</sup> CASSELL (1984: 4).

## 2.2 El juicio

No hay parte en la *Divina Comedia* donde podamos presenciar algo parecido a un juicio, es decir, a un evento en el cual un tercero imparcial impute a alguien determinados actos reprobables según cierto estándar compartido, y que pronuncie sentencia después de darle a la persona acusada la oportunidad de exponer su versión de los hechos, la ocasión de hacer sus descargos y desvirtuar las acusaciones. Dante, que ha poblado su versión del Infierno de personajes y monstruos de la mitología griega y romana, recurre a Minos, «[...] fabuloso rey cretense [...], a quien por su integridad nombró Júpiter juez del Infierno, según *Eneida* VI. 432-2»<sup>35</sup>. En efecto, leemos en *La Eneida*: «Y en verdad no se asignan estos lugares sin juez ni sorteo: / Minos el inquisidor mueve la urna; él convoca / la asamblea silenciosa y discierne las vidas y las culpas»<sup>36</sup> La referencia a la fuente tampoco nos aporta mayores luces. Primero, porque según la *Comedia* las almas caen en manos de Minos cuando ya están en el Infierno, han transpuesto la puerta de la temible inscripción y han cruzado el río Aqueronte, que solo lo surcan los que ya han sido condenados. Y segundo, porque el juicio de Minos es totalmente irracional y caricaturesco, pues este, poseedor de un largo rabo, lo enrosca en círculos alrededor del condenado, y el número de círculos que produce —digamos cuatro o cinco— determina el círculo destinado al alma así juzgada.

El tema de la existencia de un juicio final individual se labró un lento camino en la Alta Edad Media hasta llegar a su admisión. Parece que, en los primeros siglos, la atención estuvo centrada más bien en el juicio final del Apocalipsis y no se hablaba de un juicio individual al momento de producirse la muerte del individuo. Estudiando la iconografía del sarcófago del obispo Agilbert, muerto en el año 680, Philippe Ariès confirma su tesis de que en los primeros siglos del cristianismo

No hay ni juicio ni condena [...] los muertos pertenecientes a la Iglesia, entregándole sus cuerpos (es decir entregándolos a los santos) dormían como los siete durmientes de Éfeso (*pausantes, in somno pacis*) y reposaban (*requiescant*) hasta el día del segundo acontecimiento, del gran regreso, para despertar entonces en la Jerusalén celestial, o sea el Paraíso. Esta concepción excluía toda responsabilidad individual, todo recuento de buenas y malas acciones. Sin duda alguna los perversos, los que no pertenecían a la Iglesia, no sobrevivirían a su muerte, no despertarían, y quedarían abandonados al no ser. De este modo, toda una población, casi biológica, la población de los santos, podía confiar en una supervivencia gloriosa, tras esperar largo tiempo aletargados<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Echeverría, en ALIGHIERI (2003a, nota 4: 28).

<sup>36</sup> VIRGILIO (1986: 160).

<sup>37</sup> ARIES (1982: 33).

Según Ariès ya en el siglo XIII, el del nacimiento de Dante (Dante nace el año 1265), «[...] se impuso la idea de juicio mediante la representación de tribunales. Cristo está sentado en un trono de juez, rodeado de su corte (los apóstoles) [...] Cada hombre merece una sentencia de acuerdo con el balance de su vida, procediéndose a repartir escrupulosamente sus buenas y malas acciones sobre los dos platillos de la balanza. Tales acciones están consignadas, además, en un libro»<sup>38</sup>. Pero seguimos al final de los tiempos, no al momento de producirse la muerte. De acuerdo con Ariès hay que esperar hasta los siglos XV y XVI para «[...] situar el Juicio ya no dentro de la atmósfera del Gran Día, sino en la habitación, junto al lecho del que agoniza»<sup>39</sup>. O al lado del herido de muerte en el campo de batalla, añadimos nosotros, habida cuenta de que en esos siglos era más fácil que se muriera en la guerra que en la cama. Sin embargo, me parece que no es necesario esperar hasta el siglo XV para admitir que la doctrina católica había adoptado la idea del juicio inmediato, pues ello se demuestra no solo por la *Comedia*, escrita entre 1306 y 1320, sino también por la indignación que ocasionaron unos sermones que sobre estos temas diera el papa Juan XXII, entre 1331 y 1340, muerto ya Dante, pues él fallece en 1321.

Juan XXII (su pontificado abarca el período 1316-1334) es un Papa que suele estudiarse en relación con la disputa entre el Papado y el Imperio, pues desconoció la elección de Ludwig IV como Emperador, declaró vacante el trono imperial y proclamó que el gobierno de Italia correspondía al Papa. En 1317 promulgó la bula *Si Fratrum*, en la cual fundamentaba esta posición. Dante, por su parte, años antes había escrito un libro llamado *La Monarquía*, probablemente entre 1310 y 1314, en la cual postulaba la independencia del poder del emperador con relación al papa, y lo hizo no pensando en la querella entre Juan XXII y Ludwig IV, sino como preparación a la asunción al trono imperial de Enrique VII, que Dante esperaba con ansiedad, pues contaba con que pudiera unificar las posesiones que el Imperio tenía en Italia, pusiera coto a la intervención papal en los asuntos internos de las ciudades, como Florencia, de la cual había sido desterrado, y pudiera él, Dante, ser reivindicado y retornar a esa ciudad. La actividad de Enrique VII se desplegó entre 1308 y 1313, año este en el que murió súbitamente, echando por tierra todas las esperanzas de Dante. Durante este lapso el pontífice fue Clemente V, que gobernó la Iglesia entre 1305 y 1314, siendo el Papa que en 1309 trasladó la sede papal de Roma a Avignon, en Francia, donde los papas ejercieron su ministerio hasta 1376, dándose lugar a lo que se ha conocido como el «cautiverio babilónico», que duró 67 años. Bonifacio VIII, gran antagonista

<sup>38</sup> ARIES (1982: 33-34).

<sup>39</sup> ARIES (1982: 34).

de Dante y, por lo mismo, el Papa que más veces es mencionado en la *Divina Comedia*, había muerto en 1303. *La Monarquía* no tenía nada que ver con la lucha entre Juan XXII y Ludwig IV, pero sirvió de fundamento teórico a los partidarios del Imperio en ese entonces y colocó una nube sobre dicha obra, nube preñada de la acusación de herejía y que llevó a la quema pública de la misma, pero que nunca atrajo dicho peligro sobre el propio Dante, quien falleció en medio de la disputa entre el Papa y el Emperador.

El papa Juan XXII también intervino con su opinión en esta polémica sobre el más allá de la que veníamos tratando. Entre el día de Todos los Santos de 1331 y la fiesta de la Ascensión (que entonces se celebraba el 4 de mayo) de 1334, es decir, en un lapso de unos dos años y medio, pronunció seis sermones que remecieron de escándalo a sus contemporáneos entendidos en la materia. Dijo que «[...] después de la muerte y antes de la Resurrección de la Carne, los santos no gozaban de la Visión Beatífica, sino solo de la Humanidad de Cristo; adicionalmente sostuvo que ni los condenados ni los demonios estaban todavía en el Infierno, ni los ángeles o las almas, estas todavía privadas de sus cuerpos, estaban tampoco en el Paraíso [...]»<sup>40</sup>.

En su lecho de muerte Juan XXII se retractó de estos postulados, los calificó de errores que conformaban su simple opinión personal y manifestó que podría abjurar de ellos sin problema si fueran contrarios a la fe de la Iglesia. De manera, pues, que a mediados del siglo XIV se admitía generalmente que el juicio personal y el destino eterno se definían al morir la persona. A lo largo de los siglos que siguieron fue esta la doctrina que acabó por imponerse, tal como lo dice el actual Catecismo de la Iglesia católica:

1021. La muerte pone fin a la vida del hombre como tiempo abierto a la aceptación o rechazo de la gracia divina manifestada en Cristo (Cf. 2Tm 1,10). El Nuevo Testamento habla del juicio principalmente en la perspectiva del encuentro final con Cristo en su segunda venida; pero también asegura reiteradamente la existencia de la retribución inmediata después de la muerte de cada uno como consecuencia de sus obras y de su fe. [...] 1022. Cada hombre, después de morir, recibe en su alma inmortal su retribución eterna en un juicio particular que refiere su vida a Cristo, bien a través de una purificación (Cf. Cc. de Lyón: DS 857-858; Cc. de Florencia: DS 1304-1306; Cc. de Trento: DS 1820), bien para entrar inmediatamente en la bienaventuranza del cielo (Cf. Benedicto XII: DS 1000-1001; Juan XXII: DS 990), bien para condenarse inmediatamente para siempre (Cf. Benedicto XII: DS 1002)<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> CASSELL (2004: 39).

<sup>41</sup> CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA (2004: 354-355). No deja de llamar la atención la referencia a Juan XXII, de quien precisamente veníamos tratando en el texto como contrario a un juicio personal e inmediato una vez producida la muerte de la persona. Los seis sermones de Juan XXII,

Para tranquilidad de nuestra exposición, Dante tenía muy clara la idea de que los merecimientos del Infierno, la estación del Purgatorio y la gloria del Paraíso se recibían no bien una persona moría, aunque —como hemos visto— no traba el tema del juicio, sino que nos remite a la acción de Minos, el personaje mitológico que envuelve con su cola al condenado para indicarle el círculo que le corresponde. En rigor, y desde el punto de vista jurídico, los condenados están en verdad en la fase de ejecución de sentencia, y Minos vendría a ser más bien un alcaide de ese gran centro penitenciario que es el Infierno<sup>42</sup>.

Dante, sin embargo, alberga dudas sobre la relación existente entre los sufrimientos que observa con lo que ocurrirá después del Juicio Final. En el tercer círculo, Dante le pregunta a Virgilio: «Maestro, ¿crecerán estos tormentos después de la gran sentencia postrera, se reducirán a menos, o serán igualmente intensos?». A lo que Virgilio responde: «Acuérdate de tu ciencia (se refiere a la doctrina aristotélica tomista, seguida por Dante), la cual enseña que cuanto más perfecta es una cosa, tanto más siente el bien, como asimismo el dolor [...]» (Canto VI de la versión en prosa). Comentando estos versos, que son los 106 a 108, Abilio Echeverría aclara: «Los condenados, por su incorporación plena en cuerpo y alma a la otra vida después de la “gran sentencia”, adquieren una mayor perfección con respecto a su anterior estado, según se explica —con referencia a los bienaventurados— en Par. XIV. 43-60; por tanto, los sufrimientos de los condenados serán mayores, como será mayor el gozo de los bienaventurados»<sup>43</sup>.

Para un lector excesivamente racional, la explicación precedente tiene mucho sentido, pues es con el cuerpo, con los sentidos, que se puede experimentar

«[...] algunos reconstruidos de citas secundarias, han sido editados por Marc Dykmans en “Les sermons de Jean XXII sur la vision bénétique, texte précédée d'une introduction et suivi d'une chronologie de la controverse avec la liste des écrits pour et contre le pape”, *Miscellanea Historiae Pontificiae* 34 (Rome: Press de l'Université Grégorienne, 1973). William de Ockham enumera los errores de Juan en *Una carta a los frailes menores*: “Después de la Constitución *Quia vir reprobus*, él predicó y enseñó muchas aseveraciones contrarias a las verdades que está obligado a creer explícitamente [...] La tercera es que las almas de los santos en el cielo no ven a Dios ni lo verán antes del día del juicio general. La cuarta es que las almas de los reprobos no están ni estarán en el Infierno antes del día del juicio general. La quinta es que los demonios no han sido castigados y no lo serán hasta el día del juicio general [...] Debido a los errores y herejías escritas líneas arriba e incontables otras, yo retiro mi obediencia al pseudo Papa y a todos los que lo apoyen en perjuicio de la fe ortodoxa” (p. 12). Aun después de la condenación que se hizo de los primeros cuatro sermones en París en 1333, Juan persistió en afirmar en su último sermón del 4 de mayo de 1334: “*Anima et angelus non erunt in regno caelorum et paradiso ante generalem hominum resurrectionem*” (El alma y el ángel no estarán en el Reino de los Cielos y el Paraíso antes de la resurrección general de los hombres; ed. Dykmans, p. 160)» CASSELL (1984: 242).

<sup>42</sup> La idea de considerar al Infierno un centro penitenciario la expresa Borges en el estudio preliminar a la edición en prosa (BORGES 1978). En la página XVI llama al Infierno «establecimiento penal».

<sup>43</sup> Echeverría, en ALIGHIERI (2003a, nota 111: 38).

el sufrimiento físico. Pero ya hemos visto que desde el momento mismo de la muerte las almas obtienen una destinación precisa, la cual, salvo que se trate del Paraíso, es una prisión eterna, donde las penas son todas corporales (Infierno) o una prisión que se sufre por tiempo indeterminado, pero no eterno, y en el cual se lavan ciertas manchas pecaminosas también con castigo físico (Purgatorio). ¿Cómo pueden, pues, sufrir las almas, a las que Dante les da una configuración corpórea a través del calificativo de *sombras*? La explicación la encontramos en el canto XXV del Purgatorio, brindada por Estacio, quien, como veremos más adelante, es un guía adicional que obtiene Dante en ese reino: «Del aéreo cuerpo ya por fin provista, / llámase sombra y organiza luego / cualquier sentido propio, hasta la vista. / A este cuerpo se debe todo el juego / del habla, risas, ayes, llantos e iras / que has visto, en nuestros pagos andariego» (Purg. XXV; 100-105 de la versión en verso). Partiendo de Aristóteles, se pensaba que el alma irradia fuerza informativa al cuerpo aéreo, el cual «[...] adquiere sus propios sentidos, con multiforme capacidad expresiva»<sup>44</sup>.

Volviendo al tema del juicio individual, quizá para Dante, como se desprende de la cita 34 presentada líneas antes, no era tan importante el aparato judicial de un proceso, sino una especie de autocondenación o autosalvación, en función de las decisiones que una persona tomó a lo largo de su vida, en el ejercicio de su libre albedrío, y de la actitud que tuvo antes de morir, es decir, del arrepentimiento y de la satisfacción dada a Dios a través del cumplimiento de la penitencia. En esta misma línea puede entenderse la doctrina ya elaborada para ese entonces por la teología, en el sentido de que «[...] la pena no es en sí misma un mal desde que es administrada por Dios; Santo Tomás cita al pseudo Dionisio: “El castigo no es un mal, pero merecer castigo sí lo es”. El mal es de causa humana, no de causa divina»<sup>45</sup>.

### 3. EL PURGATORIO

Antes de entrar al tratamiento histórico, doctrinario y, particularmente, jurídico del Purgatorio, permítaseme retomar las vicisitudes de nuestros héroes, a quienes vimos por última vez en el Cocito, el fondo del Infierno y morada de Dite o Satán. Dante, cogido del cuello de Virgilio, como un niño, se deja conducir por este, quien va descendiendo por una curiosa escalera conformada por los pelos del propio Lucifer y luego, a través de una serie de accidentes geográficos que no están del todo claros, logran esta vez ascender desde el centro de la Tierra hacia

<sup>44</sup> Echeverría, en ALIGHIERI (2003<sup>a</sup>, nota 98: 363).

<sup>45</sup> CASSELL (1984, nota 4: 110).

el hemisferio opuesto, y emergen a la superficie, para encontrarse en las faldas de una alta montaña, que es el Purgatorio.

En el Purgatorio, como en el Infierno, las almas sufren y, en mi opinión, de conformidad también con el principio del *contrapasso*, como tendremos ocasión de demostrar más adelante. Pero concentrémonos ahora en la mera narrativa. Los tormentos del Purgatorio, que tienen una naturaleza totalmente distinta a los del Infierno, primero porque no son eternos y segundo porque en su duración influyen las oraciones y otros actos litúrgicos que se hacen desde la vida terrenal, empiezan recién en el Canto X. Los cantos previos se desarrollan en el AntePurgatorio, invento de Dante que tiene por finalidad dar un respiro al lector después de la angustia de haber pasado a gran velocidad —durante 24 horas— a través de los 24 recintos que conforman el Infierno, y haber contemplado infinitud de sufrimientos y al mismísimo Satán. En esa misma línea de pensamiento nos dice Bergin:

El Ante Purgatorio (que es una invención del propio Dante) está subdividido en cuatro áreas, y sirve un doble propósito. Refuerza el punto doctrinal en el sentido que los sufrimientos del Purgatorio son, a pesar de su severidad, un privilegio; las almas están impacientes por empezar su penitencia, y aquellos que por una u otra razón no han concluido de hacer las paces con Dios están realmente envidiosos (si tal palabra puede ser usada en santos en embrión) de aquellos que ya están sufriendo los varios tormentos. Pero el Ante Purgatorio es también, como lo ha señalado Wilkins, una necesidad estética. Si fuéramos a ir directamente de Infierno XXXIV a Purgatorio X tendríamos una serie de escenas crueles y dolorosas sobrepuertas a otras. Alguna pausa es necesaria y nos es dada en la medida en que caminamos por la costa y bajas lomas del Purgatorio [...]<sup>46</sup>.

Dante continúa siendo escoltado por Virgilio, y debe pasar a través de la puerta del Purgatorio, que da acceso a las siete cornisas o terrazas donde purgan castigo los que atentaron contra los siete pecados capitales. Los tres más graves, que son la soberbia, la envidia y la ira, corresponden al amor mal dirigido; el cuarto, la pereza, es el amor deficiente; finalmente, los tres últimos, avaricia, gula y lujuria, son expresiones del amor excesivo. Antes de continuar con su viaje, el ángel guardián graba con su espada siete letras «P» en la frente de Dante, que se irán borrando conforme avance en su ascenso y vaya superando cornisa tras cornisa. Esta puerta del Purgatorio es, en la *Comedia*, la puerta de San Pedro: el portero es un ángel que posee las dos llaves del reino, una de oro y otra de plata, que le fueron confiadas por el propio Pedro. En la quinta cornisa se une a los dos poetas un tercero, Estacio, que también se convierte en guía de Dante, incluso

---

<sup>46</sup> BERGIN (1965: 268-269).

más allá de donde llega Virgilio, porque Estacio, a diferencia de este, sufría pena de Purgatorio y logró redimirse íntegramente<sup>47</sup>.

Veamos ahora las penas del Purgatorio, y cómo ellas están ingeniosamente diseñadas para contrapesar el pecado cometido. En la primera cornisa se purga la soberbia, y los reos de la misma cargan grandes rocas que los hacen doblarse. En la segunda, los envidiosos están cubiertos por un cilicio y, lo que es más notorio, tienen los párpados cosidos con alambre, puesto que en la vida se rehusaron a ver (a admitir) las bondades del prójimo. En la tercera, los iracundos permanecen sumidos en una densa nube de humo que produce más oscuridad que el propio Infierno. En la cuarta los perezosos corren permanentemente y con presteza, sin detenerse. En la quinta, los avaros lloran tendidos en el suelo con los rostros hacia abajo, ya que en vida su avaricia les impidió volver los ojos hacia el cielo. Los golosos, destinados a la sexta cornisa, se purifican a fuerza de hambre y sed: viven rodeados de cosas que alimentan su deseo de comer y beber, pero no pueden hacerlo, y están en un estado de consunción. Finalmente, en la séptima cornisa se encuentran los lujuriosos, quienes andan por encima del fuego (nótese que este aparece recién) y caminan en dirección contraria, diferenciándose unos de los otros por cuanto caben dos manifestaciones de lujuria, *secundum naturam y contra naturam*.

Más arriba de la séptima cornisa se encuentra el Paraíso terrenal, llamado en algunos textos *jardín del Edén*, y para llegar a él forzosamente todos deben pasar por el fuego, en acatamiento fiel a las palabras de San Pablo, que desarrollaremos más adelante. Virgilio se despide y Dante queda con la guía de Estacio y de una figura femenina llamada Matelda, cuyo nombre aparece recién al finalizar el Purgatorio, en el verso 119 del Canto XXXIII. Es Matelda la que sumerge a Dante en los ríos Leteo y Eunoé; el primero, tomado de la literatura clásica, tiene el efecto de hacer olvidar los pecados; y el segundo, de aparente invención de Dante, despierta el deseo del bien obrar. Sin estas abluciones no era posible que Dante ingresara al Paraíso. Cabe agregar que los últimos cuatro cantos del Purgatorio están llenos de alegorías, símbolos y metáforas, haciendo palpable en ellos la afirmación del propio Dante en la Epístola a Can Grande de la Scala, según la cual toda la *Comedia* debe entenderse en cuatro sentidos: literal, alegórico, moral y anagógico: «Para aclarar los puntos indicados hay que advertir que el sentido de esta obra no es único, sino plural, es decir, tiene muchos sentidos; el primer significado arranca del texto literal, el segundo deriva de lo significado

<sup>47</sup> Estacio era «Publio Papinio Estacio (45?-96? d. C.), poeta latino, nacido en Nápoles [...] compuso, influido poderosamente por *La Eneida* [...] el poema épico en doce libros *Tebaida*, que canta la guerra de los Siete contra Tebas, y acometió, sin poder darle remate, la *Aquileida*, nueva versión de la vida de Aquiles. Tuvo gran fama en la Edad Media». Echeverría, en ALIGHIERI (2003a, nota 91: 337).

por el texto. El primero se llama sentido literal; el segundo, sentido alegórico, moral o anagógico»<sup>48</sup>. Aprovecharemos de este punto para ilustrar con una cita lo que se entiende por interpretación anagógica, la que probablemente muchos lectores de este texto recién vienen a conocer: «La anagogía habla de la vida futura, de los misterios más profundos de la esencia divina. Por lo tanto lo anagógico es el ámbito de lo místico y de lo espiritual por excelencia. El contenido anagógico es el más esencializador, propiamente es el que ilumina y esencializa la palabra y el hecho simbólicos»<sup>49</sup>.

Para muchos el Infierno es la mejor parte de la *Comedia* por estar lleno de drama y vitalidad (a pesar de tratarse del reino de los muertos), por poseer energía y un ritmo propiamente endiablado (nunca mejor que aquí la utilización de este adjetivo). A mí personalmente, que escribo esto el año 2007, y que he tenido la ocasión de ver en el cine los mundos concebidos en computadora, como ocurre con la saga del Señor de los Anillos, el Infierno me recuerda alguno de esos mundos sobrecededores, no solo por la geografía sino también por los extraños personajes. En frase mucho más elegante, pues escribió en 1871, cuando se cultivaba el estilo con esmero, Juan Eugenio Hartzenbusch nos dice:

Produce por eso menos efecto la lectura del Paraíso de Dante que la de su Infierno, y no son pocos los que piensan que realmente lo superior en la *Divina Comedia* es su primera parte. Quizá no les falte del todo razón, porque el poeta, hombre también como sus lectores, ha podido representar mejor lo que por sí es más fácil, lo que mejor sentía y comprendía: no es tan hacedero describir aquello para lo cual el discurso carece de imágenes y la lengua de términos; por el contrario, para el dolor nos sobran voces, justas o exageradas<sup>50</sup>.

Sin embargo, probablemente el más significativo aporte doctrinario de Dante y el mayor despliegue de ingenio lo encontramos en el Purgatorio. Porque para la descripción del Infierno tenía los antecedentes de la cultura clásica, muy especialmente *La Eneida*, de su amado maestro y guía Virgilio; los aportes hechos por los egipcios, antes y después de la era cristiana<sup>51</sup>; y la ascensión a los cielos y a las tinieblas del Infierno del propio Mahoma, que se narra en el Libro de la

<sup>48</sup> Epístola a Can Grande de la Scala (ALIGHIERI 1980a: 815).

<sup>49</sup> ANTÓN PACHECO (1988: 142).

<sup>50</sup> HARTZENBUSCH (1962: XXIV). En la misma línea, Bondanella, quien escribió la introducción de la traducción de la *Comedia* al inglés de Longfellow ya citada (ALIGHIERI 2003b), nos dice que «El mejor consejo para el lector de la *Divina Comedia* en general y del Infierno en particular es prestar atención al sentido literal del poema» (BONDANELLA 2003: XLVI).

<sup>51</sup> LE GOFF (1989: 33). Encontramos en esta obra una magnífica cita de E. A. W. Budge sobre esta herencia infernal de los egipcios, plasmado en textos judíos, griegos y coptos: «En todos los libros sobre el Otro mundo encontramos pozos de fuego, abismos de tinieblas, cuchillos mortíferos, corrientes de agua hirviente, exhalaciones fétidas, serpientes ardientes, monstruos espantosos

Escala de Mahoma, traducido del árabe al castellano hacia 1264 y que el propio Dante pudo haber conocido en una versión latina. Miguel Asín Palacios, convencido de esta influencia en la *Comedia*, se refiere a ella como proveniente de una leyenda musulmana, estructurada en dos textos: el *Mi ’rā*, que narra la ascensión de Mahoma desde Jerusalén hasta el trono de Dios, y el viaje nocturno o *Isrā*, durante el cual Mahoma visitó algunas de las mansiones infernales<sup>52</sup>. No parece que Dante se haya mostrado muy agradecido con esta influencia, de haber existido, dado que coloca a Mahoma casi en el fondo del Infierno, en la novena bolsa del octavo círculo, reservada a los sembradores de discordia: «¡Mira cómo Mahoma está maltrecho! / Hendido del mentón hasta el copete, / va Alí delante, en lágrimas deshecho» (Canto XXVIII, 31-33 de la versión en verso).

Pero ni en la Escala de Mahoma ni en los Infiernos elaborados a partir de la influencia egipcia existe el Purgatorio. De hecho, el Purgatorio se fue abriendo camino en el pensamiento católico de manera progresiva, pero lenta, al punto que la cristiandad vivió más de mil años sin tener noción alguna del Purgatorio. Para Jacques Le Goff, autor de un completísimo estudio sobre el tema, «[...] no hay Purgatorio antes de 1170 lo más temprano»<sup>53</sup>, lo que significa que al nacer Dante en 1265, aquel tercer recinto que alberga a un cierto tipo de almas después de muertas no tenía ni cien años de haber sido concebido. En consecuencia, Dante es el primero —y quizás el único— que llega a imaginar el Purgatorio como un lugar con una entidad geográfica descriptible y organizado de una forma lógica y sistemática. Es cierto que se ha señalado que una de las influencias inmediatas en la *Comedia* fue la obra de Alberico de Settefrati, nacido hacia el año 1100, quien mientras estuvo en estado de coma durante nueve días, cuando tenía diez años, tuvo una visión según la cual se le apareció San Pedro en compañía de dos ángeles y lo llevaron a recorrer el Infierno y también el Paraíso, visión que después puso en forma escrita con la ayuda de Pietro Diacono, entre los años 1159 y 1181, fechas que, tomadas de la traducción de la *Comedia* al inglés hecha por el Rev. Henry Francis Cary, nos aportan una datación que coincide con la recientemente citada por Le Goff<sup>54</sup>. Pero la visión de Alberico es absolutamente caótica: «Su más allá está enormemente compartimentado y en él se pasa, al arbitrio de san Pedro, de los lugares de las penas, a los pozos del Infierno o al Paraíso, e incluso a ciertas regiones terrenas. Pero no deja de ser considerable la importancia de los

y criaturas con cabezas de animales, seres crueles y asesinos de diferentes cataduras [...] y es casi seguro que las noción modernas le deben a Egipto muchas de sus concepciones del Infierno».

<sup>52</sup> ASÍN PALACIOS (1961: 1-2). Véase también Alvar (2003: xxii-xxiii).

<sup>53</sup> LE GOFF (1989: 157).

<sup>54</sup> Cary, en ALIGHIERI (1847, nota 1: xxxiv-xxxv).

“lugares penales” de los que cabe escapar finalmente hacia la salvación<sup>55</sup>. Fue grande, entonces, el trabajo que tuvo que desplegar Dante para ofrecernos una visión tan estructurada del Purgatorio, si entre sus inspiraciones encontramos versiones tan primitivas como esta de Alberico.

Desde el punto de vista del derecho canónico, el Purgatorio se institucionaliza en tres Concilios: el segundo de Lyon (1274, cuando Dante apenas contaba con nueve años de edad), el de Florencia (1438) y el de Trento (1563)<sup>56</sup>. La concepción dantesca del Purgatorio difiere de la versión según la cual en el Purgatorio se expían los pecados veniales, los vicios, o se termina de cumplir una penitencia que no pudo ser completada en la Tierra por sobrevenir la muerte, pues hemos visto que según Dante en el Purgatorio se pagan con penas los pecados capitales. Por eso mismo me ha llamado mucho la atención que en el Infierno y en el Purgatorio figuren almas que cometieron los mismos pecados. Así, en el segundo círculo del Infierno están los lujuriosos, mientras que también hay lujuriosos en la séptima cornisa del Purgatorio. Los glotones están en el tercer círculo del Infierno, al igual que en la sexta cornisa del Purgatorio. Los avaros y derrochadores se alojan en el cuarto círculo del Infierno y en la quinta cornisa del Purgatorio. Y finalmente los iracundos ocupan el quinto círculo del Infierno y la tercera cornisa del Purgatorio, respectivamente.

¿Por qué, entonces, hay lujuriosos condenados eternamente en el Infierno y lujuriosos que podrán llegar al Paraíso, peor aún, que ocupan la séptima cornisa, la más elevada y próxima al Paraíso terrenal? Hay quienes sostienen que los que están en el Infierno permanecerán allí por sus actos, mientras que los que están en el Purgatorio podrán salvarse porque lo que los tiene allí son sus inclinaciones. Witte, citado por Bergin nos dirá:

En lenguaje jurídico el castigo de los condenados es exclusivamente penal, la penitencia de las almas que buscan purificación es remedial [...] Los códigos penales de la tierra y del Infierno son [...] análogos al tomar nota solo de los actos [...] Entonces, es el acto el que es castigado, no los motivos pecaminosos que los impulsaron. Caín fue impelido a ser fraticida por envidia, pero es por fraticidio y no por envidia, que es relegado a los profundos abismos del Infierno.

En el Purgatorio lo que se debe purgar, no castigar, es lo que Witte llama «propensidades pecaminosas»<sup>57</sup>. Esta concepción es la que distingue las categorías de pecado y vicio, provenientes de Aristóteles y asimiladas por la Escolástica del siglo XII:

<sup>55</sup> LE GOFF (1989: 217).

<sup>56</sup> LE GOFF (1989: 101).

<sup>57</sup> BERGIN (1965: 269-270).

Las categorías de *pecado* y *vicio*, aunque cercanamente aliadas, son distintas y tal distinción es fundamental al *Purgatorio*. El *pecado* es una acción que disgusta a Dios, contraria a la ley de Dios; al cometer un pecado uno se hace merecedor al castigo de la justicia divina. [...] Esta es la lógica que subyace a la concepción dantesca del Purgatorio. Las almas que arriban a las costas de la montaña se han arrepentido de sus pecados y han sido perdonadas —y ahora son realmente incapaces de pecar, su estado de gracia es permanente. Pero la mayoría de ellas están todavía sufriendo los efectos del pecado. En términos clásicos, han traído sus vicios con ellas, y esto debe ser corregido antes de que puedan elevarse a la beatitud<sup>58</sup>.

Las dos interpretaciones, la de Witte citada por Bergin y la obtenida en Internet, que es un trabajo en formato de archivo PDF, Adobe Acrobat, en versión HTML de una obra publicada en la Oxford University Press (OUP), no creo que encuentren asidero en la manera como están concebidos los castigos en el Purgatorio, pues, como hemos visto, también funciona la figura del *contrapasso*, según la cual las penas infligidas resultan aptas para balancear los actos cometidos, no las propensiones pecaminosas ni los vicios. Me siento más inclinado a aceptar la posición de Le Goff, para quien

Dante, siempre conciente de la lógica profunda del Purgatorio, ve inequívocamente en él un Infierno temporal que recuerda en un modo transitorio menor los tormentos infernales merecidos por los mismos pecados, solo que menos gravemente cometidos, lo mismo si se borraron en parte mediante el arrepentimiento y la penitencia, que si se trata de pecados menos inveterados que en los condenados, que si solo parcialmente mancharon una vida animada en el resto por el amor de Dios<sup>59</sup>.

Es preciso traer a colación en este punto la formidable cita de Cassell que explica la lógica del Infierno: «En la medida que descendemos de círculo en círculo, los pecados aparecen no más serios en castigo sino en la culpa humanamente adquirida. Los sufrimientos del Infierno, como los gozos del Paraíso, deben, al fin de cuentas, ser incomprensibles al intelecto humano y, por eso, inexpresables»<sup>60</sup>. Lógica similar se observa en el Purgatorio: los actos realizados generaron en los que los cometieron una culpa menor, y esto solo pudo evaluarlo el propio Dante, desde que los personajes emblemáticos que figuran en las cornisas, así como los tipos (en el sentido jurídico) que en ellas son objeto de purgación, recibían en la época que fue escrita la *Comedia* (siglo XIV) una apreciación distinta a la que podrían recibir hoy día, sin contar con la propia opinión subjetiva del autor, determinada en muchos casos por las vicisitudes de su azarosa existencia. No debe olvidarse que

<sup>58</sup> *The Divine Comedy of Dante Alighieri*, [www.us.oup.com/pdf/0195087410\\_01.pdf](http://www.us.oup.com/pdf/0195087410_01.pdf).

<sup>59</sup> LE GOFF (1989: 393).

<sup>60</sup> CASSELL (2004). Véase la cita 34.

las conductas que son castigadas en el Infierno o que se expían en el Purgatorio, y que coinciden, son únicamente las del Infierno superior, las que corresponden a los pecados de incontinencia. Empero, nada de lo que existe a partir de la infernal ciudad de Dis o Dite, los pecados más graves, los de los violentos, fraudulentos y traidores, nada de eso, ni por asomo, existe en el Purgatorio.

Desde el punto de vista jurídico, el Purgatorio es el lugar que resulta más fácil de comprender. Mientras que el Infierno y el Paraíso son eternos, el Purgatorio es temporal: en él se pagan determinadas culpas que terminarán limpiando de las mismas al penado. Este se reeduca, rehabilita y reincorpora a la sociedad (entendida esta como la sociedad de los santos), que son las palabras exactas que utiliza la Constitución Política del Perú y que han servido al Tribunal Constitucional peruano para recusar la cadena perpetua, la misma que debe ser revisada cumplidos los 35 años, para apreciar si el penado se ha rehabilitado o no. En el Purgatorio la pena también puede ser objeto de reducción, lo que los abogados conocemos como beneficios penitenciarios, la misma que procede de las oraciones, de las misas y de otros actos litúrgicos que realizan desde la Tierra personas que abogan por quienes se hallan en el Purgatorio, incluyendo decisiones circunstanciales del propio Papa:

En la Navidad de 1300 Bonifacio VIII tomó la decisión de conceder la indulgencia plenaria a todos los peregrinos que habían muerto durante la peregrinación, de camino o ya en Roma<sup>61</sup>, y a todos aquellos que, habiendo tenido la firme decisión de peregrinar, se habían visto impedidos. La medida era, no obstante, de una importancia capital. Parecía que el Papa había decidido «la liberación instantánea de toda pena, de determinadas almas del Purgatorio». Es cierto que la teoría del poder pontificio en esta materia estaba ya formulada, en particular, como ya se ha visto, por obra de san Buenaventura y santo Tomás de Aquino. Pero nunca, que se sepa, se había puesto en práctica su aplicación. La posibilidad para los vivos de liberar a los muertos del Purgatorio no se había ejercitado hasta el momento más que *per modum suffragii*, mediante la transferencia a los difuntos de los méritos adquiridos por los vivos con sus buenas obras<sup>62</sup>.

Quiero terminar esta exposición sobre el Purgatorio con la fuente bíblica más autorizada, y sobre la cual trabajaron los padres de la Iglesia, para que el Purgatorio estuviera a punto entre 1150 y 1250. Se trata de la Primera Epístola de San Pablo a los Corintios: 3, 11-15:

---

<sup>61</sup> Bonifacio VIII [...] convocó por primera vez a todos los fieles a Roma para la celebración del jubileo [que sería el año 1300], en recuerdo de la ley mosaica expresada en el capítulo XXV del Levítico. Se trataba de una especie de super año sabático, año de expiación y de descanso, de liberación y de retorno a los orígenes que había de repetirse una vez que hubiesen transcurrido siete veces siete años, o sea cada cincuenta años». LE GOFF (1989: 379).

<sup>62</sup> LE GOFF (1989: 380).

Pues nadie puede poner otro cimiento que el ya puesto, Jesucristo. Y si uno construye sobre este cimiento con oro, plata, piedras preciosas, madera, heno, paja, la obra de cada cual quedará al descubierto; la manifestará el Día, que ha de revelarse por el fuego. Y la calidad de la obra de cada cual, la probará el fuego. Aquel, cuya obra, construida sobre el cimiento, resista, recibirá la recompensa. Mas aquel, cuya obra quede abrasada, sufrirá el daño. Él, no obstante, quedará a salvo, pero como quien pasa a través del fuego.

#### 4. EL PARAÍSO

El Paraíso es el cántico más lleno de sentidos alegóricos, morales o anagógicos. Debe de ser por ello que Dante, en la epístola destinada a dedicarle la obra a uno de sus protectores en el destierro, Can Grande de la Scala, señor de Verona y de Vicenza, aprovecha para explicar aquellos cuatro sentidos (literal, alegórico, moral o anagógico), que ya hemos visto al referirnos a los últimos cuatro cantos del Purgatorio. Y aunque Bergin<sup>63</sup> afirma que la doctrina no es poesía, porque el Paraíso está fuertemente cargado de contenido doctrinario, he encontrado versos admirables que no tienen nada que ver con la doctrina sino con ese amor platónico, quijotesco, que Dante sentía por Beatriz. Así por ejemplo, es extraordinario este terceto del Canto XVIII: «Con su sonrisa rescatarme quiso, / diciendo: “Escucha y vuelve; considera / que no hay solo en mis ojos Paraíso”» (19-21 de la versión en verso). Y el siguiente, del Canto XXIII: «¿Por qué así el rostro mío te enamora, / que ni el jardín aún ves que, peregrino, con los rayos de Cristo así se enflora?» (70-72 de la versión en verso). Y, finalmente, este: «La mente enamorada, que no ansía / más que ver de mi dueña la hermosura, / en tal deseo como nunca ardía. / Si el natural o el arte hacen figura / que atraiga por los ojos a la mente, / ya sea en carne humana o en pintura, / tales bellezas y embelesos, frente / a ese placer divino, no son nada: / el que sentí al mirar su faz riente.» (Canto XXVII, 88-96 de la versión en verso).

Retomando el *modus operandi* que he utilizado en los cánticos precedentes, voy a presentar a continuación una narración sucinta de lo que le toca ver, hacer y decir a Dante en el Paraíso. Conviene precisar desde el inicio que la figura central en el Paraíso es Beatriz, quien es ahora la guía de Dante, pero que aparece como alguien de gran preponderancia y ejercitando un rol sumamente activo. Tan solo en los primeros nueve cantos, que abarcan 1.281 líneas, Beatriz habla en 463 de ellas. «[...] también es capaz de pronunciar sostenidos discursos, hablando en 88

<sup>63</sup> «El Paraíso es el más medieval de los cánticos. Sin embargo, paradójicamente permanece como el más personal de los tres; si la doctrina no es poesía, empero, como se establece en el Paraíso, lo podemos ver como esencial para nuestro conocimiento del poeta —un poeta que alegremente aprende y enseña como compone una bella ficción». BERGIN (1965: 277).

líneas sin interrupción en el canto II, y alcanzando su pico en el canto VII, donde declama en 130 líneas sin darse una pausa siquiera para respirar»<sup>64</sup>.

El Paraíso no tiene accidentes geográficos, no es un profundo abismo, como el Infierno, que posee ríos, lagunas, cataratas, castillos, ciudades y un lago congelado; tampoco es una montaña, como el Purgatorio, donde nuestros peregrinos, para subir de cornisa en cornisa, a veces enfrentaban gran dificultad, y en cuya cima está el Paraíso terrenal, con sus ríos Leteo y el Eunoé. Pero similarmente a los anteriores, tiene nueve áreas, que son los nueve cielos, identificándose los siete primeros con la Luna y los planetas. Pero en el Paraíso también hay jerarquías, como las hay en los dos cánticos precedentes, hecho que refleja un aspecto consustancial a la sociedad medieval. Dante va ascendiendo por una fuerza que proviene de la propia Beatriz, su guía, la misma que en cada nuevo cielo se torna más resplandeciente y bella. En este recorrido ascendente, y con el fin de hacer la narración lo más breve posible, vamos a tomar prestadas las presentaciones que se hacen de cada canto, tanto en la versión en prosa como en la versión en verso, con algunos agregados y comentarios donde resulte pertinente. El primer cielo es el cielo de la Luna, donde están las almas que no guardaron fidelidad absoluta a sus votos religiosos. En el segundo cielo, o cielo de Mercurio, están los obradores del bien por amor a la gloria terrena. Aquí aparece la figura del emperador Justiniano, tan conocido por quienes cultivamos las disciplinas jurídicas por haber sido el impulsor y promulgador del *Corpus Iuris Civilis*, de tanta importancia en el gestación del derecho común medieval. Pero su presencia no es relevante por esto, sino por el significado que Dante atribuía a la figura del emperador del Imperio romano, quien, como ya lo hemos comentado, debía ser el adalid de la unificación de un gran espacio europeo, que comprendería obviamente a Italia, y debería poner fin a las guerras entre güelfos (partidarios del Papado) y gibelinos (partidarios del Imperio), trayendo una paz que acabara con la condición de desterrado que tenía Dante, por haberse visto arrastrado, en algún momento de su vida, a tomar partido (Dante nació güelfo) en esta guerra de facciones. Después de su destierro Dante cambió de bando y fue gibelino, pero parece que al final de su vida percibió la futilidad de ese fraccionamiento, por lo que hace decir a Justiniano: «Ahora puedes juzgar de aquellos tales [tanto güelfos como gibelinos] / que acusé más arriba, y su indecoro, / culpa y razón de todos vuestros males». (Canto VI, 97-99 de la versión en verso). Para Dante, el emperador debía ser el continuador del Imperio romano, porque este derivó su poder y preeminencia de la voluntad de Dios, como lo expone el poeta en su

---

<sup>64</sup> BERGIN (1965: 242).

libro *La Monarquía*. De allí que en este particular cántico del Paraíso, Justiniano narre los orígenes, la historia y las glorias del Imperio romano.

El tercer cielo es el cielo de Venus, «[...] morada de los que se dejaron ganar por un demasiado apego al amor humano». Un dato curioso, entre muchos que posee la *Comedia*, y que vale la pena comentar, es que en este tercer cielo se encuentra una mujer que en alguna época de su vida fue prostituta, pero que alcanzó gracia ante los ojos de Dios por haber ayudado a la victoria de Josué en la Tierra Prometida. Sobre ella nos dirá Echeverría, el autor de la traducción y notas de la versión en verso que manejamos:

Casada luego con un príncipe de Judea, tuvo de él a Booz, bisabuelo de David, de cuya descendencia nacería Cristo. Esta consideración hace sin duda que Dante haga que Cristo la suba al Cielo, en su bajada al Limbo, antes que a ninguna otra alma. O bien Dante ha querido hacer verdadera la frase de Cristo: “Los publicanos y las prostitutas os precederán en el reino de los cielos” (Mat. XXI.31). San Pablo, en *Hebreos* XI.31, exalta su fe, y Santiago en su *Epístola Católica* II.25, comenta su justificación por las buenas obras<sup>65</sup>.

Es de notar que los lujuriosos ocupan en el Infierno uno de los círculos superiores, el segundo, que viene después del limbo y donde padece Francesca da Rimini, hija del señor de Rávena, a quien Dante condena al Infierno por adultera, «[...] pero poetizó e idealizó ese amor hasta casi redimirlo de pecado»<sup>66</sup>. De la misma manera, los lujuriosos del Purgatorio ocupan la séptima cornisa, a la que solo sigue el Paraíso terrenal.

El cuarto cielo es el cielo del Sol, donde brillan los filósofos y teólogos, como Tomás de Aquino, Alberto Magno, Graciano, Pedro, Lombardo, Salomón, Dionisio el Aeropagita, Paulo Orosio, Boecio, Isidoro de Sevilla, Beda, Ricardo de San Víctor y Sigiero. Estos componen lo que Dante denomina la primera corona; la segunda, compuesta también de doce sabios, la encabeza San Buenaventura. En total constituyen las veinticuatro estrellas mayores.

El quinto cielo es el cielo de Marte, destinado a «[...] los que derramaron su sangre por la fe o combatieron por la gloria de Cristo y su Iglesia». Aquí se encuentran Josué, Judas Macabeo, Carlomagno, Orlando, Guillermo de Orange, Godofredo de Bouillon, Roberto Guiscardo. Y Dante, cediendo a una inclinación muy humana, que alguien ha calificado de narcisista, coloca junto con estos héroes a su tatarabuelo Cacciaguida, quien le dice: «“¡Oh vástago en quien tuve mi delicia / con tan solo esperarte! De ti he sido / la raíz”, esto dijo cual primicia. /

<sup>65</sup> Echeverría, en ALIGHIERI 2003a (nota 116: 473).

<sup>66</sup> Echeverría, en ALIGHIERI 2003a (nota 86: 31). Francesca, así como el conde Ugolino y Ulises, son personajes infernales que han inspirado a muchos lectores de la Comedia. Tal es el caso de BORGES (1982), quien dedica a estos tres personajes los primeros tres ensayos de sus *Nueve ensayos dantescos*.

Y añadió luego: “Quien te dio apellido / [...] / mi hijo fue y a la vez tu bisabuelo [...]” (Canto XV, 88-94). La razón por la cual está en este cielo es su heroica muerte en las cruzadas.

El sexto cielo es el cielo de Júpiter, donde se hallan los príncipes sabios y justos, «[...] que componen en el Cielo un versículo de la Sabiduría y luego forman una figura de águila». El águila es para Dante «[...] una abstracción comprensiva del principio soberano que rige cielos y tierra: Dios-Justicia-Iglesia-Imperio». Las diversas partes que conforman el águila están hechas con las almas de los santos que de esa manera se han juntado para dar forma al ave. Uno de sus ojos, por ejemplo, está compuesto por David, Trajano, Ezequías, Constantino, Guillermo el Bueno y Rifeo. Conviene que nos detengamos brevemente en este punto porque contiene una consideración, esta vez no jurídica sino teológica, de importancia. A Dante lo angustia la imposibilidad de salvación de los justos que por razones ajenas a su voluntad no llegan a conocer la verdad de Cristo: «[...] pues decía: “Tiene uno su nativa / cuna en el Indo, donde no hay quien hable / de Cristo ni quien lo lea o quien escriba; / y toda su conducta, en cuanto es dable / verlo a la luz de la razón humana, / fue en palabras y en obras intachable. / Muere sin el bautismo que cristiana: / ¿Qué ley o qué justicia la sentencia? / ¿Tiene él la culpa de su fe pagana?”» (Canto XIX, 70-78). En el canto siguiente está la respuesta: hay dos paganos conformando el ojo del águila: Trajano y Rifeo. Trajano fue un emperador romano (98-117) alrededor del cual se tejió una leyenda según la cual, una vez muerto, «San Gregorio Magno consiguió de Dios, con férvidas oraciones, que lo sacase del Infierno, y, bautizado, lo condujera al Paraíso»<sup>67</sup>. Rifeo es un personaje conocido solo a través de *La Eneida* de Virgilio, un héroe troyano calificado de justo y amante de la equidad. La explicación de su presencia en el Paraíso está muy bien reseñada por Echeverría, quien nos dice. «El alma de Rifeo, enriquecida con las virtudes que implica el ser digno del calificativo “*iustissimus et amantissimus aequi*” que Virgilio le diera, poseía implícita e intrínsecamente la fe cristiana. Y en virtud de ello, más de un milenio antes de Cristo, recibió anticipadamente el bautismo de la fe, la esperanza y la caridad [...]»<sup>68</sup>.

Séptimo cielo o Cielo de Saturno. Es el de los espíritus contemplativos, como San Pedro Damiano o San Benito. En este cielo el poeta puede ver una altísima escalera de oro por la cual sube y baja gran número de espíritus y que conduce hasta el Empíreo, donde se encuentra el mismo Dios. Procede aquí una pequeña digresión: cuando en el habla popular se dice estar en el séptimo cielo, para indicar,

<sup>67</sup> Echeverría, en ALIGHIERI 2003a (nota 44: 541-542).

<sup>68</sup> Echeverría, en ALIGHIERI 2003a (nota 121: 545).

lo máximo de algo, se olvida que hay, por lo menos en la *Divina Comedia*, dos cielos más por encima.

El octavo cielo o Cielo Estrellado es el de los espíritus triunfantes. Aquí puede ver Dante a la corte celestial: a Jesucristo y a la Virgen María entre infinito número de ángeles y santos. También ve a San Pedro. El poeta es sometido a tres exámenes, de los cuales sale airoso: San Pedro lo interroga sobre la fe, Santiago sobre la esperanza y San Juan sobre la caridad. También se encuentra con Adán. Dante aprovecha para poner en la boca de San Pedro una feroz invectiva contra la corrupción del Papado. He aquí algunos versos terribles: «El que usurpa en la tierra el puesto mío [...] mi cementerio convirtió en cloaca / de sangre y podredumbre [...]» (Canto XXVII, 22, 25-26). «A la Esposa de Cristo<sup>69</sup> yo el tesoro / de mi sangre no di, ni Lino o Cleto<sup>70</sup>, / para enviciarla en la afición al oro [...]» (Canto XXVII, 40-42).

El noveno cielo es el Cielo Cristalino o Primer Móvil. La esencia divina está simbolizada por un punto luminoso al que rodean nueve círculos concéntricos, que son los coros angélicos, compuestos por ternarios: Serafines, Querubines, Tronos; Dominaciones, Virtudes, Potestades; Principados, Arcángeles, Ángeles.

El Empíreo es el cenit. Los nueve coros de ángeles han desaparecido. Lo que domina es la luz, que ahora es como un gran río, primero rectilíneo y luego circular, río que a su vez se convierte en una rosa, la rosa mística, que es como un anfiteatro que tiene la forma de una rosa, compuesto por millares de tronos. Beatriz deja de ser la guía de Dante, pues va a ocupar un puesto muy destacado en la rosa mística y su lugar, como guía de Dante, es asumido por San Bernardo. Este le indica quiénes ocupan determinados asientos a los pies de la Virgen María: primero Eva, y en un tercer orden de asientos las grandes figuras femeninas del Antiguo Testamento, como Raquel, Sara, Rebeca, Judith, Ruth, y entre todas ellas, la inefable Beatriz. También se hace notar el trono vacante de Enrique VII, de quien tanto esperaba Dante como ya se ha mencionado en otras partes de este trabajo. Guiado por San Bernardo, quien intercede por él ante la Virgen María, Dante puede fijar la vista en la luz divina y entre otras cosas manifiesta: «Creo que vi la forma universal de todo lo creado» (Canto XXXIII, 91-92, versión en prosa).

La *Divina Comedia* termina de la forma abrupta en que empezó: no hay explicación de cómo regresó Dante al mundo de los vivos, ni reflexión alguna sobre este viaje fantástico que en total había durado tres días. Sí es de notar un recurso poético extraordinario: los tres cánticos terminan con una mención a las estrellas. El Infierno: «[...] salimos a dar vista a las estrellas». El Purgatorio: «[...] puro y presto a subir a las estrellas». El Paraíso: «Amor que mueve al sol y las estrellas».

<sup>69</sup> La esposa de Cristo es la Iglesia [nota del autor].

<sup>70</sup> Lino y Anacleto, o Cleto, son los papas que sucedieron a Pedro [nota del autor].

## 5. ¿QUIÉN FUE DANTE? ¿POR QUÉ ESCRIBIÓ LA DIVINA COMEDIA?

Es importante precisar que no existe un manuscrito autógrafo de la *Divina Comedia*, pero lo que conocemos debe ser muy cercano al original debido a la forma métrica que el poeta inventó<sup>71</sup>. A pesar de ello, ha habido muchas versiones de la obra en italiano e innumerables traducciones, como las diversas que hemos trabajado para elaborar el presente artículo, tanto en castellano como en inglés. En todas ellas, y en todo trabajo sobre Dante y su obra, cualquiera sea el ángulo que se quiera enfocar, se contiene una breve o extensa biografía del poeta. A nosotros nos interesa destacar algunos pasajes centrales de su vida, que a nuestro entender influyeron en su concepción de la *Comedia*, aparte de los datos que de rigor no pueden faltar en una reseña biográfica. Para todo ello recurriremos a las fuentes que ya hemos citado, y solo acudiremos a la nota al pie cuando se trate de alguna información particularmente importante o testimonial<sup>72</sup>.

Dante nació en Florencia el año de 1265, probablemente entre fines de mayo y mediados de junio, porque como ya sabemos, pertenece al signo de Géminis. Todo parece indicar que su familia era acomodada, pues Dante logró poseer conocimientos a profundidad sobre casi todas las disciplinas, lo que en cualquier época solo se logra con una educación esmeradísima, que no está al alcance de personas de recursos limitados. Además fue poeta, oficio que muy rara vez es la fuente principal de ingresos de quien lo ejerce, y aunque los poetas de hoy suelen obtener sus medios de vida básicamente en la docencia universitaria o en el periodismo, en la época de Dante, cuando no existían esas alternativas, debe haber sido casi un lujo ser básicamente un poeta, opción existencial al alcance solamente de personas de recursos independientes o poseedoras de muy buenas relaciones, dispuestas a ejercer un mecenazgo a favor de un poeta, como ocurrió con Dante después de su destierro. Quedó huérfano de padre y madre a la edad de doce años, y fue criado por la nueva esposa de su padre, quien, viudo, había contraído segundas nupcias. A pesar de que su familia puede haber tenido una cierta solvencia económica, no fue, sin embargo, una de las familias encumbradas de Florencia, porque en la batalla de Montaperti, que tuvo lugar en 1260, los güelfos fueron derrotados y acto seguido las familias más influyentes de este

<sup>71</sup> BONDANELLA (2003: XXXIII).

<sup>72</sup> Así, por ejemplo, queremos aprovechar la ocasión para traer a la memoria a nuestro querido maestro José León Barandiarán, quien en 1966 publicó «Dante Alighieri: su vida y su obra», en la revista *Derecho*, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No podemos estar más de acuerdo con él cuando dice: «Apolo corrió presuroso a su cuna para ponerle bajo su padrinozgo. Y, parafraseando a Darío, podría decirse que la sombra lejana de Virgilio aplaudía. Porque Dante nació para ser poeta. No lo podemos concebir sino como tal». (BARANDIARÁN 1966: 70).

partido fueron asesinadas, o condenadas al destierro, o huyeron antes de que estas desgracias las alcanzaran; mas no la de Dante, que permaneció en la ciudad en la cual nacería nuestro poeta cinco años más tarde.

### 5.1 El papado y el Imperio

Durante los doscientos años que precedieron al nacimiento de Dante se suscitó una encarnizada lucha entre el Papa y el Emperador por la supremacía en el poder terrenal y la posesión o vasallaje de determinados territorios, y surgieron los bandos de los güelfos, partidarios del Papa, y los gibelinos, partidarios del Emperador. Cuando hablamos del Imperio nos estamos refiriendo a ese complejo fenómeno que empezó con la coronación de Carlomagno como emperador del Sacro Imperio Romano, que más adelante se llamó Romano-Germánico, y terminó en 1806 al ser disuelto por Napoleón, lo que significa que si contamos desde Carlomagno duró más de mil años. Todo tiene su origen en la invasión del norte de Italia por los lombardos en 586, quienes pusieron en peligro a la propia Roma 166 años después y el papa Esteban II se vio precisado a viajar a París para solicitar ayuda a Pipino el Breve, rey de los fracos, quien derrotó a los lombardos y obligó a su líder, Astolfo, a entregar al Papado el exarcado de Rávena, que era un bastión en la península italiana del Imperio bizantino, más otras tierras que habían ocupado<sup>73</sup>. Al morir Carlomagno, quien también se batío contra los lombardos en defensa del Papado, el Imperio franco se disgregó y no fue sino hasta el año 962 que se volvió a hablar del Imperio, cuando Otón I se hizo coronar emperador por el papa Juan XII. La sede del Imperio estaba enclavada en el área que podríamos denominar teutónica: Alemania, Austria, Bélgica, Países Bajos y Suiza; comprendía además la Borgoña y pretendía abarcar el norte y el centro de Italia. Decimos *pretendía* porque los sucesivos emperadores debían enfrentar una oposición proveniente de dos frentes: primero, la del propio Papado, que ejercía el poder temporal sobre vastas extensiones territoriales; y segundo, la de las ciudades, como Florencia, que habían ido adquiriendo un estatus de independencia y se gobernaban por sí mismas, sin reconocer a nadie derechos de vasallaje.

El ejemplo de Florencia es interesante<sup>74</sup>. Entre 1250 y 1260 estuvo gobernada por el *primo popolo* (o primer pueblo, presumiblemente una asamblea

<sup>73</sup> Para muchos aspectos que requieren una gran precisión utilizaremos, en algunas partes de lo que sigue, la obra *Historia de la Iglesia*, de DEGALLI (1961: 106-151).

<sup>74</sup> Sobre el gobierno de Florencia nos basaremos en Giovanni VILLANI, quien escribió una *Crónica florentina*, y fue coetáneo de Dante, ya que nació diez años después que el poeta y lo sobrevivió veintisiete años, de manera que es una fuente de primera mano. Contamos con algunos párrafos de la *Crónica* y comentarios en <<http://www.fordham.edu/halsall/source/villani.html>>

popular). En 1260 se produjo la derrota de los güelfos de Florencia en la batalla de Montaperti, a manos de los gibelinos liderados por Manfredo, pretendiente a la Corona imperial y último representante de la Casa de los Hohenstaufen, y los ciudadanos de Siena, acérrima rival y enemiga de Florencia. Los güelfos, como ya se ha dicho, o fueron reprimidos o huyeron de Florencia, y se establecieron en la ciudad de Lucca:

La dominación gibelina duró el tiempo que duró la preeminencia de Manfredo. En 1265, el Papado encontró un nuevo aliado en Carlos de Anjou, hermano del rey de Francia. En la primavera de 1265 Carlos arribó a Italia con un ejército francés y en febrero de 1266 se encontró con el ejército de Manfredo en Benevento. Manfredo fue muerto y su ejército aniquilado. Así, los güelfos retornaron al poder en Florencia y los gibelinos se encontraron nuevamente en el exilio. Hacia 1272, sin embargo, el Papa intervino para lograr un acuerdo entre las dos facciones<sup>75</sup>.

Como consecuencia de la intermediación del cardenal Latino, enviado por el Papa, se diseñó una nueva forma de gobierno para Florencia: un grupo de catorce hombres justos, ocho güelfos y seis gibelinos, elegidos tanto entre los «Grandi» como entre los «Popolani». Los Grandi deben de haber sido los nobles y familias de gran fortuna. Los Popolani presumiblemente eran los típicos burgueses: comerciantes, artesanos. Esta luna de miel duró unos cuatro años, de 1278 a 1282. Este último año, los güelfos excluyeron a los gibelinos y crearon un nuevo tipo de gobierno destinado a durar mucho tiempo: el sistema de los priores. Los priores debían ser elegidos por cada «guilda»<sup>76</sup>. Originalmente las guildas —y consecuentemente los priores— eran tres: la de los comerciantes en ropa, la de los banqueros y la de los fabricantes de lana. Los priores fueron después seis y en determinado momento doce, nunca más a pesar de que las guildas llegaron a ser veintiuna.

Cuando Dante era un hombre adulto, capaz de intervenir en la vida pública, los puntos más altos de la lucha entre el Papado y el Imperio pertenecían al pasado, pero sus efectos subsistían. El papa Bonifacio VIII, por ejemplo, quería tener el control de Florencia y luchaba encarnadamente, por otros asuntos, no con el Emperador sino con el rey de Francia, Felipe el Hermoso. Sin embargo, hacia el fin de su vida Dante pudo contemplar otro episodio de las guerras entre el Papado y el Emperador, a través de la pugna que se entabló entre el papa Juan XXII y

<sup>75</sup> VILLANI (s/a: 8).

<sup>76</sup> La XXI edición del *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española no trae el término *guilda*. En inglés sí existe. Su primera acepción es: ‘en tiempos medievales, una unión de hombres que compartían las mismas artes o comercio, cuya finalidad era establecer estándares y proteger a sus miembros’ (*Webster’s New World Dictionary of the American Language*).

Ludwig IV de Baviera. Juan XXII promulgó una famosa bula, la *Si Fratrum*, en la que reitera la antigua tesis de la supremacía del Papado sobre el Imperio, de antigua data en la Iglesia porque ya el papa Gelasio I, quien gobernó la Iglesia entre los años 492 y 496, había declarado que «El mundo está regido principalmente por las autoridades: la autoridad sagrada de los obispos y la potestad real. Pero la primera de las dos tiene mayor valor por cuanto debe rendir cuenta a Dios también por los reyes»<sup>77</sup>. Juan XXII, ante las pretensiones de Ludwig IV, en la citada bula *Si Fratrum*, declaró vacante el trono del Imperio, precisando que en esos casos «[...] la jurisdicción, gobierno y disposición del mencionado Imperio se devuelve al Sumo Pontífice»<sup>78</sup>.

Aproximadamente desde el año 1073, en que asume el solio pontificio Gregorio VII, hasta la época de Dante hubo papas fuertes, que se impusieron al Imperio, y emperadores fuertes, que tuvieron en jaque al Papado. Entre los primeros cabe mencionar al propio Gregorio VII (1073-1085)<sup>79</sup>, a Inocencio III (1198-1216), a Bonifacio VIII (1294-1303) y a Juan XXII (1316-1334). Entre los segundos, a Enrique IV (1084-1105), a Federico Barbarroja (1152-1190), a Federico II (1212-1250) y a Enrique VII (1312-1313).

En un libro sobre los cátaros, totalmente ajeno a la materia que nos ocupa, encontramos una interesante cita sobre el tema que venimos tratando:

El caradura de Gregorio VII aún hoy nos deja pasmados. En un volumen de su correspondencia, los historiadores hallaron una lista con las siguientes declaraciones: «Nadie puede juzgar al Papa; la Iglesia romana nunca se ha equivocado y nunca se equivocará hasta el fin de los tiempos; la Iglesia romana fue fundada solo por Cristo, solo el Papa puede destituir y restituir a obispos en su cargo; solo él puede elaborar nuevas leyes, establecer nuevos obispados y dividir los antiguos; solo él puede trasladar obispos; solo él puede convocar concilios generales y sancionar derecho canónico; solo él puede revisar sus propios juicios; solo él puede llevar las insignias imperiales; puede deponer Emperadores; puede liberar a individuos de su vasallaje; todos los príncipes deben besarle los pies»<sup>80</sup>.

Bonifacio VIII, en su lucha contra el rey de Francia, promulgó la bula *Unam Sanctam*, en la cual acuñó la teoría de las dos espadas: «[...] la Iglesia tiene en su poder ambas espadas [poderes], la espiritual y la temporal. La espada espiritual es usada directamente por el Papa; la espada temporal es usada por el rey; mas este, en su ejercicio, debe subordinarse a las directivas del Papa [...] El Papa

<sup>77</sup> DEGALLI (1961: 106).

<sup>78</sup> Juan XXII, bula *Si Fratrum*, en CASSELL (2004: 198).

<sup>79</sup> Las fechas indican el período de pontificado o de reinado, respectivamente.

<sup>80</sup> SOUTHERN (1970: 102), citado por O'SHEA (2002, nota 1: 234).

no puede ser juzgado por nadie, mientras que él puede juzgar a la autoridad temporal»<sup>81</sup>.

Giovanni Villani, en su *Crónica florentina*, nos presenta una semblanza de Bonifacio VIII que vale la pena citar, para conocer mejor a quien fuera una de las fuerzas que estuvo detrás de los infortunios de Dante:

Era muy entendido en las Escrituras y de grandes partes naturales, y un hombre prudente y capaz, y de gran conocimiento y memoria; era muy orgulloso y arrogante y cruel con sus enemigos y adversarios, y de prominente abdomen, y muy temido por todos, y grandemente exaltó y magnificó el estado y los propósitos de la Santa Iglesia [...] Era magnánimo y generoso con aquellos que le agradaban, y con todos los hombres de valor; muy ávido de las pompas mundanas que correspondían a su rango, y muy codicioso, no teniendo muchos miramientos ni una estricta conciencia cuando se trataba de ganancias, con miras a engrandecer a la Iglesia y a su propia familia [...] Era más mundial de lo que resultaba apropiado para su dignidad, e hizo muchas cosas que resultaban desagradables a Dios<sup>82</sup>.

Antes de referirnos a la participación de Dante en la política, que lo enfrentó precisamente a este Bonifacio VIII, mundial, cruel y codicioso, y que portaba las dos espadas, debemos referirnos a la relación de Dante con Beatriz y al surgimiento en Florencia de dos nuevos partidos, los blancos y los negros.

## 5.2 Beatriz

Es casi imposible de entender la fuerza de una pasión que, a lo largo del breve lapso que duró la vida de la amada (veinticinco años), se limitó a un primer encuentro cuando ambos tenían nueve años; a un saludo por la calle nueve años después, cuando ambos tenían dieciocho años; a la negación del saludo que ella le infligió posteriormente; y, por último, a la muerte de ella, cuando tenía veinticinco años. Dante narra estos episodios en su primera obra, *La Vida Nueva*, escrita probablemente en 1293, ya muerta Beatriz, pues ella falleció en 1290. Cada una de estas narraciones es notable y sería imperdonable que no transcribiéramos algunas frases, aunque sea muy brevemente. Sostiene que a raíz de aquel encuentro en la niñez

Desde entonces digo que el Amor señooreó mi alma, la cual tan pronto estuvo desposada con él, empezó a tomar sobre mí tanto dominio y tanto señorío por la virtud que mi imaginación le prestaba, que me agradaba hacer en todo su gusto. Me mandaba muchas veces que tratase de ver a aquel ángel tan joven, por lo cual en mi niñez con frecuencia la anduve buscando, me parecía de tan noble

<sup>81</sup> DEGALLI (1961: 150).

<sup>82</sup> Citado por SAYERS, en ALIGHIERI (1949: 35-36) [traducción del autor].

y laudable porte, que ciertamente podían decirse de ella las palabras del poeta Homero: «No parecía hija de hombre mortal, sino de un dios»<sup>83</sup>.

Hay cuatro ideas magistralmente expresadas que deseo agregar. La primera es que en el propio cielo los ángeles y los santos solicitaban que Dios la depositara entre ellos: «Un ángel clama en divino lenguaje y dice: “Señor, en el mundo se ve y causa maravilla lo que procede de un alma que hasta aquí arriba resplandece”. El cielo que no tiene otro defecto sino el faltarle ella, a su Señor la pide, y cada santo suplica tal gracia»<sup>84</sup>. Esto me hace pensar en la frase que en nuestro medio se ha puesto de moda desde hace varios años para explicar la muerte de una persona que estuvo muy enferma o en muy mal estado antes del deceso: «ya estaba pedida». El caso de Beatriz era el de una persona pedida, pero no porque estaba al borde de la muerte, sino porque el cielo era ligeramente imperfecto sin ella. De él mismo, de todo lo que lloró a su muerte dice: «Los ojos tristes por piedad del corazón han sufrido pena de llanto hasta que por fin han quedado vencidos»<sup>85</sup>. Al referirse al aniversario de su muerte, nos dirá: «El día en que se cumplía el año de haber sido hecha esta mujer ciudadana de la vida eterna»<sup>86</sup>. El último párrafo de la *Vida Nueva* ha despertado polémica porque en él se prefigura la *Divina Comedia* y el rol tan importante que en ella ocupa Beatriz, aunque no han faltado quienes han dicho que Dante rehizo la *Vida Nueva* cuando ya tenía avanzada la *Comedia* y pudo agregar este párrafo:

Después de este soneto se me apareció una maravillosa visión, en la cual vi cosas que me indujeron a no hablar más de aquella bendita mujer hasta tanto que pudiese tratar de ella más dignamente. Y en conseguirlo me esfuerzo cuanto puedo, como ella en verdad sabe. Así, pues, si le place a aquel por quien toda cosa vive que mi vida dure algunos años, espero decir de ella lo que nunca de nadie se ha dicho. Y luego quiera aquel que es señor de toda cortesía que mi alma pueda irse a ver la gloria de su señora, esto es, de la bienaventurada Beatriz, la cual gloriosamente contempla el rostro de aquel *qui est per omnia saecula benedictus*<sup>87</sup>.

Para saber quién era Beatriz la crítica apunta a la declaración de Boccaccio, quien dice que era hija de Folco Portinari, de manera que tenía un apellido: era Beatriz Portinari, y que se casó probablemente en 1288 con un tal Simón de Bardi. Toda la obra de Dante fue escrita después de la muerte de Beatriz, por lo que su matrimonio, en este caso, carece de toda importancia como impedimento

<sup>83</sup> ALIGHIERI (1980b: 537).

<sup>84</sup> ALIGHIERI (1980b: 548).

<sup>85</sup> ALIGHIERI (1980b: 558).

<sup>86</sup> ALIGHIERI (1980b: 560).

<sup>87</sup> ALIGHIERI (1980b: 564).

para tan desmedida pasión. Y mientras ella vivió, parece que en esa época era normal ese tipo de amor imposible, totalmente platónico, amigo e inspirador de la buena poesía.

Hay estudiosos de la *Comedia* que no dejan de maravillarse por el atrevimiento del poeta al insertar un mito privado en lo más alto de la jerarquía celestial. Que se sepa, Beatriz no fue ni beatificada ni canonizada, ni realizó ningún aporte a la teología, ni fue mártir, ni luchó por su fe. Simplemente fue bella y, a los ojos de su amador, pura e inmaculada. Y eso le bastó a Dante para colocarla en la Rosa Mística, a los pies de la Virgen María, con Eva y las grandes figuras femeninas del Antiguo Testamento. Harold Bloom, haciendo un amplio recorrido, y arrancando desde el Génesis, nos dirá: «Ninguna otra obra de la literatura occidental, en el largo intervalo que va desde el Yahvista y Homero hasta Joyce y Beckett, es tan sublimemente escandalosa como la exaltación que Dante hace de Beatriz, que, de ser una imagen de deseo, se sublima hasta alcanzar una categoría angelical y convertirse en un elemento crucial en la jerarquía de la salvación de la Iglesia»<sup>88</sup>. Borges complementa y añade otros atrevimientos de Dante: «Había osado equiparar a Beatriz Portinari con la Virgen y con Jesús. Había osado anticipar los dictámenes del inescrutable Juicio Final, que los bienaventurados ignoran (*Paradiso*, XX, 134); había juzgado y condenado las almas de Papas simoníacos y había salvado la del averroísta Liger, que enseñó el Eterno Retorno. ¡Qué penas laboriosas para la gloria, que es una cosa efímera!»<sup>89</sup>. Afortunadamente para Dante, la Iglesia no se fijó en estos pecadillos, pues Benedicto XV, en la encíclica *In Praeclara*, publicada en 1921 con ocasión del sexto centenario de la muerte del poeta (1921) «[...] lo coloca de un modo definitivo entre las glorias de las que se puede ufanar la Iglesia católica»<sup>90</sup>.

### 5.3 Vida política de Dante

Ya hemos dicho que los güelfos constituían el partido que apoyaba los intereses del Papado y los gibelinos los del emperador. Esta distinción no existía solamente en Florencia sino en casi toda Italia, y también en Alemania, de donde provienen los nombres de güelfo y gibelino. Había ciudades predominantemente de uno

<sup>88</sup> BLOOM (2002: 87).

<sup>89</sup> BORGES (1978: XX). Debe haber un error tipográfico al referirse a Liger, pues en la versión italiana se nombra a Sigieri; en la versión en verso de Alianza Editorial se hace referencia a Sigiero; y en la versión en prosa, a Sigierio. Según Echeverría, fue «Sigiero de Brabante (m. 1283), filósofo averroísta, acusado de herejía por la inquisición y muerto violentamente en Orvieto, donde había ido a defenderse ante la Curia romana» (en ALIGHIERI 2003a, nota 13: 480).

<sup>90</sup> GONZÁLEZ RUIZ (1980: 5).

u otro partido, y al interior de las ciudades las familias militaban en uno u otro, apoyando este elemento, digamos así ideológico, con otros de carácter más bien personal o local (ofensas, rivalidades, envidias), que enfrentaban a las familias en enemistades y enconos que no pocas veces terminaban con la muerte de alguien que, a su vez, debía ser vengado por la otra familia, y así sucesivamente. Parece que estos crímenes escapaban a la acción de la justicia y se esperaba que una muerte fuera vengada en forma apropiada, estableciéndose una suerte de *contrapasso* terrenal. En el Canto XXIX del Infierno Dante se encuentra con un miembro de su familia que se niega a hablarle porque nadie había vengado su muerte: «“Oh guía”, dije, “la violenta muerte, / que no ha sido vengada todavía / por nadie envuelto en la oprobiosa suerte, / le ha vuelto desdénoso en demasía; / y se ha ido sin hablarme, a lo que infiero / lo que aun hace mayor la pena mía”» (31-36). En esta línea también hay que entender un oscuro verso del Canto XXXIII del Purgatorio: «[...] che vendetta di Dio non teme suppe»: «sepa que ira de Dios no teme sopa» (36). Según Abilio Echeverría, la frase hace referencia a una leyenda florentina según la cual si un homicida lograba comer un plato de sopa sobre la tumba de su víctima dentro de los nueve días siguientes al crimen, quedaba libre de la venganza de los deudos del muerto<sup>91</sup>.

Desde el nacimiento ya se era güelfo o gibelino, puesto que la familia ya estaba comprometida con una de las dos banderías. Conviene hacer una precisión adicional sobre estos partidos:

Gruesamente hablando, los Ghibellinos eran el partido aristocrático; respaldaban la autoridad del Emperador y esperaban su apoyo, y se oponían al creciente poder territorial del Papado. Los Güelfos, también gruesamente hablando, pueden llamarse el partido «democrático», no en el sentido moderno en el que se busca la igualdad de clases, pero sí en el sentido que deseaban un gobierno constitucional. Como un todo representaban la raza italiana indígena e incluían la nobleza menor junto con las clases medias mercantiles, que estaban creciendo en importancia<sup>92</sup>.

Hacia el año 1300 ocurrieron hechos muy extraños en Florencia, época en la cual todos eran güelfos, pero con la intervención del papa Bonifacio VIII, los blancos, que era una facción que había surgido, y de la que hablaremos de inmediato, se inclinaron hacia la posición de los gibelinos, con lo cual, un sector de los güelfos se convierte en cierto modo en gibelino. Y los del partido negro, más bien cercano a los gibelinos por origen, se reafirmaron en su condición de güelfos. Dante, a la sazón, había entrado al gobierno de Florencia como uno

<sup>91</sup> Echeverría, en ALIGHIERI (2003a, nota 36: 410).

<sup>92</sup> Sayers, en ALIGHIERI (1949: 22).

de los priores, y perteneciendo al partido blanco, después de que fue juzgado y condenado, abandonó Florencia y se pasó al bando de los gibelinos. Pero todo esto es muy complicado para contenerlo en un párrafo, y debemos ir separando las ideas en lo que sigue.

Dante se había afiliado con anterioridad a una guilda, la de los médicos y apotecarios (boticarios), en italiano *Arte dei Medici e Speziali*. Esto se debe a que, no existiendo la imprenta, la elaboración de los libros se consideraba dentro de la competencia de los boticarios. Teniendo ya el requisito legal, Dante es elegido prior en 1300, para ejercer el cargo desde mediados de junio hasta mediados de agosto, es decir, por los dos meses establecidos en la ley. Fue, además, el jefe de los priores.

La división entre blancos y negros fue importada a Florencia desde la ciudad de Pistoia. En esta ciudad se juraron enemistad eterna dos ramas de la familia Cancellieri: una rama descendía de la primera esposa del Cancellieri original, llamada Bianca, por lo que sus descendientes se llamaron a sí mismos blancos. La otra rama descendía de la segunda esposa de Cancellieri, y encontraron muy apropiado, para mejor resaltar la oposición, llamarse a sí mismos negros. En un momento dado se llegó a un asesinato, oportunidad en la que los güelfos florentinos deciden intervenir y convocan a los principales cabecillas a ir a su ciudad, donde los apresan con la esperanza de poner fin a la guerra. No queda claro de dónde surge el poder de los florentinos para convocar a personas de otra ciudad y arrestarlos, pero en muchas obras se narra el mismo episodio. Resulta que inmediatamente después los florentinos toman partido por uno u otro bando. La familia Cerchi, con poder económico, pero sin títulos nobiliarios, toma la causa de los blancos; los Donati, quizá con menos riqueza pero de mayor alcurnia, abrazan la posición de los negros. En mayo de 1300, poco antes o inmediatamente después de que Dante se hiciera cargo de su puesto de prior, se producen disturbios callejeros entre uno y otro bando y la ciudad queda dividida prácticamente en dos campos armados<sup>93</sup>.

Surgen conspiraciones en uno y otro lado, y es especialmente significativa la decisión que tomaron los negros de pedirle al papa Bonifacio VIII que enviese a Carlos de Valois, hermano del rey de Francia, como pacificador de la ciudad. Los blancos denunciaron ante los priores esta decisión como ilegal y atentatoria de los derechos de la ciudad, temiendo la interferencia papal en la política local. Los priores tomaron una decisión radical: ordenaron el destierro de los líderes de ambas facciones, que eran nada menos que quince personas, con sus familias. El reverendo Henry Francis Cary, tan preciso en sus anotaciones, nos

---

<sup>93</sup> Para mayor información sobre este tema véase Sayers, en ALIGHIERI (1949: 33-34).

da la relación de los desterrados, entre los cuales, por supuesto, estaba el líder negro Corso Donati, y sus principales partidarios, que fueron confinados en el Castello della Pieve, en Perugia, y los líderes blancos Gentile y Torrigiano de' Cerchi, y sus más connotados seguidores, quienes fueron enviados a Serrazana. Los problemas de Dante surgen con lo que ocurrió después, pues a los líderes blancos se les permitió regresar pronto, mientras que la sentencia contra la otra facción permaneció inalterable<sup>94</sup>.

Terminada su gestión, parece que Dante formó parte, en octubre de 1301, de una embajada que se trasladó a Roma a abogar por la causa florentina y tratar de impedir que el Papa enviara a Carlos de Valois. Ha surgido alrededor de este hecho una verdadera leyenda, pues hay quien pone en duda el viaje en sí<sup>95</sup>, mientras que otros autores sostienen que el Papa retuvo a Dante y dejó volver a Florencia a los demás emisarios<sup>96</sup>. Lo cierto es que el Papa, estando Dante ausente de Florencia, envió a Carlos de Valois, con la aparente intención de lograr que este, con el apoyo de los negros, pudiera conseguir la incorporación de Florencia a los Estados Pontificios. Carlos ingresó a la ciudad por la fuerza, armó a los partidarios de la facción negra y permitió el retorno de Corso Donati con el resto de sus seguidores, «[...] quienes hicieron un carnaval de cinco días, de fuego y pillaje, contra las casas de los blancos»<sup>97</sup>.

Inmediatamente después surgieron los procesos judiciales para reprimir a los blancos, no siendo de sorprender que uno de los primeros objetivos fuera Dante, ya que, siendo el jefe de los priores, fue uno de los que tomó la decisión de desterrar a los blancos y a los negros, pero permitiendo volver muy pronto a los blancos, lo que fue visto con suspicacia y dio pie a que se lo acusara de favoritismo y parcialidad. Se dictan dos sentencias contra él, en ausencia, pues todos estos hechos se precipitaron mientras él estaba en Roma o en alguna otra ciudad. La primera sentencia es del 27 de enero de 1302, en la que es acusado de fraude, extorsión, oposición al Papa y a Carlos de Valois, y la condena fue severa: una multa de cinco mil florines pagadera en tres días bajo apercibimiento de confiscación total de sus bienes, exilio por dos años y prohibición perpetua de ocupar cargos públicos. Dante no compareció y el 10 de marzo de 1302 se dictó una segunda sentencia, que contenía una pena que solo se aplicaba a los peores malhechores: Dante y sus asociados en el exilio debían ser quemados vivos si caían en manos

<sup>94</sup> Cary, en ALIGHIERI (1847: xiv-xv).

<sup>95</sup> Por ejemplo Sayers, en ALIGHIERI (1949: 36).

<sup>96</sup> ALVAR (2003: xii). BONDANELLA (2003: xxviii) no hace referencia a esta presunta retención; tampoco Cary, en ALIGHIERI (1847: xv).

<sup>97</sup> Sayers, en ALIGHIERI (1949: 36).

de la comuna. Es a partir de este mes de marzo de 1302, hasta su muerte, que Dante se convierte en un desterrado, privado del contacto con sus seres queridos y amigos, despojado de sus bienes, y sujeto de un destino incierto y errabundo. Nunca más volvería a ver a su amada ciudad de Florencia.

La historia ha presenciado innumerables casos de destierro, individuales y hasta colectivos; a cualquiera de ellos se aplican con precisión estos dolidos versos con que Cacciaguida, el antepasado de Dante, le predice su destierro en el Canto XVII del Paraíso: «*Tu lascerai ogn̄ cosa diletta / piú caramente; e questo è quello strale / che l'arco de lo esilio pria saetta. / Tu proverai sí come sa di sale / lo pane altrui, e come è duro calle / lo scendere e 'l salir per l'altrui scale*»: «Tú dejarás cuanto te dé añoranza / por querido; y es esta la primera / flecha que el arco del exilio lanza. / Probarás cómo el pan sabe a salmuera, / el pan de otros, y cuán duro resulta / el subir y bajar otra escalera» (55-60).

Ya en lo político, Dante —como lo hicieron los güelfos blancos— tuvo que aliarse con sus antiguos enemigos, los gibelinos, para intentar luchar contra las pretensiones papales sobre la ciudad de Florencia, refrendadas por los güelfos negros.

Seis años después de su condena se abrió una esperanza para Dante cuando en 1308 Enrique VII fue elegido emperador. Cinco años pasaron entre su elección y su coronación en Roma. Fue coronado rey de Alemania en Aquisgrán el 6 de enero de 1309. En el mes de septiembre de 1310, poco antes de que Enrique pasara los Alpes para penetrar en Italia, Dante escribió una carta «A todos y a cada uno de los reyes de Italia, a los senadores de la alma urbe, a los duques, marqueses, condes y pueblos», complementando este exordio con la frase «[...] el humilde italiano Dante Alighieri, florentino y desterrado injustamente, desea la paz». Es una carta en la que Dante expresa su esperanza en un verdadero salvador, que bajaba sobre Italia para hacer justicia:

Hora es ya de que te alegres, Italia, digna de compasión para los mismos sarracenos, porque pronto serás motivo de envidia para todo el mundo, pues tu esposo, consuelo del universo y gloria de tu pueblo, el clementísimo Enrique, divino, augusto y césar, se apresura a celebrar sus bodas<sup>98</sup>. Enjuga tus lágrimas y borra, ¡oh bella Italia!, las reliquias de tu tristeza, pues está al llegar quien te liberará de la cárcel de los impíos: este, atravesando con su espada a los malvados, los destruirá a todos y arrendará su viña a otros labradores, que en el tiempo de la cosecha darán los frutos de la justicia<sup>99</sup>.

La formalización de los títulos de Enrique y sus acciones para dominar Italia se desarrollaron con una lentitud que para los desterrados debe de haber sido

<sup>98</sup> Entendemos que se refiere a sus bodas con Italia.

<sup>99</sup> Cartas de Dante Alighieri, V (ALIGHIERI 1980a: 798).

desesperante. Fue coronado Rey de los Romanos en Milán el 6 de enero de 1311 y ungido Emperador en Roma el 27 de junio de 1313. Por esta época, el Papa era Clemente V, quien gobernó la Iglesia entre 1305 y 1314, y fue el Papa que en 1309 trasladó la sede pontificia a Aviñón, Francia. Los gibelinos, entre ellos Dante, tenían la esperanza de que este Emperador consiguiera imponer su autoridad al Papa y lograra aminorar la influencia francesa en las decisiones papales, pero fundamentalmente los desterrados florentinos querían que Enrique doblegara a Florencia y revocara las penas de destierro, a la vez que repusiera a los condenados en la posesión de sus bienes o se los compensara. Los florentinos, por su parte, pretendían que el Emperador confirmara los privilegios y los dominios territoriales de la república, pero esta pretensión no se formalizó y más bien la ciudad fortificó sus muros para resistir el asedio al que presumiblemente la sometería el Emperador, lo que este hizo efectivamente al poner sitio a la ciudad en septiembre de 1312, pero apenas mes y medio después «[...] alzó el campo y se retiró a San Casiano, y más tarde a Pogibonsi y a Pisa. El 8 de agosto siguiente<sup>100</sup>, el Emperador marchaba contra el rey Roberto de Anjou, declarado traidor al Imperio, pero murió de repente el día 24 del mismo mes en Buonconvento. Quedaban así destruidas las últimas esperanzas de Dante y de sus amigos del destierro»<sup>101</sup>.

En 1314 la sentencia contra Dante fue ratificada y ampliada para comprender en ella a dos de sus hijos, Pietro y Jacopo, que ya habían cumplido los catorce años y eran mayores de edad para las leyes de la época. Ambos jóvenes fueron considerados gibelinos, rebeldes como su padre, y condenados a ser públicamente decapitados si caían en manos de la comuna. Afortunadamente pudieron huir a tiempo y reunirse con su padre.

En marzo de 1315 se decretó en Florencia una amnistía contra los desterrados que, por lo menos teóricamente, abría la puerta al regreso de Dante. El decreto, sin embargo, contenía condiciones degradantes para los que se acogieran a la amnistía, las que fueron absolutamente descartadas por Dante. «Exigían estas que los desterrados pagasen una multa y se sometieran además a un acto humillante, denominado *ofrenda*, por el cual el amnistiado tenía que pisar el umbral de la cárcel y salir después para presentarse en el templo y hacer la ofrenda»<sup>102</sup>.

Es conocida la carta que Dante dirigió a quien le comunicó la noticia de la amnistía y sus condiciones, y expresa la justa indignación que le causó y la negativa absoluta a someterse a rituales propios de verdaderos delincuentes:

---

<sup>100</sup> Debe entenderse que se está refiriendo al año siguiente: 1313.

<sup>101</sup> Cartas de Dante Alighieri (ALIGHIERI 1980a, nota 1: 804).

<sup>102</sup> Cartas de Dante Alighieri (ALIGHIERI 1980a, nota 1: 812).

¿Es esta la revocación graciosa con la cual se invita a Dante Alighieri a que vuelva a su patria después de haber padecido un destierro de casi tres lustros? ¿Es esto lo que ha merecido su inocencia manifiesta a todas las gentes? ¿Es este el fruto de tantos sudores y continuos trabajos dedicados al estudio? ¡No es digna de un hombre familiarizado con la filosofía una bajeza tan grande de espíritu que le haga tolerar [...] el regreso a Florencia como un traidor! ¡No es digno de un hombre que ha predicado siempre la justicia el que, después de verse injuriado, pague su dinero precisamente a sus injuriadores, como si estos fuesen sus bienhechores!<sup>103</sup>.

Después de estudiar los documentos existentes que describen su itinerario vital, y de leer y analizar una y otra vez sus obras, incluidas sus cartas, que por definición poseen un toque más personal, se adquiere una empatía por el personaje, se pone uno en el lugar de él y se entienden mejor sus infortunios y alegrías. Y como ocurre con un amigo, se siente pena al tener que comunicar su muerte. Algo de eso me ocurre en este momento, pues debo presentar determinados datos que den cuenta del fin de Dante Alighieri en esta vida. Tenía 56 años cuando gozaba de la protección del señor de Rávena, Guido Novello da Polenta, quien, como es de suponer, utilizaba a veces sus servicios. En 1321 este señor de Rávena envió a Dante a Venecia a tratar, presumiblemente con las más altas autoridades, determinados asuntos de Estado que empañaban las relaciones entre ambas ciudades. Algunos autores sostienen que su embajada fue un completo fracaso y que regresó a Rávena en un estado casi de postración, que fue caldo de cultivo para alguna enfermedad que lo llevó a la tumba. Tal es el caso del reverendo Henry Francis Cary, quien nos dice que «[...] habiendo sido enviado por Guido en una misión ante los venecianos, y no habiendo siquiera podido obtener una audiencia, debido a la animosidad y rencor que sentían estos por aquel príncipe, Dante retornó a Ravenna tan abrumado por el agravio y la desilusión, que fue atacado por una enfermedad que tuvo consecuencias fatales en julio o septiembre de 1321»<sup>104</sup>. La mayoría de los autores, sin embargo, creen que Dante contrajo el paludismo en Venecia y que regresó a Rávena ya infectado y sin posibilidades de curación. Hasta hoy sus restos permanecen en Rávena y los florentinos no han podido recuperarlos, por más esfuerzos que han hecho a lo largo de los casi setecientos años transcurridos desde su muerte.

Nos preguntábamos en páginas anteriores acerca de quién fue Dante y por qué escribió la *Divina Comedia*. Para responder a la segunda pregunta hemos procurado presentar los aspectos más saltantes de la vida política de Dante, porque creemos que allí está la clave, por lo menos para una explicación parcial.

---

<sup>103</sup> Cartas de Dante Alighieri, XII (ALIGHIERI 1980a: 812).

<sup>104</sup> Cary, en ALIGHIERI (1847: xxii).

Borges ensaya una hipótesis que va por otro lado, por el de Beatriz: «Yo sospecho que Dante edificó el mejor libro que la literatura ha alcanzado para intercalar algunos encuentros con la irrecuperable Beatriz»<sup>105</sup>. Me permito discrepar en esta ocasión de quien, como dije al empezar este trabajo, suele ser para mí fuente de esclarecimiento e inspiración. Primero, porque Beatriz no tiene ningún rol, por lo menos desde el punto de vista poético, en el Infierno, el cántico calificado como el mejor de los tres y que, de haberse restringido la *Comedia* solo a él, igual hubiera figurado entre las obras cumbres de la literatura universal. Segundo, porque tampoco en el Purgatorio, aclamado por algunos críticos como mejor que el Infierno, debido a que el poeta carecía de fuentes para tratarlo y dejó en dicho cántico prueba irrefutable de su privilegiada imaginación, en el Purgatorio, decíamos, Beatriz solo aparece en los cuatro últimos cantos, para preparar la ascensión de Dante al Paraíso. Y, tercero, porque si bien Dante, como lo hemos demostrado al concluir nuestra presentación del Paraíso, incluye en éste versos hermosísimos dedicados a Beatriz, ellos pueden haber sido dictados por el deseo de ser consecuente con su trayectoria vital en la cual parece que, en efecto, en su juventud sintió una intensa pasión por Beatriz, que era, además, un amor imposible, tanto porque el destino de ambos los llevó a casarse con personas distintas, cuanto porque ella murió prematuramente. Esta explicación cobra mayor sentido si tenemos en cuenta que Beatriz murió en 1290 y Dante le envía a Can Grande de la Scala el primer canto del Paraíso en 1317; más aún, según los críticos Dante trabajaba en esta parte de la *Comedia* entre 1319 y 1320, es decir, treinta años después de la muerte de Beatriz. No parece verosímil que se pueda mantener el ardor de una pasión por tanto tiempo, y que la *Comedia* fuese escrita con el único propósito de inventar una porción de vida con Beatriz, que el destino le vedó a Dante tenerla en este mundo.

Por otro lado, es cierto que en el Paraíso reina Beatriz, por encima de las figuras verdaderamente trascendentes de la doctrina cristiana, pero ello puede deberse a dos razones: la primera de carácter, digamos, técnico, pues Dante necesitaba de un interlocutor humano para transmitir al lector con mayor soltura el primer nivel narrativo, es decir, el literal, porque resulta más natural, más fácil de entender que Dante emprendiera una tarea conjunta, la de ascender hasta el Empíreo, con un humano que vivió en su época, que fue su coetáneo y que responde a sus dudas, se adelanta a sus preguntas, lo prepara e instruye, que si este rol fuera asumido, por ejemplo, por San Pedro o la propia Virgen María. Y, segundo, por lo ya dicho acerca de un deseo del autor de la *Comedia* por ser consecuente con su trayectoria vital, que incluye la promesa que hizo al final de su *Vida Nueva*.

---

<sup>105</sup> BORGES (1982: 158).

Más lógico me parece que la *Comedia* sea el fruto de una combinación de sentimientos y apreciaciones provenientes de la tragedia que fue la vida de Dante: desterrado injustamente; frustrado en su deseo de reivindicación por la muerte de Enrique VII, el emperador que pudo haber entendido la injusticia de su destierro; conocedor de que su enemigo, quien estuvo detrás de su condena, fue el propio papa Bonifacio VIII; testigo de las cruelezas que se cometieron en las luchas entre güelfos y gibelinos, con la participación activa de encumbrados miembros de la Iglesia en algunos casos; y, al final, consciente de la futilidad de ese encono, al igual que el que enfrentó a los güelfos blancos con los güelfos negros. Esta desilusión por los partidos que abrazó en su momento, los güelfos, los blancos, los gibelinos, puede encontrarse en la predicción que le hace a Dante su antepasado Cacciaguida en el canto XVII del Paraíso, cuando le dice: «[...] y se agiganta / tu figura de ti haciendo un partido» (68-69 de la versión en verso). En otras palabras, Dante no era ni güelfo ni gibelino, sino un partido por sí mismo. También influyó su concepción acerca de la necesidad del resurgimiento del Imperio romano, que se impuso a los demás pueblos por derecho divino, y que tenía la misión de resurgir, como un ave fénix, de sus cenizas, para volver a instaurar la *pax romana*, restringiendo el rol del Papado a funciones puramente espirituales. De allí la importancia de su obra *La Monarquía*, que contiene toda su argumentación sobre este tema.

Considero que esta obra poco conocida de Dante es excepcional y fundamental para entender su pensamiento —vinculado esta vez no con el derecho penal sino con la teoría del Estado— y deploro que por la brevedad propia de un trabajo como el presente no pueda extenderme en el tema; pero, aun así, deseo hacer dos citas que me parecen del mayor interés: la primera sobre la paz que se logró en todo el mundo durante el reinado de Augusto, y que Dante deseaba para el momento que le tocaba vivir:

Pues, si desde la caída de nuestros primeros padres, origen de todas nuestras desviaciones, recordamos las disposiciones de los hombres y de los tiempos, no encontraremos, si no es bajo el divino Augusto, monarca de una perfecta monarquía, que el mundo haya estado universalmente tranquilo. Y que entonces el género humano vivió feliz en la tranquilidad de la paz universal, todos los historiadores, todos los poetas ilustres y el relator de la mansedumbre de Cristo se han dignado atestigarlo y el mismo Pablo llamó «plenitud de los tiempos» a aquel estado felicísimo<sup>106</sup>.

La segunda cita que deseo hacer de *La Monarquía* se refiere a la necesidad del gobierno de un Emperador, que reine sin trabas ni cortapisas, porque solo así

---

<sup>106</sup> ALIGHIERI (1980c: 709).

podrá dispensar la verdadera justicia: «El género humano solo cuando gobierna un único monarca vive por sí y no a merced de otro; solo entonces se enderezan los regímenes políticos desviados, como son las democracias, las oligarquías y las tiranías, que mantienen en la servidumbre al género humano»<sup>107</sup>. *La Monarquía*, como ya hemos dicho, fue utilizada por los partidarios de Ludwig IV para fundamentar teóricamente su lucha contra el papa Juan XXII, quien se negaba a reconocer a Ludwig y declaró vacante el trono imperial. Llegó a haber movimientos de fuerzas militares en el norte de Italia, siendo comandadas las del Papa por el cardenal Bertrand du Poujet. Este, hacia fines de 1328, siete años después de la muerte de Dante, hizo quemar *La Monarquía* en la plaza principal de Bolonia, por considerarla un panfleto enemigo que favorecía la posición del Emperador<sup>108</sup>. Esta obra de Dante tuvo mala suerte, pues fue colocada en el Índice de obras prohibidas por la Iglesia en 1564, y permaneció allí nada menos que hasta 1881<sup>109</sup>.

Tampoco debemos olvidar que la época de Dante, a pesar de la violencia, impunidad y latrocinios que se observaban por doquier, fue también una época de profunda fe religiosa, por lo que Dante, que era un hombre de grandes conocimientos filosóficos y teológicos, pudo haber querido hacer una contribución a la salvación de las almas, con una obra que tuviera también un ingrediente de esta naturaleza. Ello lo observamos al leer la famosa epístola a Can Grande de la Scala, en la que nos dice: «[...] la finalidad del todo y de la parte es la misma: apartar a los mortales, mientras viven aquí abajo, del estado de miseria y llevarlos al estado de felicidad»<sup>110</sup>.

Su experiencia como desterrado, sabedor, además, de que su condena era injusta; su concepción política sobre la necesidad de un renacer del Imperio romano; y su deseo de contribuir a la salvación de quien pudiera leer su obra, son los ingredientes de la *Comedia*, en la cual, justo es decirlo, Dante jugó a ser Dios y condenó al Infierno a todos sus enemigos y adversarios. El caso de Bonifacio VIII es interesante, porque Dante no solo lo menciona en nueve cantos de la *Comedia*, sino que, además de condenarlo al Infierno por simoníaco, genera con él una de las pocas situaciones humorísticas de la obra. En efecto, en Infierno XIX, 52-57, donde los condenados —los simoníacos— están enterrados, pero con los pies en el aire, de manera que dichas extremidades puedan ser abrasadas por el fuego, el papa Nicolás III, también condenado por el mismo delito, como no puede ver, cree que Dante es Bonifacio,

<sup>107</sup> ALIGHIERI (1980c: 706).

<sup>108</sup> CASSELL (1984: 44).

<sup>109</sup> CASSELL (1984: 42).

<sup>110</sup> Epístola a Can Grande de la Scala (ALIGHIERI 1980: 816).

y le dice: «[...] ¿ya estás, maldito? / ¿Ya has llegado a este Infierno, Bonifacio?». El resultado, sin embargo, fue una obra sublime, porque Dante fue un gran poeta, que debió hacer un pacto con el genio, pues este no lo abandonó ni un minuto en la composición de una obra que le tomó unos catorce años escribir.

Casi todos los autores de pinturas o esculturas de Dante, desde Domenico di Michelino hasta Luca Signorelli, pasando por Rafael y Sandro Botticelli, para citar a los autores de algunos de los cuadros más conocidos, lo representan con una corona de laurel ciñéndole la frente, significando su condición de excelso poeta, de poeta coronado. Es el justo reconocimiento, no solo objetivo, sino la concesión de un deseo que el propio Dante formuló en el Paraíso y que no pudo obtener en vida: «*Se mai continga che 'l poema sacro / al quale ha posto mano e cielo e terra, / sí che m'ha fatto per piú anni macro, / vinca la crudeltà che fuor mi serra / del bello ovile ov' io dormi' agnello, / nimico ai lupi che li danno guerra; / con altra voce omai, con altro vello / ritornerò poeta, e in sul fonte / del mio battesmo prenderò l' cappello [...]*», «Si acaso ocurre que el poema sacro / en que mano pusieron cielo y tierra, / tal que hace años por él yo me demacro, / vence al fin la crueldad que me destierra / del bello aprisco en que dormí cordero / frente a los lobos que le hacían guerra, / con otro pelo y voz, poeta empero, / volveré, y del bautismo en la alma fuente / tendré corona de laurel, espero [...]» (Paraíso, Canto XXV, 1-9).

## BIBLIOGRAFÍA

ALDAMA Pinedo, Javier

- 2001     «Reflexiones sobre la muerte (Schopenhauer)». *Yachay*. Lima, año 7, número 5.

ALIGHIERI, Dante

- 1847     *The Vision; or Hell, Purgatory and Paradise*. Dante Alighieri. Traducción del reverendo Henry Francis Cary, MA. Londres: Henry G. Bohn.
- 1935     *La divina commedia*. Comentarios de Luigi Pietrobono DSP. Torino: Societá Editrice Internazionale.
- 1949     *The Comedy of Dante Alighieri, the Florentine*. Traducción de Dorothy Sayers. Londres: Penguin Books.
- 1959     *La Divina Comedia y La Vida Nueva*. Traducción de Juan de la Pezuela. Buenos Aires: El Ateneo.
- 1978     *La Divina Comedia*. Traducción de Cayetano Rosell. Notas de Narciso Bruzzi Costas. Estudio preliminar de Jorge Luis Borges. México DF: Cumbre.

- 1980a *Obras completas*. Traducción de Nicolás González Ruiz sobre la interpretación literal de Giovanni Bertini. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid: La Editorial Católica.
- 1980b *Vida Nueva*. En ALIGHIERI (1980a).
- 1980c *La Monarquía*. En ALIGHIERI (1980a).
- 2002 *La divina commedia*. Biblioteca Económica Newton, con Introducción de Italo Borzi y comentarios a cargo de Giovanni Fallani y Silvio Zennaro.
- 2003a *Divina Comedia*. Versión poética y notas de Abilio Echeverría. Madrid: Alianza Editorial.
- 2003b *The Inferno*. Traducción de Henry Wadsworth Longfellow. Nueva York: Barnes and Noble Classics.
- ALVAR, Carlos
- 2003 Prólogo. En ALIGHIERI, Dante. *Divina Comedia*. Versión poética de Abilio Echeverría. Madrid: Alianza.
- ANTÓN PACHECO, José Antonio
- 1988 *Simbólica nómina. Introducción a la hermenéutica espiritual del libro*. Barcelona: Tradición Universal, Símbolos.
- ARIES, Philippe
- 1982 *La muerte en Occidente*. Barcelona: Argos Vergara.
- ASÍN PALACIOS, Miguel
- 1961 *La escatología musulmana en La Divina Comedia*, seguida de la historia y crítica de una polémica. Madrid: Instituto Hispano Árabe de Cultura.
- BARANDIARÁN, José León
- 1966 «Dante Alighieri: su vida y su obra». *Derecho*. Lima, volumen XXV, 1966.
- BERGIN, Thomas G.
- 1965 *Dante*. Nueva York: The Orion Press.
- BLOOM, Harold
- 1995 *El canon occidental*. Barcelona: Anagrama.
- BONDANELLA, Peter
- 2003 Introduction. En ALIGHIERI (2003b).
- BORGES, Jorge Luis
- 1978 Estudio preliminar. En Alighieri, Dante. *La Divina Comedia*. Traducción de Cayetano Rosell y notas de Narciso Bruzzi Costas. México DF: Cumbre.
- 1980 *Siete noches*. México DF: Fondo de Cultura Económica.

- 1983      *Nueve ensayos dantescos*. Buenos Aires: Espasa Calpe.
- 1985      *Los conjurados*. Madrid: Alianza Editorial.
- CASSELL, Anthony K.
- 1984      *Dante's Fearful Art of Justice*. Toronto: University of Toronto Press.
- 2004      *The Monarchia Controversy*. Washington DC: The Catholic University of America Press.
- CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA
- 2004      *Conferencia Episcopal de Chile*. Santiago de Chile: Ediciones San Pablo.
- COLLINS, Wilkie
- 1981      *La piedra lunar*. Barcelona: Montesinos.
- CRESPO, Ángel
- 1976      Prólogo. En *Comedia: Purgatorio*. Barcelona: Seix Barral.
- DEGALLI, F.
- 1961      *Historia de la Iglesia*. Montevideo: Codex.
- GONZÁLEZ RUIZ, Nicolás
- 1980      Introducción. En ALIGHIERI 1980.
- HARTZENBUSCH, Juan Eugenio
- 1962      Prólogo. En *Divina Comedia*. México DF: Nacional.
- LE GOFF, Jacques
- 1989      *El nacimiento del Purgatorio*. Madrid: Altea, Taurus, Alfaguara.
- LEONHARD, Kurt
- 1984      *Dante*. Barcelona: Salvat.
- LEÓN HILARIO, Leysser L.
- 1999      *Giorgio del Vecchio, comentarista de la Divina Comedia*. Lima: Caecilis.
- O'SHEA, Stephen
- 2002      *Los cátaros, la herejía perfecta*. Buenos Aires: B Argentina.
- PAOLI, Roberto
- 1986      «Borges y Schopenhauer». *Revista de Crítica Literaria Latinoamericana*. Lima, año XII, número 24, pp. 173-208.
- PEARL, Matthew
- 2004      *El Club Dante*. Barcelona: Seix Barral.
- SCHOPENHAUER, Arturo
- 1950      *Obras*. Tomo II. Buenos Aires: El Ateneo.

HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

SOUTHERN, Richard William

1970      *Western Society and the Church in the Middle Ages.* Harmondsworth: Penguin.

VILLANI, Giovanni

s/a [1300] *Crónica florentina.* Versión parcial.

<<http://www.fordham.edu/halsall/source/villani.html>>

VIRGILIO

1986      *Eneida.* Madrid: Alianza Editorial.

YALOM, Irvin D.

2004      *Un año con Schopenhauer.* Buenos Aires: Emecé.

**DÉCIMA PARTE**  
**MISCELÁNEA**



## AGUA, DERECHO Y DIVERSIDAD

*Armando Guevara Gil\**

*Consideramos que un verdadero restablecimiento de la unidad de las Ciencias Sociales —quebrada por la tendencia a la especialización— en la que el Derecho vuelva a ocupar su puesto dentro de ellas, solo es posible si introducimos elementos antropológicos, sociológicos, psicológicos, económicos, etc., en el seno del razonamiento jurídico mismo, en la creación e interpretación de la ley.*

Fernando de Trazegnies, «El caso Huayanay: el derecho en situación límite»

*Quien pronuncia palabras pone en movimiento potencias, desencadena otras fuerzas, otras palabras en el aire,  
sin ya nunca conocer su término.*

*Poderes infinitos.*

*Las palabras no son únicamente palabras.*

*Igual el mundo, esta tierra, todo lo real que vemos o soñamos, es más, mucho más de lo que alcanzan a mirar nuestros ojos, a mirar hacia afuera o hacia adentro.*

*Don Hildebrando, Pucallpa*

César Calvo, *Las tres mitades de Ino Moxo y otros brujos de la Amazonía*

Desde su fundación, los países andinos han bregado contra la *diferencia*. Los modelos científicos, económicos, políticos y legales que han empleado para comprender y administrar la asombrosa diversidad andina se han caracterizado por imponer concepciones y políticas universalizantes, homogeneizadoras y centralistas. El problema es que, más allá de los condicionamientos que la

---

\* Profesor Asociado del Departamento Académico de Derecho y Miembro Ordinario del Instituto Riva-Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Coordinador del Proyecto WALIR-Perú.

realidad social, ecológica o económica impone a esas pretensiones, el Estado y las élites nacionales continúan afirmando la validez de esta aproximación. Así, parece irrelevante que la afirmación formal de la ciudadanía se siga estrellando contra un orden social que continúa nutriéndose de la inequidad o que la frágil diversidad ecológica exija el reemplazo de los modelos que promueven las economías de escala por desarrollos agroecológicos más apropiados para los Andes o la Amazonía.

Ante esta persistencia, es necesario revisar los propios fundamentos de esos conocimientos y políticas, desarrollar alternativas a los paradigmas hegemónicos y contribuir a la transformación de las relaciones entre el Estado, sus élites políticas y científicas y las sociedades locales, indígenas o campesinas. Solo de este modo se podrá revertir la actual forma de pensar y legislar los problemas del país y plantear una opción realmente democrática en la que la propia sociedad peruana sea la protagonista de su destino. La crisis del sistema legal peruano no se conjurará con simples reformas institucionales o normativas si continuamos empleando la misma perspectiva. Superarla exige un cambio paradigmático.

En esta contribución que presento al homenaje al doctor Fernando de Trazegnies mi objetivo es reflexionar sobre la necesidad de pensar el derecho a la luz de la antropología y, en general, de un razonamiento interdisciplinario que pretenda comprender la *diferencia*. Primero reviso los atributos de performatividad y representación, típicos de cualquier ordenamiento normativo, para explicar por qué el derecho estatal está en crisis. Luego presento la alternativa analítica que la antropología nos ofrece para comprender nuestra heterogénea realidad sociolegal y, empleando ejemplos sobre la gestión del agua en una cuenca andina, grafico la existencia de universos normativos diferentes al estatal. Finalmente, afirmo que ese conocimiento antropológico del derecho y el desarrollo de políticas y leyes basadas en la *diferencia* deberían ponerse al servicio de un proyecto utópico que acabaría transformando la naturaleza misma del derecho (o lo que quede de él).

---

Deseo agradecer al Programa WALIR-Water Law and Indigenous Rights (CEPAL & Universidad de Wageningen, Países Bajos; [www.eclac.org/DRNI/proyectos/walir](http://www.eclac.org/DRNI/proyectos/walir))- y a la Dirección Académica de Investigación de la Pontificia Universidad Católica del Perú por el financiamiento que me concedieron para desarrollar mi trabajo sobre el Derecho de Aguas en los Andes. Mis observaciones etnográficas proceden de las innumerables visitas de trabajo que he realizado a la cuenca del río Achamayo, Junín, desde el año 2002, y de mi permanencia en Santa Rosa de Ocopa durante el primer semestre del año 2006, gracias al semestre sabático que me concedió la PUCP. Algunas de las ideas que presento en este trabajo se hallan incluidas en GUEVARA GIL, BOELENS y GETCHES (2006). Agradezco al profesor Alexis Guerra Agüero por sus siempre agudas objeciones y sugerencias.

## 1. DERECHO, PERFORMATIVIDAD Y REPRESENTACIÓN

Para replantear nuestra forma de pensar y legislar tal vez lo más útil sea empezar por acercarse a lo impensable, a los propios fundamentos de nuestra aproximación y experimentación del mundo. En esta tarea, creo que los poetas de todos los pueblos y culturas son los que más se acercan a develar esas profundas verdades. Los diálogos del poeta César Calvo con don Hildebrando<sup>1</sup>, por ejemplo, son reveladores, hermosos y deslumbrantes. Nos permiten aproximarnos a verdades insondables que siempre estarán más cerca del mito y de la poesía que de nuestros sentidos, marcos teóricos o aparatos de medición. Además, nos permiten reflexionar sobre el sentido, alcance y limitaciones de los marcos y aparatos que hemos desarrollado para operar en un mundo integrado por *hechos brutos* (físicos, químicos) y *hechos institucionales* (culturales, sociales, políticos)<sup>2</sup>.

Uno de los hechos institucionales más importantes es sin duda el derecho, por la significativa función que cumple en la configuración y reproducción de nuestras sociedades. No sirve simplemente para estabilizar o cambiar relaciones sociales; sirve sobre todo para crearlas. Además, su utilidad se desprende de dos propiedades intrínsecas al discurso legal: su potencial performativo y la capacidad de representar (y distorsionar) la realidad social. Así, por un lado, el derecho no solo delinea la realidad que norma sino que también la produce<sup>3</sup>. En derecho, *decir es hacer porque las palabras no son únicamente palabras y quien las pronuncia pone en movimiento potencias y desencadena fuerzas* que están más allá de su propia voluntad.

Esas palabras, pronunciadas en los momentos y contextos adecuados y en los marcos institucionales pertinentes, adquieren efectos sociales y humanos evidentes e inmediatos. Por eso, en la propia autorrepresentación mitológica del derecho moderno, las prácticas rituales que se ejecutan siguiendo las ‘formalidades de ley’

<sup>1</sup> Las conversaciones de César Calvo con varios chamanes amazónicos se producen a lo largo del viaje que realiza en búsqueda de Ino Moxo, la legendaria Pantera Negra que había liderado la lucha del pueblo Amawaka contra los caucheros del oriente peruano, perpetradores, dicho sea de paso, de un verdadero holocausto indígena en nuestra Amazonía.

<sup>2</sup> El filósofo John Searle distingue «[...] entre aquellos rasgos del mundo que son puros y brutos asuntos físicos y biológicos, de un lado, y aquellos rasgos del mundo que son asuntos culturales y sociales, del otro. [...] necesitamos distinguir entre *hechos brutos*, tales como el hecho de que el Sol esté a 150 millones de kilómetros de la Tierra, y *hechos institucionales*, como el hecho de que Clinton sea presidente. Los hechos brutos existen con independencia de cualquier institución humana; los hechos institucionales solo pueden existir dentro de las instituciones humanas» (SEARLE 1997: 44-45).

<sup>3</sup> En la clásica formulación del filósofo John L. Austin, «[...] a performative sentence [...] indicates that the issuing of the utterance is the performing of an action» (1975: 6; véase 25-38). Sobre la capacidad de representar la realidad social, véase Santos (1995).

tienen consecuencias pragmáticas y contribuyen a la producción de la realidad social. Una sentencia judicial, la consagratoria fórmula «los declaro marido y mujer», la promulgación de una ley, el cierre de subasta del martillero público o la concesión de una licencia de uso de agua generan consecuencias palpables, tanto materiales como sociales. Este es, precisamente, el carácter performativo del derecho<sup>4</sup>.

Por otro lado, el derecho representa y distorsiona la realidad social, operando como una gran maquinaria de prestidigitación capaz de naturalizar la arbitrariedad de la organización social, crear un «sentido común» generalizado y legitimar el orden establecido. Su contribución a la creación y reproducción de una sociedad es fundamental y para ello emplea tanto la coacción como la persuasión. De ese modo, genera consensos sobre «lo justo» y «lo legal» y estabiliza un determinado sistema social. Veamos, a través de un par de ejemplos distantes, y tal vez por eso más efectivos, el enorme potencial que tiene el derecho para realizar estas operaciones.

El primero es el de las «gracias al sacar». Se trata de un mecanismo legal promulgado por la Corona española en 1795 para que las llamadas «razas despreciables» pudiesen comprar el título de Don y acceder a los cargos públicos que hasta ese momento eran privilegio de los blancos. Las «gracias al sacar» fueron tramitadas por las ascendentes élites económicas y sociales ávidas de limpiar su sangre de rastros moriscos, indígenas, mestizos o negros, o empeñadas en restaurar el honor manchado por alguna huella de ilegitimidad (ser hijo extramatrimonial o descender de una mujer de «mala fama», por ejemplo). Su obtención producía una alquimia legal asombrosa: los descendientes de esas «razas despreciables» se transformaban en «blancos» por obra y gracia de una real cédula y de unos cuantos miles de pesos para la Hacienda Real<sup>5</sup>.

El segundo ejemplo es el de la *composición de títulos*. Este fue otro procedimiento ideado por la Corona española para transformar una situación de hecho, inclusive ilegal, en una de derecho, a cambio de un pago destinado a financiar las

<sup>4</sup> Como señala Searle, «[...] uno de los rasgos más fascinantes de los hechos institucionales es que un gran número de ellos —de ningún modo todos— pueden ser creados mediante expresiones performativas explícitas. Las expresiones performativas son miembros de la clase de actos de habla que yo llamo ‘declaraciones’. En las declaraciones, el estado de cosas representado por el contenido proposicional del acto de habla es llevado a la existencia por la ejecución exitosa de ese mismo acto de habla. La expresión performativa de sentencias como “Se aplaza la sesión”, “Lego toda mi fortuna a mi sobrino”, “Nombro a usted presidente de la sesión”, “Por la presente se declara la guerra”, etcétera, puede crear hechos institucionales. Esas expresiones crean el estado de cosas mismo que representan; y en todos los casos, el estado de cosas es un hecho institucional» (SEARLE 1997: 51-52).

<sup>5</sup> Véase TWINAM (1999); JOHNSON y LIPSETT-RIVERA (1998).

guerras imperiales de Felipe II y sus sucesores. La composición de tierras legitimó, por ejemplo, las usurpaciones de tierras indígenas y dio paso a la formación de las haciendas coloniales, sellando para siempre la conversión del paisaje andino en una realidad colonial<sup>6</sup>.

## 2. CRISIS Y DIVERSIDAD NORMATIVA EN LA GESTIÓN DEL AGUA

En nuestro país es evidente que tanto la capacidad performativa del derecho como la de representación se encuentran relativizadas. La contumaz falta de performatividad de los llamados derechos económicos, sociales y culturales (DESC), por ejemplo, origina el problema de su *exigibilidad*. La cuestión es cómo materializar derechos reconocidos discursivamente en un sistema legal que se resiste a desarrollar mecanismos para hacerlos exigibles y en una sociedad que no asume plenamente el sentido ético, político y legal de ese reconocimiento. Afirmar la performatividad del derecho es, sin duda, un reto enorme en el Perú de hoy.

De manera similar, el derecho de aguas y el derecho ambiental se encuentran en una situación crítica, y por eso sus normas, políticas e instituciones son incapaces de regular la vida social. Los discursos políticos y legales oficiales imponen una serie de representaciones que acaban distorsionando la realidad social y, más aún, carecen del potencial performativo que les permitiría reconfigurarla. Estas carencias han generado su deslegitimación y la tan mentada ‘ingobernabilidad’ del agua y del resto de recursos naturales. Además, producen un fenómeno regulatorio notable pues ese supuesto ‘vacío normativo’ es más bien un fértil campo de experimentación y ebullición legal. Aquí es donde las normas, políticas e instituciones oficiales adquieren un significado social distinto al previsto por el Estado. Este significado es múltiple y diverso y se halla definido por la interacción que se establece entre el Estado y los ordenamientos locales (por ejemplo, indígenas, campesinos). Por eso, la presencia del sistema oficial en un espacio social determinado no es hegemónica; está sujeta a una serie de condicionamientos políticos, culturales, económicos y sociales.

Esos ordenamientos metabolizan la influencia del derecho oficial y, dependiendo de su fortaleza interna, afirman una esfera normativa basada en sus propias normas, sanciones y procedimientos. Es importante enfatizar que estos ordenamientos locales son capaces de configurar y regular su realidad social porque, a diferencia del derecho oficial, sí están dotados del potencial performativo necesario para institucionalizarse en su propia área de influencia. Esto les permite afirmar su capacidad jurígena y resistir o procesar la influencia desestructurante

---

<sup>6</sup> Véase GUEVARA GIL (1993).

del derecho estatal. Al respecto, el jurista norteamericano Robert Cover<sup>7</sup> elaboró una interesante polaridad para comprender la dinámica entre el derecho estatal y los sistemas locales (es decir, indígenas, campesinos, consuetudinarios). Señala que cuando estos entran en conflicto, se produce una disputa interpretativa y política por establecer la primacía de uno u otro ordenamiento. Ambos poseen capacidades ‘jurisgenerativas’ y ‘jurispato-génicas’ para imponer sus propias interpretaciones y decisiones, por lo que el resultado de su confrontación dependerá de la fortaleza que cada uno posea en un contexto determinado.

Uno de los grandes problemas con el derecho moderno en el Perú es, precisamente, su pretensión de erradicar los ordenamientos normativos locales y regionales y reemplazarlos por normas e instituciones elaboradas por el Estado. A diferencia del proyecto de articulación nacional español, en donde el derecho consuetudinario fue reivindicado como un elemento fundamental para desarrollar el régimen de las autonomías, los Estados latinoamericanos optaron por la negación y el rechazo sistemático de ese derecho consuetudinario, de ese *derecho diferente*. Esta decisión política e ideológica ha generado una serie de conflictos no solo normativos sino sobre todo conceptuales entre el Estado republicano y los múltiples universos sociales y culturales que caracterizan a la diversidad andina.

En las cuencas andinas, por ejemplo, el derecho de aguas promulgado por el Estado y todo el aparato burocrático montado para administrarlo tienen una presencia limitada, espasmódica y sujeta a los condicionamientos que los propios regantes y usuarios de agua imponen y a las limitaciones que el propio Estado tiene. En teoría, el manejo del agua en el Perú descansa sobre dos pilares: el estatal y el de las organizaciones de usuarios. Por el lado del Estado, el Ministerio de Agricultura ha concedido al Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA) el manejo del agua. Este tiene una Intendencia de Recursos Hídricos que ha dividido al país en 68 distritos de riego, a cargo de igual número de administradores técnicos, para manejar nuestras 107 cuencas hidrográficas. El Distrito de Riego Mantaro, por ejemplo, está a cargo de un administrador técnico, que es la autoridad de aguas en esa circunscripción. El problema en este caso es que se trata de un distrito de riego enorme que cubre cuatro regiones (Lima, Junín, Huancavelica y Ayacucho), abarca veinte mil kilómetros cuadrados (el doble que el Líbano e igual que el área de Israel) y se despliega entre los 5.800 y los 500 metros de altitud. Para cumplir su labor, la administración técnica del Distrito de Riego Mantaro tiene el increíble número de diecisiete personas, incluido el personal administrativo, en unas oficinas muy mal equipadas. Estas limitaciones impiden que pueda cumplir con el papel que la ley le atribuye.

---

<sup>7</sup> COVER (1992).

Por el lado de las organizaciones de usuarios de agua, la ley dispone una estructura piramidal formada por la Junta Nacional de Usuarios de los Distritos de Riego, las juntas de los distritos de riego, las comisiones de regantes y, como meros órganos de apoyo, los comités de riego de pueblos y comunidades. En la cuenca del Mantaro, si bien la Junta tiene reconocimiento oficial, solo una de las veinte comisiones de regantes tiene licencia de uso de agua y otra ha conseguido su inscripción en los Registros Públicos. El resto no ha perfeccionado su existencia jurídica ni cuenta con la licencia de uso de agua, requisitos indispensables para defender sus derechos frente a otros sectores y actores sociales (esto es, urbanos, mineros, industriales). Además, en el valle del Mantaro, tanto la Junta como las comisiones de regantes son organizaciones muy débiles y frágiles, con escasa capacidad de convocatoria, limitados medios económicos y pobre desarrollo institucional. En esta cuenca, ante la inoperancia de la Junta y las comisiones, son los comités de riego de las microcuenca y subsectores de riego los que se encargan de regular y administrar el recurso.

Esta situación, que solo puede caracterizarse como crítica en términos de la autoridad estatal de aguas y de las propias organizaciones de usuarios, puede conducir a diferentes diagnósticos. Por eso se habla de la «crisis en la gestión del agua», de la «anomía social», de la generalización de la «informalidad» y, en general, del fracaso del Estado y del derecho oficial para conducir nuestra vida en sociedad. Desde mi punto de vista, empleando herramientas de la Antropología del Derecho, esta realidad también puede estudiarse como un claro ejemplo de pluralismo jurídico e interlegalidad.

En efecto, si abandonamos la idea de que el Estado es el único productor de derecho y reconocemos la diversidad de marcos normativos que existen en nuestra sociedad, entonces podremos estudiar el fenómeno regulatorio a la luz de la antropología. Al hacerlo, podremos observar cómo el derecho oficial se enfrenta a una serie de sistemas normativos alternativos, sean estos indígenas, campesinos, locales o, en general, consuetudinarios, que tienen tanta o más vigencia social que el derecho estatal. Lo importante, en todo caso, es analizar el espacio socio-legal local: cuál es el *papel social* que cumple el derecho estatal en los diferentes universos sociales que tenemos y cómo las personas reinterpretan sus normas y las emplean en sus contextos locales.

Al estudiar al derecho desde la antropología, se podrá observar la gran tensión estructural entre el Estado y las sociedades locales y el fértil campo de experimentación cultural en el que se registran fenómenos como el de la interlegalidad y la pluralidad legal. Aquí es donde las normas, políticas e instituciones oficiales referidas al agua adquieren un *significado social* distinto al previsto por los Estados. Este significado es múltiple y diverso y se halla definido por la forma en que los

ordenamientos locales procesan la influencia del derecho oficial y, dependiendo de su fortaleza interna, afirman una esfera normativa diferenciada.

### 3. EJEMPLOS ETNOGRÁFICOS

En el trabajo de campo que he realizado en la cuenca del río Achamayo, la tensión entre el derecho oficial y el ordenamiento alternativo desarrollado por la sociedad local se expresa en una serie de conflictos por el agua en los que se enfrentan agricultores, una piscifactoría, poblaciones en proceso de urbanización y hasta una central hidroeléctrica. A continuación presentaré una síntesis de las características de la cuenca y un repertorio de los principales conflictos para ilustrar la pluralidad e interlegalidad que caracterizan a la gestión del agua en esta y otras cuencas de nuestro país.

La cuenca del río Achamayo forma un típico valle interandino en la sierra central del Perú. Está ubicada en la provincia de Concepción, región de Junín, y sus aguas discurren de este a oeste, desde los nevados y lagunas cordilleranos (4.500 metros de altitud) hasta su desembocadura en la margen izquierda del río Mantaro cerca al pueblo de Matahuasi (3.262 metros de altitud). Los lugareños dividen la cuenca en dos: la parte alta y la parte baja. La *parte alta* está formada por las quebradas y terrenos secos y escarpados. Allí se practica la agricultura de secano (papa, oca, habas, cebada) y se riega aprovechando el agua de manantiales y puquiales. La *parte baja* del río se inicia en la localidad de Ingenio y discurre por los distritos de Quichuay, Santa Rosa de Ocopa (3.376 metros de altitud), Santo Domingo y Concepción. El volumen del río es muy variable; oscila entre los 120 metros cúbicos por segundo en la época de lluvias y 1,50 metros cúbicos por segundo en los meses de junio a agosto. La cuenca tiene una extensión estimada en 248 kilómetros cuadrados y el agua del Achamayo tiene diversos usos: poblacional, agrícola, piscícola e inclusive hidroeléctrico. El riego es intensivo y está controlado por la organización local durante la época de secas pero se decreta libre durante el verano andino.

Desde el punto de vista de la organización prescrita por el Estado, la cuenca del río Achamayo forma un subdistrito de riego perteneciente al gran Distrito de Riego del valle del Mantaro. Sus miembros están formalmente organizados en una Comisión de Regantes que los representa ante la Junta de Usuarios del Distrito de Riego Mantaro (JUDRM) y ante las autoridades estatales (esto es, Administrador del Distrito de Riego Mantaro-ATDRM, Dirección Regional Agraria). Sin embargo, como ya he mencionado, la fragilidad organizativa de la Junta y de la Comisión del río Achamayo es tan notoria como la debilidad de la autoridad estatal de aguas. Por eso, la organización local cobra un papel protagónico en la gestión

del recurso. Así, desde el punto de vista local, la cuenca está organizada a partir de los once canales que se derivan del lecho del río. Cada uno de estos canales principales tiene un *Comité de Regantes* encargado de administrar el uso del agua. Cada comité tiene un presidente, tesorero, secretario y varios *tomeros* elegidos en asamblea. Se estima que el sistema de canales derivados del Achamayo beneficia a unos cinco mil regantes, la mayoría de los cuales es minifundista e, inclusive, microfundista.

De los once canales mencionados, he concentrado mis observaciones en el canal Quichuay-Santa Rosa de Ocopa-Huanchar y Huayhuasca. Este tiene una extensión de diez kilómetros e irriga unas 105 hectáreas (20 hectáreas en Quichuay, 45 en Santa Rosa y otras 60 en Huanchar y Huayhuasca). Los comités han establecido y coordinan, en teoría, una rígida secuencia de turnos diarios para evitar el «robo de agua» y las disputas violentas entre los regantes. Los encargados de poner en práctica el sistema de distribución son los *tomeros*. Manejan las compuertas de los canales secundarios, distribuyen al caudal asignado a su toma, emiten las papeletas de orden de riego, fijan los horarios en función de las extensiones que se van a irrigar y racionan el agua en tiempo de escasez. El Comité de Regantes de Santa Rosa de Ocopa, por ejemplo, tiene siete *tomeros* a cargo de manejar el agua en sus canales secundarios.

Los derechos de uso del agua y acceso a la infraestructura de riego son generados por la propiedad de la tierra y por el trabajo en las faenas. Todo el que participa en las faenas tiene derecho a regar, sea hombre o mujer, pequeño o mediano agricultor. Además, debe cumplir con abonar la tarifa cobrada por el Comité de Regantes, solicitar y respetar los turnos asignados por el *tomero* y participar en las asambleas de los comités.

En general, los conflictos entre regantes se dirimen ante la directiva del comité y los problemas entre comités son resueltos por el presidente de la comisión de regantes de la cuenca. Las decisiones de estas instancias están respaldadas por multas y sanciones que pueden llegar hasta la suspensión del turno de riego y la obligación de comprar materiales de construcción para el mantenimiento de los canales. Si bien no se ha llegado a expulsar a algún regante infractor, sí se los ha «llevado al puesto», es decir, a la Policía Nacional y a la Gobernación cuando han desperdiciado el agua ocasionando daños a la propiedad ajena (por ejemplo, no cerrar las compuertas y anegar una chacra o casa vecina). Cuando los comités o la comisión no son capaces de solucionar los conflictos, estos pueden escalar y llegar a ser conocidos por la presidencia de la Junta de Usuarios. Una de las mejores armas que esta tiene para «arreglar» esos asuntos es amenazar a las partes con derivarlas a la Administración Técnica del Distrito de Riego. La mayor parte de los procesos administrativos que se ventilan ante la ATDRM tienen su origen en

conflictos intersectoriales (esto es, usos agrarios versus usos mineros o urbanos) mas no en conflictos entre regantes.

El problema más frecuente que se presenta entre los regantes es el «robo de agua». Generalmente se produce en los turnos de noche y en pequeña escala, de tal modo que el regante no puede darse cuenta de la disminución del caudal que maneja. Este problema obliga a ocupar más personas en el riego que las técnicamente necesarias. Una debe controlar la bocatoma principal, otra desplazarse a lo largo del canal para detectar fugas o robos, y él o los regantes encargarse de manejar el agua dentro del terreno irrigado.

Además de los regantes, la cuenca del Achamayo registra otros usuarios importantes. El primero es el sector urbano, pues la provincia de Concepción tiene diversas localidades, como la propia capital con quince mil habitantes y Matahuasi con ocho mil. En general, el campo se está urbanizando y eso genera una demanda creciente de agua potable y servicios de saneamiento. El segundo es la piscigranja Los Andes, de propiedad privada, y el tercero es la Central Hidroeléctrica de Ingenio. Esta no tiene conflictos con los regantes de la parte baja del valle, pues sus sistemas de riego se inician después del lugar en el que devuelve las aguas al río, pero es evidente que ha contribuido a desecar la parte alta de la cuenca. Finalmente, las agencias estatales, organizaciones no gubernamentales, el Arzobispado de Huancayo a través de Cáritas y las empresas agroexportadoras tienen en la cuenca una presencia limitada pero influyente. El Estado no desarrolla actividades de envergadura en la zona pero los regantes sí han obtenido el apoyo de Cáritas para mejorar sus canales y participar en el reciente *boom* de la alcachofa como producto de exportación.

#### 4. CONFLICTOS POR EL AGUA

El agua siempre ha sido y será fuente de conflictos. Uno de los conflictos más importantes en esta cuenca es el que se suscita entre los regantes (en especial, los del canal Quichuay-Santa Rosa-Huanchar y Huayhuasca) y las Piscifactoría Los Andes. La empresa está empleando una mayor dotación de agua que la asignada por la autoridad de aguas porque la exportación de trucha está en aumento, y por eso ha construido más pozas de las que le fueron autorizadas. El Ministerio de Agricultura ha mediado en el conflicto pero con éxito relativo, pues en época de estiaje la empresa y los regantes se enfasan en una sigilosa pero constante batalla por capturar más agua del Achamayo. Los regantes reclaman ante esta apropiación del recurso y se enfrentan constantemente a los empleados de la piscigranja. Aquí, la rusticidad de las compuertas y la falta de medidores volumétricos contribuyen a exacerbar el conflicto que se agrava en la época de estiaje. En teoría, la piscigranja

no debería tener este tipo de conflictos pues tiene su licencia de uso de agua al día pero los regantes apelan a sus «derechos ancestrales» y a la fortaleza de su organización local para presionar a la piscigranja y evitar que prime el derecho reconocido por el Estado.

Por su parte, la introducción del cultivo de la alcachofa contribuye a intensificar la disputa por las dotaciones de agua. Se trata de un cultivo comercial alternativo al de la papa debido a los bajísimos precios que esta tiene. El problema es que la alcachofa demanda más agua que otros cultivos y eso incrementa las fricciones entre los regantes de un mismo canal, entre los regantes de diferentes canales y entre los agricultores y la piscigranja Los Andes. Otros productos de riego intensivo como la alfalfa y el maíz también generan competencia por el agua. Si bien las empresas agroexportadoras no participan directamente en el conflicto por el agua, pues no producen sino compran a los pequeños productores, sí presionan sobre el recurso pues los alcachoferos aumentan la frecuencia de sus turnos y los volúmenes que emplean. Como me dijo un ingeniero de estas empresas, «la alcachofa es una bomba de agua». En general, la presión que genera la agroexportación sobre el agua no ha sido debidamente evaluada ni controlada. En este caso, es evidente que la expansión del cultivo producirá tensiones en la organización local y afectará la distribución de los turnos y la proporción de los volúmenes asignados a las tierras convertidas al nuevo cultivo. Si bien la Ley de Aguas señala que la escasez debe ser enfrentada asignando el recurso con criterios de eficiencia y equidad, según los Planes de Cultivo y Riego (PCR) aprobados por la autoridad agraria estas nociones acabarán sesgadas por la nueva lógica comercial que privilegia los productos de exportación frente a los de panllevar. Dicho sea de paso, en la actualidad la Administración Técnica del Distrito de Riego Mantaro no planifica la distribución del recurso en función de los PCR porque estos, sencillamente, no se formulan, presentan ni exigen.

Más aún, el aumento de la población urbana de la provincia de Concepción, y la creciente demanda de agua de una ciudad como Huancayo, de aproximadamente 450.000 habitantes, está generando una fuerte presión sobre los recursos hídricos de la cuenca. Uno de los proyectos para aliviar la escasez de agua en Huancayo, por ejemplo, contempla tomar el agua de las lagunas de las partes altas de la cuenca y derivarla a la ciudad. Además, se han presentado conflictos entre las propias localidades de la cuenca (por ejemplo, Matahuasi-Quichuay, Santa Rosa de Ocopa-San Antonio). Algunas han obtenido licencias de uso para sus sistemas de agua potable, pero han enfrentado la férrea oposición de los usuarios tradicionales de esas fuentes y no las pueden usar. Por lo general, en estos conflictos las partes proceden a negociar compensaciones directas en lugar de atenerse a las directivas de la Administración Técnica del Distrito de

Riego. Aunque la ley indique que todas las aguas son de propiedad del Estado, es interesante anotar que los usuarios asumen que las fuentes de agua ubicadas dentro de sus tierras les pertenecen y cualquier uso de estas debe ser autorizado por ellos. La burocracia local expresa su frustración ante tal concepción, pero esta se encuentra tan difundida que ha decidido participar en las negociaciones y acuerdos entre los pueblos y distritos de la región.

También es interesante anotar que el Estado y los regantes se enfrentan por la definición de la unidad de medida aplicable al uso del agua. Mientras que la Administración Técnica (esporádicamente secundada por la Junta de Usuarios) pretende instaurar el control volumétrico que mandan la Ley General de Agua y la visión moderna de la gestión del recurso, los regantes se oponen consistentemente a esta medida. Ya han destruido algunos medidores, pues afirman que lo más «justo» es que se mida por tiempo de riego y no por volumen (por ejemplo, tres horas para regar una hectárea). Además, sustentan su argumento en que el agua es un recurso natural y que la infraestructura de riego fue hecha por «nuestros abuelos» y «ni la Junta de Usuarios ni el Ministerio de Agricultura nunca han puesto un solo sol para construirla». Es interesante anotar, igualmente, que los agricultores, en especial los del canal de Santa Rosa de Ocopa, son los primeros en exigir que sí se aplique el control volumétrico a la Piscifactoría Los Andes para impedir que use más agua que la asignada en su licencia de uso, pero se oponen rotundamente a que la Administración Técnica les aplique ese control.

Además, el Estado y los usuarios de agua tienen visiones divergentes sobre el pago de la tarifa y el canon de agua. En teoría, el canon se paga al Estado para reconocer que el agua es un recurso natural patrimonio de la nación y que el Estado la administra soberanamente. La tarifa es el pago por la dotación efectiva de agua que el usuario solicita. En la actualidad, tanto la Junta de Usuarios como la Administración Técnica están presionando a los regantes para que se pongan al día en sus pagos. Los regantes se han resistido sistemáticamente a pagar canon y tarifa, con atrasos que datan de 1992 o 1999 según los casos, por una serie de razones. La primera es que no reconocen esas prerrogativas al Estado; la segunda es que el dinero recaudado por ambos conceptos no ha servido para mejorar su infraestructura, tal como manda la ley; y la tercera es que el propio Comité de Regantes cobra una «tarifa local» a los regantes que obtienen sus turnos de riego para financiar sus obras, contratar a los vigilantes que evitan que otros comités les roben el agua y pagar a los tomberos por el reparto de agua que realizan semanalmente.

En este punto se puede detectar un conflicto fundamental, no solo legal sino eminentemente cultural, sobre la legitimidad del Estado para cobrar por el agua e imponer una organización supralocal y una forma de control volumétrico del

recurso. Mientras que la Ley General de Aguas sostiene que todas las aguas son de propiedad del Estado, los regantes del Achamayo afirman que el agua es un recurso natural sujeto al control local. Además, refuerzan su argumento recurriendo a la memoria colectiva de los trabajos hidráulicos realizados por sus antepasados sin el apoyo estatal. Como se puede apreciar en la siguiente cita, la afirmación de los derechos históricos y la oposición a la injerencia estatal es muy marcada:

Cuánto tiempo se ha defendido este canal porque este canal lo han preparado antes los caciques, los Sarapura y los Bendezú. Estos caciques ¡de cuándo serán!, serán de 1800, de 1700. Ellos lo han construido con toda la comunidad de Huanchar, de más allá de Huayhuasca, de todos esos sitios. Cuando ya comenzaron a [formar la Junta de Usuarios] del Mantaro, han querido inscribirnos pero nosotros, nuestros mayores no han aceptado porque este canal es propio del pueblo, ¡es ancestral! [...] es antiquísimo, en nada ha colaborado acá el Estado, nada, nada. Ahora recién el Estado están haciendo inscribir para pagar el canon del agua, todas esas cosas. Pero ahora la gente moderna prácticamente está accediendo a eso, no, los antepasados no han querido, decían «ustedes me matan, no aceptamos eso que nos inscriban». Este es un canal antiquísimo, se mantiene hasta ahora puras faenas, pura faena, aquí no colabora un solo céntimo el Estado, nada, absolutamente lo que es nada, ni con apoyo técnico, todo ‘al champú’<sup>8</sup> nomás [lo hacemos]<sup>9</sup>.

Cualquier intento de transformar al agua en un bien económico, como lo pretenden las reformas neoliberales impulsadas por los organismos internacionales, se estrellará contra esta concepción local sobre el recurso. Es más, los regantes de la cuenca expresan un marcado interés en que la situación de ‘anomía’ e ‘ingobernabilidad del agua’ —epítetos empleados por los reformistas neoliberales— se mantenga porque beneficia a ‘ricos’ y ‘pobres’. Ambas clases de regantes abonan una cantidad reducida por usar el agua, el sistema de control del volumen que usan es muy flexible y cada uno emplea sus recursos o sus redes sociales para mantener sus derechos de agua.

Finalmente, cabe mencionar el marcado contrapunto entre los pequeños agricultores del valle y la comunidad campesina de Santa Rosa de Ocopa, creada a raíz de la expropiación de las tierras del famoso convento franciscano en los años 1970. Se trata de una «comunidad terrateniente» en medio de un mar de mini y microfundistas. La comunidad posee las mejores y más extensas tierras (unas 15 hectáreas en el piso de valle y otras 150 en tierras de secano y bosques). Estas extensiones contrastan marcadamente con las que tienen las familias de Santa

<sup>8</sup> Improvisadamente [nota del autor].

<sup>9</sup> Extracto de entrevista a Pedro Maraví Aguilar, regante que se dirigía a participar en la faena de limpieza de la bocatoma del canal Quichuay-Santa Rosa de Ocopa-Huanchar (17 de agosto de 2002).

Rosa: a veces no pasan de 300 metros cuadrados y lo usual es que posean media hectárea o menos. Es más, mientras hay unas 150 familias mini- y microfundistas, las familias comuneras no llegan a 30 y, lo que es peor para los santarrosinos, los comuneros ni siquiera trabajan directamente la tierra pues recurren al alquiler de las tierras comunales o a los contratos «al partir» para sembrarlas. Las pocas tierras que la comunidad no alquila o entrega «al partir» son empleadas por los propios comuneros para sembrar pastos, pero ni siquiera en este caso trabajan colectivamente pues cada familia siembra y cosecha su propia extensión.

Otro hecho que resiente a los santarrosinos es que los pocos proyectos que el Estado y las organizaciones no gubernamentales ejecutan en la zona tienen como objetivo privilegiado a la comunidad campesina. Algunos mini- y microfundistas han tratado de incorporarse a la Comunidad para disfrutar de sus beneficios pero han sido sistemáticamente rechazados, aun en contra de la propia Ley de Comunidades Campesinas. El Comité de Regantes ha reaccionado recortando el turno de riego de la Comunidad, que de cuarenta horas a la semana ha pasado a dieciocho horas en un día, pero esas medidas de presión no son suficientes para forzar un cambio en la inequitativa distribución de la tierra en el valle. Este caso es muy gráfico y revela las consecuencias imprevistas que el derecho estatal puede generar en determinados contextos locales. Nadie puede discutir las buenas intenciones de la legislación tuitiva comunal ni de la reforma agraria velasquista, pero la concreción histórica de esas normas, en este valle específico, nos invita a reflexionar sobre la vida social del derecho y el sentido que adquieren los discursos legales (esto es, la «comunidad campesina») en las prácticas y reproducción de una sociedad.

Como he tratado de resaltar a través de estos ejemplos, la gestión del agua en una cuenca como la del río Achamayo adquiere contornos significativamente diferentes a los prescritos por la ley oficial. Esto se produce no solo por la crisis del derecho estatal sino también debido a la fortaleza de la dinámica local, a las particularidades de las organizaciones de regantes y a la vigencia de concepciones alternativas a las que plantea el derecho de aguas estatal. La performatividad y creatividad de la normatividad local le permite procesar y mediar la influencia de la ley oficial. «¡El mundo al revés!», exclamaría cualquier letrado formado bajo los cánones prescriptivos de la educación legal. Lo que está al revés, en todo caso, es esa percepción que desconoce la vida social del derecho estatal y le atribuye una vigencia impoluta e incuestionable. De lo que se trata, más bien, es de comprender el fenómeno de la regulación social desde un punto de vista más comprensivo.

## 5. ANTROPOLOGÍA Y DERECHO

Frente al confuso y contradictorio panorama normativo que presentan las cuencas y regiones andinas y amazónicas, se podría pensar que la gestión del agua y de los recursos naturales en general se encuentra en un estado de anomía. Si bien es cierto que en muchas cuencas y regiones las actuales asimetrías en las relaciones de poder han desbordado los marcos regulatorios o la economía moral que imponía límites a las inequidades en la distribución de los recursos, los avances de la Antropología del Derecho revelan un aspecto generalmente olvidado por las autoridades y los estudios tradicionales: la vigencia social de la pluralidad legal. Una concepción alternativa a la tradicional ecuación «Estado = Derecho» y una perspectiva antropológica del fenómeno regulatorio nos llevan a la conclusión de que la debilidad estatal o la resignificación de sus comandos normativos no conduce a la anomía sino a la multiplicidad de régimenes normativos.

Para enfrentar esta pluralidad se han propuesto algunas opciones que oscilan entre la incorporación y el reconocimiento<sup>10</sup>. Si la primera es una forma de asimilar y someter el ordenamiento local, indígena o campesino a los moldes estatales, la segunda abre la posibilidad de respetar las formulaciones normativas locales y afirmar su autonomía. ¿Puede el derecho moderno, con su obsesión clasificatoria y prescriptiva, elaborar marcos normativos propicios para la gestión adecuada de la pluralidad legal y de la tensión estructural entre la autonomía local y la ley nacional? Las rigideces conceptuales e institucionales que hoy lo caracterizan nos hacen pensar que no. Se necesitaría un cambio paradigmático en la propia concepción y práctica del derecho para apartarse de su aspiración generalizante (nomotética<sup>11</sup>) y adoptar una perspectiva pluralista, democrática y contextualizada. Se necesitaría, también, un cambio en la escala normativa y en la acción política, pues la multiplicidad de contextos locales no se puede concebir ni manejar empleando una sola medida<sup>12</sup>.

En cualquier caso, lo importante es resaltar la lucha cotidiana, tanto material como simbólica, que libran los movimientos y las organizaciones indígenas y campesinas para defender sus derechos de agua y el manejo de sus recursos naturales. La creciente competencia por los recursos naturales propiciada por la demanda urbana, las políticas de fomento a las inversiones en actividades extractivas y el uso irresponsable del agua y los recursos naturales, así como los desequilibrios

<sup>10</sup> HOEKEMA (2006).

<sup>11</sup> GEERTZ (1983).

<sup>12</sup> SANTOS (1995).

demográficos y productivos que hemos generado, producen una enorme presión sobre los sistemas de gestión local de los recursos naturales.

Naturalmente que los sistemas legales nacionales o locales no operan al margen de los campos gravitacionales de la economía, la cultura, la política o la historia. La performatividad de la *doctrina de los derechos reservados de agua* consagrada en el sistema norteamericano para tutelar los derechos indígenas depende, por ejemplo, de un complejo proceso de decisiones judiciales atravesadas por consideraciones económicas e ideológicas<sup>13</sup>. Más allá del rigor doctrinario y de la justicia que expresa, esta doctrina colisiona con los derechos e intereses de otros usuarios de agua y acaba mediatisada por la influencia de factores extrajurídicos. De igual manera, el reconocimiento y performatividad de los derechos humanos o de los derechos indígenas y campesinos en los régimen legales latinoamericanos adquieren diversos signos y propósitos, no necesariamente reivindicativos o contrahegemónicos.

En este aspecto, las reformas estructurales de los Estados latinoamericanos en la década de 1990 fueron una oportunidad desperdiciada. En lugar de plantear un multiculturalismo transformativo que hubiese implicado un nuevo tratamiento de los derechos locales, indígenas o campesinos (por ejemplo, reconocimiento, redistribución y autonomía), las reformas estuvieron signadas por un neoliberalismo que adoptó las banderas del multiculturalismo pero únicamente para administrar la diferencia en función de las necesidades del mercado. Por eso, las políticas estatales de reconocimiento de los derechos y gestión locales, indígenas y campesinos adquirieron un signo disciplinario y ‘normalizador’ funcional a las necesidades del proyecto neoliberal, pero incompatibles con las políticas reivindicativas de identidad y recursos que plantearon los movimientos regionalistas e indígenas.

La pandemia neoliberal, en efecto, trató de reducir la problemática de la gestión del agua y los recursos naturales a la lógica del costo/beneficio y la maximización de utilidades. Presentó sus pretensiones en un lenguaje economicista y tecnocrático, típico de los proyectos de modernización liberal, y con un halo de ‘inevitabilidad’<sup>14</sup> y necesidad histórica. Era preciso liquidar, aunque tuviese que ser de manera no tan amigable, formas sociales, perspectivas culturales y modos de producción ‘ineficientes’. Ese era el precio que se debía pagar para instaurar el reino de la eficiencia homogeneizadora y liberar a los «otros» de las

---

<sup>13</sup> GETCHES (2006).

<sup>14</sup> BODLEY 1999 [1983] ofrece una rotunda crítica a las políticas del Banco Mundial que asumen e inducen el «desarrollo inevitable» de los pueblos indígenas y tribales a imagen y semejanza de los patrones de desarrollo occidental.

pesadas cadenas de la tradición y el colectivismo en el manejo de sus recursos. La implantación del *homo economicus* no solo implicaba profundos cambios en la esfera de la producción; era, ante todo, un gran proyecto cultural auspiciado por los Estados andinos, la cooperación internacional y los agentes de desarrollo interesados en la transformación compulsiva de los Andes y la Amazonía.

Los reformadores neoliberales centraron el debate en la economía política del agua y los recursos naturales y soslayaron la discusión sobre la implicancia política de los diversos significados que las sociedades atribuyen a esos recursos<sup>15</sup>. Al reducir su significado al de un mero bien económico, minimizaron su valor social y cultural porque en su propia cosmovisión materialista la economía es el eje privilegiado de comprensión de la realidad social. Esta visión colisiona con el significado cultural que el agua y los recursos tienen en las sociedades andinas y amazónicas. En estas, el agua o cualquier otro bien no es un simple recurso natural. Tiene dimensiones trascendentales en la estructuración social e identidad colectiva de los pueblos y comunidades indígenas<sup>16</sup>. Por eso, los debates y las leyes que no tomen en cuenta los múltiples significados del agua y otros recursos pueden tener resultados nefastos en esos pueblos y comunidades y, de hecho, originan movimientos de oposición y resistencia.

Se hace necesario, entonces, reflexionar sobre la pertenencia y la pertinencia de las actuales leyes y políticas sobre los recursos naturales de los países andinos. Estas son dos grandes dimensiones del gran desencuentro entre el Estado y la sociedad en América Latina. ¿A quién pertenecen las leyes y políticas oficiales? ¿Son realmente pertinentes y aplicables a los contextos que pretenden regular? El problema es que tanto la pertenencia como la pertinencia de los discursos políticos y legales que elaboran los Estados para gestionar el agua y los recursos naturales son cuestionadas por las sociedades latinoamericanas.

Tal como se plantea para la educación, la tecnología o los proyectos de desarrollo, el derecho también debería responder a esas preguntas para refundar su papel social. Eso llevaría a la democratización, pluralización y contextualización de sus propuestas regulatorias y de sus instituciones. Sería, también, una forma de fomentar el diálogo Estado-sociedad, garantir la apropiación y vigencia social de las leyes y políticas oficiales y, sobre todo, legitimar la pertinencia del derecho en países tan heterogéneos como los andinos. Para emprender estas tareas, el llamado del doctor de Trazegnies a «[...] introducir elementos antropológicos, sociológicos, psicológicos, económicos, etc., en el seno del razonamiento jurídico mismo, en

---

<sup>15</sup> BOELENS, GUEVARA y GETCHES (2006).

<sup>16</sup> GELLES (2006).

la creación e interpretación de la ley»<sup>17</sup>, adquiere una importancia trascendental. Es imperativo transitar del rigor lógico-formal, tan caro al jurista tradicional, al pensamiento interdisciplinario, con el fin de transformar el horizonte conceptual, político y normativo del derecho.

Además, para imbuir de pertinencia y pertenencia a leyes y políticas, sería necesario invertir el signo de los proyectos nacionales desarrollados por los Estados-nación andinos. Si en su trayecto histórico estos procuraron someter a los poderes regionales y locales para lograr la centralización política y asimilar o integrar a las sociedades locales, indígenas y campesinas que representaban al «otro» que debía ser civilizado, ahora se trata de que los Estados andinos se nutran de la diferencia, de la creatividad local y del vigor de las sociedades regionales. Para hacerlo tendrán que asumir una estructura descentralizada y una nueva forma de pensar el derecho y la política. Solo así se garantizará la gobernabilidad democrática de sociedades tan diversas como las nuestras. En esta nueva perspectiva, los derechos locales, indígenas o campesinos, adquirirán un nuevo estatus. Dejarán de ser ordenamientos que deben ser suprimidos o extirpados para instaurar el reino del derecho moderno (esto es, sistemático, general, abstracto). Su origen ‘espurio’ (popular, consuetudinario) los transformará, más bien, en los cimientos necesarios para elaborar un nuevo derecho, inimaginable con los cánones de las ciencias jurídicas tradicionales.

Aquí es donde la Antropología del Derecho alcanza relevancia analítica y política. Primero, para mejorar nuestra comprensión del propio derecho estatal y de la diversidad de ordenamientos que regulan nuestra vida social; y, segundo, para cuestionar los fundamentos del orden actual y plantear alternativas basadas en una mirada interdisciplinaria, abierta a conjugar la diversidad y nutrirse de la diferencia.

## 6. DERECHO Y UTOPÍA

Precisamente por tratarse de una tarea que parece imposible, es necesario insistir en el horizonte utópico del derecho y reivindicar a la justicia y los valores éticos como las bases necesarias para transformarnos y transformar nuestras sociedades. También deberíamos afirmar la vigencia *conjunta* de los derechos individuales y colectivos, y de los derechos humanos en su integridad, con el fin de lograr su *exigibilidad* y concreción social.

Ciertamente que *derecho* y *utopía* parecen términos contradictorios, irreconciliables, y precisamente por eso fueron materia de reflexión de los pensadores

---

<sup>17</sup> DE TRAZEGNIES (1977: 65).

utópicos. Mientras que para autores como Tomás Moro (*Utopía*, 1516), el derecho, naturalmente replanteado, jugaba un papel central en la organización de la nueva comunidad política ideal, otros pensadores creían que el sistema legal debía ser expulsado del nuevo paraíso terrenal porque pasaba a ser una técnica de control social innecesaria. Lo que importa destacar es que, como medio o como fin, el derecho aparecía como una herramienta fundamental para lograr la sociedad perfecta.

Es interesante recordar, por ejemplo, que la Capitulación de Toledo de 1529, partida de nacimiento del descubrimiento y la conquista del Perú, prohibió el paso de procuradores y letrados al Nuevo Mundo<sup>18</sup>. Lo hizo para evitar los «muchos pleitos y debates» que nuestra profesión fomentaba y fomenta. Esta medida era una reacción al febril pleitismo que había inundado las cortes reales de justicia, quebrado litigantes y enriquecido a los picapleitos de la península y de los nuevos territorios. Pero esta medida también era expresión de una de las corrientes del pensamiento utópico propio del Renacimiento europeo: crear un nuevo mundo en donde la abundancia y la bondad permitieran vivir en un estado de gracia que hiciera innecesaria la existencia del derecho, la economía, las instituciones sociales e inclusive la propia idea de justicia.

Naturalmente que la propia Corona, sus funcionarios coloniales y los señores de Indias se encargaron de transformar al Nuevo Mundo en una realidad cada vez más alejada de cualquier planteamiento utópico. Pero la idea misma inspiró a movimientos milenaristas o revolucionarios y a misioneros ejemplares que insistieron, cada uno a su modo, en la necesidad de concretar ideales y valores contradictorios al orden vigente en ese período.

Siglos después, la relación entre el derecho y un Nuevo Mundo mantiene toda su tensión. Es necesario reconocer, por ejemplo, el papel que han jugado los juristas en la plasmación de ideales que, aunque tímidamente, nos acercan un poco más a la realización de nuestra humanidad. También es importante reconocer el papel del derecho internacional en la formulación de conceptos, normas y políticas que hoy tratamos de procesar y aplicar para poner el derecho al servicio del desarrollo y de los derechos humanos (por ejemplo, la reciente elaboración del derecho humano al agua). Pero, en mi opinión, más importante aún es preguntarse sobre el destino del derecho y el impacto de la tradición utópica en su naturaleza.

El problema central es que el derecho contemporáneo se funda en la violencia y se alimenta de ella<sup>19</sup>. Es más, se acepta que los Estados la monopolicen y

---

<sup>18</sup> GUEVARA GIL (1993).

<sup>19</sup> Véanse COVER (1992); RIVERA (2004).

administren porque esta es, finalmente, la garantía del orden social y legal. Para concebir un mundo y un derecho diferentes es necesario, entonces, transformar esos cimientos. Rivera, por ejemplo, propone desarrollar un nuevo fundamento, radicalmente diferente, para organizar nuestras sociedades: «[...] quizás la clave esté en el fomento de una nueva sensibilidad que tenga como centro al “otro” o la “otra”, de modo que nos impida infingirle daño por más beneficio que ese daño parezca comportar a esa divinidad secular que llamamos sociedad. [Esto significaría] el desarrollo de una verdadera aversión al sufrimiento que se impone sobre otros»<sup>20</sup>.

Ese nuevo fundamento implicaría cambiar todo el edificio legal contemporáneo. El derecho adquiriría, de este modo, un nuevo signo y una nueva función, radicalmente diferente, admirablemente utópica y bella: «En cuanto al Derecho, tendría que incorporar esa nueva sensibilidad en todas sus instancias [...] Tendría que desvincularse de su propia violencia fundante [...] Tendría que hacerse cada vez menos dependiente de la coacción y descansar más en la persuasión. Tendría que hacerse cada vez menos norma que se impone y cada vez más valor que se abraza. [...] Quizás el Derecho tenga que parecerse más al amor»<sup>21</sup>.

Como se puede apreciar, se trata de un planteamiento muy simple pero radical. Enfrenta las raíces mismas del problema de fundamentación, utilidad y aplicación del derecho contemporáneo y se nutre la dimensión utópica del amor pleno, puro y compartido, que es, finalmente, la motivación libre y gratuita que inspira a los hombres y las mujeres de buena voluntad dedicados a la tarea de la realización humana integral.

Quería terminar este trabajo recordando un fragmento del discurso que Gabriel García Márquez pronunció cuando recibió el Premio Nobel en 1982. Creo que sintetizan magistralmente la necesidad de aferrarse al horizonte utópico para pensar sobre los problemas que enfrentamos y plantear soluciones con dimensiones realmente humanas. Solo en ese momento el derecho dejará de ser un problema y podrá convertirse en una herramienta útil para desarrollar una sociedad más libre, justa y humana. Para lograrla necesitamos crear «[...] una nueva y arrasadora utopía de la vida, donde nadie pueda decidir por otros hasta la forma de morir, donde de veras sea cierto el amor y sea posible la felicidad, y donde las estirpes condenadas a cien años de soledad tengan por fin y para siempre una segunda oportunidad sobre la tierra».

---

<sup>20</sup> RIVERA (2004: 14).

<sup>21</sup> RIVERA (2004: 14).

## BIBLIOGRAFÍA

- AUSTIN, John L  
1975 *How to Do Things with Words*. Segunda edición. Cambridge: Harvard University Press.
- BODLEY, John H.  
1999 [1983] «The World Bank Tribal Policy: Criticisms & Recommendations». *The Center for World Indigenous Studies*. Consulta: 3 de noviembre de 2006. <[www.cwis.org](http://www.cwis.org)>.
- BOELENS, Rutgerd, David GETCHES y Armando GUEVARA GIL (editores)  
2006 *Agua y derecho. Políticas hídricas, derechos consuetudinarios e identidades locales*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos
- BOELENS, Rutgerd, Armando GUEVARA GIL y David GETCHES  
2006 «La gestión indígena y campesina del agua frente a las políticas hídricas de los países andinos». En BOELENS, Rutgerd, David GETCHES y Armando GUEVARA GIL (editores), pp. 11-30.
- CALVO, César Calvo  
1981 *Las tres mitades de Ino Moxo y otros brujos de la Amazonía*. Iquitos: Proceso Editores.
- COVER, Robert  
1992 «Nomos and Narrative». En Minow, Martha, Michael Ryan y Austin Sarat (editores). *Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, pp. 95-172.
- DE TRAZEGNIES, Fernando  
1977 «El caso Huayanay: el derecho en situación límite». *Cuadernos Agrarios*. Lima, número 1, pp. 73-118.
- GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel  
1982 *La soledad de América Latina*. Discurso pronunciado ante la Academia Sueca de las Letras el 8 de diciembre de 1982. Consulta: 15 de enero de 2007. <[http://nobelprize.org/nobel\\_prizes/literature/laureates/1982/marquez-lecture-sp.html](http://nobelprize.org/nobel_prizes/literature/laureates/1982/marquez-lecture-sp.html)>
- GEERTZ, Clifford  
1983 *Local knowledge. Anthropological Essays*. New York: Basic Books.

- GELLES, Paul  
2006 «Pueblos indígenas, identidad cultural y derechos de agua en las naciones andinas». En BOELENS, Rutgerd, David GETCHES y Armando GUEVARA GIL (editores) (2006), pp. 83-128.
- GETCHES, David  
2006 «La defensa de los derechos de agua indígenas con las leyes de la cultura dominante: el caso de Estados Unidos». En BOELENS, Rutgerd, David GETCHES y Armando GUEVARA GIL (editores) (2006), pp. 227-254.
- GUEVARA GIL, A., R. BOELENS y D. GETCHES  
2006 «Conclusiones: La complejidad de la gestión del agua en los países andinos». En BOELENS, Rutgerd, David GETCHES y Armando GUEVARA GIL (editores) (2006), pp. 411-422.
- GUEVARA GIL, Jorge Armando  
1993 *Propiedad agraria y derecho colonial: los documentos de la hacienda Santotis (Cuzco, 1543-1822)*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- HOEKEMA, André  
2006 «¿Un nuevo futuro codificado para la tenencia local de los recursos naturales?». En BOELENS, Rutgerd, David GETCHES y Armando GUEVARA GIL (editores) (2006), pp. 189-225.
- JOHNSON, Lyman y Sonya LIPSETT-RIVERA (editores)  
1998 *The Faces of Honor: Sex, Shame, and Violence in Colonial Latin America*. Albuquerque: University of New Mexico Press.
- RIVERA RAMOS, Efrén  
2004 «Reflexiones bajo el influjo de una violencia extrema». En GARZÓN VALDEZ, Antonio y otros. *Violencia y derecho. SELA 2003. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*. Buenos Aires: Editores del Puerto, pp. 3-14.
- SANTOS, Boaventura de Sousa  
1995 *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. Nueva York: Routledge.
- SEARLE, John  
1997 *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós.
- TWINAM, Ann  
1999 *Public Lives, Private Secrets. Gender, Honor, Sexuality, and Illegitimacy in Colonial Spanish America*. Stanford: Stanford University Press.

## **UN MUERTO EN LAS FRONTERAS: RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES A LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL PERÚ**

*Jorge E. Lazarte Molina\**

No se puede diseñar un ataúd sin conocer primero al muerto. De lo contrario, el ataúd podría resultar inservible. No sería sensato construir un ataúd y pensar luego cómo hacer para introducir al difunto dentro de él. No es lógico tener que doblar o cercenar el cadáver para que quepa dentro del ataúd. Por el contrario, lo lógico es construir un ataúd a su medida, que sirva bien a su propósito. Para ello, es preciso conocer bien al finado en todas sus dimensiones, cuánto mide, cuánto pesa, qué llevará consigo al momento del entierro, si el lugar del entierro tiene medidas predefinidas, etcétera. Todo cuanto haya que saber para diseñar un buen ataúd, que permita un cómodo entierro. Un ataúd pequeño no sirve, y uno muy grande, si acaso sirve, es innecesario.

En uno de los salones del palacio de Torre Tagle, que servía de sede a la cancillería, reunidos para conversar sobre una investigación que yo venía haciendo, recién egresado de la Facultad de Derecho, Fernando de Trazegnies me enseñó, con este macabro ejemplo del muerto y el ataúd, que no es posible buscar una solución a un problema sin conocerlo primero en todas sus dimensiones; sus características, las formas en que se presenta, el momento en que se da, cómo se da y por qué se da. En otras palabras, me enseñó la importancia de entender bien cada problema antes de pensar en darle una solución. De lo contrario, existirá siempre el riesgo de diseñar una solución que sirva poco a su propósito: que sea demasiado grande para el problema y resulte demasiado costosa, o demasiado pequeña y no lo abarque en todas sus dimensiones.

Fernando de Trazegnies es una de las primeras personas con las que he trabajado, y a quien agradezco haberse atrevido a darme mi primera práctica

---

\* Abogado. Máster en Derecho de los Negocios, Universidad Francisco de Vitoria. Asociado del Estudio Payet, Rey & Cauvi Abogados.

preprofesional. Académicamente, nunca he tenido la oportunidad de entrar a una de sus clases en la Facultad, pero tuve la suerte de tenerlo como asesor de tesis para obtener mi título de abogado. En el ámbito personal, mi relación con él se remonta hasta mi infancia, y ha perdurado estrechamente durante todos estos años. Motivos no me faltan para asegurar que Fernando de Trazegnies es uno de los mejores abogados que he conocido, y de quien uno nunca termina de aprender. Es al mismo tiempo un extraordinario educador, que tiene el don de la paciencia y la gracia para transmitir conocimientos, de una fuente inacabable de ingeniosas ideas y envidiables experiencias. Pero es, por encima de todo, una persona que, con extraordinaria sencillez y admirable disfrute por lo que hace, inculca en quienes lo rodean un afán de superación permanente, y una motivación constante por aprender más... por vivir más.

Quiero dedicar las siguientes páginas a tratar un problema al estilo que aprendí de Fernando de Trazegnies, como quien se enfrenta a la tarea de diseñar un ataúd para un muerto. Se trata de un problema del que adolece nuestro sistema legal, y que afecta diariamente a todos los extranjeros que buscan invertir cerca de las fronteras de nuestro país. Según veremos, se trata de una afectación que limita absurdamente la inversión extranjera dentro de los cincuenta kilómetros de nuestras fronteras, y constituye un verdadero muerto para el que urge un ataúd.

## **1. EL DRAMA DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA CERCA DE LAS FRONTERAS**

No hace mucho, un inversionista estadounidense nos consultó acerca de la posibilidad que tenía de participar, con una empresa peruana, en el desarrollo de un proyecto hotelero cerca de la frontera con el Ecuador. Nos explicó que solo tenía la intención de aportar capital al desarrollo del proyecto, que sería operado y controlado mayoritariamente por una empresa peruana.

Su principal preocupación era que, según le habían informado, nuestra Constitución prohibía a los extranjeros invertir dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras. Ante esta afirmación, recurrimos a la Constitución para tratar de dar una respuesta a su consulta.

Sobre el particular, el artículo 71 de la Constitución establece que

[...] dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.

Si bien es cierto que, a primera impresión, la Constitución no parece contener una prohibición que impida a los extranjeros invertir cerca de nuestras fronteras, el citado artículo nos generó muchas dudas respecto a la posibilidad que tenía el estadounidense de invertir libremente en el proyecto que le ofrecían. De hecho, su consulta nos hizo darnos cuenta de una serie de problemas que, si fueran fáciles de resolver, llegaríamos al absurdo de impedir, incluso, la sola presencia de extranjeros cerca de las fronteras. Ello por cuanto se trata de una norma poco clara y muy ambigua, que no regula adecuadamente su ámbito de aplicación, los alcances de su prohibición, sus posibles supuestos de excepción, ni las consecuencias de su inobservancia. Veamos a continuación en qué consisten estos problemas.

### 1.1 Ámbito de aplicación del artículo 71 de la Constitución

Uno de los principales problemas que presenta el artículo 71 de la Constitución es su ámbito de aplicación. Se trata de una norma sumamente amplia, que afecta a todos los extranjeros en general, sean personas naturales o jurídicas, e incluso a aquellos que mantienen una participación minoritaria en su capital social. Nada en el texto de la norma nos permite limitar su ámbito de aplicación.

Tal y como está redactado, el artículo 71 de la Constitución impide, por ejemplo, a un ciudadano suizo adquirir un terreno cerca de la frontera con Bolivia; a una empresa canadiense, explotar una mina cerca de la frontera con Brasil; y hasta a un peruano casado con una argentina, adquirir un terreno cerca de la frontera con Chile, salvo que este hubiera optado por un régimen de separación de patrimonios, ya que, de lo contrario, el terreno formaría parte de la sociedad de gananciales, lo que determinaría una participación indirecta de su cónyuge sobre el terreno.

Aunque parezca absurdo, esta es la forma en la que el Estado peruano ha venido interpretando el artículo 71 de la Constitución, a través de distintos decretos supremos mediante los cuales declara de «necesidad pública» las inversiones extranjeras que considera convenientes, con la única finalidad de escapar del impedimento que establece el referido artículo de la Constitución.

En uno de los casos más controvertidos recientemente suscitados en torno a esta norma, el 11 de agosto de 2005 el Estado publicó el decreto supremo 056-2005-RE, mediante el cual declaró de necesidad pública exceptuar de la prohibición contenida en el artículo 71 de la Constitución a los ciudadanos bolivianos descendientes de peruanos de la comunidad puneña de Santiago de Ojje, que posean títulos de propiedad sobre terrenos ubicados en la isla de Caana, ubicada en el lago Titicaca<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> El decreto supremo 056-2005-RE fue producto del Acuerdo de Entendimiento suscrito el 27 de agosto de 2003 entre los gobiernos del Perú y Bolivia. En él se acordó que cada Estado realizaría sus mayores esfuerzos para adecuar sus legislaciones internas a fin de que tanto pobladores peruanos

Este decreto supremo desató un intenso debate en nuestro país, que dejó entrever el sentido que muchos atribuyen al artículo 71 de la Constitución: impedir que cualquier extranjero adquiera derechos sobre bienes ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de nuestras fronteras, salvo que medie un decreto supremo que declare tal adquisición como una necesidad pública.

En este orden de ideas, no debe sorprender, por ejemplo, que el Estado haya considerado necesario declarar de necesidad pública la adquisición de derechos mineros, cerca de las fronteras de Bolivia y Chile, por parte de una empresa cuyo capital social pertenecía en un 70% a una empresa australiana<sup>2</sup>. De hecho, el Estado viene considerando necesario declarar de necesidad pública y autorizar previamente cualquier adquisición de derechos mineros, por parte de personas naturales o jurídicas extranjeras, e incluso la adquisición de acciones de empresas peruanas que posean derechos mineros, aun cuando representen una participación minoritaria en el capital social de la empresa titular de los derechos<sup>3</sup>.

Según se observa, a diferencia de otros países donde solo se limita la inversión extranjera proveniente de países limítrofes, respecto de las fronteras de donde

---

en territorio fronterizo de Bolivia como pobladores bolivianos en territorio fronterizo del Perú, sean exceptuados de cualquier norma interna que les impida gozar de sus derechos de propiedad. Atendiendo a ello, dicho decreto supremo dispuso lo siguiente:

«Artículo 1.- Declárese de necesidad pública exceptuar de la prohibición establecida en el último párrafo del artículo 71 de la Constitución Política del Perú a los ciudadanos bolivianos que acrediten ser descendientes de peruanos de la comunidad de Santiago de Ojje y posean títulos de propiedad privada expedidos por autoridades peruanas sobre terrenos de la isla peruana de Caana, adquiridos antes de 1932; así como derechos de sucesión válidos sobre los mismos en la referida isla ubicada en el distrito insular de Anapia, provincia de Yunguyo, Región Puno.

»Artículo 2.- La legitimidad y validez de los referidos títulos de propiedad privada, así como el derecho de sucesión y la forma como se ejercerán los referidos derechos, de ser el caso, deberán ser determinados por las autoridades competentes del Perú. Lo anterior se hará en pleno respeto del ordenamiento jurídico peruano y sin que se afecte la soberanía e integridad territorial del Estado.

»Será indispensable acreditar que los herederos de nacionalidad boliviana de la comunidad de Santiago de Ojje poseen un entroncamiento en línea directa con ascendientes peruanos, mediante la inscripción que conste en los Consulados del Perú, o con la Partida de Nacimiento, o en su defecto, con la Partida de Bautizo debidamente certificada por las Direcciones de Asuntos Eclesiásticos del Ministerio de Justicia del Perú y el Arzobispado competente de la localidad».

<sup>2</sup> Esta declaración fue realizada mediante decreto supremo 026-2005-EM, publicado el 13 de julio de 2005, como consecuencia de la solicitud presentada para adquirir nueve derechos mineros ubicados en las zonas de las fronteras con Chile y Bolivia, por la empresa ALTURAS MINERALS S. A., en la cual la empresa australiana EQUINOX PERÚ VENTURES LIMITED tenía 70% de participación.

<sup>3</sup> Un claro ejemplo de estas declaraciones de necesidad pública apreciarse en el decreto supremo 014-2005-EM, publicado el 22 de abril de 2005; decreto supremo 23-2003-EM, publicado el 27 de junio de 2003; decreto supremo 004-98-EM, publicado el 6 de febrero de 1998; decreto supremo 21-2003-EM, publicado el 27 de junio de 2003; decreto supremo 013-99-EM, publicado el 7 de mayo de 1999; entre otros.

provine la inversión (por ejemplo, Chile), el ámbito de aplicación del artículo 71 de la Constitución es sumamente amplio. Ello determina que, en la actualidad, sus alcances se hagan extensivos a cualquier ciudadano o empresa extranjera que busque invertir en el Perú dentro de los cincuenta kilómetros de nuestras fronteras, impidiéndoles adquirir o poseer derechos sobre bienes inmuebles en esas zonas.

## 1.2 Alcances de la prohibición del artículo 71 de la Constitución

Otro problema que presenta este artículo es la determinación de los alcances de la prohibición que contiene. Aparentemente, se trata de una norma que impide a los extranjeros adquirir o poseer, taxativamente, «[...] minas, tierras, bosques, aguas, combustibles y fuentes de energía». Sin embargo, la forma en que esta norma es interpretada por el Estado hace que la prohibición sea extensiva a todo tipo de inmuebles y bienes productivos ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras.

En efecto, la sola inclusión del concepto *tierras* en dicho artículo hace que los alcances de la norma resulten sumamente extensos, ya que el Estado considera como tal a cualquier tipo de terreno. Una prueba de esto puede verse en el decreto supremo 056-2005-RE, al que nos hemos referido líneas antes:<sup>4</sup> el Estado considera que la excepción a la prohibición contenida en el artículo 71 de la Constitución solo es aplicable a los ciudadanos bolivianos cuyos terrenos hubieran sido adquiridos en las condiciones previstas en el referido decreto.

Igualmente, mediante decreto supremo 030-98-MTC, el Estado consideró necesario exceptuar de la prohibición comentada a una empresa constituida en el Reino de los Países Bajos (en Ámsterdam), que instalaría la infraestructura necesaria para la prestación de servicios de telefonía en los departamentos de Tumbes, Piura, Cajamarca y Amazonas, utilizando para ello terrenos ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera con el Ecuador.<sup>5</sup>

Pero lo peor es que, partiendo de esta interpretación tan amplia del concepto de *tierras*, ya ni siquiera importa si los extranjeros adquieren realmente o no derechos sobre ellas; basta ahora que adquieran derechos sobre bienes que se encuentren en tierras ubicadas dentro de la franja aludida, para que el Estado los considere afectos a la prohibición contenida en el artículo 71 de la Constitución.

---

<sup>4</sup> Véase *supra*, nota 1.

<sup>5</sup> El decreto supremo 030-98-MTC, publicado el 30 de noviembre de 1998, fue emitido considerando expresamente lo siguiente: «Que, la infraestructura e instalaciones pertinentes para la prestación de los servicios materia de la concesión, sería instalada por la empresa extranjera concesionaria dentro de los cincuenta (50) kilómetros de las fronteras, por lo que debe expedirse un Decreto Supremo en cumplimiento del artículo 71 de la Constitución Política del Perú».

Siendo esto así, un ciudadano extranjero no puede, ni siquiera, ser propietario o poseedor de un apartamento en un edificio que se ubique dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, ya que los derechos sobre este le conferirían también derechos sobre una alícuota del terreno en el que se encuentra construido.

En este orden de ideas, no debe llamar la atención que, mediante decreto supremo 019-2005-VIVIENDA, el Estado considerara de necesidad pública exceptuar de la prohibición contenida en el artículo 71 de la Constitución a una empresa uruguaya de capitales argentinos, para prestar servicios de saneamiento en el departamento de Tumbes<sup>6</sup>. Asimismo, mediante decreto supremo 027-2002-EM, se declaró de necesidad pública la adquisición de activos de transmisión eléctrica por parte de una empresa peruana de capitales colombianos, para que esta pudiese operar una concesión dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras<sup>7</sup>.

Según se observa, el Estado se ha encargado de dotar al artículo 71 de la Constitución de unos alcances sumamente amplios, impidiendo a cualquier empresa o ciudadano extranjeros adquirir o poseer derechos sobre bienes que se encuentren en tierras ubicadas dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras.

### 1.3 Excepciones a la prohibición del artículo 71 de la Constitución

Un tercer problema que presenta el artículo 71 de la Constitución se refiere a las excepciones a la prohibición contenida en dicha norma. Según dicho artículo, se exceptúan de la prohibición los casos de necesidad pública declarados por decreto supremo. Sin embargo, no se precisa qué tipo de situaciones constituyen una «necesidad pública». Esto ocasiona que el Estado declare de necesidad pública, en general, distintas actividades económicas, a fin de viabilizar las inversiones extranjeras en esas actividades.

Cada vez que el Estado quiere permitir a una empresa extranjera adquirir bienes o derechos dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, emite un decreto supremo declarando *de necesidad pública* la actividad económica en la

---

<sup>6</sup> El decreto supremo 019-2005-VIVIENDA, publicado el 29 de septiembre de 2005, estableció en su artículo 1 lo siguiente: «Declárese de necesidad pública la participación del sector privado en la prestación de los Servicios de Saneamiento actualmente a cargo de la EPS EMFAPATUMBES S. A. en las provincias de Tumbes, Zarumilla y Contralmirante Villar, a efecto que la empresa Aguas de Tumbes S. A., pueda obtener la concesión respecto de bienes y derechos que se encuentran dentro de los cincuenta (50) kilómetros de la frontera del país».

<sup>7</sup> El decreto supremo 027-2002-EM, publicado el 4 de septiembre de 2002, dispuso en su artículo 1 lo siguiente: «Declárese de necesidad pública la inversión privada en el proceso de concesión de los Sistemas de Transmisión Eléctrica del Estado (ETECEN-ETESUR), a efecto que la empresa Red de Energía del Perú S. A., pueda obtener la concesión respecto de bienes y derechos que se encuentran dentro de los cincuenta (50) kilómetros de la frontera del país».

que dicha empresa invertiría. Así, en el sector minero existen decenas de decretos supremos que han declarado de necesidad pública la inversión privada en minería, con el único objeto de permitir ciertas inversiones extranjeras en el sector.

Siendo esto así, cabe preguntarse si en verdad es necesario condicionar la inversión extranjera a la emisión de un nuevo decreto supremo que declare de necesidad pública la inversión privada en minería cada vez que se quiere hacer una inversión extranjera cerca de las fronteras; o si basta ya con todos los decretos que se han emitido hasta la fecha<sup>8</sup>. ¿No es suficiente acaso con una única declaración, como la contenida, por ejemplo, en la ley 26221, Ley de Hidrocarburos, que ha declarado de necesidad pública las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, liberando así a los extranjeros de la prohibición que les impone el artículo 71 de la Constitución?<sup>9</sup>

Quizás el problema radique en que el artículo 71 de la Constitución no precisa si la declaración de necesidad pública que se requiere debe ser de carácter general, o si se requiere más bien una declaración expresa de carácter particular. Sin embargo, nada en la norma permite inferir que tal declaración deba realizarse cientos de veces, para que cada inversión extranjera cerca de nuestras fronteras sea legalmente posible. De ser este el caso, nos encontraríamos ante un tipo de autorización exigida constitucionalmente para permitir a cada extranjero invertir en el Perú cerca de nuestras fronteras.

Al respecto, es preciso señalar que un decreto supremo no es una norma que se emita con fines particulares. Más aún, mediante decretos supremos no se emiten actos administrativos con autorizaciones para casos concretos; por el contrario, tal y como lo establece la Ley del Poder Ejecutivo, aprobada mediante decreto legislativo 560, publicado el 29 de marzo de 1990, «Los decretos supremos son normas de carácter general que regulan la actividad sectorial o multisectorial a nivel nacional».

En este orden de ideas, creemos que una interpretación adecuada del artículo 71 de la Constitución haría posible inferir que la declaración de necesidad pública que se requiere para permitir la inversión extranjera dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras es una declaración de carácter general, que no requiere

---

<sup>8</sup> Solo de manera enunciativa, algunos de los decretos supremos mediante los cuales se ha declarado, reiteradamente, la inversión privada en minería como una necesidad pública, son los decretos 026-2005-EM, 014-2005-EM, 023-2003-EM, 022-2003-E, 021-2003-EM, 013-99-EM, 004-98-EM, etcétera.

<sup>9</sup> El artículo 13 de la ley 26221 establece que: «Las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, podrán celebrar Contratos en todo el territorio nacional incluyendo el área comprendida dentro de los cincuenta (50) kilómetros de las fronteras. Para efecto de realizar actividades de exploración o explotación de hidrocarburos en la zona antes indicada, la presente Ley Orgánica reconoce que estas constituyen casos de necesidad nacional y pública».

ser emitida repetidas veces para cada caso en particular, como si se tratara de un acto administrativo mediante el cual se confiere una autorización.

#### 1.4 Consecuencias del incumplimiento del artículo 71 de la Constitución

La falta de claridad respecto de las consecuencias que acarrea la inobservancia de la prohibición contenida en dicho artículo es otra dificultad del artículo 71 de la Constitución, ya que se limita a señalar que los extranjeros que adquieran derechos sobre ciertos bienes dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, los perderán en beneficio del Estado.

Sin embargo, el artículo no precisa como operaría dicha pérdida de derechos. ¿Se trataría acaso de una expropiación, por la cual correspondería el pago de un justiprecio? ¿No estaríamos acaso ante una nulidad de la adquisición por ser contraria a una norma constitucional? ¿O se trataría más bien de una adquisición válida, que acarrearía una suerte de «usurpación legal» por parte del Estado, en virtud de la cual este se adjudicaría gratuitamente los derechos adquiridos en infracción de la norma constitucional, castigando así al infractor por su incumplimiento?

Contrariamente a lo que podría pensarse, la adquisición de derechos por parte de un extranjero, dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, en inobservancia de la prohibición contenida en el artículo 71 de la Constitución, no generaría la nulidad de dicha adquisición. En otros países, en cambio, en donde existe una restricción similar (Honduras, por ejemplo) la inobservancia de la norma sí se castiga con la nulidad del acto infractor<sup>10</sup>. En el Perú, sin embargo, si bien es cierto que se trataría de una adquisición con un fin claramente inconstitucional, cuya nulidad podría estar plenamente sustentada en el artículo 219, numeral 4, del Código Civil<sup>11</sup>, la Constitución no solamente no sanciona con nulidad dicha adquisición, sino que, por el contrario, establece una sanción que solo sería posible aplicar en la medida en que la adquisición sea válida.

En efecto, la sanción por el incumplimiento del artículo 71 de la Constitución consistiría en la pérdida de los derechos adquiridos en inobservancia de la

<sup>10</sup> El artículo 107 de la Constitución de Honduras de 1982 establece lo siguiente: «Los terrenos del Estado, ejidales comunales o de propiedad privada situados en la zona limítrofe a los estados vecinos, o en el litoral de ambos mares, en una extensión de cuarenta kilómetros hacia el interior del país, y los de las islas, cayos, arrecifes, escolladeros, peñones, sirtes y bancos de arena, solo podrán ser adquiridos o poseídos o tenidos a cualquier título por hondureños de nacimiento, por sociedades integradas en su totalidad por socios hondureños y por las instituciones del Estado, *bajo pena de nulidad del respectivo acto o contrato*».

<sup>11</sup> El artículo 219, numeral 4, del Código Civil establece lo siguiente: «*El acto jurídico es nulo: [...] 4. Cuando su fin sea ilícito [...]*».

prohibición contenida en dicho artículo. Así, para que dicha pérdida ocurra en beneficio del Estado, sería necesario que, primero, tuviese lugar la adquisición de los derechos por parte del extranjero. De lo contrario, si no fueran adquiridos previamente, mal podrían perderse luego. Siendo esto así, no puede operar una nulidad de la adquisición, ya que ello supondría que los derechos adquiridos por el extranjero retornen a su anterior titular, impidiendo la aplicación de la sanción prevista, que consiste en la pérdida de los derechos adquiridos por el extranjero en beneficio del Estado. En consecuencia, el artículo 71 de la Constitución no castiga su inobservancia con nulidad, sino que más bien convalida dicha inobservancia a efectos de aplicar una sanción distinta.

Sobre este particular, Enrique Bernales ha señalado que si no se cumple con obtener la excepción de la prohibición contenida en el artículo 71 de la Constitución, «[...] el derecho adquirido por el extranjero se pierde en beneficio del Estado, esto es, se extingue»<sup>12</sup>. Cabe señalar que, en realidad, no es que el derecho del extranjero se extinga, ya que solo podría pensarse en la extinción de un derecho sobre un bien en la medida en que el bien mismo se extinga. Lo que ocurre, más bien, es que el derecho del extranjero pasa a ser de titularidad del Estado.

Ahora bien, Enrique Bernales ha señalado igualmente que no hay lugar a compensación alguna para el extranjero que infrinja el mandato constitucional. Según Bernales, debe quedar claro que «[...] si el extranjero realizó alguna inversión, no tiene derecho de reclamar por ella. Los daños y perjuicios que le origine tal pérdida no son indemnizables»<sup>13</sup>. En concordancia con ello, ocurriría una suerte de «usurpación legal» por parte del Estado, ya que este se apropiaría de manera gratuita de los derechos que hubiesen sido adquiridos por los extranjeros en contravención del artículo 71 de la Constitución. Esta sería también la opinión de Marcial Rubio, quien entiende que el Estado no se encuentra obligado a resarcir las inversiones realizadas por los extranjeros para la adquisición de sus derechos dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras<sup>14</sup>.

Sin embargo, no queda del todo claro cómo operaría dicha pérdida de derechos. Si pensamos en un predio, por ejemplo, cabría preguntarse cómo haría el Estado para despojar de sus derechos al extranjero infractor de la Constitución, si no es mediante un procedimiento de expropiación. ¿Bastaría acaso un acto administrativo que declare la pérdida de los derechos? ¿Se requeriría una norma que disponga que el Estado sea el nuevo titular del predio? ¿O sería necesaria una declaración judicial que declarase la pérdida de los derechos en beneficio del Estado? Esta situación se

---

<sup>12</sup> BERNALES (1999: 385).

<sup>13</sup> BERNALES (1999: 385).

<sup>14</sup> RUBIO (1999: 379).

complicaría aún más si la adquisición por parte del extranjero de derechos sobre bienes ubicados en las fronteras tuviera lugar de manera indirecta, por ejemplo a través de la adquisición de acciones de una sociedad. ¿Quiere decir ello que el Estado puede ocupar el lugar del accionista extranjero en la sociedad que es titular de los derechos sobre los bienes ubicados en la frontera?

No existe norma alguna que regule la forma de aplicación de la sanción prevista en el artículo 71 de la Constitución para quienes lo infrinjan, y quizá la manera más adecuada de aplicarla sería mediante un pronunciamiento judicial que declarase la pérdida de los derechos del extranjero infractor en beneficio del Estado. Cabe indicar que el procedimiento de expropiación no parecería lo más adecuado en este caso, ya que ello implicaría el pago de un justiprecio de cargo del Estado, que no resulta coherente tratándose de una sanción. ¿Por qué obligar al Estado a invertir recursos en adquirir derechos de un extranjero que pueden no ser de su interés? Ello sería como pretender que el Estado pague a quienes importan productos sin declararlos, cuando la idea es que estos se pierdan en beneficio del Estado, como una sanción económica por el incumplimiento de la norma administrativa que los obliga a declarar.

Nos encontramos, pues, ante un problema bastante complejo. Si bien es cierto que la magnitud de este problema ahuyenta a la mayoría de extranjeros que buscan invertir cerca de las fronteras de nuestro país, existen algunos pocos que se aventuran a encontrarle una solución. Otros, quizá por desconocimiento o quizá por despreocupación, simplemente actúan como si la prohibición contenida en el artículo 71 fuese un lienzo que adorna nuestro marco constitucional, haciendo caso omiso a la restricción que este les impone.

Este es el muerto con el que se encuentran diariamente los extranjeros que buscan, no digamos invertir, sino tan solo comprar, incluso, un pequeño apartamento dentro de los cincuenta kilómetros de nuestras fronteras. Nuestro trabajo, parafraseando a Fernando de Trazegnies, consistirá ahora en tratar de diseñarle un ataúd a su medida.

## **2. OBJETO DE LA RESTRICCIÓN A LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN LAS FRONTERAS**

Antes de pensar en una solución a todos los problemas que representa el artículo 71 de la Constitución, a los que nos hemos referido anteriormente, conviene tratar de entender cuál es el objeto de la restricción que impone este artículo. Según veremos, se trata de una restricción que carece de sentido práctico, y que no se condice con la realidad política y social de nuestro país, ni de los demás países de la región.

## 2.1 Justificaciones para restringir la inversión extranjera

No son muchos los argumentos que se esgrimen para tratar de justificar la restricción a la inversión extranjera cerca de las fronteras, en los países en que esta existe. El argumento principal gira siempre en torno al concepto de seguridad nacional, que de conformidad con el artículo 32 del decreto supremo 162-92-EF consiste en garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la república.

De manera alarmista, se dice que permitir a los extranjeros tener derechos sobre bienes cerca de las fronteras puede afectar la seguridad del país, e incluso su soberanía, si se llega a permitir una proliferación de propiedades de extranjeros cerca de los países vecinos. Según veremos, estos argumentos son totalmente infundados y no tienen cabida dentro de nuestra actual realidad política.

### 2.1.1 Supuesta afectación a la seguridad nacional

Sería irrisorio pensar, en estos días, que la restricción a la inversión extranjera cerca de las fronteras de un país tiene algo que ver con el equipamiento bélico de sus vecinos o con la potencia de sus armamentos. La tecnología bélica ha dejado atrás las distancias entre los países, y hoy cincuenta kilómetros no son un obstáculo para dar en el blanco. En este sentido, llama la atención que Enrique Chirinos Soto considere la restricción que impide a los extranjeros invertir cerca de nuestras fronteras, «[...] una disposición ya atrasada en vista del extraordinario desarrollo de los armamentos, en particular de los proyectiles a distancia»<sup>15</sup>.

Quizá pueda haber sido esa la causa que dio origen a la restricción. Sin duda, la capacidad de alcance de los proyectiles marcó en algún momento de la historia la distancia de la franja soberana que correspondía a cada Estado en el océano desde sus costas, y dicha distancia puede haber permanecido incólume en algunos países con el paso de los años. Sin embargo, parece evidente que si la capacidad de alcance de un proyectil fuera la única razón que motivase la restricción, esta ya habría sido abandonada hace mucho, en consideración a la liberalización de los mercados y las necesidades de inversión extranjera de los países.

Son más bien otras las razones por las cuales se considera que la inversión extranjera cerca de las fronteras puede ser lesiva para la seguridad nacional. Según Marcial Rubio, la restricción a inversionistas extranjeros para la adquisición de derechos dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras tuvo que ver con

[...] la impresión (y en muchos casos históricos la lamentable constatación) de que los intereses de dichos inversionistas podían significar convocar a los países

---

<sup>15</sup> CHIRINOS SOTO (1996: 123).

limítrofes a crear conflictos bélicos para, así, amenazar al gobierno nacional y lograr mejores condiciones. Los historiadores están de acuerdo en considerar que fueron los intereses europeos radicados en la zona sur del Perú los que contribuyeron de manera significativa a la guerra del Pacífico y la pérdida de importante cantidad de territorio que tuvo el Perú en aquel conflicto<sup>16</sup>.

A diferencia de Marcial Rubio, quien no encuentra demasiadas razones para pensar que las cosas podrían ser distintas en la actualidad, creo que vivimos una época diferente, en la que una restricción a la inversión extranjera en nuestro país resulta desproporcionada, si lo que se busca con ella es evitar la amenaza de eventuales incitaciones a la guerra por parte de empresarios extranjeros sobre los Estados limítrofes. Pero, además, si el objeto de la restricción fuera realmente ese, debemos reconocer que el artículo 71 de la Constitución está muy lejos de cumplir con su propósito. En efecto, para que empresarios extranjeros tengan suficiente poder económico en el Perú como para influir políticamente en las decisiones de los Estados vecinos, no sería necesario que invirtieran cerca de las fronteras. Pueden hacerlo en cualquier lugar del Perú, y aun así ser políticamente influyentes.

Asimismo, según hemos visto, no es un secreto que la restricción del artículo 71 de la Constitución no es absoluta: existen decenas de extranjeros que poseen derechos y propiedades importantes dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, y que cuentan con la venia del Estado para ello. Si las inversiones de estos extranjeros pudieran convocar a los países limítrofes a crear conflictos bélicos, también podrían hacerlo las inversiones de empresarios nacionales cerca de las fronteras, pero no por ello vamos a impedir el desarrollo económico del país y prohibir las inversiones en las proximidades del territorio peruano a sus países limítrofes.

### *2.1.2 Supuesta afectación a la soberanía nacional*

Un segundo argumento, que puede sonar más efectista que el anterior, señala que la restricción a la inversión extranjera cerca de las fronteras busca evitar que ciudadanos provenientes de países limítrofes, por vía de adquisición de tierras, puedan llegar a extender las fronteras políticas de sus Estados hacia el suelo patrio, mermando así el territorio peruano y la soberanía nacional. En otras palabras, el temor radicaría en que, por ejemplo, ciudadanos chilenos comiencen a adquirir propiedades en Tacna, al extremo de que esta provincia se «chilenice» y se termine perdiendo territorio peruano. Algo similar a lo que ocurrió con Arica a comienzos del siglo pasado.

---

<sup>16</sup> RUBIO (1999: 381).

Sin embargo, la realidad en estos tiempos es muy distinta a la que vivió el Perú tras la firma del Tratado de Ancón en 1883. En la actualidad existen políticas migratorias que antes no existían y controles fronterizos que impiden el paso informal de ciudadanos extranjeros al país. Hoy cada extranjero que ingresa al Perú cuenta con un pasaporte y con un período de permanencia predefinido, según la calidad migratoria con la que ingresa. Pero lo más importante, es que todas las provincias del Perú se encuentran bajo su soberanía desde hace más de cien años, y no ha habido cesiones territoriales como las ocurridas después de la guerra del Pacífico.

Debe tenerse presente, además, que la adquisición de propiedades por parte de extranjeros dentro los cincuenta kilómetros de las fronteras no tiene nada que ver con las políticas migratorias aplicables en el Perú. Un ciudadano extranjero bien podría tener decenas de propiedades cerca de las fronteras, pero ello no quiere decir que pueda ingresar y permanecer indefinidamente en el país. Por tanto, resulta claro que la adquisición de derechos por parte de extranjeros sobre bienes ubicados cerca de nuestras fronteras está lejos de representar una amenaza para la soberanía nacional.

Nuestra legislación no puede estar basada en temores. Debe adecuarse a la realidad política y social del país. Pensar hoy en una situación como la ocurrida con Arica hace más de un siglo, no es realista. Por el contrario, la realidad es que una adquisición masiva de tierras y propiedades en Tacna, o en cualquier otra provincia, por parte de ciudadanos extranjeros, sería lo mejor que podría ocurrirle al Perú. Ello no solo traería capital extranjero al país y mayor desarrollo para la región, sino que sería una nueva fuente de ingresos fiscales para las arcas del Estado.

En cualquier caso, si el objeto de la restricción a la inversión extranjera dentro de los cincuenta (50) kilómetros de las fronteras es evitar una posible pérdida de nuestra soberanía por temor a una «extranjerización» de nuestras provincias fronterizas, dicha restricción no tendría por qué ser extensiva a cualquier extranjero, sino únicamente a aquellos provenientes de los países limítrofes. En el peor de los casos, como ocurre en Chile, solo debería restringirse la inversión de ciudadanos extranjeros dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras de sus países de origen, pero no de las demás fronteras.

## 2.2 Contagio de la restricción en la región

Como una enfermedad contagiosa, la restricción a la inversión extranjera en las fronteras ha brotado en las legislaciones de muchos países latinoamericanos, con algunos agravantes o atenuantes que la matizan y que intentan adecuarla a la

realidad territorial de cada Estado. Es posible encontrar una restricción similar a la impuesta en el artículo 71 de nuestra Constitución, en Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, Honduras y México, cuya Constitución de 1917 pareciera ser el foco originador del problema<sup>17</sup>.

Contagiada por la Constitución mexicana de 1917, nuestra Asamblea Nacional incorporó en el artículo 39 de la Constitución del Perú de 1920 una prohibición casi idéntica a la que pesa hoy sobre los extranjeros. Dicha prohibición les impedía adquirir o poseer tierras, aguas, minas y combustibles dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, bajo pena de perder en beneficio del Estado la propiedad adquirida, salvo casos de necesidad nacional declarada por ley<sup>18</sup>. Desde entonces, con ligeras variantes, las constituciones peruanas de 1933<sup>19</sup>, 1979<sup>20</sup> y 1993 arrastran esta pesada carga, que no solo limita los derechos de los extranjeros en las fronteras sino también la inversión para su desarrollo.

Bolivia hizo lo propio, y en su Constitución de 1967, reformada en 1994, incluyó un artículo para prohibir a los extranjeros adquirir o poseer derechos sobre suelo o subsuelo boliviano, cerca de sus fronteras, que sirvió de inspiración al constituyente peruano de 1979, que recogió una norma casi idéntica a la boliviana, en el artículo 126 de nuestra antigua Constitución.<sup>21</sup> Lo mismo hizo el Ecuador, al establecer una restricción muy similar en su Constitución de

---

<sup>17</sup> El artículo 27 de la Constitución mexicana de 1917 establece que «En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas».

<sup>18</sup> El artículo 39 de la Constitución peruana de 1920 establecía expresamente lo siguiente: «En una extensión de cincuenta kilómetros distante de las fronteras, los extranjeros no podrán adquirir ni poseer, por ningún título, tierras, aguas, minas y combustibles, directa o indirectamente, ya sea individualmente o en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, la propiedad adquirida, salvo el caso de necesidad nacional declarada por ley especial».

<sup>19</sup> El artículo 36 de la Constitución peruana de 1933 establecía expresamente lo siguiente: «Dentro de cincuenta kilómetros de la fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por ningún título, tierras, aguas, minas o combustibles, directa o indirectamente, individualmente o en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado la propiedad adquirida, excepto el caso de necesidad nacional declarada por ley expresa».

<sup>20</sup> El artículo 126 de la Constitución peruana de 1979 establecía expresamente lo siguiente: «[...] dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por ningún título, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho adquirido. Se exceptúa en el caso de necesidad nacional declarada por ley expresa».

<sup>21</sup> El artículo 25 de la Constitución boliviana de 1967, reformada en 1994, estableció expresamente lo siguiente: «Dentro de 50 kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por ningún título, suelo ni subsuelo, directa o indirectamente, individualmente o en sociedad bajo pena de perder en beneficio del Estado, la propiedad adquirida, excepto el caso de necesidad nacional declarada por ley expresa».

1978<sup>22</sup>. Sin embargo, a diferencia del Perú y Bolivia, el Ecuador ha aliviado en algo esta restricción al modificar su Constitución en 1998, limitándola a prohibir a los extranjeros la adquisición de tierras en zonas de seguridad nacional, «[...] con fines de explotación económica»<sup>23</sup>. Si bien la restricción en el Ecuador sigue siendo gravosa, ya no afecta a un ciudadano extranjero que simplemente quiere comprar una casa cerca de las fronteras de este país, en la medida que no sea utilizada con fines de explotación económica. Tampoco afecta a un extranjero que quiera realizar actividades económicas en las fronteras, en las zonas en que estas no son consideradas de seguridad nacional.

Algo similar ha ocurrido en Honduras, donde la restricción a la inversión extranjera cerca de sus fronteras que impone el artículo 107 de su Constitución<sup>24</sup> ha sido desarrollada a nivel legislativo por el decreto 90-90, para facilitar a los extranjeros la adquisición de viviendas dentro de las zonas en las que opera la restricción constitucional<sup>25</sup>. No obstante ello, el mismo decreto otorga amplias facultades al Poder Ejecutivo para establecer toda clase de restricciones a los extranjeros para

---

<sup>22</sup> El artículo 18 de la Constitución del Ecuador de 1978 establecía lo siguiente: «Las personas naturales o jurídicas extranjeras, ni directa ni indirectamente, pueden adquirir o conservar el dominio u otros derechos reales sobre bienes inmuebles, ni arrendarlos, obtener el uso de aguas, establecer industrias, explotaciones agrícolas, ni celebrar contratos sobre recursos naturales no renovables y, en general, sobre productos del subsuelo y todos los minerales o sustancias cuya naturaleza sea distinta a la del suelo, en las zonas fronterizas y en las áreas reservadas establecidas por los organismos competentes, salvo que en cualesquiera de estos casos se obtuviere la autorización que prevé la Ley».

<sup>23</sup> El artículo 15 de la Constitución del Ecuador de 1998 establece lo siguiente: «Las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán adquirir, a ningún título, con fines de explotación económica, tierras o concesiones en zonas de seguridad nacional». Para estos efectos, corresponde al Consejo de Seguridad Nacional ecuatoriano delimitar las zonas de seguridad nacional.

<sup>24</sup> Véase *supra*, nota 10.

<sup>25</sup> El artículo 5 del decreto 90-90 establece lo siguiente: «Las personas naturales que no sean hondureñas de nacimiento, podrán adquirir bienes urbanos para vivienda de uso ocasional o permanente del adquirente, construida desde fecha anterior a la celebración del contrato, siempre y cuando el inmueble en donde se encuentre construida la vivienda, no exceda un límite de extensión superficial de tres mil metros cuadrados (3.000 m<sup>2</sup>). Las disposiciones del presente artículo serán igualmente aplicables a la adquisición de bienes inmuebles, dentro del régimen de propiedad horizontal, condominio o similares. Es entendido que una persona natural que no sea hondureño de nacimiento no podrá poseer más de un inmueble, al tenor de este artículo, excepto la adquisición de inmuebles por herencia. En caso de adquisición de bienes urbanos baldíos, en los que el adquirente proyecta construir una vivienda, se sujetará a lo dispuesto en el presente artículo, en el entendido que la construcción deberá ser terminada dentro de un plazo máximo de 36 meses, contados a partir de la fecha de adquisición del inmueble. Si transcurrido el plazo de 36 meses no se hubiere construido, se aplicará al propietario un sobreimpuesto de veinte por ciento (20%) anual calculado sobre el avalúo del inmueble mientras la construcción no estuviere terminada. Este sobreimpuesto no se aplicará en caso que la construcción se haya retrasado por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados ante la Secretaría de Estado en los Despachos de Cultura y Turismo».

la adquisición de derechos sobre terrenos, por razones de conveniencia nacional, en áreas urbanas ubicadas en las zonas limítrofes con sus países vecinos<sup>26</sup>.

Los argentinos y los chilenos no han recogido constitucionalmente restricciones a la inversión extranjera en sus fronteras, pero tampoco se han visto inmunes al contagio de este mal. En la Argentina, el decreto ley 15.385/44 declara de conveniencia nacional «[...] que los bienes ubicados en la zona de seguridad nacional pertenezcan a ciudadanos argentinos nativos»<sup>27</sup>. Esta norma tiene por objeto evitar que los extranjeros sean propietarios en las zonas de seguridad nacional, entre las cuales se incluyen las franjas fronterizas. Sin embargo, como lo ha reconocido el diputado argentino Hernán Damiani, esta declaración de conveniencia carece de operatividad práctica, dado que no garantiza la adquisición de tierras ubicadas en las zonas fronterizas por nacionales argentinos; ya que la reglamentación que determina los requisitos para su adquisición por extranjeros no impone límite alguno para que el dominio territorial pase a manos extranjeras<sup>28</sup>.

En Chile, en cambio, el decreto con fuerza de ley 1939 impone una restricción mucho más efectiva que la argentina a la inversión extranjera en sus fronteras. Esta restricción no es extensiva a todos los extranjeros, sino únicamente a aquellos provenientes de los países limítrofes con Chile, a quienes se les impide adquirir tierras dentro de los diez kilómetros de sus fronteras, directamente o a través de personas jurídicas en las que tengan una participación mayor de 40%<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> El artículo 8 del decreto 90-90 establece lo siguiente: «El Poder Ejecutivo a través de la Secretaría de Estado en los Despachos de Gobernación y Justicia, podrá establecer toda clase de restricciones, modalidades o prohibiciones para la adquisición, uso, goce y usufructo de terrenos por parte de personas que no sean hondureñas por nacimiento o por sociedades que no estén integradas en su totalidad por socios hondureños, por razones fundamentales de conveniencia nacional en aquellas áreas urbanas ubicadas en las zonas limítrofes con los países vecinos».

<sup>27</sup> El artículo 4 del decreto ley 15.385/44 establece lo siguiente: «Declárese de conveniencia nacional que los bienes ubicados en la zona de seguridad pertenezcan a ciudadanos argentinos nativos. La Comisión Nacional de Zonas de Seguridad ejercerá en dicha zona la policía de radicación con relación a las transmisiones de dominio, arrendamiento o locaciones, o cualquier forma de derechos reales o personales, en virtud de los cuales debe entregarse la posesión o tenencia de inmuebles a cuyo efecto acordará o denegará las autorizaciones correspondientes».

<sup>28</sup> Es importante notar que, en abril de 2004, el diputado argentino Hernán Damiani presentó un proyecto de ley mediante el cual pretende impedir de manera absoluta que ciudadanos extranjeros puedan poseer tierras en las zonas fronterizas de la Argentina, salvo que actúen minoritariamente a través de personas jurídicas.

<sup>29</sup> El decreto con fuerza de ley 1939, publicado el 10 de noviembre de 1977, establece en su artículo 6 que «Las tierras fiscales situadas hasta una distancia de 10 kilómetros, medidos desde la frontera, solo podrán ser obtenidas en propiedad, arrendamiento o a cualquier otro título, por personas naturales o jurídicas chilenas». Seguidamente, en su artículo 7 establece lo siguiente: «Por razones de interés nacional se prohíbe adquirir el dominio y otros derechos reales o ejercer la posesión o tenencia de bienes raíces situados total o parcialmente en las zonas del territorio nacional, actualmente declaradas fronterizas en virtud del decreto con fuerza de ley 4, de 1967, del Ministerio de

Otros países latinoamericanos, como Colombia, han evitado contagiarse de este tipo de restricciones optando por medidas mucho menos gravosas que consisten en subordinar a los extranjeros a condiciones especiales, o negarles el ejercicio de ciertos derechos civiles, en la medida en que existan razones de orden público o seguridad nacional que lo justifiquen<sup>30</sup>.

Los países europeos son un ejemplo de liberalización de las inversiones extranjeras en las fronteras. Sin embargo, ello no significa despreocupación por la seguridad nacional. España cuenta con una Ley de Expropiación Forzosa que contempla por necesidades militares un procedimiento sumarísimo de expropiación, en sus costas y fronteras, en casos de defensa y seguridad nacional. Dicho procedimiento permite al gobierno español la ocupación inmediata de los bienes ubicados en las costas y en las zonas fronterizas cuando existen situaciones de emergencia. Esta es solo una de las formas en que puede resguardarse la seguridad nacional, sin atentar contra la inversión extranjera.

Este tipo de medidas, propias del continente europeo y de países desarrollados, resultan mucho más razonables y respetuosas de los derechos de igualdad entre ciudadanos nacionales y extranjeros. Constituyen una forma adecuada de protección a la seguridad nacional y al orden público, que no limita a priori la inversión extranjera en ningún lugar del territorio nacional sino que se aplica únicamente con carácter correctivo, cuando el Estado lo considera necesario, en una situación de emergencia.

### **3. UNA REGULACIÓN POCO CLARA Y UN ESTADO CONFUNDIDO**

A la ambigüedad del artículo 71 de la Constitución se suma la poca claridad de la legislación que lo regula actualmente. Si bien es cierto que la restricción a la inversión extranjera dentro de los cincuenta kilómetros de nuestras fronteras

---

Relaciones Exteriores, a los nacionales de países limítrofes salvo que medie la autorización prevista en el inciso tercero del presente artículo.

»La prohibición a que se refiere el inciso anterior se extenderá a las sociedades o personas jurídicas con sede principal en el país limítrofe, o cuyo capital pertenezca en un 40% o más a nacionales del mismo país o cuyo control efectivo se encuentre en manos de nacionales de esos países. Esta disposición no regirá respecto de los bienes raíces a que se refiere el artículo 19 de la ley 19.420.

»El Presidente de la República, mediante decreto supremo fundado en razones de interés nacional, podrá eximir, nominativa y expresamente, a nacionales países limítrofes, de la prohibición precedente y autorizarlos para adquirir o transferir el dominio u otros derechos reales a la posesión o tenencia de uno o más inmuebles determinados, situados en zonas fronterizas».

<sup>30</sup> La Constitución colombiana de 1991, en su artículo 100, establece expresamente que: «Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros».

data de 1920, recién en 1991 el legislador peruano se animó, por primera vez, a regular legislativamente la restricción constitucional a los derechos de los extranjeros en las fronteras.

Según veremos a continuación, esta regulación, que se encuentra plenamente vigente y sobre la cual se ha superpuesto el artículo 71 de la Constitución de 1993, sin derogarla, ha causado más de un dolor de cabeza en la administración pública, y hasta ahora no se aplica adecuadamente. Por el contrario, nos encontramos ante un Estado confundido que, sorprendentemente, no conoce bien cómo hacer para permitir la inversión extranjera en la franja aludida.

### 3.1 Los efectos del decreto legislativo 757

De manera muy poco ortodoxa, el artículo 13 del decreto legislativo 757, que aprobó la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, publicado el 13 de noviembre de 1991, declaró de necesidad nacional la inversión privada, nacional y extranjera, en actividades productivas, realizadas o por realizarse en las zonas de frontera del país. Vale la pena transcribir íntegramente el texto del referido artículo porque, como una obra de arte abstracto, no necesariamente es lo que parece.

#### Decreto legislativo 757

Artículo 13. De conformidad con lo prescrito en el último párrafo del artículo 126 de la Constitución Política, declárese de necesidad nacional la inversión privada, nacional y extranjera, en actividades productivas realizadas o por realizarse en las zonas de frontera del país. En consecuencia, las personas naturales y jurídicas extranjeras podrán adquirir concesiones y derechos sobre minas, tierras, bosques, aguas, combustibles, fuentes de energía y otros recursos que sean necesarios para el desarrollo de sus actividades productivas dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras del país, previa autorización otorgada mediante resolución suprema refrendada por el Ministro que ejerza la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector correspondiente. Dicha resolución suprema podrá establecer las condiciones a las cuales se sujeta la adquisición o explotación.

Una lectura desatenta del citado artículo podía llevar a pensar que, mediante un decreto legislativo, el Estado habría optado por modificar el artículo 126 de la Constitución de 1979, ya que este presentaba una serie de diferencias importantes respecto de la restricción a la inversión extranjera que imponía dicha norma constitucional.

En primer lugar, podía interpretarse que el artículo 13 del decreto legislativo 757 estaba haciendo extensiva la restricción constitucional a todos los «[...] recursos necesarios para el desarrollo de actividades productivas», pese a que el artículo 126 de la Constitución de 1979 únicamente imponía dicha restricción a derechos sobre «[...] minas, tierras, bosques, aguas, combustibles y fuentes de energía».

En segundo lugar, podía interpretarse que el artículo 13 del decreto legislativo 757 estaba modificando el artículo 126 de la Constitución de 1979 al exigir una autorización previa de carácter particular para la adquisición de concesiones y derechos sobre minas, tierras, bosques, aguas, combustibles, fuentes de energía, pese a que el artículo 126 de la Constitución de 1979 únicamente exigía una declaración de necesidad pública de carácter general.

En tercer lugar, podía interpretarse que el artículo 13 del decreto legislativo 757 estaba modificando el artículo 126 de la Constitución de 1979 al requerir una resolución suprema para estar exento de la restricción impuesta a los derechos de los extranjeros cerca de las fronteras, pese a que el artículo 126 de la Constitución de 1979 establecía expresamente que solo se exceptuaban los casos de necesidad pública declarados por ley.

Sin embargo, una lectura atenta del artículo 13 del decreto legislativo 757 permite apreciar que su espíritu era bastante más ingenioso. Lo que este artículo hizo no fue modificar el artículo 126 de la Constitución de 1979, ni mucho menos interpretarlo extensivamente. Por el contrario, a través del citado artículo 13 el Estado actuó en estricto cumplimiento del mandato contenido en el artículo 126 de la Constitución de 1979, con el único objeto de facilitar la inversión extranjera en las zonas de frontera.

En efecto, la restricción impuesta a los extranjeros por el artículo 126 de la Constitución de 1979 era muy general, y solamente se encontraban exentos de ella los casos de necesidad nacional declarados expresamente por ley. Pues bien, lo que hizo el artículo 13 del decreto legislativo 757, que es una norma con rango de ley, fue declarar expresamente de necesidad nacional la inversión privada, nacional y extranjera, en actividades productivas en las zonas de frontera del país, al amparo de lo previsto, precisamente, en el artículo 126 de la Constitución de 1979.

De esta manera, el Estado buscaba facilitar las inversiones en las zonas de frontera, exceptuando a los extranjeros de la restricción contenida en el artículo 126 de la Constitución de 1979, pero sometiéndolos a una nueva restricción contenida en el artículo 13 del decreto legislativo 757. Esta nueva restricción ya no consistía en obtener una declaración de necesidad pública mediante una ley, conforme al artículo 126 de la Constitución de 1979, ya que dicha declaración estaba contenida, justamente, en el artículo 13 del decreto legislativo 757. Se trataba ahora de una autorización previa que debía ser concedida mediante resolución suprema, refrendada por el presidente del Consejo de Ministros y el ministro del sector correspondiente, según el tipo de actividad en la que se realizará la inversión.

Para efectos del otorgamiento de la autorización, el Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada, aprobado mediante decreto supremo 162-92-EF, estableció el procedimiento para su otorgamiento precisando

que se debía contar previamente con la opinión favorable del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas<sup>31</sup>. Si bien es cierto que esta medida era menos gravosa que la de obtener una ley que declarase de necesidad nacional la inversión de un extranjero dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, también es cierto que traía consigo una serie de desventajas.

La primera desventaja era que se requería una autorización previa para cada inversión extranjera en particular, que la autorizara expresamente, cuando el artículo 126 de la Constitución de 1979 únicamente exigía una declaración de necesidad pública de carácter general. La segunda era que se exigía dicha autorización no solo para la adquisición de minas, tierras, bosques, aguas, combustibles y fuentes de energía, a los que se refería el artículo 126 de la Constitución de 1979, sino para todo recurso necesario para el desarrollo de actividades productivas. La tercera era que se condicionaba el otorgamiento de la autorización a una opinión previa del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, que en la práctica ha demostrado ser muy poco práctico y aún menos expeditivo.

En consecuencia, el decreto legislativo 757 no liberalizó la inversión extranjera en las zonas de frontera. Lo que hizo, más bien, fue reemplazar una traba burocrática por otra menos traumática. Condicionó la inversión extranjera en las fronteras a la obtención de una autorización previa mediante resolución suprema, en lugar de una declaración de necesidad nacional mediante ley.

---

<sup>31</sup> El artículo 32 del decreto supremo 162-92-EF establece expresamente lo siguiente: «De conformidad con lo prescrito en el artículo 126 de la Constitución de 1979 y el artículo 13 del decreto legislativo 757, para el ejercicio de los derechos de propiedad o posesión de minas, tierras, bosques, aguas, combustibles o fuentes de energía por inversionistas extranjeros, ya sea directa o indirectamente, en las áreas comprendidas dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras del país, se requerirá obtener previamente la correspondiente autorización, la misma que se otorgará por resolución suprema refrendada por el Ministro que ejerza la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector correspondiente. Dicha autorización deberá contar con la opinión favorable del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, por las consideraciones que se establecen en los siguientes párrafos.

»En la resolución suprema a que se refiere el párrafo anterior se establecerán las condiciones o limitaciones para el ejercicio de los derechos de propiedad o posesión correspondientes, los mismos que solamente podrán ser restringidos por razones de seguridad nacional.

»Se entiende por razones de seguridad nacional las requeridas para garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República, así como el orden interno, conforme a lo prescrito en el artículo 275 de la Constitución de 1979».

Asimismo, el artículo 33 del decreto supremo 162-92-EF precisa que «Para efectos de obtener la autorización previa a que se refiere el artículo anterior, los inversionistas extranjeros o las empresas en que estos participen deberán presentar una solicitud al Ministerio del Sector correspondiente a la actividad económica que deseen desarrollar. Dicha solicitud deberá contener la información que se indica en el anexo III del presente Decreto Supremo, que forma parte integrante del mismo.

»Una vez realizada la inversión, deberá registrarse en moneda de libre convertibilidad ante el Organismo Nacional Competente, según corresponda».

Sin embargo, esta medida no tuvo efectos generales, ya que solo era aplicable para los extranjeros que buscaban invertir en actividades productivas, conforme a lo expresamente señalado por el artículo 13 del decreto legislativo 757. Por tanto, la adquisición de derechos sobre los bienes descritos en el artículo 126 de la Constitución de 1979, con fines no productivos, seguía encontrándose sujeta a la restricción constitucional, al no haber sido declarada de necesidad nacional mediante una ley.

### 3.2 El decreto legislativo 757 y la Constitución de 1993

Para complicar aún más la situación, la Constitución de 1993 recogió nuevamente la restricción a los derechos de propiedad de los extranjeros en las zonas de frontera, con algunas variantes respecto a lo que disponía el artículo 126 de la Constitución de 1979.

La primera diferencia, aunque muy sutil, es que la excepción a la restricción impuesta a los extranjeros ya no se da por casos de necesidad nacional, como establecía la Constitución de 1979, sino por casos de necesidad pública. Es difícil pensar que el constituyente haya querido hacer alguna distinción entre uno y otro término. De cualquier forma, es claro que en ambos casos se pretende hacer referencia a un interés colectivo de la sociedad, que se encuentra por encima de todo interés particular.

La segunda diferencia está dada por la forma en que debe declararse la necesidad pública para establecer una excepción a la restricción constitucional que pesa sobre los derechos de los extranjeros en las fronteras. Mientras que la Constitución de 1979 exigía una ley, la de 1993 exige solo un decreto supremo.

Ante estas dos modificaciones que incorpora la Constitución de 1993 con respecto a la de 1979, cabe preguntarse qué efectos tiene esta nueva norma constitucional sobre el artículo 13 del decreto legislativo 757. ¿Lo deroga? ¿Lo modifica? ¿Reemplaza el requisito de la autorización previa por el de una declaración de necesidad pública? ¿Sustituye la resolución suprema que se requiere para el otorgamiento de la autorización por un decreto supremo?

La respuesta a todas estas interrogantes es negativa. En realidad, el artículo 71 de la Constitución de 1993 no surte ningún efecto respecto del artículo 13 del decreto legislativo 757. De hecho, este artículo sigue plenamente vigente, con capacidad de surtir todos sus efectos tal y como está.

Recordemos que dicho artículo tenía por objeto declarar de necesidad nacional la inversión privada, nacional y extranjera en las zonas de frontera del país, atendiendo a que el artículo 126 de la Constitución de 1979 establecía que dicha declaración debía hacerse mediante ley expresa. Pues bien, lo que hace la

Constitución de 1993 es únicamente precisar que la declaración no debe ser de necesidad nacional sino pública; y que debe hacerse expresamente mediante decreto supremo, y no mediante ley expresa.

Sin embargo, dicha precisión no enerva el carácter de necesidad nacional (o pública) de la inversión extranjera en las zonas de frontera, expresamente declarada como tal por el artículo 13 del decreto legislativo 757. Asimismo, teniendo un decreto legislativo mayor jerarquía que un decreto supremo, carece de sentido que dicha declaración deba realizarse nuevamente para adaptarse al nuevo marco constitucional vigente.

En consecuencia, es claro que la inversión extranjera en actividades productivas dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras ya ha sido declarada de necesidad nacional (o pública) por el decreto legislativo 757, y por tanto se encuentra exenta de la restricción contenida en el artículo 71 de la Constitución de 1993, conforme lo establece ese mismo artículo, *in fine*.

Queda claro también que la inversión extranjera en actividades productivas dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras no se encuentra liberalizada sino condicionada a la obtención previa de una autorización mediante resolución suprema, conforme lo establece el artículo 13 del decreto legislativo 757. Es importante notar que este condicionamiento no ha sido modificado por la Constitución de 1993. La autorización previa a la que se refiere el artículo 13 del decreto legislativo 757 se otorga mediante resolución suprema. Lo que se declara mediante decreto supremo, conforme al artículo 71 de la Constitución de 1993, es el carácter de necesidad pública de las inversiones que se realicen dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras.

No obstante, siendo que la inversión extranjera en actividades productivas dentro de esa franja ya fue declarada de necesidad nacional mediante el decreto legislativo 757, no se requiere que dicha declaración vuelva a realizarse. Por tanto, cualquier extranjero que quiera invertir en actividades productivas dentro de las zonas de frontera no requerirá un decreto supremo que declare de necesidad pública su inversión, conforme al artículo 71 de la Constitución, sino más bien una resolución suprema que le conceda una autorización en el marco de lo dispuesto por el artículo 13 del decreto legislativo 757.

Sin embargo, aquellos extranjeros que quieran adquirir derechos sobre bienes, sin fines productivos, dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, no se encuentran bajo los alcances del artículo 13 del decreto legislativo 757; por tanto, están afectos a la restricción contenida en el artículo 71 de la Constitución, que los obliga, absurdamente, a que sus adquisiciones sean declaradas previamente de necesidad pública, mediante un decreto supremo.

### 3.3 La actuación del Estado frente a las inversiones extranjeras

Frente a un marco normativo tan confuso, el Estado viene actuando equivocadamente cada vez que se presenta un extranjero que quiere invertir dentro de los cincuenta kilómetros de nuestras fronteras. Esta equivocación radica en la incertidumbre del Estado respecto de lo que debe hacer cada vez que se presenta una inversión extranjera.

En pocas palabras, el Estado no sabe si debe autorizar las inversiones extranjeras en las fronteras conforme al artículo 13 del decreto legislativo 757, o declararlas de necesidad pública conforme al artículo 71 de la Constitución. Lo que es peor, no sabe si para ello debe emitir una resolución suprema conforme al decreto legislativo 757, o un decreto supremo conforme al artículo 71 de la Constitución.

#### 3.3.1 Autorización para actividades productivas

La adquisición de derechos para la realización de actividades productivas por parte de extranjeros sobre bienes ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras está sujeta al otorgamiento de una autorización previa, mediante una resolución suprema, de conformidad con el artículo 13 del decreto legislativo 757. No se requiere un decreto supremo que declare de necesidad pública la inversión, conforme al artículo 71 de la Constitución, toda vez que dicha declaración ya ha sido realizada, justamente, por el decreto legislativo 757.

Sin embargo, no conocemos ningún caso en que el Estado haya otorgado una autorización, mediante resolución suprema, para permitir a extranjeros adquirir derechos sobre bienes dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, con fines productivos. Por el contrario, en la mayoría de los casos dichas adquisiciones son declaradas de necesidad pública por decreto supremo, conforme al artículo 71 de la Constitución, como si el artículo 13 del decreto legislativo 757 no existiera.

Un claro ejemplo de ello es el decreto supremo 027-2002-EM, mediante el cual el Estado declaró de necesidad pública la inversión privada en el proceso de concesión de una línea de transmisión por parte de una empresa de capitales colombianos, para que pudiera obtener la concesión de bienes y derechos ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera<sup>32</sup>.

En otros casos, ante la incertidumbre de no saber cómo proceder, el Estado ha optado simplemente por declarar de necesidad pública cada inversión, conforme al artículo 71 de la Constitución, y al mismo tiempo autorizarla de manera expresa

---

<sup>32</sup> Otro ejemplo puede apreciarse en el decreto supremo 030-98-MTC, que declaró de necesidad pública la posesión de tierras dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras por parte de una empresa de capital extranjero, para la explotación de una concesión de telecomunicaciones.

conforme al artículo 13 del decreto legislativo 757. Viene ocurriendo cada vez que un inversionista extranjero busca adquirir derechos mineros dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras.

Esto puede verse en el decreto supremo 022-2003-EM, que declaró de necesidad pública la inversión privada en actividades mineras a efectos de que una empresa extranjera pudiera adquirir y poseer concesiones y derechos sobre minas dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera norte del país; y, al mismo tiempo, se le autorizó expresamente a adquirir dichos derechos mineros dentro de las zonas de frontera<sup>33</sup>.

Pero lo más importante de los decretos supremos en los que operan de manera conjunta declaraciones de necesidad pública y autorizaciones, son los considerandos que ponen en evidencia el error del Estado. En dichos considerandos se señala, equivocadamente, que «[...] el artículo 13 del decreto legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada y sus normas reglamentarias, autoriza a que se declare de necesidad nacional la inversión privada, nacional y extranjera, en actividades productivas realizadas o por realizarse en la zona de fronteras del país [...].».

Esta consideración que suele exponer el Estado en sus decretos supremos para autorizar inversiones extranjeras en minería es errónea y demuestra la confusión de los funcionarios públicos respecto del régimen regulatorio aplicable a las inversiones extranjeras dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras. El artículo 13 del decreto legislativo 757 no autoriza a declarar de necesidad nacional inversiones extranjeras en las zonas de frontera. Dicho artículo declara expresamente de necesidad nacional la inversión extranjera en dichas zonas, y la condiciona a la obtención de una autorización administrativa previa que debe ser concedida mediante resolución suprema.

En este orden de ideas, nos encontramos frente a un Estado que, en un tema tan importante como el de la inversión extranjera en nuestras fronteras, no sabe cómo actuar ni cuáles son las normas que debe aplicar. Un Estado que en lugar de autorizar las inversiones mediante resoluciones supremas conforme al decreto legislativo 757, las declara absurda e innecesariamente de necesidad pública mediante decretos supremos, confundido por el artículo 71 de la Constitución.

Esta situación no solo genera dudas entre los inversionistas respecto del régimen jurídico aplicable para la autorización de sus inversiones, sino que además hace difícil determinar los mecanismos de impugnación correspondientes. Por

---

<sup>33</sup> Otros ejemplos de declaraciones de necesidad pública y otorgamiento de autorizaciones se pueden apreciar en los decretos supremos 019-2005-VIVIENDA, 026-2005-EM, 014-2005-EM, 023-2003-EM, 021-2003-EM y 004-98-EM, entre otros.

ejemplo, un decreto supremo que declara de necesidad pública una inversión conforme al artículo 71 de la Constitución, y al mismo tiempo la autoriza conforme al decreto legislativo 757, ¿debe ser impugnado como una norma, mediante una acción popular; o como un acto administrativo, mediante una acción contencioso-administrativa?

### *3.3.2 Declaración de necesidad pública para adquisición de derechos sin fines productivos*

Las adquisiciones sin fines productivos de derechos por parte de extranjeros sobre bienes ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras no se encuentran bajo los alcances del artículo 13 del decreto legislativo 757, ya que este solo es aplicable para las inversiones extranjeras en actividades productivas. Por tanto, dichas adquisiciones deben ser declaradas de necesidad pública, mediante decreto supremo, conforme al artículo 71 de la Constitución.

Un ejemplo de estas declaraciones es el decreto supremo 056-2005-RE, al que nos hemos referido anteriormente, que declaró de necesidad pública exceptuar de la restricción contenida en el artículo 71 de la Constitución a los ciudadanos bolivianos descendientes de peruanos de la comunidad puneña se Santiago de Ojje, que posean títulos de propiedad sobre terrenos ubicados en la Isla de Caana, ubicada dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera con Bolivia<sup>34</sup>.

Otro ejemplo es el decreto supremo 011-99-PCM, que declaró de necesidad pública la transferencia en propiedad al gobierno de la República del Ecuador, de un terreno de un kilómetro cuadrado en el área denominada Tiwinza, situada dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera del país.

Ambos decretos ponen en evidencia que toda adquisición sin fines productivos de derechos por extranjeros dentro del territorio aludido debe ser declarada de necesidad pública por el Estado, conforme al artículo 71 de la Constitución. Sin embargo, es difícil imaginar que un extranjero común pueda obtener un decreto supremo que declare de necesidad pública la compra de un apartamento, o de un pequeño terreno, dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras. Además, cabría preguntarse cuál sería la necesidad pública de dicha adquisición.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que en la actualidad cientos de extranjeros poseen derechos sobre bienes dentro de las zonas de frontera que no están dedicados a actividades productivas, pese a estar constitucionalmente impedidos para ello. Basta recorrer las provincias fronterizas para advertir la presencia de extranjeros provenientes de nuestros países limítrofes, que realizan diariamente

---

<sup>34</sup> Véase *supra*, nota 1.

actividades comerciales en las zonas de frontera. Afortunadamente, la regulación de la restricción constitucional es tan deficiente que el Estado no ha logrado impedirlo, o ni siquiera detectarlo.

En este orden de ideas, no podemos dejar de cuestionar la vigencia de la restricción impuesta por el artículo 71 de la Constitución, que únicamente representa una traba burocrática que ahuyenta a los extranjeros que buscan invertir en la adquisición de derechos sobre bienes ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras de nuestro país.

#### **4. UN ATAÚD PARA EL MUERTO**

La restricción a la inversión extranjera recogida en el artículo 71 de nuestra Constitución es una norma obsoleta que ya cumplió su papel en la historia y que merece un digno entierro.

Por más absurdo que parezca, en la actualidad se restringe la inversión de cualquier ciudadano extranjero dentro de los cincuenta kilómetros de cualquiera de nuestras fronteras, impidiendo así su desarrollo y promoción. Las razones, según hemos visto, son solo temores infundados que han venido arrastrando nuestras constituciones desde 1920. Siendo esto así, cabe preguntarse si tiene algún sentido darnos el lujo de seguir manteniendo restricciones que únicamente dificultan el ingreso de capitales extranjeros al país.

No debe temerse a la inversión extranjera. El temor a una supuesta amenaza a la seguridad nacional no puede detener el desarrollo de un país. Las fronteras del Perú tienen recursos importantes, y pueden ser fuentes de inversión, proliferación de capitales y generación de empleos. Si ese temor existe, debe servir de motivación para avanzar, para dar un paso adelante en la regulación de estas inversiones, y de los derechos de los extranjeros que decidan invertir en nuestras fronteras. Si ese temor restringe las inversiones y limita la llegada de capitales extranjeros, entonces genera estancamiento y subdesarrollo, que sí constituyen verdaderas amenazas a la seguridad nacional.

La solución a este problema es bastante simple: pasa por derogar el artículo 71 de la Constitución y con él, el artículo 13 del decreto legislativo 757 y los artículos 32 y 33 del decreto supremo 162-92-EF. En reemplazo, podría incluirse en nuestra Ley General de Expropiaciones un procedimiento sumario para la expropiación de bienes ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, como ocurre en España. El objeto de esto es liberalizar la inversión extranjera en todo el territorio nacional, y solo aplicar medidas correctivas (por ejemplo, expropiaciones) en situaciones de emergencia que lo ameriten.

Pero si esta solución todavía resulta demasiado liberal para la mente del constituyente peruano, o si el temor le impide deshacerse de una norma enraizada a nuestra historia constitucional, podría empezarse por adecuar la restricción a la inversión extranjera en nuestras fronteras a su *ratio legis*, que, como hemos visto consiste únicamente en evitar posibles conflictos con nuestros países limítrofes, o eventuales invasiones de sus ciudadanos. Para cumplir dicho objetivo, no se necesita prohibir la inversión de cualquier extranjero; basta restringir la inversión de los extranjeros provenientes de nuestros países limítrofes, en las fronteras con los países de los que provengan, como ocurre en Chile y Honduras. De esta manera solo se impediría que un chileno adquiera bienes dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera con Chile, pero nada le impediría adquirir libremente bienes cerca de la frontera con el Ecuador. Así, no habría razón tampoco para restringir inversiones provenientes de los países con los que no tenemos fronteras, ya que ello no representa riesgo alguno para la seguridad nacional, justamente lo que el artículo 71 de la Constitución busca proteger.

Lamentablemente, mientras dichas modificaciones no ocurran, las restricciones a la inversión extranjera dentro de los cincuenta kilómetros de nuestras fronteras seguirán vigentes e impedirán a los extranjeros adquirir derechos sobre bienes con fines productivos es esas zonas, salvo que cuenten con una autorización otorgada mediante resolución suprema conforme al artículo 13 del decreto legislativo 757, siempre que el Estado advierta la plena vigencia de esta disposición. Por otro lado, la adquisición de derechos sobre bienes sin fines productivos en esa franja del territorio estará sujeta a que el Estado declare dicha adquisición de necesidad pública, mediante un decreto supremo, conforme al artículo 71 de la Constitución.

No obstante, nada impediría que un Poder Ejecutivo ingenioso emita un decreto supremo declarando de necesidad pública (que en verdad lo es) la adquisición de todo tipo de derechos sobre bienes por parte de extranjeros dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, sin condicionamiento alguno, y libere de esta absurda carga a nuestra economía y a los extranjeros que buscan invertir en ella, como se ha hecho ya en el sector hidrocarburos mediante el artículo 13 de la ley 26221, y como pretendió hacerlo el artículo 13 del decreto legislativo 757.

Este es, pues, el ataúd que propongo para el muerto que hay en nuestras fronteras, y con el que deben lidiar diariamente los extranjeros que vienen a invertir dentro de las zonas limítrofes de nuestro país. Estoy seguro de que algunos la calificarán como una solución demasiado liberal, pero estoy seguro también de que para llegar a ella solo se necesita dejar atrás los temores del pasado, entender la enorme importancia que tiene la inversión extranjera para el Perú, y la inminente necesidad de brindar a los extranjeros un marco jurídico claro, carente de restricciones absurdas y mal reguladas.

## BIBLIOGRAFÍA

BERNALES, Enrique

1999     *La Constitución de 1993: análisis comparado.* Quinta edición. Lima: RAO Editores.

CHIRINOS Soto, Enrique

1996     *Constitución de 1993: lectura y comentario.* Tercera edición. Lima: Nerman.

RUBIO, Marcial

1999     *Estudio de la Constitución Política de 1993.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

## **SOBRE «EL ROL POLÍTICO DEL ABOGADO LITIGANTE»**

*Diego Pérez Ordóñez\**

### **1. EXPLICACIÓN**

He escogido con entusiasmo el artículo «El rol político del abogado litigante»<sup>1</sup> para participar en este libro de homenaje a Fernando de Trazegnies. Mi entusiasmo obedece a varias razones. La primera es que en este trabajo de Trazegnies expone y reflexiona sobre un tema fundamental: la posibilidad de que los abogados litigantes sean dinamizadores y animadores de la creación del derecho y que los jueces puedan aplicar la ley con un sentido más práctico y en contexto social; es decir, que los abogados podamos contribuir activamente para que el derecho no se estanque, para que vaya de la mano de los tiempos, y para que los jueces tengan más posibilidades de proteger y garantizar los derechos ciudadanos. El rol político del abogado litigante, de acuerdo con la concepción de Trazegnies, se traduce en un activo papel de los abogados como transformadores del derecho.

Otra fuente de entusiasmo ha sido la constante visión de futuro en el pensamiento de Trazegnies. Creo que este ha sido el principal aporte del jurista peruano a la reflexión jurídica: no se ha contentado con analizar las instituciones básicas y clásicas del derecho, sino que ha contribuido a entender lo legal con la perspectiva del tiempo, apuntando certeramente a la posteridad. Tampoco se ha conformado con entender la historia jurídica, casi siempre en el contexto de los eventos de la política, sino que ha puesto al derecho en movimiento futuro, en perspectiva de porvenir. Por eso, si tomamos en cuenta que el análisis jurídico

---

\* Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Político en la Universidad San Francisco de Quito. Miembro de la Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional. Secretario Arbitral de la Cámara de la Construcción de Quito y de la Cámara de Comercio de Quito. Socio del Estudio Pérez Bustamante & Ponce Abogados.

<sup>1</sup> Trabajo sobre la versión publicada en BERGALLI y otros (1986), tomada, a su vez, de la revista *Derecho*, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (número 32, pp. 272-289).

en nuestros países suele limitarse a comentarios de leyes o reformas, podemos considerar que las reflexiones jurídicas de Trazegnies se han convertido en sólidos aportes para el pensamiento americano; y lo ha logrado con ayuda de una maciza cultura general: conoce a profundidad las ciencias relacionadas con el derecho. Se siente igual de cómodo leyendo o comentando un libro de historia, un texto político o un ensayo sobre estética.

## 2. EL ROL ABOGADIL

En esencia, la idea central de «El rol político del abogado litigante» es que la actividad judicial es en sí misma una actividad política; que los jueces, al dictar una sentencia en un asunto controvertido sometido a su conocimiento y resolución, actúan en ejercicio de su poder político. Por lo general, argumenta de Trazegnies al explicar la columna vertebral de su ensayo, se ha concebido la actividad judicial como ajena a lo político, como una actividad que por definición debe ser extraña a todo lo político. El juez, de acuerdo con esta concepción, debe ser una especie de individuo aséptico, lejano a la actividad y a las ideas políticas. Por tanto, siguiendo este hilo de pensamiento, debe actuar lejos de lo político, de la tentación de la política. Así, los jueces solamente tienen poder para decidir limitadamente los asuntos litigiosos entre dos partes. De Trazegnies controvierte esta tesis y propone una nueva perspectiva: los abogados podemos ser generadores originales de derecho, de nuevo derecho; y los jueces, al resolver conflictos, pueden poner al derecho en movimiento.

Si pensamos que el ensayo de Trazegnies fue publicado hace casi 35 años, y que es cada vez mayor la vigencia de la jurisprudencia como fuente del derecho en los países latinoamericanos, podemos ver que las ideas impulsadas hace décadas por el peruano resultan progresistas y adelantadas. Cada vez es mayor el número de abogados que usan la jurisprudencia nacional o internacional como fundamento de sus alegatos. Cada vez es mayor el número de ramas del derecho en las que se invoca la decisión de cortes y tribunales, también nacionales o internacionales, como soporte de la reflexión jurídica: la jurisprudencia es fundamental en áreas como los derechos humanos, el derecho constitucional, la propiedad intelectual y el derecho civil, por citar solamente algunas. Las reformas a la Constitución ecuatoriana, hechas por la Asamblea de 1997-1998, mencionan por primera vez a la jurisprudencia como fuente del derecho en materia del debido proceso como derecho fundamental y como juego de garantías. En las aulas universitarias de Quito o de Lima se estudian fallos de la Corte Constitucional colombiana y de los Tribunales Constitucionales de España y de Alemania.

De Trazegnies considera al abogado litigante como el principio de la animación judicial del derecho:

Por la vía de la interpretación del Derecho, los jueces han visto la posibilidad de establecer líneas de acción social que quizás no habían sido previstas por los legisladores. Y, por otra parte, en la medida en que el abogado litigante es quien moviliza la acción del sistema legal al promover una intervención judicial, está también realizando una actividad valorativa y creadora por el hecho de orientar —«agitar»— en uno u otro sentido el poder coercitivo del Derecho; al punto, como lo veremos a continuación, que el abogado puede convertirse en un verdadero «agitador» político que lleva a cabo una «guerrilla» privada con las armas del Derecho<sup>2</sup>.

Creo que en esta cita está contenido el condumio del trabajo comentado: el legislador, que necesariamente tiene que fabricar la ley, está limitado a hacer un producto hipotético. En otras palabras, se ve abocado a escribir y debatir un producto teórico: la ley. El juez, en cambio, empujado por los abogados litigantes y animado por los contenciosos sometidos a su conocimiento, tiene la posibilidad de darle vida a la ley, de interpretarla con más concreción, aunque siempre con los límites de los objetivos puestos por el legislador. Así, los jueces, otra vez estimulados por los abogados, no solamente cumplen con resolver conflictos entre partes sino que le dan al derecho una existencia práctica. Los abogados tienen la posibilidad de convertirse no solo en defensores de clientes o de personas, sino en defensores de los principios sobre los que se asienta el Estado de derecho.

Conocedor de las instituciones occidentales del liberalismo e influenciado por estas, de Trazegnies fundamenta su idea en la necesaria marcha de las ideas del jusnaturalismo:

En esta forma, la evolución iniciada por el liberalismo primitivo y su concepción subjetiva de los valores ha seguido su camino: primero, el jusnaturalismo moderno planteó que, por razones todavía políticas, el Juez no debe crear Derecho; después, el positivismo recibe la posta y va más lejos en el proceso de «descontaminación» al afirmar, esta vez por razones «científicas», que el Juez —en tanto que jurista— no tiene posibilidades normativas<sup>3</sup>.

En justificación de su teoría, el jurista peruano sostiene que el liberalismo se apoya en la noción de que el valor por excelencia es la sociedad liberal, y por tanto no hay inconveniente en aceptar que los jueces puedan crear derecho para implementar los principios básicos de la sociedad de mercado. La objeción populista —sostiene— es que toda norma debe ser creada por los representantes del pueblo, es decir, por los legisladores. La razón debe imponerse a la voluntad popular, concluye de Trazegnies, lo que justifica la intervención creadora del juez, y no tiene nada de antidemocrática la creación judicial por vía de la interpretación.

---

<sup>2</sup> DE TRAZEGNIES (1986: 31).

<sup>3</sup> DE TRAZEGNIES (1986: 38).

El derecho no puede ser aplicado de forma mecánica y las palabras que constituyen la ley tienen múltiples sentidos y significados. Esto hace necesario que alguien (el juez) esté encargado de la inevitable interpretación.

De Trazegnies recurre a la teoría pura del derecho de Kelsen para explicar que es necesario «politicizar» la aplicación judicial del derecho: «La sentencia —citemos al pensador peruano— no es mera aplicación sino creación del derecho; esta creación tiene que tomar en cuenta los diversos intereses en juego; la sentencia es no solamente un acto de intelección de una norma superior sino un acto volitivo, “político”, de una determinación de rangos o preferencias entre intereses». Y añade que

Todo lo expuesto nos lleva a pensar que la jurisprudencia nunca es «mecánica», ya que los propios teóricos del positivismo han tenido que admitirlo. Aun cuando jueces y abogados a veces no se dan cuenta de este hecho, la aplicación de la ley resulta siempre «inconscientemente» política. En consecuencia, para comprender realmente la actividad judicial es indispensable superar sus contenidos «jurídicos» manifiestos y alcanzar sus contenidos «políticos» latentes<sup>4</sup>.

### 3. EL TEMA DEL PODER

Para argumentar su teoría sobre el poder político de los abogados litigantes, el jurista limeño ha recurrido —aunque no necesariamente las ha citado— a las ideas clásicas acerca del contenido y los alcances del poder políticos. A criterio de Max Weber, uno de los más influyentes pensadores del siglo veinte, por ejemplo, el poder es la probabilidad de que un actor, en una relación social, esté en condiciones de imponer su voluntad a pesar de la resistencia, e independientemente del fundamento sobre el que se basa esa probabilidad<sup>5</sup>. También hay influencia de teorías contemporáneas sobre la esencia del poder político, como la recogida en los estudios de Jorge de Esteban, para quien el poder es la expresión de la voluntad de una colectividad pública que posee fuerza obligatoria, para lo cual dispone del uso de la coerción a fin de lograr la ejecución de las decisiones<sup>6</sup>.

En concordancia con las ideas contenidas en el artículo materia de este comentario, Federico Trillo-Figueroa, en su obra sobre el poder político en los dramas de Shakespeare, comenta lo siguiente:

Se señala, de una parte, que el poder es, desde el punto de vista objetivo, la forma de relación humana que consiste en la dominación de un sujeto o grupo de sujetos sobre otro sujeto o grupo, que les están sometidos de acuerdo con un orden normativo y/o de fuerza. Desde el punto de vista subjetivo, psicológico

<sup>4</sup> DE TRAZEGNIES (1986: 46-47).

<sup>5</sup> WEBER (1964).

<sup>6</sup> DE ESTEBAN (1995).

si se prefiere, el poder sería el impulso del actuar humano que lleva a mandar u obedecer frente a otro u otros<sup>7</sup>.

Así, a efectos de respaldar su teoría sobre el poder político del abogado litigante, de Trazegnies también ha recurrido a las concepciones generalmente aceptadas respecto del poder político. Sustenta la idea central del ensayo en la posibilidad de que los abogados litigantes, sobre la base de sus argumentos, con antecedente en el consejo dado a los clientes y en los alegatos sometidos a consideración del juez, puedan servir como estimulante de decisiones judiciales trascendentales. La trascendencia de estas decisiones judiciales está en el hecho de que hayan sido tomadas sobre la base del conocimiento más cercano de la realidad social de los jueces. Para estos, argumenta el peruano, la ley no es solamente un producto abstracto del debate legislativo, sino, por el contrario, la posibilidad de resolver el conflicto y sentar un precedente de aplicación práctica.

Vemos que en el artículo materia de este análisis de Trazegnies pone en relieve uno de los aspectos centrales de su teoría sobre el valor y el verdadero sentido del Poder Judicial: el papel del abogado litigante como animador de la aplicación política y práctica del derecho. Este papel de animador que asume el abogado —por llamarlo de algún modo— empieza con los argumentos y con el alegato de aquél para que el juez pueda adoptar una decisión en derecho. De Trazegnies, al concebir al abogado como el inicial motor de la interpretación judicial de la ley neutra y genérica que hacen los jueces, también atribuye a los letrados un poder de conocimiento en los términos que ya ha estudiado Bobbio<sup>8</sup>.

#### 4. EL PODER JUDICIAL

Como consecuencia de todo lo apuntado anteriormente, de Trazegnies aboga a favor de un papel diferente del poder judicial: esta función estatal debe no solamente resolver conflictos sino también utilizar su poder para reformar la sociedad mediante sus fallos. De este modo, jueces, cortes y tribunales estarán en posibilidad de aplicar, en situaciones concretas, las leyes concebidas de forma abstracta por el legislador. En esta adaptación práctica se esconde la función política del juzgador:

---

<sup>7</sup> TRILLO FIGUEROA (1999: 43).

<sup>8</sup> BOBBIO (1992). El pensador italiano discrimina tres clases de poder: económico, ideológico y de la fuerza. De acuerdo con la concepción que maneja de Trazegnies a lo largo del ensayo materia de este breve comentario, los abogados ejercemos poder ideológico; es decir, nos podemos valer del saber y del conocer para ejercer influencia en la sociedad y lograr que sus miembros hagan o dejen de hacer algo.

Esta necesidad de una nueva interpretación «política» del Juez —y, consecuentemente, de un abogado litigante que tiene que proponer al Juez una aplicación de la ley— no es un mero «defecto» de nuestro Derecho debido a las imperfecciones del lenguaje. Por el contrario, constituye un factor conveniente e incluso indispensable: lo que hace más apremiante aún la toma de conciencia de este fenómeno por parte de los profesionales del Derecho<sup>9</sup>.

Y de Trazegnies llega a la conclusión de que los examinadores del derecho, en estos casos, están en mejor posición de aplicar las normas jurídicas fabricadas en otra función estatal:

Por consiguiente, en campos como este, el Poder Judicial está en mejor aptitud que el legislador para crear la norma que resuelva el caso: es decir, que la ley escrita resulta un instrumento demasiado grueso para normar estos casos y por eso es más conveniente dejar la solución en manos del Juez, quien puede realizar una apreciación más fina de las circunstancias, evaluar los intereses en juego, determinar la «política» y encontrar la solución adecuada<sup>10</sup>.

El conocimiento del juez sobre el caso concreto, las más de las veces durante meses y años de litigio y de análisis de pruebas y evaluación de argumentos, pone a estos y a los magistrados en envidiable posición para aplicar el derecho en forma práctica: «Por otra parte, hemos visto también que, en algunos casos, la actividad del juez es mucho más eficiente que la actividad de legislador con el propósito de lograr ciertos objetivos sociales, debido a que permite una apreciación más fina del caso y a que el Juez se relaciona con personas y conductas concretas mientras que el legislador trabaja a un nivel general y abstracto»<sup>11</sup>.

En este aspecto, de Trazegnies previno el pensamiento de quienes argumentan a favor del poder creador de los jueces, como Herrendorf:

Los jueces latinoamericanos están formados, mayoritariamente, en un normativismo férreo. No solo las universidades promueven generalmente esa tendencia por ser la que encontró mayor recogimiento; también hay abultada doctrina y muchísima jurisprudencia que alientan y aplauden las soluciones normativistas que ponen la ley por encima de la justicia y a las conductas por debajo de las sentencias. El juez, lo repetimos, se contenta con aplicar bien una norma. *Inequitas lex, sed lex* podría ser el adagio que acompañe a los jueces en su tarea<sup>12</sup>.

Otro aporte de ensayo de de Trazegnies es su concepción del Poder Judicial como fundamental en las políticas de cambio de la sociedad, siempre animado por los argumentos de los abogados litigantes:

<sup>9</sup> DE TRAZEGNIES (1986: 48).

<sup>10</sup> DE TRAZEGNIES (1986: 54).

<sup>11</sup> DE TRAZEGNIES (1986: 55).

<sup>12</sup> HERRENDORF (1994: 51).

Los protagonistas de esta «lucha política» que no pretende tomar el Poder Legislativo ni el Poder Ejecutivo sino realizar ciertos valores sociales a través del Poder Judicial, son primordialmente los Jueces y Tribunales. Pero no puede dejar de reconocerse la parte que corresponde al abogado litigante, en su calidad de motivador del Derecho. Mientras la norma existe en un texto legal, está —por así decirlo— en la «refrigeradora» a la espera de que alguien proceda a descongelarla y ponerla en acción. Ese alguien que se encarga de poner la norma en acción es precisamente el abogado al asesorar a su cliente, al indicarle cómo debe actuar; y el abogado litigante va aún más lejos pues pone el Derecho en acción de guerra<sup>13</sup>.

Complementa la idea este abogado peruano agregando que «[...] toda demanda —y particularmente, todo alegato— es una propuesta de sentencia, cuya elaboración conlleva la necesidad de un razonamiento entre alternativas de interpretación que, según hemos visto, solo pueden ser dirimidas con criterios de “política”»<sup>14</sup>.

Finalmente, la teoría de Fernando de Trazegnies no se opone a la inmutable concepción de la independencia de lo judicial<sup>15</sup> como cimiento del Estado de derecho. La actuación de los jueces puede aportar a la vigencia de la teoría de pesos y contrapesos:

Sin embargo, a pesar de la necesidad de «politicizar» la actividad judicial, pienso que la independencia intelectual y decisional de los Jueces y Tribunales debe jugar todavía un rol básico de equilibrio como parte de un delicado sistema de frenos y contrapesos en la vida social; y, dentro de ciertas circunstancias, este rol puede encontrarse incrementado con la «politización» propuesta hasta alcanzar niveles insospechados incluso para posiciones «puristas» del Derecho que pretendían precisamente contribuir a ese ideal de contrapeso<sup>16</sup>.

Continúa el análisis del jurista cuyo trabajo es materia de estos comentarios: «Por el contrario, una auténtica “politización” del Poder Judicial —y no una mera inmolación del Poder Judicial en el altar del Poder Ejecutivo— supone que ese inevitable razonamiento político sea un razonamiento propio. Los valores, “las políticas”, tienen que ser decididas por los Jueces mismos sobre la base de su particular comprensión de los aspectos sociales del problema *sub litis*»<sup>17</sup>.

De este modo termina el comentario al artículo sobre el papel político del abogado litigante, en relación con las facultades de los jueces y de los legisladores,

---

<sup>13</sup> DE TRAZEGNIES (1986: 58).

<sup>14</sup> DE TRAZEGNIES (1986: 57-58).

<sup>15</sup> De Trazegnies se aparta en este aspecto de las concepciones tradicionales del poder judicial como un poder invisible y neutro, tal como fue ideado hace siglos por Montesquieu. Sobre este tema véase SENESE (1996: 40-58).

<sup>16</sup> DE TRAZEGNIES (1986: 65).

<sup>17</sup> DE TRAZEGNIES (1986: 67).

y de acuerdo con las reflexiones de Fernando de Trazegnies. Se hace necesario poner énfasis en la importancia que este artículo tiene todavía, sobre todo gracias a la perspectiva y a la visión de futuro del académico peruano.

## BIBLIOGRAFÍA

BERGALLI, Roberto y otros

1986 *Los abogados y la democracia en América Latina*. Quito: Instituto de Servicios Legales Alternativos (ILSA).

BOBBIO, Norberto

1992 *Estado, gobierno y sociedad*. México DF: Fondo de Cultura Económica.

DE ESTEBAN, Jorge

1995 *El poder y la noria*. Madrid: Libertarias/Prodhufi.

DE TRAZEGNIES, Fernando

1986 «El rol político del abogado litigante». En BERGALLI (1986), pp. 29-68.

HERRENDORF, Daniel

1994 *El poder de los jueces. Cómo piensan los jueces que piensan*. Segunda edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

SANESE, Salvatore

1996 «Democracia pluralista, pluralismo institucional y gobierno del Poder Judicial». En IBÁÑEZ, Perfecto Andrés (editor). *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta.

TRILLO FIGUEROA, Federico

1999 *El poder político en los dramas de Shakespeare*. Madrid: Espasa Forum.

WEBER, Max

1964 *The theory of social and economic organization*. Nueva York: The Free Press.

## LA POSICIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*Aníbal Quiroga León\**

*El Tribunal Constitucional es una pieza inventada de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano y reelaborada, en la segunda década de este siglo (XX), por uno de los más grandes juristas europeos, Hans KELSEN. Su punto de partida es, como se comprende, que la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera de todas, lex superior, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema.*

Eduardo García de Enterría. *La invención norteamericana de la «Judicial Review» y su papel en el sistema*

*Los dos modelos, el americano y el europeo, se aproximan paulatinamente, de manera recíproca, y como ejemplo podemos mencionar a la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, que en apariencia es el Tribunal Federal de mayor jerarquía en el clásico sistema difuso, por medio de su competencia discrecional denominada Certiorari, [...] pero se ha convertido en un verdadero Tribunal Constitucional, ya que la mayoría, por no decir la totalidad de los asuntos de que conoce, tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de derechos humanos. Por otra parte, sus resoluciones son obligatorias para todos los jueces del país, de acuerdo con el principio que se califica de stare decisis (obligatoriedad del precedente), de manera que cuando la citada Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una Ley, dicho fallo posee en la práctica efectos generales, pues debido a su prestigio moral también las autoridades administrativas acatan sus resoluciones.*

Héctor Fix-Zamudio. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*

---

\* Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y ex editor general de la revista *Derecho-PUCP*. Ex vocal suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

## INTRODUCCIÓN DOMINICAL

En el Perú, el Derecho Procesal Constitucional es una disciplina jurídica que se ha desarrollado de modo vigoroso en los últimos veinticinco años. Indiscutiblemente, hoy se configura con perfiles y contornos propios, y constituye la matriz en la que se inserta la vida del Tribunal Constitucional, así como el control de la constitucionalidad y de la defensa de los derechos fundamentales desde el Poder Judicial. Versa acerca de la adecuada interpretación de la Constitución en la eficiente definición y funcionalidad de los diversos *instrumentos* que se ofrecen para la determinación, defensa, interpretación, control interórganos y desarrollo de la propia Constitución. Esa es su principal finalidad.

Estos instrumentos, que por distintas razones históricas, políticas, jurídicas y académicas son ocho en el caso del ordenamiento jurídico del Perú, forman en conjunto una especialidad joven de contornos claramente definidos, que determinan y dan forma al esquema básico de las características, los presupuestos, la estructura, el funcionamiento y la eficacia de los mismos. Esto, partiendo de la especial interpretación constitucional, que es fundamental, llega a los confines del Derecho Procesal Constitucional y desarrolla toda su gama, no siempre bien comprendida y, lamentablemente, a veces mal tratada en la norma, en la sentencia constitucional o en la vida práctica del sistema jurídico nacional. Esto lleva al Perú de hoy, a nivel iberoamericano, a un claro liderazgo en su desarrollo, que se acredita con la importancia, calidad y profusión de la doctrina peruana en materia del Derecho Procesal Constitucional, que tiene su mayor expresión en la dación de un Código Procesal Constitucional<sup>1</sup>, único en Iberoamérica, hoy por hoy un instrumento modélico en varios países de América y Europa lusohispanas.

Y es que en el esquema del *control interórganos*, que en su día tan brillantemente detallara Kart Loewenstein, el Tribunal Constitucional es el contralor natural del Parlamento; y este, a su vez, es el escenario en que aquel deberá rendir y exigir sus cuentas constitucionales, así como el único que podrá hacer valer las sanciones del caso cuando en ello se presente alguna grave omisión.

En efecto, el esquema de la defensa de la Constitución del Perú es simple. Se encuentra detallado en la base constitucional pormenorizada en la concordancia de sus artículos 138, segunda parte, 200 y 202, inciso 3, que establecen claramente tres órdenes de competencia: a) la derogación de las leyes a través de la acción de inconstitucionalidad de las leyes; b) la dirimencia de los conflictos de competencia entre los diversos entes constitucionales, por medio del proceso de competencia; y

---

<sup>1</sup> Sancionado por ley 28237, con calidad de ley orgánica, de 31 de mayo de 2004 y vigente desde el 1 de diciembre del mismo año, en cumplimiento de lo dispuesto en el séptimo apartado del artículo 200 de la Constitución peruana de 1993.

c) la jurisdicción de la libertad (al decir de Mauro Cappelletti) mediante el recurso de agravio constitucional (o casación constitucional moderna), que permite revisar sentencias judiciales denegatorias en materia de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de acción de cumplimiento. Al lado de este último, recibe, por derivación del Poder Judicial —y solo en este último caso— la facultad del control difuso en los casos de la jurisdicción de la libertad; es decir, cuando decide en última y definitiva instancia los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento previamente denegados por el Poder Judicial. No tiene más facultades; y aun cuando las descritas no son pocas, son de fácil entendimiento para el justiciable, es decir, para el usuario del sistema de protección constitucional de los derechos fundamentales.

Sin embargo, en la vida diaria del Tribunal Constitucional está comprobado que las acciones de inconstitucionalidad de las leyes y de conflicto de competencia son las que menos se presentan ante el Tribunal Constitucional, lo que le ha permitido generar una importante jurisprudencia en estas materias. Por el contrario, ha sido la jurisdicción de la libertad, es decir, la revisión última de los fallos previamente desestimados en el Poder Judicial en las acciones de garantía (hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento), las que han copado la mayor parte de su tiempo —más del 90% de su actividad constitucional—, generando atrasos que muchas veces dan lugar al justificado reclamo de los justiciables.

Lo que ocurre, y es capital comprenderlo y defenderlo, es que en el Estado de derecho que quiere conformar el Perú, dentro del adecuado entendimiento de nuestra Carta Constitucional, la defensa y protección de los derechos fundamentales está compartida al alimón entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Esto porque, como aparece en la propia Carta Política y está desarrollado en el Código Procesal Constitucional, los derechos fundamentales, ampliamente garantizados por los cuatro instrumentos mencionados (hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento), tienen su desarrollo inicial —y muchas veces final— en sede judicial, sea en la Corte Suprema de Justicia, sea en las cortes superiores de justicia, dependiendo de dónde halla correspondido su inicio. Si la sentencia judicial es estimatoria de la demanda, es decir, si resulta favorable al demandante de la acción de garantía constitucional, entonces constituirá cosa juzgada constitucional, sin que por sobre ello quepa actuación alguna al Tribunal Constitucional; se genera así una jurisprudencia constitucional en sede judicial, sea de las cortes superiores o sea de la Corte Suprema, en los casos que corresponda. Pero si la sentencia judicial es desfavorable al accionante, entonces este, y solo este, verá abierta la puerta del Tribunal Constitucional; ingresará entonces a su sede y en ella se generará una jurisprudencia constitucional. Por eso se afirma que

en el Perú la protección y defensa de los derechos fundamentales se encuentra compartida entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, en una relación que es necesario conocer y manejar con acierto.

Sin embargo, no escapa a nuestro análisis que desde fines del siglo XX las circunstancias han conspirado para privar al Poder Judicial de su verdadero sitio en el Derecho Procesal Constitucional y en la defensa y respeto a los derechos fundamentales. Esto, a raíz de la debilitada posición en que quedó la Corte Suprema luego del gobierno fujimorista; de la secuela de crítica severa y no pocas sanciones a algunos de sus exintegrantes, acaecidas durante el gobierno del presidente Alejandro Toledo; y de la alta tasa de provisionalidad del Supremo Tribunal, que paradójicamente no ha sido completado hasta hoy en más de seis años<sup>2</sup>. Estas circunstancias se han aunado al repotenciamiento del Tribunal Constitucional y a su notorio activismo, en especial durante los últimos cinco años, y la privación ha ocurrido al punto que se puede afirmar que, según la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la aplicación del llamado *precedente vinculante* o *Stare Decisis*, el Tribunal Constitucional ha pretendido, y pretende, subordinar a la Corte Suprema en esta actividad. Pero lo que dice la Carta Constitucional es que tal actividad es compartida, mitad y mitad, entre el Poder Judicial —históricamente primero y más cercano al ciudadano— y el Tribunal Constitucional, con el auge y el prestigio que hoy ha logrado, pero sin jerarquía ni sujeción alguna.

El Derecho Procesal Constitucional, como ya se ha señalado, y al decir del maestro mexicano Fix-Zamudio, tiene por objeto el estudio del esquema de la defensa y control de la Constitución (control orgánico) y de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales que esta consagra (defensa de los derechos fundamentales o jurisdicción de la libertad), a partir de los grandes sistemas de control constitucional que la doctrina del Derecho Comparado nos ofrece, ya diseñados para el Perú desde la Constitución de 1979 (D) y que permanecen reformulados sin cambio sustancial en la Constitución de 1993, en vigencia. Al revisarlos, deberemos hacer un repaso de cada instrumento jurídico-procesal concebido y destinado a la defensa de la Constitución y a su control, y a la defensa y protección de los derechos fundamentales de la persona, en su caso.

Estos diversos y a veces disímiles instrumentos tienen como escenario de acción —ya está dicho— tanto el Poder Judicial, a través de los mecanismos de control interórganos, cuanto el Tribunal Constitucional. De ello se evidencia el carácter mixto y complejo de nuestro esquema de defensa constitucional, donde evidentemente se funden los planos jurisdiccionales de estas dos instituciones

---

<sup>2</sup> El artículo fue redactado en el año 2007 (nota del editor).

constitucionales (Poder Judicial y Tribunal Constitucional), relacionadas en estos extremos, si bien autónomas en su conformación, dándole una particular y especial personalidad al Derecho Procesal Constitucional peruano.

Un aspecto importante es el estudio del verdadero *intérprete auténtico* de la Constitución, habida cuenta del silencio de la Carta Política sobre este punto. El rol del Parlamento, el funcionamiento del Poder Judicial, la natural función del Tribunal Constitucional y el apasionante tema del valor normativo de las sentencias del propio Tribunal Constitucional —en materia de acción de inconstitucionalidad y de la contienda de competencia constitucional—, hacen de esta atribución una trilogía no siempre bien conocida ni mejor entendida. Toca en ello la revisión de la génesis y naturaleza jurídica de las normas constitucionales, y del carácter específico de su interpretación, estructura y alcances, para ingresar al estudio de los dos grandes sistemas comparados de control de la constitucionalidad: la *judicial review* o revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, también conocido como control difuso o sistema americano de control de la constitucionalidad de las leyes; y el llamado sistema concentrado, sistema europeo o sistema ad hoc de control de la constitucionalidad de las leyes, del que deriva la existencia del Tribunal Constitucional; para arribar al esquema mixto que ofrece el modelo peruano, tanto de la Constitución de 1979 (D) cuanto en la actual Constitución de 1993.

Esto hace del sistema peruano de control constitucional uno de *carácter mixto*, como lo he venido a llamar; en tanto que García Belaúnde lo denomina *dual<sup>3</sup>*; y determina un grado de complejidad mayor ya que, desde la Constitución de 1979 (D) hasta la actual Carta Política de 1993, se juntaron en el ordenamiento jurídico peruano dos modelos de control que de suyo se presentan como antagónicos —el sistema americano o de control difuso en sede del Poder Judicial, y el sistema europeo y concentrado en sede del Tribunal Constitucional— y que debemos conocer y manejar con acierto al tiempo de hacer conjugar sus diferentes instituciones en el ámbito de la mejor interpretación que corresponda a nuestra Carta Constitucional, en beneficio del control de la constitucionalidad y de la defensa de los derechos fundamentales de las personas. Por ello, Fix-Zamudio precisó en su día que

En tal virtud, si examinamos en forma abstracta estas dos categorías, descubrimos en cada una de ellas las características contrarias de la otra, como lo puso de relieve de manera penetrante el insigne procesalista florentino Piero Calamandrei, cuando afirmó que los lineamientos del binomio aparecen de ordinario agrupados según cierta necesidad lógica, de modo que el control judicial, es decir, el

---

<sup>3</sup> QUIROGA (2003: 2901 y ss.).

americano, es necesariamente difuso, incidental, especial, declarativo; y viceversa el que califica como autónomo, es decir, el austriaco, es concentrado, principal, general y constitutivo.

Adelantándose a su época y yendo a la par con García de Enterría, quien ha afirmado que la Suprema Corte Federal de Estados Unidos es hoy por hoy la reformulación de un verdadero Tribunal Constitucional, el propio Fix-Zamudio sostiene que:

Los dos modelos, el americano y el europeo, se aproximan paulatinamente, de manera recíproca, y como ejemplo podemos mencionar a la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, que en apariencia es el Tribunal Federal de mayor jerarquía en el clásico sistema difuso, por medio de su competencia discrecional denominada Certiorari, [...] pero se ha convertido en un verdadero Tribunal Constitucional ya que la mayoría por no decir la totalidad de los asuntos de que conoce tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de derechos humanos, por otra parte, sus resoluciones son obligatorias para todos los jueces del país, de acuerdo con lo que se llama *stare decisis* (obligatoriedad de precedente), de manera que cuando la citada Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una Ley, dicho fallo posee efectos generales, pues debido a su prestigio moral también las autoridades administrativas acatan sus resoluciones.

Esto es lo que precisamente hace y condensa, sobre la base del sistema mixto que se ha consagrado para el Perú desde la Constitución de 1979 (D) hasta la actual Carta Política de 1993, el nuevo Código Procesal Constitucional, con notable acierto pero con una clara deficiencia en el tratamiento del control difuso, que gran en parte acaba de ser mejorado por la ley 28946 con la modificación y nuevo texto de su artículo 3<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> «Artículo 3.- Procedencia frente a actos basados en normas.- Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

Son normas autoaplicativas aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulte inmediata e incondicionada.

Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra estas no proceda medio impugnatorio alguno.

En todos estos casos, los jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trate de normas de menor jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elección en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular. La consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley».

Junto a ello aparecen, como se dijo, los instrumentos constitucionales que tienen su inicio en sede judicial propiamente dicha: la acción o proceso de hábeas corpus, la acción o proceso de amparo constitucional —con la posibilidad de lograr la suspensión del acto reclamado en vía de medida cautelar—, la acción o proceso de hábeas data, la acción o proceso de cumplimiento, y la acción o proceso de acción popular —como control directo y abstracto de orden judicial de la legislación derivada de alcance general que emana de la administración pública—; todos ellos contenidos en el esquema de instrumentos que el Derecho Procesal Constitucional peruano prevé en la Carta Constitucional, en un sistema mixto, en defensa de la legalidad, de la constitucionalidad y de los principios constitucionales y derechos fundamentales de las personas, cada uno con sus respectivas características jurídicas, competencias, normatividad aplicable y efectos jurídicos.

Por ello, cabe en este punto evocar las palabras del procesal-constitucionalista italiano Mauro Cappelletti, quien en su día señalara que «El genio del hombre ha logrado, en la concepción más moderna, la norma constitucional que no es otra cosa que un ensayo, tal vez imposible, y casi calificado de “fáustico”, pero profundamente humano y digno de ser intentado, de transformar en derecho escrito lo que hasta ahora han sido supremos valores, la pretensión de “encerrar” y “definir” en norma positiva lo que por su propia naturaleza es inasible e indefinible: lo absoluto».

En este panorama resultan de vital importancia la función y el rol encarnados al Tribunal Constitucional, entendido este como el máximo órgano de control e interpretación de la Carta Magna, dentro de lo que se denomina el *sistema de control constitucional concentrado o sistema europeo de control de la constitucionalidad*<sup>5</sup>. Dicho órgano constitucional, en un principio incomprendido inclusive por quienes fueron, han sido o son sus miembros integrantes, ha tenido durante el transcurso de los años (y especialmente en la última época, luego de su recomposición) un inusual protagonismo y activismo en asuntos que involucran no solo el escenario constitucional o jurídico, sino el político, económico y social.

La explicación a ello reside —salvo excepciones— en la raigambre política partidaria que subyace al origen de algunos de sus miembros, quienes han debido ser elegidos por una mayoría de dos tercios de nuestro Congreso unicameral, y en el redescubrimiento de sus poderes y atribuciones, lo que en no pocas oportunidades se ha reflejado en el contenido de las resoluciones en los distintos procesos de inconstitucionalidad sometidos a su escrutinio y decisión, en los cuales se ha impuesto claramente el interés político, en desmedro del desarrollo

---

<sup>5</sup> QUIROGA (1996: pp. 207 y ss.), también en GUDIÑO y otros (2005: 291 y ss.).

de una verdadera jurisdicción constitucional con los parámetros que la doctrina señala para el supremo órgano de control de la constitucionalidad. A ello se puede sumar la notoria deficiencia en la formación constitucional que exhiben algunos de sus integrantes —los menos, a decir verdad—, lo que contribuye a la determinación del panorama actual.

Para perfilar la posición jurídica del Tribunal Constitucional (y su verdadero rol) conforme a lo señalado por la Constitución y la legislación sobre la materia (léase: Código Procesal Constitucional, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y leyes conexas), debemos analizar la problemática actual que lo envuelve, como supremo intérprete y contralor de la Constitución, a través de la lectura y del análisis de algunas de sus resoluciones en el ámbito del sistema concentrado o europeo —al cual está inscrito nuestro sistema de sistema de protección constitucional—, resoluciones que exhiben de manera objetiva el estado actual de su funcionalidad.

## LOS SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES

Ya hemos resaltado que nuestro ordenamiento jurídico tiene la peculiaridad de que coexisten al interior del texto constitucional los dos sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes: a) el difuso (*judicial review*) o americano; y b) el concentrado o europeo<sup>6</sup>.

Lo antes expuesto describe lo que hemos llamado *sistema mixto de control de la constitucionalidad*<sup>7</sup>, denominado por García Belaúnde, como ya se dijo, *sistema dual de control constitucional*<sup>8</sup>, que determinará —a diferencia de otros ordenamientos jurídico-constitucionales, que solo cuentan con el sistema de control concentrado—, que la *jurisdicción constitucional* pueda ser válidamente ejercida no solo por los magistrados del Tribunal Constitucional sino también por los magistrados ordinarios del Poder Judicial. De este modo, estos últimos reúnen sobre sí, permanentemente, una doble cualidad inmanente en el hecho de ser jueces ordinarios de la causa que corresponda, así como jueces constitucionales en el control difuso de la constitucionalidad, cuando tienen conocimiento de procesos constitucionales sometidos a la competencia de la justicia ordinaria o de procesos ordinarios en los que encuentren confrontación entre la ley y la Constitución. En consecuencia, en nuestro medio se puede afirmar sin temor al error que la *jurisdicción o justicia constitucional* es de orden mixto y se entiende

<sup>6</sup> QUIROGA (1996).

<sup>7</sup> QUIROGA (1990: pp. 177 y ss.). Véase especialmente la cita 72.

<sup>8</sup> GARCÍA BELAUNDE (2000).

extendida a todo el ámbito competencial del Poder Judicial. Esto, tanto cuando sus magistrados hacen uso de la facultad de inaplicación de una norma legal para un caso concreto (control difuso), contemplado ahora en el artículo 138, segunda parte, de la Constitución y reglamentado en el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como cuando conocen y resuelven las acciones de garantía constitucional o de defensa de las libertades fundamentales o *jurisdicción de la libertad*.

Hemos señalado en el párrafo precedente que no todos los procesos constitucionales son iguales: su diferencia radica fundamentalmente en su naturaleza jurídico-constitucional y en las características de la pretensión constitucional que se formule al juzgador constitucional.

Así, dos son los tipos de procesos de control constitucional que el sistema contempla: los de garantías constitucionales o de defensa de las libertades fundamentales o de jurisdicción de la libertad, cuya pretensión está destinada a la defensa y protección de los derechos fundamentales previstos en la Constitución y que tienen un atributo de orden material para las personas; y los de *acciones de control constitucional* o de *control orgánico* o de *control directo* de la Constitución, cuya pretensión, en todas sus variantes, será de orden abstracto y objetivo, dirigida a preservar y defender el marco orgánico de la constitucionalidad y la legalidad de las manifestaciones del Estado mediante sus órganos y organismos, y derivadas del uso de las facultades o los poderes que la Constitución y las leyes han atribuido a los mismos.

## 2. EL SISTEMA DE CONTROL CONCENTRADO DE LAS LEYES: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional se encuentra definido en el texto de la Constitución como el «Órgano de control de la Constitución»<sup>9</sup>. Esto significa que la Constitución de 1993, al consagrar su existencia dentro del título V, «De las garantías constitucionales», ha optado de manera meridiana por el denominado *control ad hoc* de la constitucionalidad, también conocido como *modelo europeo* o

---

<sup>9</sup> Cabe señalar que en el proyecto de modificaciones a la Constitución de 1993 que se preparó durante el gobierno transitorio (diciembre 2000-julio 2001), se sugirió que la definición del Tribunal Constitucional fuese modificada por la de *intérprete supremo de la Constitución*. Sin embargo, ello ha sido «subsanado» legislativamente por la vía de la adición en la actual Ley Orgánica del Tribunal Constitucional- ley 18301, promulgada con posterioridad y como consecuencia de la promulgación del Código Procesal Constitucional, y que señala ahora en su artículo 1 que el *Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad*.

de *justicia constitucional concentrada*<sup>10</sup>, con todo lo que ello implica en su génesis, historia, desarrollo, evolución y alcances.

Siendo el Tribunal Constitucional el órgano de control de la Constitución, le corresponden dos facultades esenciales implícitas al poder del control:

a) la interpretación de los postulados constitucionales, marco en el cual habrá de hacer la labor de control constitucional, como referente obligado y obligatorio a sí mismo y hacia todos los poderes del Estado y los ciudadanos; y,

b) dentro de la tarea interpretativa de la Constitución, y como consecuencia de la misma, diseñar y definir los alcances de los demás órganos del Estado, constitucionales o de orden legal, de modo tal que se logre una sistematicidad y unidad constitucional que determine el sólido cimiento de la institucionalidad constitucional de la nación, teniendo en cuenta que, como ya lo ha sostenido la antigua doctrina del Derecho Constitucional, lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional, frente al mundo del autoritarismo, es la «fuerza vinculante bilateral de la norma constitucional»; esto es, la vinculación o sujeción a la Constitución de todas las autoridades (absolutamente todas) y de todos los ciudadanos, en contraposición al Estado de viejo cuño, premoderno. En el Estado moderno de Derecho, la Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico, puesto que el gran lema de lucha del Estado constitucional —hoy más vigente que nunca— ha sido el cambio cualitativo logrado en el antiguo y arbitrario *Government by men* por el actual, democrático y jurídico *Government by laws*<sup>11</sup>. Entonces, la Constitución no será solo una norma política con expresión y manifestación de norma jurídica, sino que precisamente es y será la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, la *Lex Superior* o la *Higher Law*.

Corresponde al Tribunal Constitucional, con esta misma premisa incuestionada de ser el supremo intérprete constitucional para el ejercicio del control constitucional *erga omnes* con efecto vinculante, interpretar adecuadamente el alcance de sus propias facultades y atribuciones, a fin de que pueda determinar el alcance de las trascendentales facultades que la Constitución Política del Perú le ha conferido.

En la Constitución Peruana, el Tribunal Constitucional se halla definido específicamente en el artículo 201, que le señala como características:

- a) ser el órgano del control constitucional;
- b) ser autónomo e independiente; y,

---

<sup>10</sup> FIX-ZAMUDIO (1968).

<sup>11</sup> Kaegi y Von Ihering, citados por GARCÍA DE ENTERRIA (1985: 49 y ss.).

c) estar compuesto por siete miembros, denominados magistrados del Tribunal Constitucional, con un mandato de cinco años y reelegibles por un período adicional.

Si bien el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución del Estado, ello no ha sido señalado expresamente en nuestra Carta Magna, tal como se expuso con anterioridad. Esta deficiencia a nivel constitucional lamentablemente no ha sido superada ni mejorada por el Código Procesal Constitucional Peruano<sup>12</sup>, cuyo texto no enfrenta de modo decidido el tema del verdadero rol interpretativo del Tribunal Constitucional, que se infiere —en lectura indirecta y en expresión ciertamente tímida— del tercer párrafo del artículo VI del título preliminar de dicho cuerpo normativo:

Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

[...]

Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios *constitucionales*, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

La facultad del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes bajo el modelo «europeo» o kelseniano, nacido por inspiración de Hans Kelsen a partir de 1920 con la Constitución de Austria y perfeccionado con la Constitución de 1929<sup>13</sup>, implica que el control se habrá de dirigir básicamente hacia el Parlamento. En efecto, si la tarea primera del Tribunal Constitucional es ser intérprete de la Constitución, *intérprete vinculante u obligatorio*, esta tarea debe estar dirigida a interpretar, en primer lugar, los alcances, la recreación y la determinación de los verdaderos límites constitucionales de sus propias facultades, para luego determinar los alcances de las potestades de los demás órganos del Estado, o del Parlamento en particular cuando del control de la constitucionalidad de las leyes se trate.

La interpretación constitucional, de suyo fascinante<sup>14</sup>, será entonces la tarea esencial del Tribunal Constitucional, su *ratio fundamentae* en la existencia constitucional, la que también debe hacerse conforme a los postulados de la propia Constitución de la que emerge y que le da su razón de ser. En efecto, es del caso mencionar que la interpretación constitucional supone un ejercicio intelectual harto diferente de la interpretación jurídica ordinaria (hermenéutica), debido fundamentalmente a la distinta naturaleza normativa de las normas constitucionales respecto a las normas jurídicas ordinarias. Como ya se ha visto, mientras que las primeras son esencialmente políticas (sean «autoaplicables», «programáticas» o

<sup>12</sup> Salvo lo establecido en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Véase la cita 8.

<sup>13</sup> QUIROGA (1990: 153 y ss.).

<sup>14</sup> QUIROGA (2005).

«estructurales»), las segundas son de básico contenido subjetivo o material, de modo tal que, siendo diferentes, no se les puede aplicar válidamente un mismo método de interpretación pues el resultado resultaría erróneo.

Comoquiera que la Constitución otorga de modo exclusivo y excluyente al Tribunal Constitucional la potestad del control directo de la constitucionalidad, es necesario definir los alcances y límites del mismo. Este control aparece evidente en el denominado *control concentrado* o *control ad hoc*, esto es, de índole abstracto —y por tanto incompatible, en ese y en otros puntos, con el *control difuso* o *judicial review*—, en donde corresponderá al Tribunal Constitucional el examen abstracto (esto es, sin referencia a caso concreto alguno en donde esté en disputa derecho subjetivo ninguno) de la ley dubitada y en donde el referente constitucional, previamente definido por la vía de la autorizada interpretación constitucional, será el imperativo categórico que determinará, en análisis de *subsunción*, si la norma legal dubitada es o no incompatible con la Constitución. Si la primera premisa es la cierta, la demanda debe ser rechazada; la norma dubitada regresa entonces al sistema jurídico tal como ingresó, en plena vigencia y constitucionalizada. En cambio si la segunda premisa es la cierta, la norma es derogada de modo directo por el poder constituido en el Tribunal Constitucional como —al decir de Kelsen<sup>15</sup>— *legislador negativo*; esto es, con poder derogatorio directo (artículo 204 *ab initio* de la Constitución), creándose en cada caso de inconstitucionalidad así determinada una *norma subconstitucional*<sup>16</sup>, de la que es titular el Tribunal Constitucional como *constituyente delegado*. Por ello, y por expreso principio consagrado en la Constitución, el principio jurídico de que toda ley se deroga solo por otra ley y que expresa, por ejemplo, el artículo I del título preliminar del Código Civil peruano<sup>17</sup>, se halla ahora necesariamente ampliado por el siguiente enunciado: *toda ley se deroga solo por otra ley o por una sentencia*

<sup>15</sup> «El calificativo de *legislador negativo* que diera Kelsen a la jurisdicción constitucional no pretende “desjurisdiccionar” ni el órgano ni la función. No debe olvidarse que Kelsen parte de su intento de superación de la tradicional trilogía que, arrancando desde Montesquieu, distingue entre la función ejecutiva, función legislativa y función judicial. Kelsen reduce [...] las funciones a dos: legislación y creación (por un lado), y creación y aplicación del Derecho. Desde ese punto de vista, la justicia constitucional no hace sino ejecutar, aplicar el Derecho contenido en la norma fundamental. [...] Kelsen crea un tribunal precisamente por las garantías que un órgano de tal naturaleza supone, y, especialmente, por su independencia [...]; cuando habla de “*legislador en sentido negativo*” lo hace, además, tanto para el caso americano como para el supuesto austriaco. Escribió Kelsen: «un tribunal facultado para anular leyes —en forma individual o de manera general— funciona como un legislador en sentido negativo». Citado por PÉREZ TREMPS (1981: pp. 6 y ss.) (cursivas agregadas). La cita de Kelsen está en KELSEN (1979: 303-334).

<sup>16</sup> ALONSO GARCÍA (1984: 13).

<sup>17</sup> Código Civil Peruano. Título preliminar. «Artículo I.- La ley se deroga solo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior

*estimatoria del Tribunal Constitucional.* No obstante, debe anotarse que el concepto originario de *legislador negativo* está, a la fecha, ampliamente superado por la doctrina italiana y la que proviene de su Corte Constitucional; igualmente, por la actual doctrina española y la que proviene de su Tribunal Constitucional, así como por la alemana y la que proviene de su Tribunal Constitucional<sup>18</sup>.

Desde este punto de vista, la demanda de inconstitucionalidad de una norma legal dubitada no es propiamente una *demandas*, en los términos que formula la Teoría General del Proceso como pretensión de un derecho público-subjetivo, sino una *iniciativa legislativa negativa*, que la Constitución reconoce a los legitimados taxativamente para ello en el artículo 203 de su texto normativo.

La derogación de la ley por el Tribunal Constitucional, si bien jurídicamente equivalente al acto derogatorio que puede disponer el Congreso, es un suceso bastante más grave, que extirpa por vía ‘quirúrgica’ del sistema jurídico (al decir de Fix-Zamudio) la ley dubitada, con innegables y previsibles consecuencias políticas que no deben arredrar pero sí hacer meditar con conciencia objetiva y prudente discernimiento; una tarea ‘quirúrgica’ que tiende a corregir los excesos patológicos que se pudieran haber desarrollado en los diversos órganos del Estado en contra de la Constitución, y que habrá de crear necesariamente un vacío constitucional que generará una inevitable inseguridad jurídica, ya que el legislador no tiene la agilidad suficiente para cubrir de inmediato el ‘vacío’ que deja la norma derogada y que puede dar lugar a no pocas confusiones en la ciudadanía y en los poderes públicos. Como toda derogación, no implicará jamás el restablecimiento de la norma que hubiere sido derogada, ni tendrá carácter o efecto retroactivo, y la laguna que se crea, como lo ha señalado alguna vez el Tribunal Constitucional italiano, constituye en puridad una *situación de mayor inconstitucionalidad* en la solución práctica de los problemas que la ley derogada regulaba.

La facultad exclusiva y excluyente del Tribunal Constitucional, en los parámetros de la Constitución, es de la misma dimensión y calidad constitucional que la facultad de control constitucional que la misma Carta Política reconoce al Poder Judicial en orden a la aplicación de la facultad del *control difuso* previsto en la segunda parte del artículo 138 de la Constitución. Ello también debe reputarse como una facultad exclusiva y excluyente del Poder Judicial que nadie debe soslayar, y que el propio Tribunal Constitucional debe ser el primero en hacer respetar para guardar un mínimo de coherencia constitucional<sup>19</sup>.

---

o cuando la materia de esta es íntegramente regulada por aquella. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado».

<sup>18</sup> AJA (1998).

<sup>19</sup> Véase, al efecto, la sentencia de 3 de junio de 2005, causa 050-2004-AI/TC y otros —acumulado— del Tribunal Constitucional.

### 3. LA ACTIVIDAD DE «CONTROL CONSTITUCIONAL» DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

La actividad de interpretación constitucional autorizada o *auténtica* (en tanto vinculante y obligatoria *erga omnes*) realizada por el Tribunal Constitucional, hace al mismo tiempo, sin duda alguna, un *control político* de los actos normativos con rango de ley del Congreso<sup>20</sup>. Si lo anterior es así, cabe entonces que el Tribunal Constitucional ingrese al análisis de *razonabilidad* del legislador —cuyos actos está llamado a controlar— cuando se someten a su escrutinio las disímiles materias reguladas por el Poder Legislativo.

Lo antes expuesto debería determinar la praxis del supremo intérprete de la Constitución; es decir, el control y la interpretación auténtica de la Constitución, ya que:

El ámbito político de la Constitución, relacionada con el alto grado de consenso requerido entre las distintas fuerzas políticas y sociales de un país para aprobarla, intenta asimismo limitar *el poder público para comprometerse con la vigencia de los derechos fundamentales*. *El intérprete no debe olvidarse de que toda Constitución refleja un acuerdo político determinado y duradero, es decir, una fórmula de expresión ideológica que organiza la convivencia política en una estructura social y en un particular momento histórico rodeado de singulares características que, debido a la dinámica comunitaria, pueden variar, aunque la idea es que el acuerdo sea duradero*.

Por tal razón, cuando este Colegiado resuelva las causas, no puede hacerlo tomando en consideración la Constitución simplemente como una norma jurídica, sino además entendiéndola como una con un carácter político<sup>21</sup>.

Sin embargo, dicho parámetro de actuación ha sido excedido —y en muchas oportunidades, infringido— por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos que, sin tomar en consideración las discrepancias jurídicas sobre el particular, *desnaturalizan la esencia misma del sistema de control concentrado regulado en nuestra Constitución*. Esto se deriva de la raigambre política de sus miembros, consecuencia del sistema de elección de los mismos por parte del Poder Legislativo.

---

<sup>20</sup> El laboralista Alonso Olea ha señalado, en nuestro medio, que: «Entonces el Tribunal Constitucional es un tribunal político como lo indica la fuente de sus poderes, aunque se dice que eligen a juristas de prestigio, los méritos de quienes van a formar y forman parte del Tribunal pues es una elección política. Por consiguiente, es un *órgano de control político* en la vida del país en cuanto a sus libertades fundamentales de derechos básicos que no forman parte de la estructura judicial ordinaria» (OLEA 1996: 67).

<sup>21</sup> Fundamento 7 de la sentencia del 18 de febrero de 2005 referida al expediente 002-2005-PI/TC (Casi cinco mil ciudadanos contra el artículo 2 de la ley 28374).

En este orden de ideas, el profesor español Francisco Fernández Segado ha señalado lo siguiente:

Se tergiversa así la labor del Tribunal, que de ser un órgano de control de la Constitución pasa a ser, o corre el serio peligro de pasar a serlo, un órgano llamado a impedir tal control. Piénsese en que solo dos jueces constitucionales complacientes con el Poder Ejecutivo pueden impedir no solo el control del Tribunal, [...]. Y como ha significado Stein, un Tribunal Constitucional que solo es la prolongación y un instrumento complaciente del Poder Ejecutivo no solo desacredita su propia imagen, sino también a la Constitución<sup>22</sup>.

A continuación desarrollaremos algunos casos concretos sobre el particular.

#### **SENTENCIA DEL 3 DE JUNIO DE 2005 (EXPEDIENTES ACUMULADOS 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC, 009-2005-PI/TC)**

La violación constitucional invocada en dicho caso es la afectación de diversos derechos constitucionales, detallados en las demandas correspondientes, por parte de la ley 28389, Ley de Reforma Constitucional, y la ley 28449, que modifica el régimen pensionario regulado por el decreto ley 20530.

El contexto en el cual se inició cada uno de los procesos de inconstitucionalidad acumulados fue singular, debido a que las normas cuestionadas determinaban el cierre definitivo de la intangibilidad constitucional en materia previsional a favor de las personas beneficiarias del régimen del decreto ley 20530, denominado *cédula viva*, mediante la primera disposición final y transitoria de la Constitución.

En efecto, en sentencias expedidas en procesos de inconstitucionalidad previos, el Tribunal Constitucional desestimó y declaró inconstitucional cualquier norma que pretendiera modificar parcial o totalmente el régimen pensionario del decreto ley 20530<sup>23</sup>, máxime si teníamos en consideración que seis de sus siete miembros —en dicho entonces— eran beneficiarios del mismo. Sin embargo, dicho criterio no fue asumido en la sentencia del 3 de junio de 2005, debido exclusivamente a la presión generada por los medios de comunicación respecto a ello.

Si bien el Tribunal Constitucional no siguió con el «criterio» (¿?) jurisprudencial asumido en sentencias anteriores, lo «innovador» en la sentencia materia de análisis fue la posibilidad de que el ejercicio de la *judicial review* —o sistema de control de constitucionalidad difuso— resultase posible de ser realizado por la administración pública<sup>24</sup>. En otros términos, *ante la incompatibilidad de una*

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ SEGADO (1999: 373).

<sup>23</sup> A tal efecto, revisar las sentencias recaídas en los expedientes 005-2002-AI/T y 002-2003-AI/TC.

<sup>24</sup> Fundamento 156 de la sentencia del 3 de junio de 2005.

*norma con la Constitución ante cualquier proceso seguido ante la administración pública, esta tiene el deber de inaplicar la norma cuestionada,* conforme al artículo 38 de la Constitución. A tal efecto, resaltamos la parte pertinente:

156. La Constitución como norma vinculante para la Administración Pública

Por su parte, el artículo 11 de la ley 28449, establece que los empleados y *funcionarios de todas las entidades del sector público están obligados a cumplir, bajo responsabilidad, las directivas y requerimientos que en materia de pensiones emita el Ministerio de Economía y Finanzas.*

Tal disposición debe ser interpretada en el sentido de que dichas directivas y requerimientos resulten obligatorios, solo en la medida en que sean compatibles con la Constitución y con las sentencias expedidas por este Tribunal.

En efecto, es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual *la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. El artículo 38 de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tienen el deber de respetarla y defenderla.*

En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no solo tiene la facultad sino el deber de desconocer *la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución.*

Conforme lo señala la doctrina, la titularidad del sistema de control de constitucionalidad difuso está reservada al Poder Judicial y en ningún caso compete a la administración pública, conforme expresa categóricamente la segunda parte del artículo 138 de la Constitución Política del Estado, en el capítulo específicamente referido al Poder Judicial, y no puede ser extendido o analogizado válidamente a un órgano administrativo, por importante que sea el mismo.

Por tanto, lo señalado por el Tribunal Constitucional va contra lo establecido por la Constitución Política del Estado, lo cual determinará que la administración pública se irrogue ciertas facultades de las que carece, ya que *no puede declarar, por sí y ante sí, la incompatibilidad constitucional de una norma legal que no ha pasado por el control constitucional del Tribunal Constitucional o del Poder Judicial,* debiendo aplicar la ley positiva que goza de presunción de legalidad y de constitucionalidad<sup>25</sup>, hasta que no se declare lo contrario mediante los instrumentos que la Constitución ha diseñado.

---

<sup>25</sup> Según el numeral 1.1 del artículo IV del título preliminar de la ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que les estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Un antiguo principio constitucional señala que *no es permisible vulnerar la Constitución para, supuestamente, defender la Constitución*. Por ello, el Tribunal Constitucional deberá apartarse de dicho criterio jurisprudencial establecido en la sentencia del 3 de junio de 2005, con la finalidad de hacerla acorde a los postulados constitucionales en vigencia.

Pretender seguir con dicho criterio jurisprudencial implicaría que cualquier tribunal o ente administrativo realizara una especie de extensión de la *judicial review*, la cual sería inconstitucional porque dicha facultad *está constitucionalmente reservada al Poder Judicial*, y resulta evidente que la posición del Tribunal Constitucional implica una indebida modificación de la Constitución; y su determinación, fuera de los supuestos claramente establecidos por esta norma fundamental.

#### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 18 DE FEBRERO DE 2005 (EXPEDIENTE 002-2005-PI/TC)**

El objeto de esta demanda es que mediante sentencia del Tribunal Constitucional se declare la inconstitucionalidad parcial del artículo 2 de la ley 28374, que regula la distribución de los recursos en el caso de la adjudicación directa de predios en el ámbito de desarrollo de proyectos de interés nacional, específicamente referida a la titularidad de los réditos obtenidos por la instalación de la Planta de Licuefacción de Gas Natural de Camisea en la ciudad de Cañete, perteneciente a la Región Lima.

La demanda de inconstitucionalidad parcial de la ley 28374 fue interpuesta el 28 de enero de 2005 por Miguel Ángel Mufarech Nemy, en su calidad de presidente de la Región Lima y en representación de más de cinco mil ciudadanos. El 3 de febrero de 2005, con una celeridad inusual y digna de mejores causas, de modo fulminante en la tramitación de un proceso cualquiera ante el Tribunal Constitucional (una semana), este notificó la resolución s/n del 1 de febrero de 2005 admisoria a trámite, disponiendo su traslado al Congreso de la República, entidad demandada, según lo establecido en el artículo 107 del Código Procesal Constitucional peruano.

El 8 de febrero de 2005, el Congreso de la República contestó la demanda de inconstitucionalidad interpuesta. Nuevamente con una inusual celeridad, el 10 de febrero de 2005 el Tribunal Constitucional dispuso la vista de la causa para el 15 del mismo mes, en la sala de grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

En otros términos, el Tribunal Constitucional trató una causa constitucional en menos de dos semanas. Una celeridad insólita, máxime si tenemos

en consideración que en otras causas, referidas a otros medios de protección de derechos, demora en su tramitación aproximadamente dos o tres meses.

El 15 de febrero de 2005, durante la vista de la causa, se generaron una serie de irregularidades en el desarrollo de la misma. En efecto, se pretendió dar validez a la declaración de una persona que ni siquiera era parte legitimada en el proceso, con un *informe oral* sobre hechos.

El Tribunal Constitucional expidió la sentencia el 18 de febrero del mismo año<sup>26</sup>, otra vez con una celeridad inusual. En ella determinó que, en función de la intervención de un tercero en la audiencia pública programada el 15 de febrero anterior y de las críticas formuladas en la misma respecto del «[...] *modus operandi* en que el demandante ha actuado en esta oportunidad [...]» (sic), era necesario que el mismo tomara en cuenta algunas consideraciones sobre el particular, resumidas en lo señalado en el numeral 3 de la parte resolutiva de la sentencia: «3. Se exhorta a las autoridades judiciales y administrativas a investigar el uso de los fondos públicos del Gobierno Regional de Lima, de acuerdo con el numeral VII de los fundamentos».

La conclusión expuesta fue «desarrollada» en el apartado VII de la sentencia<sup>27</sup>, que determinó una supuesta responsabilidad penal y/o administrativa del presidente regional de Lima y de su abogado patrocinante, en el manejo de los fondos públicos del Gobierno Regional de Lima.

No es materia del presente trabajo cuestionar los «argumentos» esgrimidos por el Tribunal Constitucional para arribar a una conclusión semejante. En efecto, lo inusual y arbitrario es que se haya pronunciado expresamente (y en un apartado completo) *sobre un aspecto no relativo ni al aspecto formal ni al material de la controversia planteada* en el proceso de inconstitucionalidad contra el artículo 2 de la ley 28374.

La doctrina procesal constitucional señala que los mecanismos de control directo de la constitucionalidad de las leyes ante el Tribunal Constitucional son una especie de *iniciativa legislativa negativa*, que se sirve de ciertos mecanismos procesales para desarrollarla de manera equitativa y ordenada, debido a que a la naturaleza misma del proceso de inconstitucionalidad es de carácter abstracto y no referido a un conflicto de intereses específico (cuya solución es el objeto

---

<sup>26</sup> Se debe señalar que otra evidente irregularidad incurrida en el proceso de inconstitucionalidad mencionado, que ha motivado una acusación constitucional contra el magistrado ponente, fue la expedición de dos sentencias idénticas en fechas diferentes. Ello fue corroborado desde la misma página web del Tribunal Constitucional ([www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe)) notarialmente certificada, a pesar de que algunos de sus miembros pretendieran restar validez a una de ellas, aduciendo públicamente que la primera versión de 16 de febrero, del día siguiente a la vista, fue «apócrifa».

<sup>27</sup> Fundamentos 12 al 20 de la sentencia del 18 de febrero de 2005.

del proceso). En otros términos, la acción de inconstitucionalidad se sirve del *ropaje* del proceso para efectuar el análisis concreto de la norma duditada ante el Tribunal Constitucional.

Un elemento del proceso del que se sirve este mecanismo de control constitucional es el referido a la legitimidad de las partes para obrar en el proceso, que deberá circunscribirse a lo establecido en las normas legales pertinentes. En el presente caso, es aplicable el artículo 107 del Código Procesal Constitucional Peruano:

Art. 107 del Código Procesal Constitucional Peruano.- Tramitación.- El auto admisorio concede a la parte demandada el plazo de treinta días para contestar la demanda. El Tribunal emplaza con la demanda:

Al Congreso de la República o a la Comisión Permanente, en caso de que el Congreso no se encuentre en funciones, si se trata de Leyes y Reglamento del Congreso.

Al Poder Ejecutivo, si la norma impugnada es un decreto legislativo o decreto de urgencia.

*Al Congreso, a la Comisión Permanente y al Poder Ejecutivo, si se trata de tratados internacionales.*

*A los órganos correspondientes si la norma impugnada es carácter regional o municipal.*

*Con su contestación, o vencido el plazo sin que ella ocurra, el Tribunal tendrá por contestada la demanda o declarará la rebeldía del emplazado, respectivamente. En la misma resolución el Tribunal señala fecha para la vista de la causa dentro de los diez días útiles siguientes. Las partes pueden solicitar que sus abogados informen oralmente.*

En función de la norma reseñada, el tercero que informó en la fecha designada en la vista de la causa del proceso nunca fue parte involucrada en el proceso porque carecía de legitimidad para solicitar su intervención. El proceso de inconstitucionalidad es abstracto; es decir, no está referido a un conflicto de intereses concreto y particular. En efecto, el juzgador de una causa que verse sobre control constitucional tendrá bajo su conocimiento una pretensión *abstracta*. En otros términos, se deberá apreciar a la luz de los hechos expuestos, en una tarea *subsunción legal*, si realmente la norma legal transgrede o no los límites impuestos por el texto constitucional.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha procedido de manera distinta al pretender someter al presente debate de naturaleza constitucional un asunto que no tiene relación con el mismo; que, por el contrario, se refiere a un aspecto totalmente irrelevante a la presente causa en la cual se analiza la constitucionalidad o no de una norma legal (o de rango legal).

#### **4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 21 DE JULIO DE 2005 (EXPEDIENTE 0019-2005-PI/TC)**

El objeto de esta demanda es que se declare la inconstitucionalidad de la ley 28568, cuyo artículo único modifica el artículo 47 del Código Penal, mediante el cual se equipara el tiempo de detención preliminar, preventiva o domiciliaria como cómputo para la pena impuesta para la pena privativa de la libertad por cada día de detención.

La norma dubitada fue materia de debate desde su entrada en vigencia por los medios de comunicación, máxime porque determinó la excarcelación de dos personas procesadas por delitos relativos a corrupción de funcionarios, por parte de una Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sin embargo, durante el trámite del proceso de inconstitucionalidad la norma dubitada fue derogada por la ley 28577 publicada en el diario oficial *El Peruano* el 9 de julio pasado.

Como lo señala la doctrina procesal común, la sustracción de la materia supone que la relación procesal originada no podrá concluir con un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, puesto que ha desaparecido aquel móvil jurídico que determinó que se acudiera ante el Tribunal Constitucional para obtener la declaración de inconstitucionalidad de la norma dubitada. El profesor Carnelutti señalaba dicho concepto como el de *imposibilidad de litigio* debido a la inexistencia sobreviviente del objeto del mismo, lo que involucra la *inexistencia de la relación jurídica subyacente*.

Este concepto, perteneciente a la Teoría General del Proceso, es aplicable perfectamente a los procesos de control constitucional. Conforme hemos detallado en el apartado anterior, estos adoptan algunos instrumentos del Derecho Procesal para desenvolver adecuadamente la pretensión objetiva sometida a consideración del Tribunal Constitucional.

En este orden de ideas, la derogación de la norma cuestionada de inconstitucional implica la carencia de objeto del proceso de inconstitucionalidad (la declaración de inconstitucionalidad de normas con rango de ley), y por ende la conclusión del proceso, sin una declaración sobre el fondo de la controversia. Sin embargo, este sencillo razonamiento no fue asumido por el Tribunal Constitucional en la sentencia del 21 de julio de 2005, que determinó un criterio distinto:

Sobre la supuesta sustracción de la materia

4. La ley cuestionada ha sido derogada por la ley 28577, promulgada por el Presidente de la República el 8 de julio del presente año, y publicada en el diario oficial *El Peruano* al día siguiente, motivo por el cual, *ante todo, es preciso*

*determinar si, tal como sostiene el demandado, en el presente caso se ha producido la sustracción de la materia.*

5. Sobre el particular, cabe recordar lo establecido por este Colegiado en el Caso ITF (STC 0004-2004-AI /acumulados), en el sentido de que

«[...] no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria.» (Fundamento 2)

En tal sentido, la derogación de la ley no es impedimento para que este Tribunal pueda evaluar su constitucionalidad, pues la derogación es una categoría del Derecho sustancialmente distinta a la inconstitucionalidad. Mientras que la primera no necesariamente elimina los efectos (*capacidad reguladora*) de la ley derogada (así, por ejemplo, los casos de leyes que, a pesar de encontrarse derogadas, surten efectos ultractivos), la declaración de inconstitucionalidad «aniquila» todo efecto que la norma pueda cumplir; incluso los que pueda haber cumplido en el pasado, en caso de que haya versado sobre materia penal o tributaria (artículo 83 del Código Procesal Constitucional).

De ahí que el artículo 204 de la Constitución establezca:

«La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma, se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, la norma queda sin efecto.» (énfasis agregado).

6. Así pues, como es de público conocimiento, mientras estuvo vigente la ley impugnada se presentaron diversas solicitudes de excarcelación, algunas de las cuales aún no han sido resueltas, o sus resoluciones se encuentran en etapa de impugnación, de modo que, a la fecha de expedición de la presente sentencia, los efectos de la disposición aún se vienen verificando, razón por la cual, a pesar de su derogación, en el presente caso no se ha producido la sustracción de materia<sup>28</sup>.

Nuevamente estamos ante un criterio jurisprudencial sui géneris, establecido no solo en la sentencia del 21 de julio de 2005, sino también en la contenida en el expediente 0004-2004-AI/TC (acción de inconstitucionalidad contra la norma que estableció el Impuesto a las Transacciones Financieras) y posteriormente en la contenida en el expediente 0041-2004-AI/TC (acción de inconstitucionalidad contra ordenanzas de arbitrios municipales de la Municipalidad de Santiago de Surco).

Si bien los efectos de la norma derogada (en función de su aplicación) pueden continuar produciéndose en la realidad, el proceso de inconstitucionalidad no tiene como objeto la regulación de los mismos, sino el análisis abstracto de la

---

<sup>28</sup> Fundamentos 4 al 6 de la sentencia del 21 de julio de 2005.

norma cuestionada. Las consideraciones respecto de la aplicación de la norma cuestionada deben ser resueltas mediante los principios de aplicación de las normas en el tiempo (teoría de los hechos cumplidos y teoría de los derechos adquiridos), según sea el caso.

El Tribunal Constitucional no tiene como función ser un operador jurídico de la legalidad ni su aplicación a casos concretos, como hemos detallado con anterioridad. Su actividad debe centrarse —en el marco del sistema concentrado— en la interpretación y el control constitucional de las normas cuestionadas mediante el proceso de inconstitucionalidad. Si la norma ha sido derogada, entonces es inexistente en el mundo jurídico y mal podría ser susceptible de control por parte del Tribunal Constitucional.

## CONCLUSIONES

1. En el Perú coexisten dos sistemas de control de constitucionalidad de las leyes, en principio contradictorios: el sistema norteamericano de revisión judicial de las leyes o de *judicial review*, donde dicho control es ejercido a través del Poder Judicial en un caso concreto, subjetivo, de manera difuminada y con efecto solo interpartes; y el sistema europeo o concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, donde el control es ejercido por un órgano ad hoc especialmente constituido para tal fin, de modo directo, abstracto y derogatorio *erga omnes*. Esto hace, para el Perú, un sistema mixto de control constitucional.
2. En nuestro país, el sistema de control concentrado lo ejerce el Tribunal Constitucional. Según la Constitución Política del Estado, dicha institución es el máximo *órgano de control de la Constitución*. A pesar de que la doctrina constitucional señala que el Tribunal Constitucional es el *supremo intérprete de la Constitución*, dicha función no ha sido expresamente establecida en la Constitución, ni tan siquiera por la ley 28237-Código Procesal Constitucional, a excepción de lo tímidamente señalado en el artículo 1 de la ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
3. La labor interpretativa del Tribunal Constitucional supone un examen abstracto de la norma cuestionada de constitucionalidad; el referente constitucional —a través del análisis de subsunción— determinará si la misma es compatible con los parámetros establecidos por la Carta Magna, incluyendo sus principios generales y los valores intrínsecos a la misma. Corresponde al Tribunal Constitucional la interpretación de la Constitución como intérprete auténtico de la misma, en tanto que a los jueces del Poder Judicial corresponde la interpretación auténtica de la ley en general. El Tribunal Constitucional no es ni debe ser un tribunal de

legalidad, lo que está reservado para la Corte Suprema de Justicia y sus órganos jerárquicamente dependientes en materia jurisdiccional.

4. Sin embargo, en los últimos años dicha actividad de interpretación constitucional ha sido desnaturalizada debido a factores eminentemente políticos, cuya causa originaria se puede encontrar en el sistema de elección de los miembros del Tribunal Constitucional por parte del Congreso de la República. Por ende, la jurisprudencia constitucional dentro del ámbito del control concentrado no demuestra el cumplimiento de la función conferida al Tribunal por parte de la Constitución.

5. En la sentencia del 3 de junio de 2005 (Exp. 050-2004-AI/TC-Acumulados), el Tribunal Constitucional determinó la posibilidad de aplicación de la facultad del sistema de *judicial review* por parte de la administración pública, cuando esta solo puede regirse por el principio de legalidad, no siendo aplicable *mutatis mutandis* una función otorgada constitucionalmente al Poder Judicial.

6. En la sentencia del 21 de julio de 2005 (Exp. 0019-2005-PI/TC) y en la del 11 de noviembre de 2004 (Exp. 0041-2004-AI/TC), el Tribunal Constitucional determinó erróneamente la posibilidad de realizar el control constitucional de normas legales derogadas, cuando ello determina la inexistencia del objeto del proceso de inconstitucionalidad, generándose sustracción de la materia.

7. En la sentencia del 18 de febrero de 2005 (Exp. 002-2005-PI/TC), el Tribunal Constitucional emitió pronunciamiento sobre materias no relativas al objeto del proceso constitucional y dispuso la inclusión de personas que carecían de legitimidad para participar en el proceso de inconstitucionalidad.

## BIBLIOGRAFÍA

AJA, Eliseo

1998      *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y la Europa actual*. Barcelona: Ariel.

ALONSO GARCÍA, Enrique

1984      *La interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco

2000      «Los tribunales constitucionales en la región andina: una visión comparativa». *Derecho PUCP*. Lima, número 53, pp. 7-64.

- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco  
1999 «El control normativo de la constitucionalidad en el Perú: crónica de un fracaso anunciado». *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Buenos Aires, pp. 353-386.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor  
1968 *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional (1940-1968)*. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo  
2000 *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*. Segunda edición. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Peruana; Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo  
1985 *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas S. A.
- HESSE, Honrad  
1983 *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- KELSEN, Hans  
1979 *Teoría General del Derecho y del Estado*. Traducción de Eduardo García Méynez. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México.
- OLEA, Alonso  
1996 *La Ley Procesal del Trabajo. Antecedentes y comentarios*. Lima: O. Sandoval A.
- PÉREZ TREMPS, Pablo  
1981 *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- QUIROGA LEÓN, Aníbal  
1990 «Una aproximación a la justicia constitucional: el modelo peruano». En QUIROGA, Aníbal (compilador). *Sobre la jurisdicción constitucional*. Lima: Facultad de Derecho y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.  
1996 Control «difuso» y control «concentrado» en el Derecho Procesal Constitucional Peruano. *Derecho PUCP*. Lima, número 50, pp. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 207-233. También en

- GUDIÑO PELAYO, José de Jesús y otros (2005). *Controles constitucionales*. Santiago de Querétaro: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política.
- 2005      *La interpretación constitucional*. Ponencia presentada al I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional; Facultad de Derecho y Criminología, Universidad Autónoma de Nuevo León-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional; en Monterrey, NL, México, Septiembre de 2005.
- RUBIO LLORENTE, Francisco
- 1982      «Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, número 4, pp. 35-67.
- SCHMITT, Carl
- 1983      *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos.



## ***EN EL PAÍS DE LAS COLINAS DE ARENA. CONFERENCIA DE PRESENTACIÓN DEL LIBRO DE FERNANDO DE TRAZEGNIES EN EL CENTRO CULTURAL PERUANO CHINO (1994)***

*Manuel de la Puente y Lavalle* (†)

Se me ha conferido el inmerecido honor de participar en la presentación de libro del doctor Fernando de Trazegnies irónicamente titulado *En el país de las colinas de arena*, por contraste con el país de las colinas de oro que se pintaba a los chinos para inducirlos a celebrar los contratos llamados *chineros* en el puerto de Macao.

Leer el libro del doctor de Trazegnies es descubrir un Perú distinto al que creíamos conocer, pues saca a luz una realidad sobre la cual, quizá por ignorancia o quizá por vergüenza, hemos querido echar un velo opaco para perderla de vista.

Realmente no sé qué admirar más, si el ingenio de Fernando de Trazegnies para actualizar un olvidado problema jurídico de incuestionable interés, su seriedad para efectuar una investigación realmente exhaustiva, su sensibilidad para ponderar los valores positivos y negativos de la contratación china, su talento de escritor que nos recrea con una prosa cautivadora, su inteligencia para analizar los antes impensados alcances del tema que desarrolla, o su envergadura como jurista de primerísima calidad. Creo que, en realidad, si bien hay que admirar cada una de esas cualidades por separado, el conjunto de ellas, enlazadas entre sí, otorga al libro de Trazegnies un valor excepcional.

La obra está dividida en tres partes. En la primera de ellas, según el propio autor, se quiere dar una idea de la vida de los inmigrantes chinos en el Perú; en la segunda, hay un intento de explicación en materia de hechos y de derechos; en la tercera, el Derecho se mira al espejo y adquiere una nueva imagen de si mismo.

---

(†) (1922-2007) Doctor en Derecho. Fue profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, presidente honorario y miembro de la Comisión Especial encargada de elaborar el anteproyecto de ley de reforma del Código Civil Peruano de 1984 y socio del estudio Echecopar Abogados.

Se me ha pedido que me ocupe de la segunda parte y, en especial, de la naturaleza jurídica de la contrata chinera.

Debo confesar, pálido de vergüenza, que pese a haber dictado el curso de Contratos durante veinte años en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y de haber escrito dos libros sobre el contrato privado, no me había percatado, hasta leer la obra de Trazegnies, de la importancia de la contrata chinera como precursora de dos figuras jurídicas de primerísima importancia en la contratación moderna: los contratos por adhesión y la cesión de posición contractual.

No es, desde luego, el objeto de esta charla profundizar estos dos temas, pese a su singular interés, sino describir a grandes rasgos cómo ellos han encontrado cabida en la contrata culi muchos años antes de que los juristas tradicionales discurrieran acerca de ellos.

Se atribuye al jurista francés Saleilles ser el primero en haber descubierto en 1902 que

[...] existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre, y cuya construcción jurídica aún está por hacer; [...] se les podría llamar, dice, contratos de adhesión, en los cuales se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes actuando como voluntad unilateral, la cual dicta su ley no ya solo a un individuo sino a una colectividad determinada, y que se vincula por anticipado, unilateralmente, salvo la adhesión de quienes deseen aceptar su *lex contractus* y entrar a formar parte de este acuerdo ya creado por sí mismo.

La mayor parte de la doctrina moderna coincide en considerar que debe entenderse por contrato de adhesión o contrato por adhesión aquel cuyas condiciones son prerrredactadas unilateralmente por una de las partes, de tal manera que la otra solo puede aceptarlas en bloque o rechazarlas.

El Código Civil peruano da una buena definición del contrato por adhesión al decir en su artículo 1390 que es aquel en el que una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, que constituyen realmente una oferta, declara su voluntad de aceptar.

En la redacción de las contratas chineras celebradas en el puerto portugués de Macao en los años cincuenta del siglo pasado para comprometer a súbditos chinos a que vinieran a trabajar en el Perú, que cabe considerar, en principio, como una locación de servicios, puede observarse que, pese a intrascendentes diferencias existentes en los encabezamientos y membretes, el texto contractual es prácticamente uniforme en todos ellos, lo que pone de manifiesto que fueron prerrredactados unilateralmente por los importadores, de tal manera que las cláusulas que aparecen en ellos traducen la exclusiva voluntad de estos, sin intervención

alguna de los culis cuyos servicios constituyeron la materia de la contratación. El hecho de que estas contratas figuraran en formatos o formularios impresos confirma esta presunción.

Las contratas chineras reúnen así la primera característica de los contratos por adhesión, que es su redacción unilateral por una de las partes contractuales.

El segundo elemento característico de estos contratos es que la parte que redacta o fija las estipulaciones plantea a la otra una alternativa inmodificable entre la aceptación íntegra de tales estipulaciones, o sea de su oferta, y el rechazo, también íntegro, de ella. Obsérvese que no se trata de una imposición, en el sentido de que el redactor presiona o somete al destinatario para que acepte su oferta, sino únicamente lo coloca en una disyuntiva ante la cual el destinatario tiene, en principio, amplia libertad de elección entre la aceptación y el rechazo. Por ello, a esta modalidad se la llama *contrato libre por adhesión*.

Puede decirse que teóricamente, especulando en probeta, el chino a quien se propone celebrar la contrata puede libremente rechazar o aceptar la oferta del comitente, es decir, de quien encarga los servicios, desde que no se emplea la violencia, entendida como la fuerza mediante la cual se doblega al sujeto y se anula su voluntad, para que actúe en uno u otro sentido.

Sin embargo, la realidad de la vida pone de manifiesto que si bien teóricamente toda persona, en ejercicio de la autonomía privada, está en libertad de contratar o no contratar, el estado de necesidad en que se encuentran determinadas personas las compelle a someterse a las condiciones que se les tratan de imponer como única solución para satisfacer sus necesidades, muchas veces ineludibles. Surge así el contrato llamado *prácticamente necesario*, pues sin ser su necesidad impuesta por el ordenamiento jurídico, la parte débil, entendida como aquella compelida por su estado de necesidad, se encuentra forzada intelectualmente a contratar, aceptando las condiciones que le impone la parte fuerte, es decir, quien puede satisfacer las necesidades.

Sería irreal pensar que el contrato por adhesión fue una construcción jurídica de laboratorio, producto de una investigación científica de carácter teórico, y que el contrato prácticamente necesario fue el resultado exclusivo del juego de factores económicos, en una coyuntura histórica determinada, pues ambos se encuentran inevitablemente interrelacionados. Es posible que el primero sea consecuencia del segundo.

En efecto, el medio más adecuado para que el recibidor de servicios imponga inflexiblemente sus condiciones a quienes necesitan prestar esos servicios es ofrecerlos mediante contratos por adhesión, colocando a los destinatarios en la alternativa de aceptar las condiciones contenidas en las ofertas o no contratar. Como esta segunda alternativa es difícilmente escogida, dado el estado de necesidad en que

se encuentran los destinatarios de la oferta, el oferente se asegura prácticamente de esta manera la aceptación de sus condiciones.

Este era el caso de Kin-fo y de quienes se encontraban en condición similar a la suya. Perdido su patrimonio en el juego o formando parte de aquellos «bastones desnudos», a quienes los ingleses dieron el apelativo de *coolies*, que según la cita de Pablo Macera «[...] se convirtieron en una tropa desesperada y sin ocupación que moría de hambre y que pedía trabajo inútilmente en los puertos y ciudades», no vacilaron en aceptar las ofertas de los reclutadores peruanos para prestar sus servicios allende los mares.

Así, a mediados del siglo XIX se empezaron a celebrar en Macao contratos en los que el culi suscribía ansioso los formularios que se le presentaban como documentos requeridos para prestar sus servicios en el Perú, en las condiciones estipuladas en dichos formularios. De esta manera se celebran contratos necesarios por adhesión, que reunían todos las características que la doctrina moderna asigna a estos contratos, es decir, la redacción unilateral del texto contractual por una de las partes, sin participación de la otra; el carácter inmodificable de las estipulaciones consignadas en los formularios que contenían la oferta contractual; y la aceptación incondicional de tales estipulaciones debido al estado de necesidad en que se encontraba el culi.

Por ello, según lo expresa el doctor de Trazegnies, «[...] existió ceguera en los juristas de la época para darse cuenta de la gravedad y de la trascendencia de este fenómeno contractual que se manifestaba ya masivamente en los contratos chineros y que luego daría lugar a una de las grandes revoluciones teóricas de la historia de la contratación».

Si los estudiosos de la época hubieran abandonado su soberbia jurídica, que los encerraba en las torres de marfil de su orgullosa sapiencia, para contemplar lo que la realidad de la vida les ponía delante, habrían podido percibirse de que algo nuevo estaba ocurriendo en el Derecho y que allá, en las lejanías del puerto de Macao, el ingenio humano estaba creando una nueva modalidad de contratación. Tiene razón de Trazegnies cuando afirma que la nueva figura jurídica del contrato por adhesión que se plasmaba en los contratos chineros, abandonada a su propia suerte, dio como resultado duras formas de opresión y explotación humana —los contratos chineros— ante la impasividad de los juristas llamados a construir la teoría que hubiera hecho posible y útil el contrato de adhesión dentro de un marco de libertad.

Sin embargo, no debe pensarse que el contrato necesario por adhesión —como lo son los contratos chineros— es intrínsecamente abusivo o naturalmente injusto. Puede ocurrir, y ello se presenta con relativa frecuencia, que el oferente del contrato por adhesión no quiera utilizar este como un instrumento de opresión

para subyugar a la otra parte, sino simplemente asegurarse de que el contrato responderá exactamente a lo que él desea alcanzar mediante su celebración.

Si analizamos desapasionadamente el texto de los contratos chineros típicos podemos observar que, con la salvedad del compromiso de trabajar solo en beneficio del comitente durante ocho años, las condiciones del trabajo en lo que se refiere a la naturaleza de los servicios a prestarse, la duración de la jornada laboral y la remuneración pactada, no tienen características inhumanas. Aun el plazo contractual, si bien lindante con una esclavitud temporal, no representaba una aberración dentro del contexto de la legislación de la época. Así, el Código Civil peruano de 1852, bajo cuya vigencia se celebraron los contratos chineros, establecía en su artículo 1635 que los criados, en caso de haber recibido anticipaciones de vestido o de dinero, no podían despedirse cuando quisieran sino que estaban obligados a servir por el tiempo y precio convenido.

Las tremendas injusticias y los imperdonables abusos, que han hecho de los contratos chineros verdaderos escándalos jurídicos, no se produjeron, pues, por razón de lo estipulado en ellos sino al momento de su ejecución. En muchos casos el alojamiento pactado resultó ser un galpón inhabitable, donde se hacinaban los trabajadores; la suficiente ración de alimento sano derivó en raciones de hambre, totalmente insuficientes para el sustento; el tiempo y duración del trabajo de cada día, que debía ser el mismo de costumbre del lugar, se prolongó en jornadas inacabables, que agotaban la resistencia de los culis.

Debe tenerse presente, sin embargo, que la celebración y la ejecución del contrato son dos etapas distintas de la vida contractual. Puede existir buena fe en la celebración y mala fe en la ejecución, o viceversa, de tal manera que, desde el punto de vista del análisis que se está haciendo, bien puede juzgarse la contrata china exclusivamente por su estructura jurídica. Desde este punto de vista, tales contratas representan un incuestionable precedente de la moderna contratación por adhesión.

Otro aspecto sumamente interesante de las contratas chineras es la estipulación consignada en ellas según la cual el trabajador permite que la contrata sea trasladada durante el período de ocho años de vigencia obligatoria de la misma.

Esta figura es muy novedosa pues si bien el Código Civil de 1852 admitía la traslación de derechos y acciones contra un tercero, no contemplaba la asunción de deudas ni, menos aún, la cesión del contrato.

Para facilitar la comprensión de esta última figura jurídica conviene hacer una breve explicación de ella.

El contrato crea una relación jurídica entre las partes que lo celebran. Esta relación jurídica está compuesta en los contratos bilaterales por derechos en favor de cada uno de los contratantes y en obligaciones a cargo de los mismos. Por

ejemplo, en un contrato de arrendamiento la relación jurídica creada por él otorga al arrendador el derecho de percibir la renta y al arrendatario el derecho de gozar temporalmente el uso del bien. Correlativamente, impone al arrendador las obligaciones de entregar el bien al arrendatario y mantenerlo en el uso del mismo durante el plazo del contrato, y al arrendatario las obligaciones de recibir el bien, cuidarlo diligentemente y pagar con puntualidad la renta en el plazo y lugar convenidos.

El Código Civil de 1852 permitía que el arrendatario cediera a un tercero el derecho de gozar el uso del bien, pero no lo autorizaba para que un tercero asumiera su obligación de pagar la renta. Como consecuencia lógica, dicho Código no reconocía la figura de la cesión del contrato como un todo, esto es, con sus derechos y obligaciones, pues ello habría implicado admitir indirectamente la cesión de obligaciones. Esta situación se continuó en el Código Civil peruano de 1936.

Recién el Código Civil italiano de 1942 admitió legislativamente la cesión del contrato, estableciendo que cada una de las partes podrá sustituir a sí misma un tercero en las relaciones derivadas de un contrato bilateral, llamado contrato básico, con tal de que la otra parte consienta en ello. Posteriormente, a partir del III Congreso de Derecho Comparado, realizado en Londres en el año 1950, en el cual se presentó una ponencia sobre la cesión del contrato, esta institución cobró un auge impresionante, llegándose a decir que se había producido, casi súbitamente, una verdadera «explosión» a favor de la cesión del contrato.

Sin embargo, cien años antes los reclutadores peruanos y los emigrantes chinos insertaban diariamente en los contratos de locación de servicios celebrados en el puerto de Macao una cláusula según la cual el chino se obligaba a trabajar solo en beneficio de quien contrataba sus servicios «o de la persona a quien hubiese traspasado este Contrato», sin que los estudiosos de la época se percataran de que estaba surgiendo una figura jurídica desconocida entonces por la ciencia del Derecho. No pensaron que al estipularse el traspaso del contrato se estaba yendo mucho más allá de la figura de la cesión de derechos, que tan expertamente sabían manejar.

Tiene razón Fernando de Trazegnies cuando dice que una indiferencia similar a la existente respecto de los contratos por adhesión

[...] rodea otro aspecto de las contratas, constituido por la transferencia del derecho sobre el chino, que realiza primero el importador al hacendado y luego, eventualmente, este a otro titular posterior. Aquí también estamos ante el nacimiento de una importante institución que crece subrepticiamente entre los intersticios del Derecho de los juristas, sin que estos se den cuenta de ella. Y, como en el caso anterior, sin una teoría que la oriente y la inserte dentro del orden jurídico moderno, este nuevo instrumento contractual —que tanto uso tendrá dentro del Derecho del siglo XX— cumple aquí un papel más bien anacrónico, perpetuando formas esclavistas de otros tiempos.

Possiblemente al hablar de «traspaso del contrato» los redactores de los formularios de la oferta contractual pensaban simplemente en la cesión de los derechos sobre el chino, sin ver que estaban efectuando una operación mucho más compleja, constituida por la cesión de la relación jurídica creada por el contrato, que comprende tanto los derechos como las obligaciones de las partes. En estas condiciones, el objeto de la cesión era no solo la obligación del chino de prestar sus servicios de la manera estipulada, sino también sus otras obligaciones, como, por ejemplo, el respeto del plazo de la contrata, así como sus derechos, entre los que se encontraban el salario, las comidas diarias, el tiempo y duración de su trabajo cada día de acuerdo con la costumbre del lugar, la asistencia médica, etcétera, que representaban correlativas obligaciones del comitente.

Sin embargo, no debe pensarse que la cesión del contrato debe ser entendida, tal cual lo era inicialmente, como una transmisión conjunta de derechos y obligaciones emanados del contrato básico, pues esta concepción ha sido sustituida por un nuevo enfoque según el cual la relación obligacional continúa inmutable, con las mismas características que tenía cuando fue creada mediante la celebración del contrato básico, produciéndose únicamente una cesión de posición contractual, con alcances netamente subjetivos. Por ello, ha sido un acierto del Código Civil peruano de 1984 recoger esta institución, llamándola contrato de cesión de posición contractual.

Por ejemplo, si el importador, digamos la «Compañía Marítima del Perú», cede a un hacendado peruano un contrato chinero, que es básicamente uno de locación de servicios, el comitente, o sea la Compañía Marítima del Perú, cumple su misión de contratante cedente mediante la cesión de su posición contractual de comitente a un tercero, que es el hacendado, quien por su parte adquiere la posición contractual en calidad de cesionario, quedando intacta la posición contractual del chino, quien tiene la calidad de contratante cedido. Simplemente la Compañía Marítima del Perú, en su condición de cedente, sale del contrato y en su lugar ingresa el hacendado cesionario, permaneciendo en el contrato el chino cedido. Como consecuencia de ello, el contrato básico continúa ejecutándose entre el hacendado cesionario y el chino cedido, permaneciendo inmutable la relación contractual —es decir, el conjunto de derecho y obligaciones— creada al celebrarse en Macao el contrato básico.

Llama la atención la perspicacia de Trazegnies, quien advierte que el Perú fue un interesantísimo laboratorio de transmisión de obligaciones:

En nuestra opinión, estas transferencias de contratos chineros eran manifestaciones tempranas de verdaderas cesiones de posición contractual. Hay en ellas una cesión de créditos y de deudas simultánea, y por eso es una cesión de posición contractual: el que compra el contrato no solo adquiere los créditos

contra el trabajo del chino sino también las deudas de salario, ropa, comida, asistencia médica, etcétera, en favor del chino. Además, el nuevo empleador no se agrega al importador como deudor de estas obligaciones frente al chino (lo que habría sucedido en el caso de un mero subcontrato), sino que se sustituye a este en tales obligaciones: el primer contratante (el importador) queda liberado de sus obligaciones frente al chino, ya que la fórmula de transferencia precisa que los derechos del nuevo empleador comienzan a correr desde tal fecha, «sin responsabilidad» para el anterior.

Esta breve exposición ha tenido por objeto poner de manifiesto que los contratos chineros se adelantaron a su época jurídica, al manejar desde mediados del siglo XIX dos instituciones que los juristas tradicionales creían un descubrimiento del siglo XX, como son el contrato necesario por adhesión y la cesión de posición contractual. ¿Cuál ha sido la razón de esta ceguera de los estudiosos del siglo XIX respecto de la verdadera naturaleza jurídica de la contrata chinera? Según Fernando de Trazegnies, ello obedece a tres estrategias: la primera es el desprecio, que consiste en hacer abominable al chino para facilitar un trato jurídico abominable; la segunda es el maquillaje, que consiste en revestir los actos vinculados al negocio chinero con formalidades, a fin de hermosear la apariencia contractual y evitar que resulten demasiado chocantes las contradicciones con el derecho moderno; la tercera es la invisibilidad, que consiste en ignorar jurídicamente todo lo que se refiere a los chinos, haciéndolos *invisibles*, de tal manera que el mundo de los inmigrantes chinos no solo no existe para el Derecho académico, sino que no debe existir.

Agradezco profundamente al Centro Cultural Peruano Chino la oportunidad que me ha brindado de rendir mi más sincero homenaje al libro titulado *En el país de las colinas de arena* que, en mi opinión, constituye una obra literaria que realmente sorprende por su extraordinaria calidad. Agradezco también, con no menos profundidad, a su autor, el doctor Fernando de Trazegnies, por el maravilloso regalo que nos ha hecho con esta obra.

## **COMENTARIO A *EN EL PAÍS DE LAS COLINAS DE ARENA*: UN GRAN LIBRO DE FERNANDO DE TRAZEGNIES\***

*Ricardo González Vigil\*\**

Un disfrute inmenso donde el placer intelectual producido por la versación y la hondura teórica de los planteamientos, así como la magnitud asombrosa de los datos reunidos e interpretados, se combina perfectamente con la fluidez subyugante de la exposición y la consistencia novelística de la primera parte de la obra, eso es lo que nos ha obsequiado a manos llenas *En el país de las colinas de arena* (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994) de Fernando de Trazegnies.

Grande por sus dimensiones (el primer volumen ostenta 661 páginas, y el segundo 817, es decir, casi un millar y medio de páginas en total); pero, sobre todo, grande por la calidad y la trascendencia de sus méritos, siendo estos de una variedad que prueba la formación humanística (integradora, en el mejor sentido del término *universitas*) de su autor, actualmente uno de los intelectuales peruanos de mayor vuelo, sapiencia y creatividad.

Las dos columnas centrales de dichos méritos son el derecho y la creación literaria. Con toda razón de Trazegnies goza de prestigio internacional por su dominio de la ciencia jurídica; no se ha reparado suficientemente, en cambio, en sus dotes literarias para la narración, a pesar del relieve que ya mostraban desde su apasionante libro *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor* (1981). Felizmente su potencia como narrador ha ido desplegándose cada vez de manera más potente, hasta ofrecernos el notable libro de cuentos *Imágenes rotas* (1992) y, ahora, conformando el primer volumen de *En el país de las colinas de arena*, toda una señora novela de más de seiscientas páginas, titulada *Las tribulaciones de un chino* (tanto el título como el nombre del protagonista rinden homenaje a Julio Verne).

Como creador literario, de Trazegnies constituye un destacado cultor de la novela de ambientación histórica. El Perú ha explotado ese filón narrativo con un brillo singular en las letras hispanoamericanas: a la cima decimonónica que fue

---

\* Publicado en suplemento *El Dominical* del diario *El Comercio*. Lima, 3 de julio de 1994, p. 19.

\*\* Poeta, docente universitario y crítico literario. Miembro de la Academia Peruana de la Lengua.

Ricardo Palma, cabe añadir muestras sobresalientes de las últimas décadas, a cargo de Mario Vargas Llosa (*La guerra del fin del mundo*), César Miró, Carlos Thorne, Luis Enrique Tord, José Antonio Bravo y Luis Nieto Degregori, sin olvidar que varios capítulos de *La violencia del tiempo* de Miguel Gutiérrez corresponden al terreno de la *novelización* histórica. Añádase el importante antecedente de las crónicas de los siglos XVI y XVII con soberano pulso narrativo, el Inca Garcilaso de la Vega.

Haciéndonos recordar reflexiones sobre la novela de Walter Scott (considerado el creador de la novela histórica) y Balzac (en el prólogo de su *Comedia humana* sostiene que la novela retrata «la vida privada de las naciones», el latido íntimo de una sociedad en una época), de Trazegnies explica en el prefacio a *En las colinas de arena* que, siendo su objetivo mayor una investigación de Historia Social del Derecho sobre la servidumbre china en el Perú de la segunda mitad del S. XIX, acudió a los vitalizadores recursos de la novela:

La forma novelada crea un ambiente que no se puede lograr a través del dato frío, por consiguiente, no se trata de desfigurar la realidad, sino de hacerla más real: aunque a algunos pudiera parecer una parte, la ficción es una forma de realismo [...] De esta manera, intento rescatar la realidad cotidiana del chino *coolie* en el Perú. No se trata de hacer una historia que solo tome en cuenta nacimientos y muertes de hombres anónimos, estadísticas despersonalizadas y promulgaciones y derogaciones de leyes, sino una historia jurídica «humana», que trata de entender al hombre viviendo el Derecho [...] Braudel comenta que en los libros de Historia usualmente el hombre ni come ni bebe: nadie se preocupa por describir la naturaleza de sus alimentos, las ropa que usan, el lugar donde se alojan. Pero en los libros de Historia del Derecho la cosa es aún más grave porque ni siquiera hay hombres sino referencias a papeles: los protagonistas de la historia jurídica parecen ser las leyes y no los hombres que las hacen, que las usan o que las sufren (volumen I, pp. 28-29).

Si la novela del primer volumen resulta admirable, lo mismo acaece con el estudio del segundo tomo. Cabalmente, de Trazegnies domina todos los hilos interdisciplinarios que implica una Historia Social del Derecho; jurídicos, históricos, económicos, sociológicos, etcétera, coronando su exposición con una parte final de gran altura teórica, propia ya de la Filosofía del Derecho y, en general, de la Antropología Filosófica.

Varios decenios dedicados al estudio del derecho chinero, a la realidad histórica del Perú en el siglo XIX (con todo el legado de los siglos anteriores) y a la problemática teórica y metodológica de la Historia Social del Derecho han culminado en un fruto magistral, lleno de contribuciones a todos los campos (complejos de por sí, cada uno) abordados. Sirvan de ejemplo sus apreciaciones sobre «un Derecho de segunda categoría», el supuesto «feudalismo» americano, la base mito-lógica de lo teórico, las relaciones entre poder y vergüenza, a la dialéctica entre el orden y el desorden. En fin, un libro iluminador, cuestionador, de vital importancia.

## COMENTARIO DEL CUENTO «EL CÓNSUL HONORABLE»\*

*Ricardo González Vigil\*\**

Destacado jurista y catedrático de derecho de renombre internacional, de participación significativa, como Canciller de la República del Perú, en la firma del acuerdo de paz con el Ecuador, Fernando de Trazegnies Granda (Lima, 1935) posee una formación humanística de primer orden, con un conocimiento hondo de la filosofía, la historia, la antropología y las ciencias sociales, todo ello enlazado a un interés constante por la literatura. Por eso, aparte de pertenecer a importantes entidades jurídicas, es miembro de la Academia Peruana de la Lengua y de la Sociedad de Estudios Clásicos, así como presidente y fundador del Instituto Peruano de Historia.

Esta visión humanista le permite abordar cuestiones de filosofía y de historia del derecho con la complejidad que supone integrar la teoría a la práctica jurídica en un contexto sociohistórico, sometiéndola, a la vez, al rigor de los planteamientos epistemológicos más actuales y enriquecedores (por ejemplo, las teorías matemáticas del caos y el azar).

En lo tocante a su talento para la narración, ya se vislumbra en la exposición de un caso singular de nuestra historia jurídica: *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor* (1981). Y se manifiesta plenamente en los cuentos de *Imágenes rotas*: utilizando imaginativamente una sólida documentación histórica, recrea sucesos ambientados a lo largo del siglo XIX peruano. Poco después nos obsequia uno de los libros peruanos más extraordinarios de la década de 1990: *En el país de las colinas de arena*, en el tomo primero conformado por una novela rigurosamente basada en casos reales ensamblados alrededor de un personaje imaginario, arquetípico de los padecimientos sufridos por los siervos (en la práctica, esclavos) chinos en la segunda mitad del siglo XIX en el Perú; el tomo segundo enhebra unas notables,

---

\* En *El cuento peruano. 1990-2000* (2001). Lima: Ediciones Copé, pp. 198-199.

\*\* Poeta, docente universitario y crítico literario. Miembro de la Academia Peruana de la Lengua.

conforme reza el subtítulo, «Reflexiones sobre la inmigración china en el Perú del s. XIX desde la perspectiva del Derecho». Es decir, una fusión de discursos (novelístico, jurídico, histórico y filosófico) a tono con grandes obras de las letras latinoamericanas, inclasificables en un solo género tradicional: el *Facundo* de Sarmiento o *Los sertones* de Euclides da Cunha.

Aquí hemos escogido un extenso cuento, casi una *nouvelle*, en el que la narración histórica se ve dinamizada por las técnicas de intriga y suspense propias del relato policial. Conforme señala Antonio González Montes, «El cónsul honorable» permite «[...] apreciar las diferencias entre la indagación periodística, encarnada por Hércules Gallardo, y la imaginación novelística desplegada por el Cónsul Wilson».

Agreguemos que fue finalista en el Copé de Cuento correspondiente a 1996. Ha ganado el premio Cosapi a la Innovación Científica (1994). Su obra narrativa incluye el libro de cuentos *Imágenes rotas* (1993) y la novela *Las tribulaciones de un chino* (1994, volumen I de *En el país de las colinas de arena*).

## COMENTARIO SOBRE *IMÁGENES ROTAS.* IMÁGENES RECONSTRUIDAS\*

*Hugo Guerra Arteaga\*\**

Fernando de Trazegnies no es, de ninguna manera, solo un abogado, pese a que así lo señala el membrete de su correspondencia personal. Tampoco es simplemente un jurista, tal como se reconoce en el Foro.

Fernando de Trazegnies es, ante y por encima de todo, un filósofo que, a través del derecho, la historia y ahora la literatura, trata de esbozar no una visión académica del mundo, sino —y especialmente— las pautas para que cada quien estructure una interpretación de la vida, en sí misma.

Por eso, el título de su más reciente incursión en la prosa facetada, *Imágenes rotas*<sup>1</sup>, aparece como un verdadero exceso de modestia para un maestro que se ha tomado el grave trabajo de escudriñar la historia y el espíritu del Perú en ese siglo XIX que pocos (demasiado pocos) han estudiado con elemental equilibrio ético.

La obra, que precisamente se inicia con una dura y doble exhortación moral de T. S. Eliot y de Friedrich Nietzsche, consta de nueve relatos breves, a los cuales nos resistimos pudorosamente de calificar como *cuentos*; porque si bien a la postre son una ficción, la base de su elaboración es la realidad archivística reconstruida de personajes en muchos casos reales de la centuria pasada.

Sin duda, aun cuando podemos estar influidos por nuestro propio interés intelectual, el más brillante de los relatos incluidos en el volumen es el titulado «Doble traición».

En este, el maestro aborda la historia del oficial Choquehuanca. Este personaje, cuya existencia es rastreable más allá de una simple mimesis literaria, usa la epístola íntima para poner en evidencia el drama recurrente tanto de los peruanos

---

\* *El Comercio*. Lima, 15 de enero de 1993, página editorial.

\*\* Abogado, periodista, catedrático y consultor. Director ejecutivo de Cátedra Perú.

<sup>1</sup> Ediciones del Dragón, Lima, 1992. Presentación de Mario Vargas Llosa.

de la época de la emancipación, cuanto de los de hoy, pos Quinto Centenario: el drama de la identidad.

Dice Choquehuanca:

El problema, amada Felipa es que me llamo Choquehuanca y soy español. Estoy formado de dos mitades que no casan perfectamente. No es que yo lo sienta así, porque durante mucho tiempo estuve ciego y no percibí mi propia contradicción; pero los demás se han encargado de hacerme ver la verdad: un medio Indio más un medio español, no llegan a hacer ni un indio ni un español completos [...] He cometido, entonces, una doble traición: traicioné a mis antepasados por servir al Rey conquistador; y, a partir del mismo instante en que me ponía a su servicio, traicioné también a mi Rey por el solo hecho de que por mis venas corre todavía un hilo de la sangre de Huayna Cápac. Soy, pues, un traidor; pero no por vocación, sino por naturaleza, como el perro es fiel, el zorro es astuto, el venado inocente y el gato receloso (pp. 20-21).

En el segundo relato, «Guerra pasada», Fernando de Trazegnies, cuyo profundo y noble ascendiente europeo más bien lo impele a preocuparse por el Perú, recurre con mucha propiedad a la técnica de la narración en diferentes planos y personas verbales simultáneas. Y la anécdota del alcalde coronguino Martín Sifuentes es un hermoso canto a la reivindicación del valor del hombre individual por encima del valor del hombre social: «Pero es que también hay que tomar en cuenta la libertad de nosotros y no solo la del país...» (p. 31).

No se crea, sin embargo, que el fondo sustancioso afecta a la arquitectura literaria en el trabajo de Fernando de Trazegnies. En todos los relatos, se trascienden técnicas, recursos, tiempos, giros idiomáticos, léxico y hasta entonación, que se reúnen cuidadosamente para presentar con fidelidad el perfil y el ambiente de la época. Y claro, en medio de todo esto, por momentos se advierte el acento borgesiano: «[...] la Muerte, no le había dado tiempo; trabajando más rápidamente que cualquier antídoto, había cumplido profesionalmente su cometido» (p. 40).

En otro de los relatos, «La tranquilidad de espíritu», manufacturado a partir de la personalidad amatioria del general Orbegoso, Fernando de Trazegnies de alguna manera nos refresca a los novelistas rusos de fines del XIX por el tratamiento psicológico de sus personajes: «En medio del arenal, la soledad le penetra hasta los huesos y ejerce su alma con crueles ideas. Se voltea hacia Valle Riestra y sin dejar de mirar la sensual forma de las dunas arrastradas por el viento, le comenta: “Cada día que duramos es una victoria...”» (p. 44).

Por supuesto, la sensualidad no es para nada ajena al autor, quien, por ejemplo, nos hace casi paladejar la belleza de una hembra casi adolescente: «Era un animal hermosísimo, más armonioso que un corcel de guerra, más dulce que un venado, más sugestivo que una víbora» (p. 48).

El cuarto relato, «El cónsul honorable», es sencillamente delicioso. Combina la complejidad de la intriga policial con una espléndida recreación de aquella Lima octocentista y decadente, más una preciosista manipulación de idiosincrasias locales y británicas.

Un elemento adicional que cautiva, es que el caso ahí contado tiene raíces probables de verdad. Por ello, la presentación del personaje central, el periodista de *El Comercio* Hércules Gallardo (¿Hércules Poirot tal vez?), lo mismo que la del cónsul inglés y hasta la de don Manuel Amunátegui, hacen, a momentos, olvidar que se trata de una ficción.

Y sobre esto es fundamental insistir, porque el propio de Trazegnies advierte al lector dos cosas: «Estas *Imágenes rotas* de un siglo difícil no son sino un conjunto de mentiras: aunque estos cuentos hayan sido todos ambientados en el S. XIX peruano, en tanto relatos de ficción son testimonio de la fantasía del autor [...] Sin embargo, la ficción no es un mundo irreal, puramente interior y ajeno a la historia: en el fondo, toda ficción no es sino una posibilidad de realidad, construida dentro de un marco histórico determinado» (p. 13).

Los siguientes relatos, «El Inca» y «El convento», son, respectivamente, una rebuscada exaltación del mestizaje; y un irreverente pero graciosísimo divertimento, a costa de los españoles frailes adictos al vino, la música, el coito y... ¿los fantasmas?

En el séptimo relato, «Premio a la virtud», todavía se advierte algo de erotismo. Pero, por algún motivo, el planteamiento nos hace recordar, y mucho, esa otra obra especializada de Fernando de Trazegnies, *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor* (1981).

En cuanto al relato octavo, «La silla», explicita la admiración del autor por Jorge Luis Borges. Debido a eso, su personaje, Zenón Torres, es, como en los cuentos del argentino celeberrimo, un elemento humanizado del esquema mental de un filósofo. Y este, mediante doblamientos, sueños y juegos literarios, busca develar asuntos tan serios como el sentido de la historia, la identidad personal y hasta la metafísica de lo social.

Finalmente, el último relato, «El fonógrafo», ambientado en la fiesta del advenimiento del año 1900, resulta ser la llave de todo el mecanismo de relojería montado por de Trazegnies. Ahí el disfraz y los personajes enmascarados quizá representan el ayuntamiento de un siglo terminal con otro preñado de incógnitas. Y, cómo no, una vez más, el sexo —lo más humano de la humanidad— sirve como solución de continuidad para cerrar el telón de las imágenes reconstruidas:

Unieron sus intimidades, pero no se mostraron los rostros. Él nunca sabría de su labio leporino, de su cara desfigurada por pecados ancestrales, de su vergüenza cotidiana, de la represión cuidadosa de sus instintos y de sus afectos, hasta

convertirlos en disciplinada indiferencia; ella nunca supo de sus auras y de sus raptos, de esas tormentas internas en las que sus demonios se expresaban con tal violencia que requerían de tiempo en tiempo la domesticación de la camisa de fuerza [...] (p. 171).

«Post scriptum»: Aquí es donde Fernando de Trazegnies explica el rastreo de los personajes ficticios en la historia real del siglo XIX. Algo innecesario para el lector, pero indispensable para la honestidad intelectual del académico. No obstante, con esta guía de referencia, ya no podemos hablar de *imágenes rotas*, sino, más bien, de imágenes repintadas en la memoria de aquellos vidrios que los primeros fotógrafos peruanos utilizaban.

## RESEÑA

*Miguel Gutiérrez Correa\**

Lima, 6 de noviembre, 1995

Estimado Fernando:

Muchas gracias por los libros. Ayer terminé el primer volumen de tu notable y estremecedor *En el país de las colinas de arena*. Al iniciar la lectura me dije, ¿por qué Fernando no se lanzó de frente a la novela? (pensaba en una novela como *Las confesiones de Nat Turner*, de Styron). Pero a medida que fui avanzando con los capítulos me di cuenta que la forma que elegiste —una suerte de historia o crónica novelada— era la adecuada y precisa. Urgía informar, revelar y denunciar un aspecto tan atroz de nuestra historia, y esto no hubiera podido hacerse con eficacia dentro del estricto ámbito de la novela de nuestro tiempo. Como seguramente le ha ocurrido a la mayoría de tus lectores, me he sentido indignado y avergonzado al descubrir, a propósito de la inmigración china, la increíble capacidad de barbarie y crueldad que tiene el Perú, como Estado y nación. Es desolador. Es sublevante.

He leído también, con interés y placer, los cuentos de *Imágenes rotas*. Permíteme decirte lo siguiente. Tengo la convicción de que, pese a ensayos estimables, todavía no se ha escrito la gran novela peruana sobre las altas clases sociales y su relación con nuestra historia. ¿Por qué, apreciado Fernando, no te animas a emprender esta tarea? Después de leer tus libros no me cabe la menor duda de que posees todas las cualidades como para coronar con éxito un proyecto de esta envergadura.

Recibe un abrazo fraternal de



Miguel Gutiérrez C.

---

\* Narrador y ensayista. Formó parte del grupo Narración (1966-1980). Considerado uno de los mayores novelistas peruanos vivos.



**IMÁGENES ROTAS. DELITOS LITERARIOS:  
LA HISTORIA-FICCIÓN DE UN AUTOR QUE COMBINA  
HÁBILMENTE EL RIGOR HISTÓRICO CON EL VUELO  
IMAGINATIVO\***

*Guillermo Niño de Guzmán\*\**

Fernando de Trazegnies ha perpetrado un curioso delito, el cual no ha vacilado en admitir: «Me confieso, pues, culpable de un deliberado saqueo de la Historia con fines literarios». Así lo reconoce al final de su libro de relatos *Imágenes rotas* (Ediciones del Dragón, Lima, 1992), obra que señala un derrotero nuevo en la carrera del destacado jurista y maestro universitario, así como en el panorama de nuestra narrativa.

Ya antes el inquieto abogado había dejado entrever su vocación por desenterrrar sucesos que rozan con la ficción en su libro *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor* (1981). Esta vez, sin embargo, inserta la ficción en la Historia, logrando una interesante amalgama entre ambas. De Trazegnies se muestra muy acucioso al hurgar en el pasado, apelando a documentos para recrear personajes y episodios. Y, paralelamente, despliega una habilidad para contar que revela a un buen conocedor de la literatura y de las técnicas del oficio. No solo hace gala de una prosa firme y eficaz, sino de un olfato narrativo que le permite cambiar el punto de vista cuando es necesario crear un determinado efecto («La silla»), recurrir al monólogo interior para ampliar las perspectivas y acentuar los toques dramáticos («Guerra pasada») o entrelazar una ficción dentro de otra ficción («El cónsul honorable»).

Mario Vargas Llosa, en la presentación del volumen, por cierto elogiosa, apenas objeta el cuento «La silla» «[...] porque me parece excesivamente boriano: su anécdota está muy cerca de un relato del gran escritor». No obstante, el

---

\* Publicado en la revista *Caretas*. Lima, 18 de febrero de 1993.

\*\* Cuentista peruano. Ejerce el periodismo y la crítica de cine. Ha sido guionista de cine y televisión. Es una de las principales voces de la nueva narrativa peruana.

«robo» literario es una opción válida. Años atrás, Harry Belevan solía apropiarse de argumentos, personajes y estilos de reputados escritores, lo cual mereció un prólogo del autor de *La casa verde*. Por otro lado, en el caso de Trazegnies, si bien la idea de prolongar mentalmente el momento de la muerte alude a Borges, la urdimbre peculiar del relato tiene otros matices, así como antecedentes más antiguos.

Pienso en «Un incidente en el puente del Río del Búho», de Ambrose Bierce, sobre el condenado a la horca que consigue fugarse en el último instante, fuga que solo notamos que fue imaginada cuando siente el tirón de la soga en el cuello. Este recurso —que implica no solo un autoengaño del personaje sino del lector— se remonta a un autor como don Juan Manuel y sus ejemplares medievales. Y ha sido empleado, con mayor o menor eficiencia, por una diversidad de cuentistas. En lo que concierne a Trazegnies, este cambia, con mucho acierto, de tercera a primera persona para distinguir la fabulación de su protagonista en el discurso del relato. Finalmente, lo que importa en «La silla» no es tanto el ardido borgiano de retardar el tiempo —por muy ingenioso que parezca— sino la trampa que se tiende a sí mismo el protagonista y en la que de repente se ve envuelto el lector.

## LOS TRADICIONISTAS PERUANOS\*

*Estuardo Núñez Hague*\*\*

Fernando de Trazegnies ha transitado también por los nuevos y sugestivos caminos de la tradición palmista. Los relatos contenidos en su sobrio y elegante libro *Imágenes rotas* se desplazan a lo largo del siglo XIX.

La prosa de de Trazegnies se desenvuelve con un ritmo reposado, de estudiada ironía y de humana consistencia. Su temática se ha abierto rutas hacia la vida del hombre de todas las clases, apartándose de las meras estampas y nutriéndose de los grandes interrogantes humanos, desbaratando lo convencional. El lenguaje es vitalmente expresivo y compuesto aun a costa de sacrificar exactitudes, manteniendo la verosimilitud de un relato narrado con destreza y propiedad. Los arcanos históricos le permiten descubrir nuevas coyunturas de elaboración además de divertidos juegos de ingenio. Este párrafo es ilustrativo: «Son ejercicios de collage, fragmentos desordenados de personajes, de hechos históricos y aun de textos, que han sido pegados sobre un fondo de ficción con la idea de construir un nuevo orden de cosas, perverso y sesgado. Me confieso, pues, culpable de un deliberado saqueo de la Historia con fines literarios»<sup>1</sup>.

Luis Enrique Tord y Fernando de Trazegnies imprimen al relato corto un nuevo y promisorio rumbo. La historia adquiere en sus relatos la sorprendente revelación de un escondido material poético lleno de vitalidad. Esto es, una cantera más honda y rica que el simple episodio efímero o la anécdota banal que explotaba Palma. Ellos demuestran que las fuentes antes desaprovechadas son hoy más ricas en posibilidades de elaboración y explotación estética.

---

\* Extracto de *Los tradicionistas peruanos*. Editorial Laberintos. Lima, 2001, pp. XLVII y XLVIII.

\*\* Doctor en Literatura. Miembro de la Academia Peruana de la Lengua. Miembro de Número de la Academia Nacional de la Historia. Ha sido Director de la Biblioteca Nacional.

<sup>1</sup> Fernando de Trazegnies (1992). *Imágenes rotas*. Lima: Ediciones del Dragón, p. 177.

En uno y otro autor puede acaso descubrirse la imagen literaria de un Borges bien asimilado, pero volcada su técnica depurada en realidades peruanísimas, lejos de los exóticos ambientes insertos en la prosa del escritor rioplatense, por lo demás tan genuino en su poesía de raíz argentina. Sin duda, Borges es el ineludible maestro de la literatura hispanoamericana, y ello en nada desmerece la originalidad de sus seguidores siempre que su fervorosa lectura no afecte unas líneas de creación sinceramente adentradas en realidades nacionales auténticas, con ficciones renovadas y con paso firme en la buena prosa castellana.

## LA LITERATURA COMO POSIBILIDAD DE REUNIR LO FRAGMENTADO. ACERCA DE *IMÁGENES ROTAS*, DE FERNANDO DE TRAZEGNIES\*

*Manuel Pantigoso Pecero \*\**

### INTRODUCCIÓN

Fernando de Trazegnies (Lima, 1935) es miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho, de la Academia Peruana de la Lengua, de la Academia Nacional de Historia y del Instituto Peruano de Investigaciones Genealógicas. Obtuvo Mención Honrosa en el Primer Concurso Nacional de Cuento de la Asociación Peruano Japonesa por «La tranquilidad de espíritu» (1992), incluido en el libro *Imágenes rotas*, cuya primera edición es de 1992. Fue finalista en el concurso nacional de cuentos Premio Copé 1997 con «La joven griega» (1997). Entre sus obras destacan *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor* (1980), *En el país de las colinas de arena* (1994), *Atracción apasionada* (2004) e *Imágenes rotas* (segunda edición, 2007).

Cuenta el autor que cuando tenía diez años redactó un texto a partir de una lectura colegial de *La Ilíada*, donde describía la despedida de Héctor de su esposa Andrómaca antes de partir a luchar (y morir) contra Aquiles. Al finalizarlo —dice— lloró emocionado sobre las cuartillas. Y nació un amor que se ha ido alimentando con viajes, conversaciones, lecturas y, claro, la escritura.

El itinerario vital de Fernando de Trazegnies anexa dos espacios importantes: la literatura y el derecho<sup>1</sup>. En su incorporación a la Academia Peruana de la Lengua (14 de diciembre de 1995), expresó al respecto:

---

\* Texto leído en la presentación del libro *Imágenes rotas*, el 22 de agosto de 2007, en el auditorio Ricardo Palma, en el marco de la Primera Feria del Libro Universitario.

\*\* Doctor en Literatura y Filología. Presidente de la Asociación Educación por el Arte. Miembro de la Academia Peruana de la Lengua.

<sup>1</sup> En esta línea destacan también Iván Rodríguez Chávez, José León Barandiarán, Jorge Eugenio Castañeda, Roberto Mac Lean Ugarteche y Mario Alzamora Valdez, entre otros.

La literatura, que pretende siempre penetrar profundamente en la humanidad del hombre, se encuentra a menudo con situaciones jurídicas. Y así como podemos advertir que existe una gran cantidad de obras literarias que tienen como tema el Derecho o que involucran de alguna manera cierto tratamiento jurídico de la anécdota, a veces la literatura trata el Derecho no como un objeto de interés en sí mismo sino como un instrumento de la narración o metáfora para decir otras cosas. Pero otras veces, la reflexión sobre el Derecho mismo ocupa un aspecto central de la obra literaria.

## 1. OBRAS PUBLICADAS

Las obras de este importante investigador y creador discurren alrededor de una tríada compuesta por el derecho, la historia y la literatura. La visión de lo fragmentado, que tanto lo identifica y en la cual actúan la realidad y la ficción, aparece precisamente desde la estructuración de esas vertientes. Veamos.

En *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor* (1980), traducido al esloveno y publicado en Ljubljana en 1992, nos invita a reflexionar no tanto desde la perspectiva de la Historia sino específicamente desde el uso alternativo del derecho. El texto se apoya en un expediente de manumisión de finales del siglo XVIII, en el Perú de 1782. Ciriaco de Urtecho, un criollo de bajos recursos, solicita ante un juez la emancipación de la esclava negra Dionisia de Masferrer, propiedad del rico mercader Juan de Dios Cáceres. El argumento del peticionario radica en que está unido a esa esclava por el matrimonio y que la situación que padece dificulta su vida con la esposa. Es un libro de Historia del Derecho al que de Trazegnies le proporciona una atmósfera de novela.

En 1994 publica *En el país de las colinas de arena*, obra de diversa naturaleza en donde la búsqueda de la «verdad histórica» se realiza mintiendo «documentadamente», con invención de textos y autores. Esa «verdad» solo será accesible por medio de la ficción literaria. El libro fue traducido al chino y se publicó en Beijing en 1999.

Respecto a *Atracción apasionada* (2004) de Trazegnies ha confesado que el proyecto comenzó cuando leyó la *Teoría de los cuatro movimientos*, de Charles Fourier, y se deslumbró con sus ideas absolutamente disparatadas. A partir de esa impresión creó un personaje: Jean-Baptiste Levasseur, impulsor de un «Movimiento por la Promiscuidad Matemáticamente Organizada». Este personaje reside en la Arequipa del siglo XIX y sus escritos causan una desconcertante fascinación en Alejo, arquitecto restaurador que vive en la capital durante la segunda mitad del siglo XX. Atraído por aquella filosofía de Jean-Baptiste Levasseur, Alejo se enceguece y no puede detectar el enredo amoroso producido en su propio hogar, donde su esposa infiel es la protagonista. En esta dialéctica de tiempos (siglos

XIX y XX) se presenta el conflicto entre la teoría y la realidad, que recorre toda la novela.

## 2. IMÁGENES ROTAS Y RELATO HISTÓRICO

*Imágenes rotas*<sup>2</sup> —segunda edición, publicada por la Universidad Ricardo Palma— nos revela un país fragmentado, escindido en sus contradicciones y avatares. El escritor se nutre de la historia del Perú, especialmente del siglo XIX, para recrear una atmósfera ficcional y creíble, escarbando en la psicología de sus personajes, costumbres y hábitos predominantes. De allí que plantee como tesis lo siguiente:

[...] la literatura es también una forma diferente de conocimiento, una perspectiva única sobre la realidad [...] no analiza el mundo, no lo convierte en cadáver para diseccionarlo con ayuda del bisturí de la razón, sino que lo siente empáticamente y nos lo presenta como un hecho vivo, nos invita a participar de él con todo nuestro ser. De alguna manera, el arte logra realizar esa unión del *logos* y del *eros* que quería Platón<sup>3</sup>.

Esta tendencia por lo narrativo-histórico tiene sus raíces lejanas en la novela histórica que nace como expresión artística del nacionalismo de los románticos europeos, y de esa nostalgia ante los cambios producidos en las costumbres y en los valores que impone la transformación burguesa del mundo. El pasado se configura, así, como una especie de refugio o evasión; pero, por otra parte, permite leer desde el pasado una crítica a la historia del presente, por lo que es frecuente encontrar en este tipo de novelas una doble lectura o interpretación no solo de una época pasada sino de la actual.

A diferencia del discurso historiográfico tradicional, afanado por recuperar cuentos «reales», el relato histórico pretende recobrar minuciosamente aquellos hechos que nunca sucedieron. La historia y la ficción se dosifican, entonces, para reconstruir un pasado que incide en el presente a fin de establecer entre ambos una simbiosis que es una visión crítica de la historia tradicional del Perú. Si la historia es lo que es, o lo que fue, «[...] la literatura —lo dice bien Alberto Julián Pérez— es lo que no es, es ficción, y trata de lograr por medio del juego de las palabras que lo que no es, sea».

---

<sup>2</sup> La palabra *imágenes* debe ser entendida en su doble significación: como representación, semejanza y apariencia de una cosa, y como representación viva y eficaz de una *intuición* o visión poética por medio del lenguaje.

<sup>3</sup> En discurso de la Academia Peruana de la Lengua, 1995.

El relato histórico ficcional de Trazegnies corresponde a un género que empieza a ponerse de moda en el Perú a partir de la década de 1990<sup>4</sup>, aprovechando el límite entre la fantasía y la historia, cada vez más polémico por cuanto en este tipo de relato empiezan a confundirse los cabos de la ciencia histórica y de la literatura; es decir, los nexos entre la verdad y la mentira son cada vez más imprecisos. El propio escritor explicará esta dualidad en el prefacio de *Imágenes rotas*:

[...] la ficción no es un mundo irreal, puramente interior y ajeno a la historia; en el fondo, toda ficción no es sino una posibilidad de realidad, construida dentro de un marco histórico determinado. En ese sentido, estas situaciones que han sido intencionalmente falseadas, estas diferentes voces que pugnan desordenadamente por hacerse oír, pueden ser comprendidas como retazos, como fragmentos, de una realidad más profunda, dinámica y compleja; pueden ser entendidas como una verdad de atmósfera que necesitó de la mentira para mostrarse, una verdad que quizás no hubiera sido accesible a través de la verdad: la realidad no está en los personajes ni en las circunstancias sino en el espacio que se encuentra entre ellos, que los alberga, los envuelve y los vincula irremisiblemente.

Como el ilustre Ricardo Palma, la prosa de Fernando de Trazegnies desmitifica el sentido del pasado y lo actualiza en la lengua y en la forma poética de narrar, pilares que sustentan el tiempo presente. Estuardo Núñez escribió sobre la primera edición de *Imágenes rotas*: «La prosa de Trazegnies se desenvuelve con un ritmo reposado, de estudiada ironía y de humana consistencia. Su temática ha abierto rutas hacia el hombre de todas las clases [...] La historia adquiere en sus relatos la sorprendente revelación de un escondido material poético lleno de vitalidad»<sup>5</sup>.

### 3. LOS CUENTOS DE *IMÁGENES ROTAS* COMO POÉTICA DE LA HISTORIA

En los nueve cuentos de *Imágenes rotas* el autor logra que el lenguaje se dramatice y «actúe». La retórica desplaza su función meramente decorativa o escenográfica para subir a escena y ocupar un espacio protagónico. Al abordar el libro el lector acude, así, a una poética de la historia. Contrario a la pretensión historicista, estos cuentos no pretenden recobrar el pasado sino provocarlo, hacer que sobre él se ensaye siempre, una vez más. El intento se logra recreando, con spontaneidad controlada, léxico y giros expresivos del siglo XIX. A partir del lenguaje

<sup>4</sup> En la novela histórica destacan Carlos Thorne: *El Señor de Lunahuaná* (1994) y *El encomendero de la adarga de plata* (1999); José Antonio Bravo: *La quimera y el éxtasis* (1996); Miguel Gutiérrez: *Poderes secretos* (1999); Francisco Carrillo: *Diario del Inca Garcilaso* (1996); Oscar Colchado Lucio: *¡Viva Luis Pardo!* (1996) y Fernando Iwasaki Cautí: *Inquisiciones peruanas* (1994).

<sup>5</sup> En *Los tradicionistas peruanos*. Editorial Laberintos, 2000, pp. 32-33.

antiguo se crea un cierto ritmo narrativo sumamente versátil en la técnica, con elementos clásicos pero también modernos. Los textos parten de elementos realistas ubicados en escenarios nacionales, pero sobre la apariencia del criollismo o costumbrismo, el narrador somete al lector a una prueba de participación en espacios de poderosa subjetividad.

Estas «imágenes» de Trazegnies más que representar una línea de argumento quieren evocar en el lector una serie de emociones; lo que importa, como bien lo señala en el pórtico del libro, «[...] no son las cosas sino los vacíos: aquello que puede ser intuido antes que leído». Y algo que es fundamental por ser la clave de su perspectiva literaria aparece con suma claridad: «[...] la realidad no está en los personajes ni en las circunstancias sino en el espacio que se encuentra entre ellos, que los alberga, los envuelve y los vincula irremediablemente». La construcción narrativa se sostendrá, pues, en la interiorización de los personajes, en sus búsquedas, en sus diversos paisajes psicológicos, en su «estar» que alude a frustraciones, tabúes, soledades, incomunicaciones, etcétera.

El valioso y trascendente libro de Trazegnies se inicia con un epígrafe de Eliot, de *Tierra baldía* (1922): «Hijo del hombre, no puedes decir ni adivinar nada porque tú solo conoces un amontonamiento de imágenes rotas, donde golpea el sol». Hay que recordar en ese memorable texto de Eliot la convocatoria de diversos tiempos y espacios, el enlace de personajes antiguos y modernos, y la crítica, con desesperación y amargura originadas por la posguerra, al pasado histórico. Los engranajes son la fragmentación y el desarraigado del espíritu que son, al final de todo, expresiones de la propia soledad humana.

Las «imágenes rotas» que Fernando de Trazegnies va urdiendo son las imágenes del propio hombre. El autor aborda la condición humana desde una visión existencialista y refleja la historia del hombre como resultado de su esfuerzo, lucha o agonía (dentro de la concepción de Unamuno). Esas imágenes quebradas serán las múltiples vivencias que el individuo lleva adentro. Él se irá haciendo a partir de esos trozos de existencia que tendrá que componer. El autor se preguntará ¿qué cosa somos?, y sobre la base de esta interrogación se hundirá en la psicología de sus personajes que aparecen reflejados en la literatura como en un espejo. Realidad y ficción se imantan, así, recíprocamente y formarán una sola unidad en la búsqueda y construcción literaria del ser desde el «saqueo de la Historia».

Esto es lo que escribirá en su «Post scriptum», que es también una forma de precisar, de ordenar, de construir, de «explicar» sus cuentos —o trozos de existencia— separando lo que en ellos hay de realidad y de ficción (verdad y mentira), para destacar la «verdad heráldica» de esta última: «Estos relatos son ejercicios de collage: fragmentos desordenados de personajes, de hechos históricos y aun de textos, han sido pegados sobre un fondo de ficción con la idea de construir

un nuevo orden de cosas, perverso y sesgado. Me confieso, pues, culpable de un deliberado saqueo de la Historia con fines literarios».

En estos relatos «rotos» hay, pues, contrapunto de ideas a través de un diálogo interior en donde las visiones y percepciones se van sucediendo una tras otra. Los personajes dejan fluir sus pensamientos y la narración se va haciendo en su propia construcción. La madurez del arte narrativo de Trazegnies incluirá, como hemos dicho, la construcción de una exposición descoyuntada para que el lector participe componiendo las partes fragmentadas. Y es que la impronta esencial que aborda el libro es que la realidad no está en la unidad sino en la ruptura, observable también en los varios niveles narrativos que cuentan una historia en la cual el autor superpone o entrecruza los textos para darle una mayor tensión a lo contado.

## 5. IDENTIDAD INDIVIDUAL Y SOCIAL ANTE EL AMOR CARNAL

En la mayoría de los cuentos de *Imágenes rotas* sobresale lo literario como tema específico o velado por la sugerencia. Aparecerá, por ejemplo, cuando el autor habla sobre la *identidad individual y social de los personajes*, una de las constantes del libro. Esta impronta surge nítidamente en el primer relato, «Doble traición»:

No puedo ya [...] seguir intentando ser totalmente indio ni totalmente español; para ello, tendría que mentirme a mí mismo, negarme a ver una parte de mi ser que sin embargo está ahí, con una presencia impertinente pero insoslayable. Gracias a Dios no soy nada. Soy indio, pero también algo más; soy español, pero también algo más. Esta doble vinculación no me ata dos veces sino que me permite tomar distancia y liberarme de todas las sangres. Simplemente soy libre. Los materiales que se me han dado son variados y estoy agradecido por ello; pero tengo que usarlos para inventarme a mí mismo. En esa medida, soy un precursor del verdadero hombre americano. (p. 23)

Esta especie de poética o metalenguaje de lo literario como personaje aparecerá también a través del *amor voluptuoso, carnal*, presente en la introspección de temas sociales como la esclavitud («La tranquilidad del espíritu») o discurriendo en el fondo carnavalesco de un baile de máscaras («El fonógrafo») o en el afecto desgobernado del personaje hacia una niña, como podemos observar en «Premio a la virtud»:

No podía apartar mi vida de esas redondeces púdicas que asomaban indiscretamente bajo los tules, todo lo que quería era poner la mano sobre esa rodilla, acariciarla suavemente como quien acaricia el alma de una persona, pero todos mis fantasmas me lo impedían y la niña seguía hablando y hablando y yo solo pensaba en poner la mano sobre su rodilla, no puedo negar que mi mirada se sentía también atraída por su cuerpo impúber que se insinuaba bajo las gasas y

las blondas, marcando aquí y allá las primeras señales de la adolescencia, pero eran sus rodillas que me obsesionaban (p. 132).

El autor nos describe la idea fija del hombre por esa niña casi evanescente. En realidad lo que de Trazegnies nos está contando son las tenaces persistencias del escritor por la literatura, con esos «demonios interiores» de los que nos habla Mario Vargas Llosa. De un modo velado el autor evoca la poesía y la belleza del ideal a partir de un tema tabú.

El amor, supremo y desgarrado intento de comunión —otra de las características básicas de la narración contemporánea— se lleva a cabo mediante lo que se ha dado en llamar *sentido sagrado del cuerpo*. A través de él se comprende que no toda la realidad es la del mundo exterior físico y que el cuerpo como expresión literaria es también un instrumento de conocimiento capaz de penetrar en el misterioso territorio del hombre.

## 6. LA CREACIÓN LITERARIA COMO PERSONAJE QUE HAY QUE COMPONER

Pongamos también nosotros algunos «fragmentos» en los que aparece la función literaria como velo que cubre y al mismo tiempo sostiene a los personajes y al mismo cuento entendido como ficción que arma o compone todo, inclusive la verdad de lo posible:

Wilson sintió la embriaguez de la creación, el vértigo de la libertad. Dentro de su novela, podía hacer lo que quisiera con sus personajes, podía destruirlos o enaltecerlos, podía hacer que fueran amados u odiados, podía hacer que amaran u odiaran. La pluma le otorgaba un poder mayor que el de cualquier gobernante, lo hacía señor de vidas y honras. [...] En un éxtasis luciferino, se dijo que el escritor era tan poderoso como Dios; sintió la satisfacción divina de recrear la historia y los hombres, de hacer buenos a los malos y malos a los buenos, incluso de hacer todo eso sin ninguna intención, al azar, como solo Dios puede hacerlo, libre incluso de la obligación de tener un propósito («El cónsul honorable», pp. 89-90).

Para devolver la salud a nuestro imperio, será necesario amputar sus partes enfermas, suprimir individuos, desterrar grupos: en una revolución, no se puede prescindir de la brutalidad como arma de lucha («El Inca», p. 101).

Recordó sus recuerdos y luego comenzó a recordar los recuerdos de sus recuerdos. Pero fue en ese momento que el orden de las evocaciones (jah, siempre ese maldito problema del orden!) comenzó a confundirse. La memoria no registraba ya los sucesos en serie sino a saltos y borbotones; la regularidad minuciosa de las segmentaciones fue alterada, cada fragmento de vida parecía generar nuevas consecuencias que construían una sucesión independiente y alternativa de los hechos. Y a sus reminiscencias se sumaron sus fantasías: el mundo probado y

el mundo probable se fundían en una sola realidad con múltiples dimensiones («La silla», p. 148).

Unieron sus intimidades, pero no se mostraron los rostros. Él nunca sabría de su labio leporino, de su cara desfigurada por pecados ancestrales, de su vergüenza cotidiana, de la represión cuidadosa de sus instintos y de sus afectos, hasta convertirlos en disciplinada indiferencia; ella nunca supo de sus auras y de sus raptos, de esas tormentas internas en las que sus demonios se expresaban con tal violencia que requerían de tiempo en tiempo la domesticación de la camisa de fuerza («El fonógrafo», p. 171).

El mundo a esas horas aurorales no era sino un minucioso caos de objetos fatigados de existir, que habían perdido su identidad a través de infinitas fragmentaciones y descartes. A la magia de la noche, de las luces del gas y de las melancólicas velas, de los castillos de fuegos artificiales y de las palomas de colores, le sucedía ahora una realidad insignificante y sórdida («El fonógrafo», p. 173).

Zenón Torres apretó los dientes y se dijo: «A mí no me matan así nomás». Súbitamente tuvo la idea de evitar que las balas llegaran a su pecho, impidiendo que el tiempo pudiera avanzar. Si el minuto que falta para el disparo lo parto en dos lapsos de treinta segundos y cada uno de ellos en otros dos de quince y así sucesivamente, la sistemática y continuada división prolongaría el intervalo hasta el infinito y nunca llegaría el instante del impacto («La silla», p. 142, basado en «El milagro secreto», de Borges, incluido en *Ficciones*).

## DERECHO Y MODERNIDAD EN EL PERÚ DEL OCHOCIENTOS\*

*Carlos Ramos Núñez\*\**

La ciencia jurídica —entendida como reflexión teórica— carga en nuestro país con un pesado lastre: el positivismo; y lleva consigo un anatema: su carácter insular. Los juristas han preferido desentenderse del contexto social y cultural que rodea, impulsa o detiene la producción normativa o su declinación. Su objeto central de estudio ha sido nuestro ordenamiento legal. Ciertamente, para emprender este análisis no se han servido solo de nuestra estructura legislativa; han apelado también a órdenes normativos de otros países haciendo uso de la «comparación jurídica». Sin embargo, sería injusto atribuirles que la suya ha sido una construcción puramente legal, puesto que la dogmática más autorizada ha recurrido también a la doctrina nacional y extranjera. Muy pocos osaron penetrar en otra de las fuentes formales reconocidas: la jurisprudencia de los tribunales que, de una forma u otra, recogía al derecho vivo. No se aproximaron a ella, ya porque había poco que encontrar (nuestra jurisprudencia no ha sido especialmente fecunda) o simplemente porque la desdeñaban en lo poco que tenía de rescuable. Las reformas que demandaba nuestra legislación se fundaban más en las virtudes de otras legislaciones o en la versación de los autores que en los datos proporcionados por la realidad. El resultado: trabajos preciosistas que buscaban ante todo el mejoramiento de la redacción y de la sistemática defectuosas y que se planteaban el examen de los códigos sin atender a consideraciones «extrajurídicas». De este modo, cuando mucho se lograba captar al derecho desde una de sus perspectivas —valiosa por cierto pero insuficiente—: la dogmática. La experiencia jurídica era, así, empobrecida. Dos de sus dimensiones: la filosófica y la sociológica, resultaban enervadas.

---

\* Extraído de la revista *Crónicas de Historia del Derecho*, número 1, Instituto Peruano de Historia del Derecho. Lima, 1994, pp. 63-71.

\*\* Abogado. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Universidad de Lima. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.

Si la concepción antes descrita la aplicamos a la historia del derecho, el universo privilegiado será el normativo. Queda así diseñada una historia que se limita a formular un recuento de las reglas institucionales de una sociedad del pasado. Puede, es verdad, penetrar en el análisis de las figuras jurídicas en sí mismas; pero no nos dará cuenta de los valores prevalecientes ni de las causas y los efectos sociales que se articulaban con las normas examinadas. No sabremos entonces si esas normas e instituciones respondían o no al sistema axiológico de la sociedad en cuestión o si se ajustaban o no a sus requerimientos económicos, sociales y políticos.

Fernando de Trazegnies, en *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX* (primera edición, 1980; 1992), nos propone justamente integrar esas tres disciplinas: la Dogmática, la Filosofía y la Sociología del Derecho, a fin de reparar las insuficiencias de cada una de ellas. Esa es su propuesta metodológica central para abordar la historia del Derecho<sup>1</sup>.

El llamado de de Trazegnies puede parecer a estas alturas innecesario, toda vez que, desde distintas vertientes y enfoques, prácticamente se han instalado en el pensamiento jurídico peruano perspectivas que intentan incorporar en sus análisis dichas esferas<sup>2</sup>. Sin embargo, en muchos casos se han visto esas tres dimensiones como comportamientos aislados que apenas se rozan, que están «allí», en el aire, a la espera de que alguien los toque y rescate. Estos elementos operan efectivamente en la realidad; empero, no en términos estáticos ni ahistoricalicos. Donde se lee «normas» no deben verse solamente «leyes»; donde se observan valores trascendentales, deben constatarse sistemas de creencia y convicciones prevalecientes en una sociedad determinada, y donde se leen conductas individuales, deben verificarse prácticas sociales. Todas estas se mezclan e interactúan, a veces sin respetar los linderos que —en teoría— separan unos de otros.

La historia del derecho en el Perú, lamentablemente, ha sido tributaria de una concepción unidimensional del derecho, en la que ha predominado, con creces, el interés por la exégesis de las normas oficiales. Tal no debiera ser necesariamente la cosecha de nuestra historiografía jurídica. Jorge Basadre sugirió, por ejemplo, interesantes líneas de desarrollo de la disciplina, recomendando la utilización de fuentes histórico-jurídicas que se inscribirían más bien en el interior de una

<sup>1</sup> DE TRAZEGNIES (1992: 13-23).

<sup>2</sup> Pensemos, por ejemplo, en la concepción tridimensionalista del derecho, que observa el fenómeno jurídico a partir de las normas, la moral y la conducta, una concepción que ha tenido en América Latina varios cultores: Miguel Reale, en el Brasil; Carlos Cossío —aunque incidiendo sobre todo en la conducta y los valores—, en la Argentina; y en el Perú, Carlos Fernández Sessarego. Recientemente, ORTIZ NISHIHARA (1993) se muestra partidario del uso de la concepción trialista para la comprensión de la historia del derecho. El propio título de su trabajo así lo sugiere.

historia social del derecho<sup>3</sup>. Desafortunadamente, Basadre no persistió en el tratamiento que podríamos llamar propio de la historia del derecho. Tampoco persistieron muchos de quienes lo acompañaron originalmente en ese propósito. No hubo, pues, *strictu sensu*, una escuela en dicho campo<sup>4</sup> Al cabo de varios años, tras un hiato del que el Perú no terminó de recuperarse<sup>5</sup>, se presentó una suerte de resurrección de aquella. El libro de Trazegnies ahora comentado se sitúa entre una de las tentativas más importantes para dotar a la historiografía jurídica peruana de un nuevo impulso<sup>6</sup>.

Cuando se publicó *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*, los estudios históricos ponían el acento en áreas y métodos tradicionalmente desatendidos. La historia había girado en torno a lo anecdótico, la fecha precisa, el episodio heroico o infeliz. Hubo una especie de reacción contra esa forma de historiar, imponiéndose de golpe la descripción y el análisis de las estructuras y los intereses económicos; el papel de las masas y de las fuerzas sociales presentes en la coyuntura y en la «larga duración». La *nouvelle histoire* criolla pensó, tal vez, que dicho libro se aferraba a los tópicos comunes entonces conocidos: recountar dispositivos legales. Uno de sus exponentes más lúcidos, Alberto Flores Galindo, reparó en que el proyecto era mucho más que eso. Se trataba, a su juicio, de un «conjunto ambicioso de reflexiones», dirigidas a entender las transformaciones del ochocientos<sup>7</sup>. Quizá fue este uno de los pocos puentes tendidos desde la historia social para rescatar la historia del derecho. Al margen de la autoridad de quien

<sup>3</sup> Véase preferentemente BASADRE (1956). El estudio de este autor sobre la historia del derecho peruano (1937) es fundamentalmente descriptivo y con escasas referencias a las posibilidades metodológicas y temáticas.

<sup>4</sup> Quizá uno de los pocos haya sido Javier Vargas Vargas, quien, a pesar de las intermitencias causadas por una actividad profesional intensa, se dio tiempo para adentrarse en el «Derecho incaico» (como fruto de esa constante preocupación, puede verse VARGAS VARGAS 1993). Sus esfuerzos, no obstante carecer de instrumentos etnohistóricos nuevos, son rescatables, especialmente en cuanto concierne al manejo de las crónicas, en cuyo uso se muestra solvente; sus interpretaciones, sin embargo, a veces son arbitrarias (véase, por ejemplo, la idea de «virginidad» entre los incas, VARGAS VARGAS 1993: 114-116), además de tener excesiva confianza en sus fuentes. Mención aparte merece Jorge Basadre Ayulo. Sus comentarios, aparecidos sobre todo en publicaciones periódicas, han esclarecido numerosos aspectos del derecho indiano y es, sin lugar a dudas, uno de los pocos cultores en el Perú, donde este tema ha concitado —hecho curioso para un país con pasado tan rico— poco entusiasmo. Entiendo que prepara un trabajo en el que las consideraciones sociales no son dejadas de lado.

<sup>5</sup> Desde entonces han aparecido diversas publicaciones periódicas referidas a la historia del derecho iberoamericano en la Argentina, Chile, México y el Ecuador. El Perú, curiosamente, ha permanecido casi al margen.

<sup>6</sup> En ese mismo orden podría ubicarse el trabajo de Pásara (1970: 11-32). Su aproximación a la historia del derecho fue, para desventura de la disciplina, muy efímera y puntual.

<sup>7</sup> FLORES GALINDO (1988: 264).

formulaba la convocatoria, hubiera sido absurdo negar al derecho su múltiple condición de instrumento de control social, sea para apoyar o para mediatizar políticas de transformación o de conservación, y, por lo tanto, cuestionarlo como un espacio donde se definen y articulan intereses sociales. Como no podía recurrirse al Derecho, cabía entonces ignorarlo. Tal ha sido en sustancia la actitud de gran parte de la historiografía local<sup>8</sup>.

No obstante que una fisonomía empieza a imponerse en las teorías y en los métodos de la historia del derecho, pareciera que quienes cultivan la historia social en nuestro medio no perciben aún su importancia<sup>9</sup> Una de las razones de ese desentendimiento podría vincularse a las dificultades con la que tropiezan los historiadores sociales al detenerse a examinar formas jurídicas. Por lo cual optarían, simplemente, por seguir de frente sin examinar los problemas que requieran una dilucidación de ese género<sup>10</sup>. Semejante actitud nos releva de mayores comentarios.

Hay, sin embargo un dato que en cierto modo se evidencia en *Crónicas de historia del derecho* y en las publicaciones pertinentes aparecidas en los últimos años: nuestra historia social no puede seguir evitando a la historia jurídica —aquella que ha apostado por una historia social—, en la medida en que, de pronto, se convierte en un nuevo escenario al que hay que escudriñar y que para hacerlo no bastan los instrumentos metodológicos clásicos. Parece obvio que es preciso premunirse de soportes jurídicos que faciliten la tarea. En nuestros días han cobrado un especial interés todas las fuentes jurídicas: expedientes, protocolos, resoluciones, actas, contratos, etcétera. A ellas recurren asiduamente quienes, paradójicamente, ignoran todas las potencialidades que la cultura jurídica encierra. A pesar de los avances en ese terreno y del aprovechamiento creciente de los materiales jurídicos, ocurre que muchos investigadores, allí donde ven hojarasca, simples trámites judiciales o normas técnicas, podrían obtener, con

<sup>8</sup> Quizá uno de los casos más emblemáticos sea el de QUIROZ NORRIS (1987). A pesar de que el autor dedica un capítulo a la normatividad dictada sobre la consolidación, todo el rico debate doctrinario de los juristas del ochocientos, que habría facilitado la comprensión del problema, es simplemente soslayado. También se echa de menos la remisión a fuentes secundarias de historia del derecho que, como el trabajo de DE TRAZEGNIES (1980, 1992) podrían haber aportado nuevas luces a la investigación.

<sup>9</sup> La revista francesa *Le Débat*, dirigida por uno de los más representativos exponentes de la «nouvelle histoire», Pierre Nora, dedicó su número 74, correspondiente al bimestre marzo-abril de 1993, a la vinculación entre derecho e historia. Semejante aproximación es ciertamente ejemplar. Ojalá que la misma tenga algún efecto en nuestro medio. Debe reconocerse, sin embargo, que empiezan a observarse trabajos históricos, como los editados por Charles Walter y Carlos Aguirre sobre bandolerismo, en los que el derecho no está ausente. Aguirre guarda un interés constante por la historia del derecho. Sus trabajos pueden perfectamente ser enmarcados en esta disciplina.

<sup>10</sup> Sobre esta limitación epistemológica ha reparado ya GUEVARA GIL (1993: XXVII-XXIX).

una información técnico-legal más solvente, resultados menos expuestos a una crítica incipiente y prometedora, cuyos frutos apenas se conocen: la que parte de la historia social del derecho.

Esta nota quiere, pues, por una parte, ser parte del homenaje, en principio, a uno de los trabajos que reanudaron en el país el estudio de nuestro pasado jurídico, asociándolo —como debe ser— con el desenvolvimiento social, y formular algunas anotaciones críticas o convalidatorias de las tesis centrales planteadas en *La idea del derecho en el Perú republicano del siglo XIX*.

La hipótesis básica de la obra consiste en describir y analizar la historia de las ideas jusfilosóficas en el Perú del ochocientos, utilizando como modelo teórico la categoría de «modernismo tradicionalista». Este concepto supondría<sup>11</sup> básicamente dos aspectos: un proceso social de adaptación de las clases dirigentes —portadoras de los valores de la aristocracia colonial— a condiciones nuevas: la modernización de un sector de la economía, la extracción del guano y la repercusión de sus efectos en la vida cotidiana; y a condiciones que entonces persistían: la empecinada jerarquización estamental.

Acompañando a dicho proceso social se presenta un intento de armonización de las ideas de la cultura colonial con las ideas liberales importadas de Europa (de Francia e Inglaterra, principalmente) durante los siglos XVIII y XIX. En el esquema planteado por de Trazegnies se privilegia el estudio de las ideas jusfilosóficas. Siguiendo este modelo, el conflicto se daría entre las ideas tradicionalistas y las ideas modernizadoras. A la larga, prevalecería una especie de transacción entre ambas corrientes.

De Trazegnies se ocupa de las reflexiones jusfilosóficas (directas o indirectas) de Manuel Lorenzo de Vidaurre, Bartolomé Herrera, Francisco de Paula Gonzales Vigil, José Silva Santisteban, Toribio Pacheco<sup>12</sup>, Francisco García Calderón, Manuel Atanasio Fuentes, Miguel Antonio de la Lama y otros, quienes desarrollaron soluciones eclécticas entre modernidad y tradición. No prevalece una ni otra. En efecto, basta una verificación de sus discursos y prácticas para comprobarlo.

El concepto *modernismo tradicionalista* recreado por de Trazegnies para entender básicamente las ideas jurídico-filosóficas en el Perú del ochocientos, no aspira solo a ser visto como *epísteme*, categoría brillantemente expuesta por Foucault, o como *paradigma*, expresión cuyo uso ha sido tomado de la historia de la ciencia.

<sup>11</sup> De Trazegnies ha desarrollado este concepto (que no pretende ser nuevo) en numerosos trabajos, aplicándolo a la evolución del pensamiento filosófico jurídico del siglo pasado. Véase, por ejemplo, DE TRAZEGNIES 1980, 1992, 1980a, 1987.

<sup>12</sup> Este modelo lo hemos desarrollado para analizar las prácticas y discursos jurídicos y extrajurídicos (RAMOS NÚÑEZ 1992).

cia<sup>13</sup>. No se agota, pues, en el sustrato filosófico, sino que pretende más bien ser un modelo contrastable fácticamente. Es en este momento cuando asoman los problemas. La historia demanda pruebas. Este es un aspecto crucial de la crítica formulada por Alberto Flores Galindo. El desaparecido autor reclamaba referencias empíricas: «A veces no basta con los conceptos y quizás se requiere descender al mundo prosaico de las evidencias, los testimonios y las fuentes»<sup>14</sup>.

El propio de Trazegnies suministra razones para dicha atingencia cuando advierte que su estudio «[...] no pretende constituir una investigación de primera mano que permita establecer nuevos hechos históricos hasta ahora desconocidos»<sup>15</sup>. Incluso adelanta una concepción particular sobre la historia del derecho, la que, estimo, de Trazegnies debe haber revisado. Lo demuestran sus trabajos posteriores, como *Ciriaco de Urtecho: litigante por amor. Reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento jurídico* (1981) y *En el país de las colinas de arena. Reflexiones sobre la inmigración china del siglo XIX desde la perspectiva del Derecho* (1994), en los que destaca el manejo de las fuentes primarias. Sostiene de Trazegnies que la adopción de una actitud crítica respecto del establecimiento de los hechos históricos era una «[...] tarea que es ajena a nuestra especialidad y que corresponde enteramente a los historiadores»<sup>16</sup>. Desde esta perspectiva, «[...] los historiadores propiamente [...] orientan sus pesquisas a la obtención de esa información»<sup>17</sup>. De este modo, la historia del derecho se reduciría a un papel puramente hermenéutico. La construcción de la historia sería de responsabilidad exclusiva de los «historiadores», *strictu sensu*. Bien sabe de Trazegnies cuán peligrosa puede ser esa afirmación. El carácter interdisciplinario del conocimiento impone hoy más que nunca una variante feliz de la fórmula de Clausewitz: la historia es un asunto demasiado serio para dejarlo en manos de los historiadores.

Por otro lado, la abundante información histórica —gran parte de ella hasta entonces escasamente manejada— nos hace olvidar pronto la advertencia. Es obvio que el trabajo se inscribe en el campo de la historia de las ideas; de las ideas jusfilosóficas. Como tal debe, pues, guardar una lógica interna pero —esta es una propuesta metodológica implícita— contextualizando las prédicas de la época con información de diversa índole. Además, las ideas no se explican precisamente

<sup>13</sup> Sobre las similitudes y diferencias de ambos conceptos, pertinentes para comprender el problema de la modernización, véase DARYUSH (1990). La idea de «paradigma» ha sido tomada de Thomas S. Kuhn. En torno a la influencia de este notable historiador de la ciencia sobre la historiografía jurídica norteamericana puede consultarse GORDON (1975).

<sup>14</sup> FLORES GALINDO (1988: 274).

<sup>15</sup> DE TRAZEGNIES (1992: 37).

<sup>16</sup> DE TRAZEGNIES (1992: 37).

<sup>17</sup> DE TRAZEGNIES (1992: 37).

merced a ellas mismas. Se insiste mucho en la recreación que sufren en contacto con una realidad que las modela. No hay ideas químicamente puras. Son más bien el resultado de una relación dialéctica con el mundo exterior. De allí que el liberalismo más radical se diera de bruces con el espectro socialmente jerarquizado del ochocientos.

Aun cuando en el trabajo hay numerosas omisiones (por ejemplo, el pensamiento de Luna Pizarro, José María Pando, Baquíjano y Carrillo, Sánchez Carrión, José y Pedro Gálvez), el modelo planteado se ajusta admirablemente a las prácticas y a los discursos examinados. Es difícil encontrar en los pensadores peruanos de ese tiempo quienes escapen a un esquema intelectual que no pretende ser determinista, sino simplemente orientador: el «modernismo tradicionalista». Quienes lo hacen, como José María Pando y Felipe Pardo, entre los más conservadores, o como Francisco Bilbao, Mariano Amézaga, José María Químpo o Ignacio Escudero, entre los liberales más exaltados, proponían, en definitiva, caminos no compartidos por sus contemporáneos. Esas líneas de pensamiento y de acción, en lugar de contradecir, convalidan al modelo<sup>18</sup>. Las categorías «moderno» o «tradicional», si van en singular o, las más usuales de «conservador» o «liberal» son insuficientes para explicar las contradicciones a que se halla expuesto el pensamiento jusfilosófico y político de las clases dirigentes en el Perú decimonónico. Pueden servir únicamente para explicar determinados aspectos del discurso o de la actuación pública de los exponentes más representativos, pero no para calar hondo en sus concepciones generales o en la totalidad del pensamiento o de la acción de aquellos personajes.

No creo, por otro lado, que el «modernismo tradicionalista» tenga que esclarecer todo el complejo proceso social peruano del siglo pasado. Sabemos que las regiones participan en distintas dinámicas. La explotación del guano, eje de una modernización más decidida, no se extendió a lo largo y ancho del territorio nacional ni sus efectos alcanzarían necesariamente todos los rincones de la patria<sup>19</sup>. Me inclino a pensar que el modelo es válido para intentar sobre todo una interpretación idónea de la historia de las ideas y de quienes las procesaban: los grupos ilustrados.

---

<sup>18</sup> De Trazegnies no es el primero en arribar a esta conclusión. Revísese, por ejemplo, las reflexiones de BASADRE (1984) y el valioso trabajo de FERRERO REBALIATI (1958). Opiniones muy parecidas se encuentran en los ensayos de Abugattás, Klaiber y Portocarrero (véase ADRIANZÉN 1987). Las peculiaridades del liberalismo español, estrechamente vinculado al liberalismo peruano, han sido resaltadas por TIERNO GALVÁN (1962). Observaciones de ese género se encuentran también en el libro de GARAVITO AMÉZAGA (1989).

<sup>19</sup> Una de las observaciones de FLORES GALINDO (1988:269) se refería a la incompatibilidad del esquema con la ausencia de una dinámica económica y social homogénea para todo el país. En el trabajo de MANRIQUE (1987) se da cuenta de esa variedad de dinámicas.

Asimismo, considero que la discusión sobre la modernidad continúa siendo pertinente. El auge que ha cobrado el neoliberalismo y su desbocada implantación en un país de múltiples vertientes culturales como el nuestro, sitúan al tema en el centro de la agenda<sup>20</sup> Es interesante observar, además, que el liberalismo tradicionalista del XIX procuraba una adaptación equilibrada entre los postulados teóricos y la realidad; el neoliberalismo, por el contrario, quiere ceñir la intrincada realidad a la letra de los textos; pero tan pronto ciertos intereses muy concretos corren el riesgo de ser afectados por la aplicación irrestricta de la economía de mercado, la ortodoxia es puesta de lado. Esas infidelidades, siempre recurrentes, ¿son acaso el fruto de una tradición que no se resigna a desaparecer?<sup>21</sup> ¿En qué medida el esquema binario moderno-tradicional sigue siendo operativo?

Habría sido interesante indagar por los valores y creencias que, sobre la justicia y el sistema legal, tenían las clases populares en el Perú del ochocientos. Pero tal no ha sido el propósito de Fernando de Trazegnies. Sus preocupaciones han girado en torno a las reflexiones jusfilosóficas de la élite peruana, al rol que asignaban al derecho y a los instrumentos en virtud de los cuales este se cristalizaba: la educación legal, la administración de justicia, las constituciones, los códigos; las leyes republicanas, como las que manumitían a los esclavos, desvinculaban la propiedad, parcelaban las tierras comunitarias, consolidaban el pago de la deuda interna o suprimían el tributo indígena. En fin, un vasto campo del cual queda mucho por depredar. Uno de los méritos de de Trazegnies, quizá el más notable, radica en haber iniciado y alentado esa práctica depredatoria.

## BIBLIOGRAFÍA

ADRIANZÉN, Alberto (editor)

- 1987      *Pensamiento político peruano*. Lima: Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo (Desco).

AGUIRRE, Carlos y Charles WALTER (editores)

- 1990      *Bandoleros, abigeos y montoneros. Criminalidad y violencia en el Perú. Siglos XVIII-XX*. Lima: Instituto de Apoyo Agrario e Instituto Pasado & Presente.

<sup>20</sup> Consultese el esfuerzo interdisciplinario de URBANO (1991). Se advierte, sin embargo, la consumada segregación del Derecho.

<sup>21</sup> En la misma Europa, depositaria y protagonista de la modernidad, una serie de elementos propios del tradicionalismo persistieron en su estructura económica, en la cultura política y en la mentalidad popular, como lo demuestra el apasionante libro de MAYER (1984). Imaginemos entonces la fuerza que las tradiciones tienen en países como el nuestro, que sin haber vivido necesariamente a la sombra de los procesos de modernización, tuvieron una participación más tenue en ellos.

- BASADRE, Jorge  
1956 *Los fundamentos de la Historia del Derecho*. Lima: Librería Internacional del Perú.
- 1937 *Historia del Derecho Peruano*. Lima: Editorial Antena.
- 1984 *Perú: problema y posibilidad*. Lima: Consorcio Técnico de Editores.
- DARYUSH, Shayegan  
1990 *La mirada mutilada: esquizofrenia cultural, países tradicionales frente a la modernidad*. Barcelona: Península.
- DE TRAZEGNIES, Fernando  
1980 *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 1980a «La transferencia de filosofías jurídicas: la idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX». *Derecho PUCP*. Lima, número 34, pp. 37-66.
- 1981 *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor. Reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento jurídico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica.
- 1987 «La genealogía del Derecho peruano. Los juegos de trueques y préstamos». En ADRIANZÉN, Alberto (1987: 99-133).
- 1994 *En el país de las colonias de arena. Reflexiones sobre la inmigración china del siglo XIX desde la perspectiva del Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- FERRERO REBAGLIATI, Raúl  
1958 *El liberalismo peruano. Contribución a una historia de las ideas*. Lima: Talleres de Artes Gráficas de Tipografía Peruana y Rávago e hijos.
- FLORES GALINDO, Alberto  
1988 «Los consolidados (una mala palabra) y las multitudes». *Revista Andina*. Cusco, volumen 6, número 1, pp. 263-276.
- GARAVITO, Hugo  
1989 *El Perú liberal. Partidos e ideas políticas de la ilustración a la república aristocrática*. Lima: El Virrey.
- GORDON, Robert W.  
1975 «Introduction: J. Williard Hurst and the Common Law Tradition in American Legal Historiography». *Law & Society Review*. Número 10, pp. 9-55.

GUEVARA GIL, Jorge A.

- 1992 *Propiedad agraria y derecho colonial. Los documentos de la hacienda Santotis. Cuzco 1532-1822.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú-Fondo Editorial.

MANRIQUE, Nelson.

- 1987 *Mercado interno y región. La sierra central. 1820-1930.* Lima: Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo (Desco).

MAYER, Arno J.

- 1984 *La persistencia del Antiguo Régimen. Europa hasta la Gran Guerra.* Madrid: Alianza Editorial.

ORTIZ NISHIHARA, Mario

- 1993 *Poder, legalidad y justicia en la revolución de Túpac Amaru.* Tesis de licenciatura. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú.

PÁSARA, Luis

- 1970 «El rol del Derecho en la época del guano». *Derecho PUCP* Lima, número 28, pp. 11-32.

QUIROZ, Alfonso

- 1987 *La deuda defraudada. Consolidación de 1850 y dominio económico en el Perú.* Lima: Instituto Nacional de Cultura.

RAMOS NÚÑEZ, Carlos

- 1992 *Toribio Pacheco, jurista del siglo XIX.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

TIERNO GALVÁN, Enrique

- 1962 *Tradición y modernismo.* Madrid: Tecnos.

URBANO, Enrique (compilador)

- 1991 *Modernidad en los Andes.* Cusco: Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de Las Casas.

VARGAS VARGAS, Javier

- 1993 *Historia del Derecho Peruano. Parte General y Derecho Incaico.* Lima: Universidad de Lima.

## **COMENTARIO SOBRE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL\***

*André Tunc (†)*

Para comprender la importancia de este tratado<sup>1</sup>, bastaría destacar que el Código Civil del Perú data de 1984 y que constituye uno de los códigos más recientes que existen, si no el más reciente, y que, por otra parte, el autor de la obra, antiguo decano de la Facultad de Derecho, ha sido miembro de la Comisión Reformadora y el ponente de la sección encargada de la responsabilidad civil. El lector encuentra, entonces, en este trabajo, el comentario más autorizado del fruto del más reciente esfuerzo colectivo de elaboración de un derecho de la responsabilidad civil que debe adecuarse al mundo contemporáneo.

La obra está orientada ante todo a presentar el derecho peruano de la responsabilidad civil. Cubre de la manera más clara el conjunto de la materia sin olvidar los aspectos más recientes, tales como la responsabilidad del hecho de productos o los daños al medio ambiente. Se refiere siempre al Código y cita literalmente sus principales disposiciones. Tiene el mérito de no descuidar la jurisprudencia peruana, como lo testimonia una tabla de ejecutorias de catorce páginas.

Hay que subrayar, sin embargo, que la obra supera en mucho la simple exposición del derecho peruano y que por ello adquiere un valor universal. El pensamiento del autor —como legislador primero, sin duda, después como comentador— está constantemente alimentado por el pensamiento extranjero, en particular —pero no exclusivamente— por las doctrinas de los países latinos y por el *common law*. Esta atención dirigida a los otros no excluye en absoluto un esfuerzo personal de reflexión y construcción, apoyado por un espíritu vigoroso

---

\* *Revue International de Droit Comparé*. París, número 3, año 1989 (traducido del francés).

(†) Profesor de la Universidad de París. Uno de los más grandes tratadistas franceses en materia de Responsabilidad Civil.

<sup>1</sup> Fernando de Trazegnies (1988). *La responsabilidad extracontractual*. Colección Para Leer el Código Civil. Volumen IV, dos tomos. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 542 + 639 páginas.

y por una gran cultura filosófica. La obra resulta así, bajo este ángulo, una obra doctrinal del más alto grado científico, que nadie consultará sin provecho.

Para que su riqueza no corra el riesgo de perderse para el lector con prisa, esta obra remarcable está acompañada de tablas de leyes (peruanas y extranjeras), así como de tablas de decisiones judiciales o de nombres de autores, que remiten a los diversos párrafos del texto.



SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN  
LOS TALLERES GRÁFICOS DE  
TAREA ASOCIACIÓN GrÁFICA EDUCATIVA  
Psje. MARÍA AUXILIADORA 156, BREÑA  
CORREO E.: TAREAGRAFICA@TERRA.COM.PE  
TELÉFONO: 332-3229 FAX: 424-1582  
SE UTILIZARON CARACTERES  
ADOBE GARAMOND PRO EN 11 PUNTOS  
PARA EL CUERPO DEL TEXTO  
JUNIO 2009 LIMA – PERÚ