

ISSN 0035-0370
DOI 10.38180

*REVISTA PERUANA
DE
DERECHO INTERNACIONAL*

ÓRGANO DE DIFUSIÓN DE LA SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO INTERNACIONAL



TOMO LXXI ENERO - ABRIL 2021 N° 167

LIMA - PERÚ

*REVISTA PERUANA
DE
DERECHO INTERNACIONAL*

ÓRGANO DE DIFUSIÓN DE LA SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO INTERNACIONAL



TOMO LXXI ENERO - ABRIL 2021 N° 167

LIMA - PERÚ

REVISTA PERUANA DE DERECHO INTERNACIONAL
TOMO LXXI ENERO - ABRIL 2021 N.º 167

Revista indizada - Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal – Latindex (www.latindex.org/latindex/ficha?folio=28542).

La Sociedad Peruana de Derecho Internacional es parte de *The Global Network of Societies for International Law (GNSIL)*.

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

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

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

Patrimonio Cultural de la Nación: Sendos reconocimientos mediante Resolución
Viceministerial N.º 000152-2020-VMPCIC/MC del 21 de setiembre de 2020 y Resolución
Viceministerial N.º 233-2019-VMPCIC-MC del 12 de diciembre de 2019.

Registro en INDECOPI: Resolución N.º 022715-2019/DSD - INDECOPI, del 4 de octubre
de 2019.

Se terminó de imprimir en marzo del 2021 por
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Breña

Lima - Perú

Tiraje: 1,000 ejemplares

Reservado todos los derechos de reproducción total o parcial

*Totus orbis qui aliquo modo
est una res publica*

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

Francisco de Vitoria

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO INTERNACIONAL

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente

Oscar Maúrtua de Romaña

Tesorero

Alexander Antialón Conde

Vice Presidente

Hernán Couturier Mariátegui

Vocales

Juan Álvarez Vita

Alejandro Deustua Caravedo

Gonzalo García Calderón Moreyra

Augusto Hernández Campos

José Luis Pérez Sánchez-Cerro

Oscar Schiappa-Pietra Cubas

Secretario

Miguel Angel Rodríguez Mackay

CONSEJO DE HONOR

De Trazegnies Granda, Fernando

Ferrero Costa, Eduardo

García Belaunde, José Antonio

García-Sayán Larrabure, Diego

Gutiérrez Reinel, Gonzalo

Luna Mendoza, Ricardo

Mac Lean Ugarteche, Roberto

Maúrtua de Romaña, Oscar

Rodríguez Cuadros, Manuel

Tudela van Breugel Douglas, Francisco

Wagner Tizón, Allan

CONSEJO EDITORIAL DE LA REVISTA

Oscar Maúrtua de Romaña (Director)

José Luis Pérez Sánchez-Cerro

(Coordinador)

Alexander Antialón Conde (Editor)

Manuel Rodríguez Cuadros

Oscar Schiappa-Pietra Cubas

Alejandro Deustua Caravedo

Augusto Hernández Campos

Alain Pellet

Tullio Treves

Antonio Remiro Brotóns

Jin Huang

Marcelo Gustavo Kohen

Ariel Ricardo Mansi

Patrícia Galvão Teles

Caterina García Segura

Jean Marc Thouvenin

Miguel García García-Revillo

Jean Michel Arrighi

Soledad Torrecuadra García-Lozano

Fatma Raach

Geneviève Dufour

Kate Jones

MIEMBROS EMÉRITOS

Aramburú Menchaca, Andrés
Arias-Schreiber Pezet, Alfonso
Bákula Patiño, Juan Miguel
Belaunde, Víctor Andrés
Bustamante y Rivero, José Luis
Deustua Arróspide, Alejandro
Ferrero Rebagliati, Raúl

García Bedoya, Carlos
García-Sayán, Enrique
Marchand Stens, Luis
Maúrtua Lara, Manuel Félix
Pérez de Cuéllar, Javier
Porras Barrenechea, Raúl
Ulloa Sotomayor, Alberto

MIEMBROS TITULARES

Alvarez Vita, Juan
Alzamora Traverso, Carlos
Antialón Conde, Alexander
Belaunde Moreyra, Martín
Belevan-McBride, Harry
Couturier Mariátegui, Hernán
De Soto Polar, Alvaro
De Trazegnies Granda, Fernando
Deustua Caravedo, Alejandro
Ferrero Costa, Eduardo
Ferrero Costa, Raúl
García Belaunde, Domingo
García Belaunde, José Antonio
García Calderón Moreyra, Gonzalo
García-Corrochano Moyano, Luis
García-Sayán Larrabure, Diego
Guillén Salas, Fernando
Gutiérrez Reinell, Gonzalo

Hernández Campos, Augusto
Luna Mendoza, Ricardo
Mac Lean Ugarteche, Roberto
Maúrtua de Romaña, Oscar
Novak Talavera, Fabián
Palma Valderrama, Hugo
Pérez Sánchez-Cerro, José Luis
Revoredo de Mur, Delia
Rodríguez Cuadros, Manuel
Rodríguez Mackay, Miguel Ángel
Roncagliolo Higuera, Nicolás
Schiappa-Pietra Cubas, Oscar
Sosa Voysest, Claudio
Tudela van Breugel Douglas, Francisco
Vera Esquivel, Germán
Villarán Koechlin, Roberto
Wagner Tizón, Allan

MIEMBROS ASOCIADOS

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

(*) PARA INCORPORACIÓN FORMAL

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

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

DIRECTOR EJECUTIVO

Alexander Antialón Conde

SUMARIO

N.º 167 (ENERO-ABRIL 2021)

PRESENTACIÓN EN OCASIÓN DEL OCTOGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CREACIÓN DE LA REVISTA PERUANA DE DERECHO INTERNACIONAL	15
---	-----------

Pág.

ARTÍCULOS

- Origen y consecuencias del Brexit Aníbal Sierralta Ríos	19
- Los retos a los que ha de enfrentarse la Corte Internacional de Justicia Soledad Torrecuadrada García-Lozano	35
- Las migraciones: evolución, evaluación y coyuntura Marco Nuñez Melgar	61
- Relevancia para la independencia del Perú del moderno concepto de soberanía previsto en la Constitución de Cádiz de 1812 Alexander Antialón Conde	89
- La responsabilidad de proteger: una visión actualizada de la eficacia de su contenido reconocido y su ampliación doctrinal Napoleón Cabrejo Ormachea	109
- Uso de aeronaves no tripuladas en la guerra moderna. Evaluación de su legalidad bajo el Derecho Internacional Humanitario Xavier Ramírez García de León	129

HOMENAJES

- Fernando Berckemeyer Pazos. Homenaje a un excepcional diplomático a 40 años de su partida (1904-1981)
Oscar Maúrtua de Romaña 163

NOTA NECROLÓGICA

- Gustavo Noboa Bejarano
Oscar Maúrtua de Romaña 177

PRONUNCIAMIENTOS

- Pronunciamiento sobre los Decretos Supremos Nos. 27-2020-EM y 28-2020-EM que “Declaran de necesidad pública la inversión privada en actividad minera y autorizan a empresa minera con inversión extranjera y peruana a adquirir derechos mineros dentro de los cincuenta kilómetros de zona de frontera”
Lima, 10 de diciembre de 2020 183

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- *Misión naval americana en el Perú (1920-1933 / 1938-1969)*, de Michel Laguerre Kleimann
Oscar Maúrtua de Romaña 189
- *El Perú en el Consejo de Seguridad (2018-2019)*, de Néstor Popolizio, Gustavo Meza Cuadra y otros.
Oscar Maúrtua de Romaña 193

- *El Bicentenario de la política exterior peruana y su proyección en un mundo de cambios*, de Fabián Novak y Sandra Namihas
Alexander Antialón Conde 197
- *Historiadores y Diplomáticos: Raúl Porras Barrenechea y Guillermo Lohmann Villena*, de Hugo Pereyra Plasencia
Ricardo Pinto-Bazurco Mendoza 199
- *Nuestro Cónsul en Lima. Diplomacia estadounidense durante el Congreso anfictiónico de Panamá y Tacubaya (1824-1828)*, de Germán A. de la Reza
Anderson Rodríguez Chávez 201

APUNTES INSTITUCIONALES

- Actividades, documentos y pronunciamientos
(Período Enero-Abril de 2021) 207

CALENDARIO DE SUCESOS INTERNACIONALES

- Calendario de sucesos internacionales
(Período Enero-Abril de 2021)
Pablo Olmedo Pizarro 207

PRESENTACIÓN EN OCASIÓN DEL OCTOGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CREACIÓN DE LA REVISTA PERUANA DE DERECHO INTERNACIONAL

Este 2021 y en el marco de las celebraciones por el Bicentenario Nacional y de la creación de la Cancillería, la Sociedad Peruana de Derecho Internacional (SPDI) está cumpliendo 108 años de fundada, y, su órgano de difusión, la Revista Peruana de Derecho Internacional, 80 años de circulación ininterrumpida nacional y mundial.

Recordemos que en 1903 se inició el proceso de formación de la SPDI con la iniciativa de Ramón Ribeyro, Antonio Miró Quesada, José Matías Manzanilla, Javier Prado Ugarteche, Lizardo Alzamora y Francisco Tudela y Valera, quedando establecida la SPDI el 10 de noviembre de 1913.

La forma más efectiva de hacer viable la materialización de los fines de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, ha sido sin duda la publicación de su órgano de difusión, la Revista Peruana de Derecho Internacional (RPDI).

Los esfuerzos y gestiones llevaron a que en 1941 el doctor Alberto Ulloa Sotomayor, Presidente de la SPDI, entablara comunicación con el entonces Ministro de Relaciones Exteriores, el doctor Alfredo Solf y Muro. Producto de estas reuniones es que se ofreció el apoyo de la Cancillería para la publicación de la Revista Peruana de Derecho Internacional. Sobre el particular, se expidió, el 18 de junio de 1941, la Resolución Suprema N° 443, que autoriza a la SPDI la publicación. Dicha resolución fue declarada Patrimonio Cultural de la Nación el 12 de diciembre del 2019.

La primera Comisión que se creó para la edición de la Revista estuvo integrada por los doctores Alberto Ulloa Sotomayor, Francisco Tudela y Varela, Víctor Andrés Belaunde, Pedro Ugarteche Tizón y Luis Alvarado Garrido, quien fue designado Secretario de la Comisión. Así, en octubre de 1941, apareció la edición N° 1 de la Revista Peruana de Derecho

Internacional, correspondiente a los meses de julio, agosto y setiembre. El diario *El Comercio*, en su edición del 8 de noviembre de ese año, le dedicó una generosa nota y un elogioso porvenir.

Así inició la Sociedad Peruana de Derecho Internacional la elaboración de este importante órgano de difusión que ha alcanzado a la fecha la publicación de 167 ediciones.

Otro hecho especial a resaltar fue el respaldo por parte del Estado, que mediante *Resolución Suprema N° 0647-RE* del 14 de noviembre de 1979, reconoció oficialmente a la Sociedad Peruana Derecho Internacional. La citada norma legal fue declarada Patrimonio Cultural de la Nación el 12 de diciembre del 2019.

Cabe destacar, asimismo, que en el actual contexto de crisis sanitaria por la COVID-19, se pudo lograr la declaración como Patrimonio Cultural de la Nación a unidades hemerográficas de la Revista, exactamente el 21 de setiembre de 2020. En esta difícil etapa también, la Revista obtuvo la indización por parte del Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica – CONCYTEC, entidad que rige la rectoría científica y tecnológica; con lo cual se acredita oficialmente el carácter científico de ésta, única en su especialidad en el Perú y de las pocas en el continente.

Asimismo, se ha dictado de modo virtual, la segunda edición del Curso de Derecho Internacional Contemporáneo, con el auspicio de universidades locales y extranjeras, y, este año 2021, se realizará la tercera edición, siempre en una ascendente calidad.

La presente edición reitera el compromiso de la institución con sus asociados y lectores en general, del Perú y del mundo, y, hacemos votos para que podamos resistir, perseverar y superar los letales efectos de la pandemia. Deseamos, asimismo, que este número, sea de su agrado y brinde luces para repensar en un Perú con renovado optimismo y un mundo mejor, con paz y solidaridad.

Oscar Maúrtua de Romaña

ARTÍCULOS

ORIGEN Y CONSECUENCIAS DEL BREXIT

ORIGIN AND CONSEQUENCES OF BREXIT

*Aníbal Sierralta Ríos**

RESUMEN

El trabajo intenta explicar cómo el peso de la tradición británica en el ámbito del comercio internacional ha llevado al Reino Unido a un dramático divorcio de la Unión Europea con efectos colaterales en América Latina.

Palabras clave: Brexit, políticas comerciales, comunidad británica, aranceles, América Latina.

ABSTRACT

This investigation attempts to explain how the weight of the British tradition in the field of international trade has led the United Kingdom to a dramatic divorce from the European Union with side-effects in Latin America.

* Profesor del Centro de Altos Estudios Nacionales (CAEN). Miembro fundador de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) y de la Asociación Peruana de Doctores en Derecho. Autor de cerca de veinte libros editados en Lima, Buenos Aires, Bogotá, Asunción, Montevideo, Medellín y Porto Alegre. Algunas de sus obras han sido traducidas al inglés y portugués. Ha sido funcionario de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Es presidente del Centro Internacional de Administración y Comercio. Arbitro internacional, investigador y profesor visitante del Max Planck Institut (Hamburgo). Notario de Lima. anibalsierralta@notariasierralta.com.

Keywords: Brexit, Trade policies, British community, tariffs, Latin America.

.

Empezó el año 2021 junto con la segunda ola de la más destructiva pandemia de los últimos 100 años. Un mar de incertidumbre, dolor en medio de la codicia desorbitada y el derrumbe de los pilares del Derecho Internacional, ocasionado por la desesperación de imponer primero la bolsa antes que la vida, ha dejado a la vera del camino los principios de solidaridad, cooperación y fraternidad que sostenían la convivencia de las naciones.

En medio de este sombrío panorama terminaron los últimos lazos que unían al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte con el resto de Europa. Los vínculos entre la isla británica y el continente europeo acabaron el 31 de diciembre del 2020, tras casi medio siglo del más ambicioso proyecto de integración que ha visto el mundo y que vinculaba a 28 Estados.

1. BREXIT

Un acrónimo, Brexit, marco el fin del proceso de unión comercial con la Unión Europea desde que en junio del 2016 los británicos en un referéndum decidieron disolverla.

Britain (Gran Bretaña) y exit (salida) expresaban con claridad el dilema: La posibilidad de que el Reino Unido se divorcie de la Unión Europea, salga del marco normativo y recupere la más absoluta libertad e independencia creando sus reglas de comercio exterior, sus propias regulaciones comerciales, migratorias, régimen laboral, exportación de servicios financieros y la posibilidad de abrir nuevos mercados.

Gran Bretaña dejaba un espacio de libre circulación de mercaderías muchas de las cuales competían con su producción industrial. También se alejaba de las políticas migratorias europeas que han congestionado su estupendo sistema de asistencia médica y de salud.

El principal objetivo del Brexit fue garantizar una retirada ordenada del Reino Unido y proporcionar seguridad jurídica a los operadores

económicos y administraciones de ambas partes, desde su entrada en vigor hasta el 31 de diciembre de 2020, durante el cual el Derecho de la Unión Europea ha seguido aplicándose en el Reino Unido.

La pregunta fundamental es porqué se llegó a esta decisión traumática. La respuesta la podemos encontrar en los antecedentes históricos, es decir en la cultura o la historia del Reino Unido, de la que poco o nada se ha hablado; y en la experiencia adquirida en cerca de medio siglo de vigencia de un tratado que se suscribió con moderado entusiasmo. Lo que demuestra que no hay tratados eternos y que la realidad puede propiciar cambios necesarios para mantener la convivencia dentro de otros criterios o lineamientos.

1.1. El enfoque cultural e histórico

La primera respuesta, es cultural e histórica. Gran Bretaña, siente aun su condición de antiguo Imperio, diseñador de la política económica mundial. Y en verdad es así: Gran Bretaña ha marcado las grandes pautas del comercio mundial, desde que adoptó las teorías comerciales esbozadas por los escoceses; aprovecho sus inventos, como la maquina a vapor; y planteó, junto con Estados Unidos de América, las nuevas reglas del mercado mundial.

1.1.1. Las teorías económicas

La corriente económica liberal ha sido su más destacado aporte ideológico al intercambio entre las naciones, desde que David Hume, (1711-1776), destacado filósofo nacido en Escocia, abogado de formación, publicó en 1752 su trabajo “Economic Essays origins of Modern capitalism” (“Ensayos económicos: los orígenes del capitalismo moderno”), dentro de su obra *Essays, Moral, Political and Literary* (*Ensayos morales, políticos y literarios*) en la cual sostiene que el trabajo hace rica a una nación y que el comercio internacional es una relación entre los precios y la circulación de dinero por una parte y la balanza de pagos por la otra. Ejemplifica, diciendo que, si un país gana dinero como consecuencia de una balanza comercial favorable, su nivel de precios se elevará, mientras que en el país que ha perdido numerario debido a su balanza comercial desfavorable, ocurrirá exactamente lo contrario. Luego, en el primer país los precios serán altos para mantener sus exportaciones, lo que atraerá las importaciones, reduciendo las

exportaciones. En tanto que en el otro país ocurrirá lo contrario y habrá una inversión del movimiento de metal que retornará nuevamente a él. En consecuencia, la balanza de pagos, que incluye la balanza comercial, no debe ser objeto de preocupación ni de medidas correctivas por parte del gobierno, pues todo déficit exterior tenderá a corregirse espontáneamente, si la circulación de capitales es libre y sin trabas.

Las ideas básicas de Hume, que lamentablemente no tuvieron un gran éxito editorial, inspiraron los trabajos de Adam Smith, quien en 1776 las recreó en su monumental obra *An inquiry into the nature and causas of the wealth of nations* (*La causa y origen de la riqueza de las naciones*), dando una visión dinámica del comercio exterior.

Adam Smith (1723-1790) consagró la teoría clásica que se conoce como la teoría de las «ventajas absolutas». Consideraba que el comercio exterior estaba basado en una serie de condiciones entre las que incluía una salida para el excedente, reconociendo aparentemente la importancia de los distintos países en cuanto a su dotación de recursos, la trascendencia de la división de trabajo y el libre movimiento de las mercancías. Su aporte más notable fue el análisis del mecanismo de flujo precio-especie, según el cual la acumulación de oro mediante un superávit comercial incrementaría la oferta monetaria y por tanto los precios y los salarios, todo lo cual propiciaría un superávit. Vale decir, los cambios en la oferta monetaria impactarían sobre los precios y no sobre el producto y el empleo. Definió su propio concepto de riqueza, el mismo que no reside en la posesión de dinero, ni en la agricultura, sino en el trabajo individual y en los bienes de consumo producidos por este. Estimaba que el comercio internacional debe realizarse con libertad, eliminando privilegios y aranceles, motivo por el cual la legislación económica es, con frecuencia, un obstáculo para el libre comercio. La libertad de producción y de comercio crea la competencia, pues si existe libre comercio, las preferencias de los consumidores crean la competencia entre los productores, quienes tratarán de bajar los precios, sus costos y mejorar la calidad del producto. Finalmente, concluyó que la ley de la oferta y la demanda fija por sí misma el justo precio y las relaciones equilibradas.

Adam Smith no consideraba el dinero como un medio de intercambio apreciado por sí mismo. Pensaba que solo servía para comprar; lo que tenía

importancia eran los bienes y servicios que se podían adquirir y no el medio de intercambio. Sin embargo, no tuvo en cuenta que el dinero se había convertido en un medio de intercambio apreciado por sí mismo.

Smith, quien es por cierto un liberal, considera que deben existir determinadas restricciones, ya que no existe libertad absoluta e inmovible. En el libro IV de su obra titulada «De las restricciones impuestas a la importación de bienes extranjeros que pueden producirse en casa» plantea dos excepciones a la libre importación de bienes y servicios: La primera, es la obligación de que todas las mercancías que tocan puertos ingleses sean transportadas en barcos de bandera inglesa por razones de defensa nacional, ya que ello mantenía preparada a la marina y a los tripulantes en caso de guerra; la segunda excepción era la de exigir reciprocidad en la liberación del comercio.

Más tarde, David Ricardo (1772–1823) en su importante obra *Principles of political economy and taxation* (*Principios de economía política y tributación*) publicada en 1817, esboza lo que se conoce como la teoría de «las ventajas comparativas» sustentada en cuatro criterios fundamentales: la importancia del valor trabajo; completa movilidad interna de los factores de producción; un comercio internacional sin límites y sin obstáculos, y la especialización de un país en la producción de aquellas mercancías sobre las cuales tuviera ventaja en función de los costes comparativos. Estas ventajas de coste comparativo generalmente son ventajas absolutas en cuanto al coste, pero no necesariamente son así, ya que un país puede producir y vender trigo y automóviles con unos costes inferiores a los de cualquier otro, pero sus costes para la producción de trigo son definitivamente más bajos que los de fabricar automóviles, teniendo en tal razón una ventaja comparativa más elevada para la producción de trigo que para la fabricación de automóviles. De esa manera ese país puede hallar una ventaja especializándose en la producción de trigo, y dejar que otros países con mejores posibilidades fabriquen automóviles. Ello dará como resultado un beneficio para los dos países en competencia y para los consumidores en general.

La principal conclusión de la teoría ricardiana reside en que, mientras los factores productivos no posean una perfecta movilidad internacional, es de esperar que se presente la especialización entre los países, dando lugar a

la aparición de un mercado internacional a menos que se levanten barreras artificiales. Tal comercio, según la teoría, resultaría beneficioso a los países participantes. Expresó, que aunque el comercio internacional puede operar en base al concepto de la teoría de las ventajas absolutas, expuestas por Adam Smith, dada la inmovilidad de los factores de producción (naturaleza, trabajo y capital), las ganancias del comercio exterior pueden basarse en las ventajas comparativas o relativas.

John Stuart Mill (1806–1873) perfeccionó la teoría ricardiana al considerar que los costes comparativos fijaban unos límites de tolerancia; hace la comparación entre dos mercancías, dentro de las cuales se encontrarían los costes reales, los cuales estarían determinados por la ley de la oferta y la demanda. Este concepto lo volvió a pulir en grado considerable Alfred Marshall en su *Ensayo sobre la libertad*, donde afirma que el principio de la oferta y la demanda se basa en la forma como se regula el precio por la acción de los actores del mercado, de tal forma que la demanda será exactamente suficiente para llevarse toda la oferta. La demanda de cada uno de los países, o demanda recíproca, variará según las inclinaciones y circunstancias de los consumidores de ambos lados. Pero el efecto de esas «inclinaciones y circunstancias» tiene límites.

Siguiendo esta nueva corriente, ocurrió el primer cambio importante en Gran Bretaña en 1846, cuando se abolió la denominada Ley de Granos que prohibía las importaciones de trigo. Se trató de una liberalización, fundada en la convicción de los beneficios del libre comercio.

Posteriormente, el movimiento liberal creció a partir del Tratado Cobden-Chevalier firmado entre Francia e Inglaterra en 1860, que introdujo en los tratados de comercio la llamada «cláusula de la nación más favorecida», que extiende automáticamente las reducciones arancelarias a los demás países, con lo que la liberalización se expandió rápidamente.

La primera gran conflagración mundial, (1914-1918), seguida de la gran pandemia de 1918, interrumpió el vigoroso dominio británico. Un manto de miseria y desolación cubrió Europa haciendo surgir inevitablemente medidas proteccionistas, como fue la Ley Británica de Salvaguardias de las Industrias Nacionales de 1921; y el régimen arancelario estadounidense Smoot-Hawley en 1930 que incrementó las tasas aduaneras en un 60 %

ocasionando una reacción en cadena de los demás países que elevaron sus aranceles. Todo ello provocó una fuerte contracción del comercio que, a su vez, agravó y expandió la crisis económica más grande que haya experimentado la economía mundial en el siglo XX.

Aunque la recuperación económica mundial se inició a partir de 1933, las restricciones al comercio persistieron, lo que llevó a Estados Unidos de América a promulgar en 1934 la Ley de Acuerdos de Comercio Recíprocos, destinada a celebrar acuerdos comerciales de reducción arancelaria, incluyendo la cláusula de la nación más favorecida.

1.1.2. El gran invento, la Pax británica y la nueva ideología

La segunda respuesta es el invento de la máquina a vapor por de James Watt (Escocia), quien hacia 1800 perfeccionó su máquina estacionaria, luego adaptada por Robert Fulton (1807) y George Stephenson (1814), para activar los barcos y las primeras locomotoras. Ello marcó el inicio de la gran transformación del transporte, que posibilitó a partir de 1860 el traslado de grandes volúmenes de mercaderías y el recorrido de mayores distancias.

Junto con este gran invento ocurrieron una serie de fenómenos políticos que modificaron el mapa europeo. Es la fase conocida como la Pax británica que caracterizó los inicios del siglo XIX, después de Waterloo, en que Gran Bretaña se convirtió en el único ‘hegemón’ mundial. Un período relativamente pacífico y sin duda el más largo en la historia europea, en el cual ejerció una gran influencia en casi todos los pueblos del mundo, basada en su pujante política liberal y en sus contribuciones al pensamiento económico. Esta influencia en la economía mundial fue seguida por el impacto en la cultura a través de la moda, la literatura y el derecho. Así se consolida el derecho marítimo inglés, cuyas reglas marcaron el comercio del siglo XIX, con prácticas no siempre leales, por no decir inmorales, como las dos guerras del opio (1839 a 1842) que el imperio británico desató contra China, que fue obligada a suscribir tratados abusivos en los que aceptó todo lo que impuso el Imperio, como fue la cesión de Hong Kong. Por la misma época, en 1879, se desató en Sudamérica la guerra del salitre que Chile, con el apoyo del ‘hegemón’ de entonces, declaró contra Perú y Bolivia, arrebatándoles territorios.

A mediados del siglo XX, y como reacción contra el nazismo, el fascismo y el estalinismo, el mundo se volcó hacia la defensa de los derechos humanos y la búsqueda de la igualdad de millones de hombres y mujeres. Se fortaleció la ideología del libre mercado y se planteó la teoría del desarrollo económico. Esta última nace a partir de la constatación del subdesarrollo y sus desigualdades inadmisibles en el plano moral y político, inspirando la más sólida creación doctrinaria para enfrentarlo a partir de los trabajos de Raymond Barre (*El desarrollo económico*), Joan Robinson (*La acumulación de capital*), W.W. Rostow (*Las etapas del crecimiento económico*), François Perroux (*La economía del siglo XX*), Jacques Leclercq (*La revolución del hombre del siglo XX*) y W. Arthur Lewis (*Teoría del desarrollo económico*). Sin embargo, no pusieron el acento en el comercio y por ese espacio ingresó la nueva ideología.

Este enfrentamiento ideológico y la búsqueda desesperada de una tercera vía que dotara de cierta autonomía a las naciones dieron como resultado el fortalecimiento del Estado a fin de mantener el pleno empleo. Ello se debió, en parte, a la influencia del economista inglés John M. Keynes, quien justificaba una política monetaria y fiscal expansionista para que los países no subordinaran su política interna a consideraciones internacionales, prolongando de esa manera el dismantelamiento de controles.

Los países europeos respondieron impulsando la integración comercial a través de dos mecanismos: la Comunidad Económica Europea (CEE) que aglutinó Alemania Occidental, Francia, Holanda, Bélgica, Luxemburgo e Italia; y la Asociación Europea de Librecomercio (EFTA) que integraba el Reino Unido, Noruega, Suecia, Dinamarca, Austria, Suiza y Portugal. Este último no llegó a trascender, por lo que el Reino Unido que lo lideraba propició junto con Estados Unidos de América la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas, realizada en New Hampshire (1944) dando origen a los acuerdos de Bretton Woods. A continuación, alentaron la Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y Empleo (1948) que culminó con la Carta de la Habana, partida de nacimiento de la OIC (Organización Internacional del Comercio (OIC) y que constituye el precedente de la OMC (1995).

En el ámbito político, el proceso de la Perestroika acaba con el comunismo y trae consigo el predominio de la economía de mercado como

único referente para el crecimiento y desarrollo de las naciones, gracias a la significativa demanda internacional de bienes y servicios de los años 70 que provocó inversiones y desembolsos masivos de recursos económicos públicos y privados en tareas de investigación y desarrollo generando una gran cantidad de inventos y nuevos procedimientos que influyeron en el crecimiento económico internacional.

En esta fase surge lo que se conoce como el Consenso de Washington, diseñado después de la crisis de la deuda externa en 1989, que es un conjunto de reglas económicas y políticas, esbozadas entre Londres y Washington, que buscan reducir el aparato del Estado para abrir paso a nuevos actores. La nueva ideología se puede resumir en una sola frase: «libre mercado y solvencia monetaria».

1.2. El criterio costo-beneficio

La segunda respuesta es el resultado, es decir el costo beneficio de permanecer dentro de los rígidos cánones de la Unión Europea.

Extender reglas comunes a su territorio ha tenido un gran costo para Gran Bretaña en su cultura, costumbres y tradición. Algunas normas como la estandarización dispuestas por la ISO (International Organization for Standardization) nunca fueron admitidas: los carros siguen teniendo timón a la derecha; el tránsito es en ese sentido; el régimen de medidas y peso no es el decimal. Se resistieron a admitir el euro y estuvieron fuera del marco financiero de la Europa Continental; igualmente del Acuerdo Schengen sobre control fronterizo. Su singularidad ha sido fuertemente defendida. Incluso durante su permanencia en la Comunidad Económica Europea, la llamaban como “Mercado común”. Realmente un país singular.

En el comercio hay un elemento común, en contextos sin relación aparente: dominar los mercados. Por otro lado, la evidencia indica que el mundo no está lamentablemente regido por la solidaridad, la cooperación y la reciprocidad. El afán de ganar, conquistar y dominar está presente incluso mediante prácticas desleales. Ese ánimo ha llevado al Reino Unido para, a partir de la exportación de servicios, ascender un peldaño más en la escala del comercio mundial.

Hacia 1998 en un ensayo académico esbozamos una nueva teoría que luego fue desarrollada en el 2007 en nuestro libro *Internacionalización de las empresas latinoamericanas* y consolidada en el más reciente titulado *Teoría evolutiva del comercio internacional (2014)*, según la cual los actores o agentes del mercado mundial buscan y plantean un fin u objetivo: conquistar los mercados, incrementar sus ingresos y consolidarse en determinados niveles de desarrollo.

La evolución del comercio mundial es una consecuencia de la dinámica del intercambio debido a la interacción de la diversidad de actores o agentes que participan en un mismo escenario, que se va haciendo más estrecho en la medida que aparecen nuevos operadores o crecen los que ya están actuando. Estos actores, incluyendo los Estados, buscan transitar hacia nuevos niveles de crecimiento para mejorar sus ingresos, reducir costos y enfrentar la competencia, a través de siete fases partiendo de la exportación de *commodities*, y ascendiendo a la exportación de manufacturas, servicios, inversión, dominación tecnológica, penetración cultural, hasta llegar a la interferencia política.

Ocurre que el comercio exterior británico está en la fase de exportación de servicios y de dominación tecnológica con gran presencia en los mercados y ello plantea grandes desafíos en la educación superior y la investigación académica para consolidarse en esas fases.

No olvidamos que los servicios financieros ingleses son los mayores del mundo y que la famosa City londinense, que tiene un estatus especial sobre la propiedad inmueble, posee alrededor de 300 bancos y muchas operaciones sigilosas se hacen desde sus paraísos fiscales establecidas en sus pequeñas islas de litoral.

En tal razón es probable que el Reino Unido esté más interesado en dedicar mayor atención a las negociaciones dentro de la Organización Mundial de Comercio (OMC), así como en los acuerdos bilaterales API (Acuerdos de Protección de Inversiones); que los riesgos que caracterizan a cualquier intercambio de mercancías. Esta tendencia se mantiene creciente como se puede apreciar por el proyecto de Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) alentado por las siete más grandes potencias industrializadas dentro del marco de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo

Económicos) y que aún no ha sido puesto en vigencia debido a la resistencia de Francia o tal vez porque todavía no es oportuno.

Así cuando Gran Bretaña ingresó a la Unión Europea estaba en la fase de exportación de mercaderías e ingresando con holgura a la fase de exportación de servicios financieros y logística internacional. Ahora su sector de servicios en general constituye el 80% de su economía y es su gran futuro, incluso los servicios de asesoría en la construcción pesada y legal como es la industrialización del arbitraje y sus nuevos modelos de solución de controversias como los *dispute board* que va imponiendo de manera conjunta a los países latinoamericanos cuyo sistema educativo público se ha derrumbado por el privilegio a las operaciones, que privilegia a los que más tienen.

El comercio de mercadería, Unión Europea-Gran Bretaña frisaba, hasta el 31 de diciembre del 2020 la suma de 900 mil millones de dólares. Un volumen impresionante del cual participaba la isla más como comprador que exportador. De manera que los servicios financieros y desarrollo tecnológico es su gran objetivo ya que los demás países que se han quedado en la fase anterior de exportación de mercaderías demandarán de los primeros.

2. LA EXPERIENCIA DE LAS NEGOCIACIONES

El proceso de retirada del Reino Unido es una experiencia valiosa como un referente para cualquier negociación de ruptura o desavenencia con un bloque de integración, ya que explica el modelo económico o la ideología que se abre paso y demuestra mayor rapidez en el tema de decisiones, comerciales ya que en el futuro no tendrá que conciliar intereses dispares en Bruselas.

En América Latina la única experiencia es el retiro de Chile del Acuerdo de Cartagena (Grupo Andino) y sus consecuencias fueron nocivas para la vida institucional de esta experiencia de integración ya que no tránsito por una separación inicial como fue el Brexit antes de llegar al divorcio absoluto. El divorcio fue dramático y abrió paso al bilateralismo que no redundó beneficios a la región.

Las negociaciones entre la isla y la Unión Europea, duraron tres años y medio, desde que en abril del 2017 el Consejo Europeo estableció las orientaciones para el Brexit. Lo cual es recomendable para que las partes se preparen y los operadores adecuen sus relaciones a un nuevo escenario. Este es un factor importante a fin de no afectar a los empresarios y no alterar las relaciones entre las naciones que se distancian a fin de mantener la relación dentro de otros marcos.

La actual cultura de lo simple y rápido no primó en esta circunstancia ya que el primer año estuvo dedicado a establecer las normas de transparencia y acceso del público a la documentación que utilizaba los negociadores. Otra singularidad, que es distinta al criterio tan rígido de mantener el secretismo del trabajo diplomático.

En este proceso hubo una serie de reuniones y acuerdos preliminares, así como distintos pedidos de prórroga; todos ellos formales. Sin embargo, para distender las reuniones se efectuaron encuentros informales para tratar asuntos espinosos como es la cuestión irlandesa. Así fue el encuentro de Salzburgo que concluyó en fijar un ancla; no existirá acuerdo de retirada mientras no exista una solución sólida, operativa y jurídicamente vinculante, para Irlanda.

Una de las tácticas utilizadas en este proceso fue la del «morcellement», es decir la negociación en tajadas, como fue el dividirla en grandes temas como derechos de los ciudadanos, liquidación financiera (cuotas del Reino Unido pendientes), el periodo de transición y las cuestiones ligadas a la separación definitiva.

Se estableció un protocolo (orientaciones) para el proceso al que deberían someterse las partes, el mismo que consta de principios y posiciones generales, que podía actualizarse según sea necesario. Asimismo, la designación de la comisión negociadora de la Unión Europea a cargo del Consejo de Asuntos Generales.

Se establecieron niveles de decisión a la Comisión de la Unión Europea que rendía cuentas a los dirigentes y al Consejo Europeo manteniendo «cabal y regularmente informado» al Parlamento Europeo. De manera que el Consejo Europeo mantuvo el control político del proceso y la Comisión actuó como negociadora.

3. LOS NUEVOS ACUERDOS DEL REINO UNIDO Y LA UNIÓN EUROPEA

Culminado el Brexit no significa la ruptura comercial de Gran Bretaña con la Unión Europea. En lugar de estar ligado al tratado de la Unión Europea, ahora está vigente desde 01 de enero del 2021, el Tratado de Comercio y Cooperación, constituido por cuatro grandes temas: El Acuerdo de Libre Comercio (intercambio de mercaderías, servicios e inversiones, comercio digital, propiedad intelectual, contratación pública, pequeñas y medianas empresas y condiciones de competencia justa y sostenibilidad); el Marco de Cooperación económica-social medioambiental y de transporte, movilidad y coordinación de seguridad social, pesca, cooperación temática; seguridad, cooperación policial y Judicial Penal; y Gobernanza (solución de diferencias, valores y elementos esenciales, ámbito de aplicación territorial). Este último tema garantiza las condiciones de competencia justa y el respeto de los derechos fundamentales, así como un marco institucional para un mecanismo de solución de controversias.

No se pueden omitir las hipotecas pendientes del Reino Unido con España respecto al peñón de Gibraltar dentro del territorio ibérico. Tampoco el de la relación con Irlanda e Irlanda del Norte; la referida a Escocia que mantiene su derecho de permanecer en la Unión Europea y la cuestión de soberanía de Chipre.

Un aspecto que no se ha abordado específicamente es el de la cláusula de la elección del foro que se establecían en los contratos comerciales y que derivaban en señalar a Londres como sede. Lo cual convirtió a dicha ciudad en el más grande centro de solución de controversias del mundo y en centro servicios legales que ahora perdería importancia.

4. EFECTOS EN AMERICA LATINA

El puente establecido por el Reino Unido con America Latina, a través de los tratados de la Unión Europea ha desaparecido al concluir el Brexit. En consecuencia, la relación ahora será bilateral, lo que motivará

que países como Chile, Colombia, Centroamérica, México y Perú planteen nuevos acuerdos comerciales.

En efecto, el Reino Unido ha suscrito acuerdos comerciales con Colombia, Ecuador y Perú el 15 de mayo del 2019 que entro en vigencia al inicio del 2021, en los términos del predecesor acuerdo a través de la Unión Europea. Con habilidad logró modificaciones en temas como acceso a mercados, origen, propiedad intelectual y defensa comercial.

En el rubro «país de origen» el Reino Unido logró un significativo avance. Según este criterio las manufacturas que fueran fabricadas con componentes o insumos producidos fuera del Reino Unido y sean comercializados por distribuidores británicos estarán afectos a tributos al expendirse a la Unión Europea. Con ello muchas empresas británicas que exportan al territorio europeo se verán afectadas.

En el ámbito político internacional, es difícil que la posición británica cambie algo el actual estatus sobre las islas Malvinas que originó la guerra anacrónica contra un país sudamericano en años recientes. Los recursos naturales en esos territorios son inmensamente atractivos para Gran Bretaña.

5. REINO UNIDO Y PERÚ

Siendo Perú un país que se ha estancado en el primer peldaño de la escala evolutiva del comercio mundial, al ser un exportador neto de materias primas, principalmente el oro que representa el 90% de la balanza comercial con el Reino Unido, es difícil que se altere este intermbacio. En este aspecto las exportaciones peruanas han descendido al 8%. Perú es a su vez el segundo proveedor latinoamericano de frutas con un crecimiento vertiginoso en los últimos 20 años, pero que lamentablemente no ha dejado beneficios a los agricultores o empresarios nacionales ya que la logística de distribución física internacional (transporte, envase, embalaje, seguros y funcionamiento) están en manos de capitales extranjeros desde que durante la Administración de Toledo y García concedieron todas las libertades aéreas a una sola empresa, la chilena LAN que además goza de los beneficios tributarios en los combustibles.

De manera que en tanto inversionistas peruanos no tengan una participación en la comercialización internacional la parte del león será para las empresas de servicios o de logística extranjeras. Pero esto es un problema interno que deberá ser resuelto por el Estado peruano si sus gobernantes tienen la capacidad y el poder de hacerlo.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

GARCÍA LOZANO, Soledad Torrecuadrada y Pedro GARCÍA FUENTE (2017). ¿Qué es el Brexit? Origen y posibles consecuencias, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. 17, México ene/clic, p.10.

HABERLER, GOTTFIED. *A Survey of International Trade Theory*. Princeton: Princeton University Press, 1961. pp. 9 y 10.

JAMES FOREMAN-PECK. *Historia de la economía mundial*. Barcelona, Editorial Ariel, 1985, p. 274.

MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO. *Plan de Desarrollo de Mercado. Reino Unido*. Lima: Mincetur.

SIERRALTA RÍOS Aníbal (2018). *El Comercio Internacional y su Impacto en la Cultura y el Derecho*. Lima: ESAN-CIAC.p.39

SIERRALTA RÍOS Aníbal (2015). *Evolutionary Theory of International Trade*. Lima: CIAC Ediciones. pp. 45 y 55.

LOS RETOS A LOS QUE HA DE ENFRENTARSE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA*

THE CHALLENGES THAT THE INTERNATIONAL COURT OF
JUSTICE HAS TO FACE

*Soledad Torrecuadrada García-Lozano***

RESUMEN

En este artículo se identifican algunos de los desafíos a los que ha de enfrentarse la Corte Internacional de Justicia en el septuagésimo quinto

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación (Referencia: PGC2018-093668-B-I00) obtenido en la Convocatoria de 2018 de Proyectos I+D+i «Generación de conocimiento» del Programa estatal de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico del sistema de I+D+i titulado “Los nuevos retos de la Corte Internacional de Justicia como mecanismo de solución de controversias internacionales”, del que la autora es Investigadora Principal y está financiado por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Universidades.

** Soledad Torrecuadrada García-Lozano es Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (1996), cuenta con cuatro sexenios de investigación evaluados positivamente por la ANECA (Ministerio de educación. España), es Miembro del Consejo del Instituto Universitario de Estudios de la Mujer (UAM), Coordinadora del Programa de Doctorado en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y de su Comisión académica, Miembro fundador del Instituto Demospaz, Instituto de Derechos Humanos, Democracia, Cultura de Paz y no violencia (Fundación Cultura de Paz y la Universidad Autónoma de Madrid), Miembro de la Cátedra Unesco de Cultura de Paz y Derechos Humanos y Miembro del Consejo de Dirección del Instituto Universitario de Necesidades y Derechos de la Infancia y la Adolescencia (UNICEF-UAM).

aniversario de su sesión inaugural. A lo largo de estos años, la Corte se ha consolidado como un mecanismo eficaz de solución de controversias internacionales, sin embargo, pasados estos tres cuartos de siglo, ha llegado el momento de identificar cuales son los aspectos que deberían actualizarse para que continuara manteniendo su utilidad a lo largo del siglo XXI. La sociedad internacional ha evolucionado mucho desde que la Corte comenzó a funcionar, por lo que considero llegado el momento de plantearse sus fortalezas y debilidades con el propósito de reforzar las primeras y subsanar las segundas con el único objetivo de adaptar este mecanismo de solución de controversias a los retos que habrá de abordar en el futuro próximo.

Palabras clave: Corte Internacional de Justicia, arreglo judicial de controversias internacionales, Jueces, Jurisprudencia internacional.

ABSTRACT

In the article, we will identify some of the challenges that the ICJ has to face during the 75th anniversary of its inaugural session. Throughout the year, the Court has consolidated herself as an effective mechanism to resolve international disputed, however after three quarters of a century, the time has come to identify which are the aspects that should be updated so that it continues to maintain its utility throughout the 21st century. International society has evolved a lot since the Court began to function, so I consider that the time has come to study the strengths and weaknesses that it has, in order to further the strengthening the former and correcting the latter with the sole objective of adapting this dispute resolution mechanism challenges to be addressed in the near future.

Keywords: International Court of Justice, Judicial Settlement of International Disputes; Judges, International Jurisprudence.

.

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo no es aportar respuestas sino indicar líneas en las que considero puede reflexionarse acerca de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, la Corte o CIJ), por lo que creo que son algunos de los retos a los que ha de enfrentarse. En este sentido, debo comenzar recordando que el 18 de abril de 2021 se cumplirán 75 años desde que se produjera la sesión inaugural de la CIJ y el 15 de febrero de 2021 los 99 desde que tuviera lugar la misma sesión de la Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante Corte Permanente o CPJI)¹. Sabido es que la Corte es la sucesora en la personalidad jurídica de la Corte Permanente² que había desarrollado un funcionamiento satisfactorio, pero tras la Segunda Guerra Mundial, debido al descrédito sufrido por la Sociedad de Naciones³, se prefirió su sustitución por un nuevo tribunal, en lugar de mantener su funcionamiento tras la contienda. La Corte Permanente no formaba parte orgánica de esta Organización, pero entre ambas existió una *independencia matizada*, no sólo porque el fundamento de la creación de aquella se encontraba en el artículo 14 del Pacto de la Sociedad de Naciones⁴. El Consejo, al que este

¹ El Protocolo de firma del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional tiene fecha de 16 de diciembre de 1920, vid. CPJI, Serie D, nº 1, p.7, aunque solo pudo entrar en vigor en septiembre de 1921, cuando se obtuvieron las ratificaciones precisas para ello. La resolución de la Asamblea relativa a la aprobación del Estatuto (de 13 de diciembre de 1920) establecía a estos efectos “the majority of the members of the League”. Ambos textos pueden leerse en: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_01_1e_edition.pdf

² Sobre la sucesión de Organizaciones Internacionales puede verse: S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, “La sucesión entre Organizaciones Internacionales y la Unión Europea”, en Anuario de Derecho Internacional, 2005, nº 21, pp. 227 y ss.

³ Organización Internacional considerada como sucesora del Concierto Europeo por J. SIOTIS, “The Institutions of the League of Nations”, en The League of Nations in Retrospect. Proceedings of the Symposium organized by The United Nations Library and The Graduate Institute of International Studies, Genève, 6-9 November 1980, UN, Ginebra, 1983, p. 29.

⁴ Vid., por ejemplo, J. BLOCISZEWSKI, “De la compétence de la Cour Permanente de Justice Internationale”, en *Revue Générale de Droit International Public*, 1922, p. 23 y ss., A.P. FACHIRI, *Permanent Court of International Justice: its Constitution, Procedure and Work*, Gale, Londres, 1932, p. 20 y ss.; o F.P. WALTERS, *Historia de la Sociedad de Naciones*, Tecnos, Madrid, 1971, p. 54.

precepto encargaba la preparación del Proyecto de Estatuto, trabajó con rapidez, aprobándose este texto en la primera resolución de la Asamblea de la Organización. Además de ello, la Sociedad de Naciones, vigilaba administrativamente a la Corte Permanente en una doble vertiente: en primer lugar, una vinculación orgánica, debido a que los miembros de la Corte se elegían conjuntamente por la Asamblea y el Consejo de aquella Organización; y, en segundo lugar, de carácter funcional, puesto que en la Asamblea se votaban los presupuestos de la Corte, con todo lo que ello supone.

Esta *independencia matizada* provocó el nacimiento de la CIJ tras la Segunda Guerra Mundial, aprovechando las enseñanzas derivadas del funcionamiento de su predecesora, de la que heredó no solo la sede en el denominado *Palacio de la Paz*, en La Haya, sus textos rectores, puesto que la inmensa mayoría de su Estatuto es el de la Corte Permanente (de cuya apertura a la firma se ha cumplido un siglo), también su archivo y su Presidente pues el guatemalteco Juez José Gustavo Guerrero fue el último presidente de aquella y el primero de la Corte Internacional de Justicia. A ello se añade una herencia de subrayada relevancia, cual es su jurisprudencia, que ha hecho suya la CIJ, en este sentido recordemos que no es extraño encontrar en sus resoluciones actuales fundamento en la jurisprudencia anterior, retro trayéndose en no pocos casos a la Corte Permanente.

También es cierto que entre ambos tribunales existen importantes diferencias, especialmente en lo que se refiere a la relación de la Corte Permanente con la Sociedad de Naciones y la Corte actual con las Naciones Unidas, pues esta última es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas, y así lo proclama la Carta de las Naciones Unidas (artículos 7.1 y 92). Por otra parte, tal es la relación entre la Corte y la Organización, que el Estatuto de la CIJ es un anexo a la Carta de las Naciones Unidas, motivo por el cual, todos los miembros de las Naciones Unidas son también partes en el Estatuto pues no es posible firmar la Carta sin el Estatuto, aunque sí ser parte en el Estatuto y las disposiciones de aquella relativas a la Corte sin ser miembro de las Naciones Unidas (de acuerdo con el artículo 93 de la Carta). En consecuencia, esa *independencia matizada* se transforma en dependencia en la nueva Organización de la que la CIJ es una pieza fundamental.

II. LA CIJ EN LA ACTUALIDAD

Podemos afirmar sin temor a equivocarnos que la Corte Internacional de Justicia se ha consolidado en estos setenta y cinco años como un instrumento eficaz para la solución de controversias internacionales, superada la crisis que sufrió en las décadas de los años sesenta y setenta del siglo XX, periodo durante el cual tuvo escasas oportunidades de cumplir con sus funciones contenciosas⁵, no así en el ejercicio de su jurisdicción consultiva⁶. Con todo, el dato relevante para analizar su utilidad en el arreglo judicial de controversias internacionales es su competencia contenciosa debido a la naturaleza de la función consultiva, así como de los legitimados para formular cuestiones jurídicas a la Corte⁷, aunque es innegable que desempeña un cierto papel también en la solución de diferencias internacionales.

⁵ Entre 1960 y 1980 se sometió a la Corte la solución de las siguientes controversias: el asunto del Sudoeste africano (Liberia y Etiopía c. África del Sur), demanda de 4 de noviembre de 1960; Camerún septentrional (Camerún c. Reino Unido), demanda de 30 de mayo de 1961; el asunto de la Barcelona traction Light and Power Company, segunda demanda de 19 de junio de 1962; Plataforma continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania c. Dinamarca y Países Bajos), introducida ante la Corte mediante compromiso el 20 de febrero de 1967; llamada acerca de la competencia del Consejo de la OACI (India c. Paquistán), demanda de 30 de agosto de 1971; competencia en materia de pesquerías (Reino Unido y República Federal de Alemania c. Islandia), demandas de 5 de junio de 1972; Ensayos nucleares (Nueva Zelanda y Australia c. Francia), demanda de 9 de mayo de 1973; Proceso de los prisioneros de guerra paquistaníes (Paquistán c. India), demanda de 11 de mayo de 1973; Plataforma continental del Mar Egeo (Grecia c. Turquía), demanda de 10 de agosto de 1976; Plataforma continental (Tunez/ Jamahiriya árabe Libia), compromiso remitido el 1 de diciembre de 1978 y el asunto del personal diplomático y consular de Estados Unidos en Irán (Estados Unidos c. República Islámica de Irán), demanda de 29 de noviembre de 1979.

⁶ Es cierto que entre 1960 y 1980 se solicitaron cinco opiniones consultivas, lo que supone un número ligeramente inferior a los siguientes veinte años (7) y superior a los primeros veinte años del siglo XXI (4).

⁷ De conformidad con el artículo 96 de la Carta, podrán hacerlo la Asamblea General y el Consejo de Seguridad sobre cualquier cuestión jurídica que consideren oportuno formularle a la Corte y el resto de los órganos de las Naciones Unidas y organismos especializados siempre que su cuestión verse sobre su ámbito competencial (“esfera de sus actividades”, dice la Carta) y sean debidamente autorizados para ello por la Asamblea General. Sobre la jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia puede verse la monografía de C. ESPÓSITO, *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

En todo caso, en la actualidad, la Corte cuenta con un elevado número de asuntos sometidos a conocimiento de la Corte en ejercicio de su competencia contenciosa, número que carece de precedentes, lo que subraya su buena salud como mecanismo de solución de controversias internacionales. En el momento actual nos encontramos con trece casos pendientes que evidencian tanto el carácter universal de la jurisdicción del órgano judicial principal de Naciones Unidas, como su competencia material cada vez más amplia. En el primero de los sentidos indicados (carácter universal) porque tienen como partes a Estados de cuatro continentes. Así, ocho de ellos cuentan con uno o los dos Estados parte en la controversia se encuentran ubicados en el continente americano⁸, la mayoría de los cuales se refieren a cuestiones territoriales, con la salvedad de los que tienen como parte a Estados Unidos; tras la Sentencia de 4 de febrero de 2021 dictada por la Corte en el asunto de la aplicación de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Qatar c. Emiratos Árabes) los cuatro asuntos que afectan a Estados asiáticos lo hacen parcialmente, en la medida en que solo una de las partes en la controversia sometida a solución ante la Corte se encuentra ubicado en el continente asiático⁹ y, con la salvedad de uno de ellos (Gambia c. Myanmar) tienen como Estado demandado a los Estados Unidos de América. Por último,

⁸ Se trata, en concreto, de los siguientes: la cuestión de la delimitación de la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia más allá de las 200 millas marinas de la costa Nicaragüense (Nicaragua c. Colombia); violaciones alegadas de derechos soberanos y de espacios marítimos en el Mar Caribe (Nicaragua c. Colombia); la diferencia acerca del estatuto y la utilización de las aguas del Silala (Chile c. Bolivia); el asunto relativo a la sentencia arbitral de 3 de octubre de 1899 (Guyana c. Venezuela); la reivindicación territorial, insular y marítima de Guatemala (Guatemala/Belize); ciertos activos iraníes (República islámica de Irán c. Estados Unidos de América); las violaciones alegadas del Tratado de amistad, de comercio y de derechos consulares de 1955 (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América); y la transferencia de la Embajada de los Estados Unidos a Jerusalem (Palestina c. Estados Unidos de América).

⁹ Son: el relativo a la aplicación de la convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio (Gambia c. Myanmar); el de ciertos activos iraníes (República islámica de Irán c. Estados Unidos de América); el relativo a las violaciones alegadas del Tratado de amistad, de comercio y de derechos consulares de 1955 (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América) y el de la transferencia de la Embajada de los Estados Unidos a Jerusalem (Palestina c. Estados Unidos de América).

tres son los asuntos pendientes que afectan al estados africanos¹⁰; y, tras la reciente Sentencia de diciembre de 2020 en el asunto de las Inmunidades y procedimientos penales que enfrentaba a Guinea Ecuatorial contra Francia, el número de asuntos pendientes que afectan que tienen como Estado parte a uno o dos Estados europeos se ha visto reducido a dos¹¹.

Con estos datos podemos afirmar que los Estados que confían en mayor medida en la Corte son los que se encuentran en el continente americano, aunque con la salvedad de Estados Unidos, acuden a resolver controversias relativas fundamentalmente a cuestiones territoriales, lo que nos conduce a la diversidad temática que implican los supuestos pendientes de solución. Entre ellos, unos responden a los más tradicionales o clásicos que han sido sometidos a conocimiento de la Corte (cuestiones territoriales) o la libre determinación de los pueblos¹², han surgido otros que resultan más novedosos y aparecen en la agenda de la Comunidad Internacional, como la conservación del medioambiente, la financiación del terrorismo¹³ y

¹⁰ Son el asunto de las actividades armadas sobre el territorio del Congo (República democrática del Congo contra Uganda); la delimitación marítima en el Océano Índico (Somalia c. Kenia) y el relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio (Gambia c. Myanmar)

¹¹ Restan el asunto del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia), que no se ha borrado de la lista de asuntos pendientes por el desistimiento de las partes puesto que éstas se habían reservado, en el acuerdo que sirve de fundamento jurisdiccional, la posibilidad de solicitar que la Corte dicte una sentencia suplementaria para determinar las modalidades de ejecución de su sentencia de 25 de septiembre de 1997. Junto con este caso, encontramos el relativo a la aplicación de la convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo y de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Ucrania c. Federación de Rusia).

¹² La última opinión consultiva resuelta por la CIJ sobre los efectos jurídicos de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio (Opinión Consultiva de 25 de febrero de 2019, emitida en respuesta a la resolución 71/292 de la Asamblea General de 22 de junio de 2017), en la que se cuestionaba a la Corte acerca de “las consecuencias jurídicas del mantenimiento del archipiélago de Chagos bajo la administración del Reino Unido, especialmente en cuanto a la imposibilidad de Mauricio de desarrollar un programa de reinstalación de sus nacionales, particularmente los que tienen origen chagosiense”. La traducción es de la autora. La reciente sentencia de 4 de febrero de 2021 sobre discriminación racial, apunta también en la línea indicada en el texto. Sentencia que puede leerse en: <https://icj-cij.org/public/files/case-related/172/172-20210204-JUD-01-00-EN.pdf>

¹³ De momento, en relación con el asunto relativo a la aplicación de la Convención

sanciones o las competencias del Consejo de la OACI¹⁴.

De lo anterior se desprende la expansión de la CIJ como mecanismo de solución de controversias internacionales, tanto desde una perspectiva geográfica como temática, lo que evidencia una mayor confianza en el órgano judicial principal de Naciones Unidas a estos efectos para resolver controversias para cuya solución tradicionalmente se ha recurrido a la Corte, junto con otros más novedosos, como acabo de indicar.

III. NUEVOS RETOS DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Este panorama esperanzador para el futuro de la Corte Internacional de Justicia que acabo de perfilar nos hace plantearnos los desafíos a los que ha de enfrentarse el órgano judicial principal de Naciones Unidas para poder responder a los nuevos retos que plantea el emergente escenario internacional ante el que nos encontramos. No podemos olvidar que en los tres cuartos de siglo transcurridos desde su sesión inaugural la sociedad internacional ha evolucionado exponencialmente. De los desafíos que han de abordarse, aquí me referiré a número reducido de ellos, así, en primer lugar, haré referencia al temor de la fragmentación del Derecho Internacional como consecuencia de la proliferación de órganos jurisdiccionales internacionales, para continuar con el fundamento de la competencia de la Corte, la formación de la CIJ y la humanización de su jurisprudencia.

internacional para la represión de la financiación del terrorismo y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Ucrania c. Federación Rusa) tan solo contamos con la Sentencia de 8 de noviembre de 2019, que resuelve las excepciones preliminares interpuestas por el demandado y puede leerse en: <https://icj-cij.org/public/files/case-related/166/166-20191108-JUD-01-00-BI.pdf>

¹⁴ La Sentencia de 14 de julio de 2020, sobre la llamada relativa a la competencia del Consejo de la OACI en virtud del artículo 84 de la Convención relativa a la aviación civil internacional (Arabia Saudita, Bahrein, Egipto y Emiratos Árabes Unidos c. Qatar), puede leerse en: <https://icj-cij.org/public/files/case-related/173/173-20200714-JUD-01-00-EN.pdf>

3.1. Consecuencias de la proliferación de órganos jurisdiccionales internacionales

La expansión y la complejidad de las normas internacionales ha provocado la proliferación de instituciones judiciales con competencia para solucionar las controversias originadas por la aplicación e interpretación de las obligaciones asumidas en un régimen internacional material específico. Esta situación provocó cierta alarma académica debido a la posible aparición de una jurisprudencia contradictoria y el desafío de fragmentación de la unidad y coherencia del Derecho Internacional que ello podía implicar¹⁵. Del conflicto de competencias existente entre estos órganos jurisdiccionales internacionales, podría derivar que los Estados no se resistieran a la tentación de someter sus controversias al tribunal que considerasen más propicio a sus intereses (fórum shopping), o incluso que los interesados procedieran a “trocear” sus controversias, separando sus distintos aspectos con el propósito de someter cada uno de ellos a instancias judiciales diferentes.

¹⁵ Mucho se ha hablado y escrito sobre la fragmentación del Derecho Internacional derivada de la diversificación y expansión del Derecho Internacional, este es precisamente el título del Informe del grupo de estudio sobre la cuestión realizado por la CDI, concluido por M. Koskenniemi, que puede leerse en: https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf. La Profesora R. RIQUELME CORTADO cuenta con dos obras de gran interés desde la perspectiva que nos interesa, se trata de “Pluralidad de jurisdicciones y riesgo de fragmentación del derecho internacional. Un falso problema”, en S. SANZ CABALLERO y R.M. ABRIL STOFFELS, *Retos de la jurisdicción internacional*, Thomson Reuters-Civitas, Pamplona 2012, pp. 25 y ss. y la otra, “Multiplicación de tribunales internacionales: ¿fragmentación del derecho internacional? En S. Torres Bernárdez (coord.), *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid, 2013, p. 555 y ss. Otras cuestiones más generales relacionadas con la fragmentación también han sido objeto de análisis, citemos entre otros los siguientes estudios: M. KOSKENNIEMI, “Formalismo, fragmentación y libertad, temas kantianos en el Derecho internacional actual”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, n° 15, 2008: <http://www.reei.org/index.php/revista/num15/articulos/formalismo-fragmentacion-libertad-temas-kantianos-derecho-internacional-actual>, A. S. PAGLIANI, “La fragmentación ¿una amenaza para la unidad del Derecho Internacional?”, en *Anuario hispano-luso-americano de Derecho Internacional*, n° 20, 2011, pp. 47 y ss. o J.M. PUREZA, “El derecho internacional entre fragmentación y constitucionalización”, en *Crónica jurídica hispalense. Revista de la Facultad de derecho*, n° 14, 2016, p. 281 y ss.

Sin embargo, la misma Corte Internacional de Justicia, en su jurisprudencia reciente sugiere la necesidad de afrontar esta cuestión desde una perspectiva diferente: la incidencia que la proliferación de tribunales internacionales despliega sobre las sentencias que dicta la Corte admitiendo su competencia. Además, se ha de visualizar la eventual incidencia en las decisiones de la CIJ un cierto interés por acaparar la resolución de ciertas controversias internacionales, como las relacionadas con la delimitación de espacios marinos frente al tribunal internacional del derecho del mar. Me refiero a la Sentencia acerca de las excepciones preliminares colombianas sobre la delimitación de la plataforma continental más allá de la costa nicaragüense¹⁶, en la que se puso en evidencia la dificultad de la Corte para pronunciarse acerca de en la tercera excepción preliminar formulada por Colombia, que resultó de lo más que ajustada, resuelta por el voto de calidad del Presidente¹⁷.

Junto con lo recién indicado, no puedo dejar de referirme a los tribunales penales internacionales. Si bien es cierto que estos órganos judiciales (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Tribunal Penal para Ruanda o la misma Corte Penal Internacional) tienen por objeto resolver las cuestiones relativas a la responsabilidad penal individual, a diferencia de la Corte que, en su caso, se pronunciará sobre la responsabilidad del Estado, sin embargo, la jurisprudencia de aquéllos ha provocado alguna incompreensión respecto de la emitida por la CIJ. En este caso, recordemos las críticas que recibió en su momento la Sentencia en el caso de Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro sobre la aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio¹⁸,

¹⁶ Se trata de la Sentencia dictada por la CIJ el 17 de marzo de 2016, en el as. de la Delimitación de la plataforma continental más allá de las 200 millas de la costa nicaragüense (Nicaragua c. Colombia) (excepciones preliminares), que puede verse en: <https://icj-cij.org/public/files/case-related/154/154-20160317-JUD-01-00-BI.pdf>

¹⁷ En esta tercera excepción preliminar se cuestionaba la competencia de la Corte y la admisibilidad de la demanda debido a que, desde la perspectiva colombiana la demanda nicaragüense se veía alcanzada por el principio de cosa juzgada por haberse resuelto en la sentencia de 2012, pues que de acuerdo con Colombia se trataba de una nueva versión de la demanda resuelta en aquella. Ver la Sentencia de 19 de noviembre de 2012 en el asunto de la diferencia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia) que puede leerse en: <https://icj-cij.org/public/files/case-related/124/124-20121119-JUD-01-00-BI.pdf>

¹⁸ Ver por ejemplo: QUEL LÓPEZ, F.J. “Construyendo la responsabilidad del Estado desde la

fruto de la comparación de su contenido con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia que, recordemos, juzga la responsabilidad penal individual¹⁹. Es evidente que la responsabilidad del Estado por estos hechos resulta más reducida que la anterior debido a las dificultades derivadas de la atribución de los comportamientos al Estado.

3.2. El fundamento de la competencia de la Corte

Uno de los elementos que tradicionalmente se han cuestionado en relación con la competencia de la Corte es el relativo a la falta de jurisdicción obligatoria. Sin embargo, el principio de libre elección de medios permite aceptar aquella a través de distintos instrumentos y hacerlo de forma unilateral²⁰, bi o multilateral²¹. En este punto me voy a centrar en la utilidad

responsabilidad penal individual. La intersección de ámbitos materiales y jurisdiccionales. Asunto relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de Genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro). Sentencia de la CIJ de 26 de febrero de 2007”, en AA.VV. *El poder de los jueces y el estado actual del Derecho Internacional*, Universidad del País Vasco, 2010, pp. 527 y ss. Sobre la atribución del genocidio al Estado puede verse: KREB, C., *The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide*, en *European Journal of International Law*, 18-4, 2007, pp. 619 y ss.; A. CASSESE, “On the Use of Criminal Law Notions in Determining State Responsibility for Genocide”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007-4, pp. 875 y ss.; MILANOVIC, M. “State Responsibility for Genocide: A Follow-Up”, en *The European Journal of International Law*, vol.18, nº 4, 2007, pp. 669 y ss.; BANNELIER, K. y CHRISTAKIS, Th., “Qu’est-ce qu’un génocide et quand un État est-il responsable pour ce crime? Analyse de l’arrêt rendu par la CIJ dans l’affaire Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro (26 février 2007)”, en *Revue Belge de Droit International*, nº 40, 2007/1, p. 257 y ss. M. SPINEDI, “On the Non-Attribution of the Bosnian Serbs’ Conduct to Serbia”, en *Journal of International Criminal Justice*, 5 nº 4, 2007, pp. 829 y ss.

¹⁹ Ver por ejemplo la Sentencia de 8 de abril de 2015, en el asunto de Zdravko Tolimir, en <https://www.icty.org/fr/case/tolimir#acjug> o la de 24 de marzo de 2016, en el asunto de Radovan Karadzic, en <https://www.icty.org/case/karadzic#acjug> o la de 22 de noviembre de 2017, en el asunto de Ratko Mladic, en: <https://www.icty.org/fr/case/mladic>

²⁰ Sobre este particular puede leerse F. JIMÉNEZ GARCÍA, *La jurisdicción obligatoria unilateral del Tribunal Internacional de Justicia: sus efectos para España*, en Dykinson, Madrid, 1999, publicación de la tesis doctoral que bajo el título *La cláusula facultativa de aceptación de la jurisdicción obligatoria del tribunal Internacional de Justicia. Sus efectos para España*, defendió bajo la dirección del Prof. Dr. D. Luis Ignacio Sánchez Rodríguez en la Universidad Complutense de Madrid en 1997.

²¹ En concreto sobre las introducidas en tratados de Derechos Humanos puede leerse: “Las

que ha desplegado el Pacto de Bogotá como fundamento competencial respecto de las controversias que han enfrentado a Estados americanos²². Este hecho, que ha de tener una valoración positiva desde la perspectiva del arreglo judicial, posee también una vertiente negativa puesto que algunos Estados que han recibido sentencias adversas a sus intereses están denunciando el Pacto con el propósito de evitar que en lo sucesivo pueda funcionar como fundamento. Es lo que ha ocurrido con Colombia, que tras la Sentencia dictada por la Corte en el asunto de la diferencia territorial y marítima entre Nicaragua y Colombia decidió denunciar el Pacto de Bogotá. A pesar de lo cual aún puede servir de fundamento en la posterior demanda sobre las violaciones alegadas de los derechos soberanos y de los espacios marítimos en el mar Caribe²³, puesto que la eficacia de tal denuncia se produce un año después de su formulación y la demanda se interpone un día antes de que esto ocurra.

No solo hay que reflexionar sobre el Pacto de Bogotá sino en general acerca de la repercusión que tienen las sentencias de la Corte en la denuncia de tratados multilaterales de arreglo de controversias o de aquellos otros tratados (o protocolos²⁴) que incorporan cláusulas compromisorias respecto

cláusulas compromisorias de las Convenciones de Derechos Humanos de las Naciones Unidas a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia ¿un mecanismo jurisdiccional de protección de los Derechos Humanos?”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2003 n° 19, pp. 263 y ss.

²² Por ejemplo, en las demandas costarricenses contra Nicaragua en los asuntos de ciertas actividades desarrolladas por Nicaragua en la región fronteriza (<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/150/16278.pdf>), el de la delimitación marítima en el Mar Caribe y el Océano pacífico, (en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/157/18345.pdf>) o en el de la frontera terrestre en la parte septentrional de la Isla Portillos, (en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/165/165-20170116-APP-01-00-FR.pdf>), por sólo citar algunos, el demandante identifica como fundamento competencial tanto el artículo XXXI del Pacto de Bogotá como las declaraciones facultativas u opcionales previstas en el artículo 36.2 del Estatuto de la Corte que habían depositado ambos Estados. Sobre este vínculo competencial puede verse: A. REMIRO BROTONS, “The Pact of Bogotá in the Jurisprudence of the International Court of Justice”, en *Nicaragua Before the International Court of Justice. Impacts on International Law* (E. Sobenes Obregón & B. Samson, eds.), Springer, 2018, pp. 143 y ss.

²³ La demanda de introducción en la instancia en este caso puede verse en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/155/17979.pdf>

²⁴ Recordemos en este punto la denuncia estadounidense del Protocolo facultativo a la

de la Corte Internacional de Justicia. O incluso observarlo al revés, la influencia que estas denuncias de los textos convencionales que contienen el fundamento competencial de la Corte tienen sobre las decisiones de esta misma en el aspecto que nos interesa. Para ilustrar esta afirmación contamos con las cuatro demandas reconconvencionales presentadas por Colombia en el asunto precitado aún pendiente, dos de las cuales han sido admitidas por la Corte²⁵, en concreto aquella en la que solicita a la Corte que se pronuncie sobre la presunta violación del derecho de los pescadores del archipiélago de San Andrés, entre ellos los de la población autónoma, a quienes se les impide el acceso a los bancos de pesca tradicionales para este grupo humano²⁶ y sobre la violación por parte de Nicaragua de la jurisdicción colombiana y sus derechos soberanos al adoptar un decreto por el que se establecen líneas de base recta más allá de lo permitido de conformidad con el Derecho Internacional²⁷. Lo anterior evidencia la influencia precitada.

Una cuestión de subrayado interés se encuentra en los nuevos fundamentos de la competencia de la Corte, que podemos ilustrar con la demanda introducida por la reciente Sentencia sobre admisibilidad de 18 de diciembre de 2020, en el asunto *Guyana c. Venezuela* por la validez jurídica de la sentencia arbitral de 3 de octubre de 1899 relativa a la frontera entre la colonia de la Guyana Británica y Venezuela²⁸. En este supuesto, el demandante establece como fundamento de la competencia de la Corte una recomendación del Secretario General, sobre la base que le proporciona el artículo IV.2 del Acuerdo de Ginebra de 1966. La Corte establece la posibilidad de que este precepto sirva de fundamento a su jurisdicción toda vez que las partes acordaron que el Secretario General de Naciones Unidas

Convención de Viena sobre relaciones consulares tras las Sentencias de la CIJ en los asuntos *Breard*, *LaGrand* y *Avena*.

²⁵ Es cierto que, si bien las inadmitidas han sido por una mayoría más holgada de 15 votos frente a 1, las admitidas han recibido un apoyo más discreto de 11 frente a 5 o incluso un ajustado 9 a 7, en el caso de la cuarta de ellas. Ver en Ordenanza de 15 de noviembre de 2017 en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/155/155-20171115-ORD-01-00-FR.pdf>

²⁶ Parágrafo 40 de la Ordenanza indicada en la nota anterior.

²⁷ *Ibid.* Parágrafo 47 y ss.

²⁸ El texto de la Sentencia puede verse en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/171/171-20201218-JUD-01-00-FR.pdf>

decidiera elegir el medio para resolver la controversia, lo que hizo el 30 de enero de 2018 optando por que éste fuera la Corte Internacional de Justicia. Se entiende por ello que el acuerdo de designar como órgano decisor al Secretario General implica el consentimiento en la decisión que pudiera alcanzar en este punto. En consecuencia, aquí encontramos un avance en lo que a la identificación de la Corte como medio de solución judicial de controversias se refiere.

3.3. La composición de la Corte

Por lo que se refiere a la composición de la Corte son distintos los elementos que hemos de plantear: en primer lugar, tras las elecciones producidas en 2017, es la primera vez que nos encontramos con una formación en la que no existe un Juez de cada uno de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad en ella. Así, resulta sugerente plantear el procedimiento de elección de los jueces y la posibilidad de su reelección. Es cierto que en los textos rectores de la Corte no aparece el requisito anterior, puesto que tan sólo en aplicación del artículo 9 se establece un criterio geográfico abstracto cual es que la formación de la CIJ en su conjunto debe representar a “las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo”. Esta representatividad se ha traducido durante décadas en la aplicación de un acuerdo político conforme al cual habría tres jueces africanos, dos asiáticos, dos del grupo latinoamericano-caribeño, dos del europeo occidental y otros y uno del europeo oriental, a los que hay que sumar a los cinco miembros el Consejo de Seguridad cuya elección o reelección se suma a los que les corresponden por región. Esto venía siendo así hasta noviembre de 2017, cuando se reeligió a los jueces de Somalia, Francia, Brasil, Libia y la India, este último en lugar del británico. Este resultado fue debido a que la elección había llegado a una situación en la que no era posible continuar: los jueces han de ser elegidos por mayoría absoluta tanto en la Asamblea General de Naciones Unidas como en el Consejo de Seguridad y las elecciones que se desarrollan de forma paralela en el tiempo, el juez propuesto por la India obtenía mayoría absoluta en la Asamblea General mientras el británico lo hacía en el Consejo de Seguridad. Por ello Reino Unido retiró a su candidato permitiendo de este modo la reelección del Juez hindú y la situación en la que nos encontramos en la que por primera vez la CIJ carece la formación de la Corte de juez británico.

Claro que quizá haya llegado el momento de plantear si el reparto geográfico de los jueces con fundamento en aquel acuerdo político que indicaba refleja la realidad actual de la Sociedad Internacional o debería adaptarse a ella²⁹. Otro aspecto sobre el que resulta imprescindible reflexionar es el relativo a la cuestión de género en la formación de la Corte. Observemos en este punto que el artículo 8 de la Carta de las Naciones Unidas establece que: “La Organización no establecerá restricciones en cuanto a la elegibilidad de hombres y mujeres para participar en condiciones de igualdad y en cualquier carácter en las funciones de sus órganos principales y subsidiarios.” Precepto que ha de interpretarse conjuntamente con el Preámbulo del texto en el que se nos indica cual es su objeto y fin, que no es otro que: “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”. De la interpretación conjunta propuesta se desprende que hay que adoptar medidas que permitan lograr la paridad o, cuando menos, aproximarnos a ella. Solo hace falta acceder a la formación de la Corte para advertir que estamos aún lejos de esa proximidad.

La primera mujer que actuó como juez ante la Corte fue Susanne Bastid, en tanto que juez ad hoc de Túnez en el caso relativo a la solicitud de revisión e interpretación de la sentencia de 24 de febrero de 1982 en el caso relativo a la Plataforma continental Tunez c. Libia³⁰. También había sido la primera mujer que compareció en la Corte como consejera de un Estado, en este caso, en el asunto de la Barcelona Traction, Light and power company, Bélgica c. España en la década de los 60. Tuvimos que esperar hasta mediada la década de los años noventa para que accediera a la formación permanente

²⁹ Sobre la elección de los Jueces puede verse: A. REMIRO BROTONS, “Nominación y elección de los jueces de la Corte Internacional de Justicia”, en *El arreglo pacífico de controversias internacionales (XXIV Jornadas de la AEPDIRI, Córdoba, 20-22 de octubre de 2011)*, Eva M. Vázquez, M. Dolores Adam y Noé Cornago, eds., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 45 y ss.; versión francesa: “Nomination et élection des juges à la Cour Internationale de Justice”, en *Unité et Diversité du Droit International. Ecrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy/Unity and Diversity of International law. Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, D. Alland, V. Chetail, O. de Frouville & J.E. Viñuales, eds., M. Nijhoff, Leiden-Boston, 2014, pp. 639 y ss.

³⁰ La Sentencia de 10 de diciembre de 1985 puede verse en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/71/071-19851210-JUD-01-00-BI.pdf>

de la Corte (1995) Rosalyn Higgins y a 2000 para que Bélgica eligiera a Christine van den Wyngaert como juez ad hoc para actuar en el asunto de la Orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica). Tampoco es que desde entonces se haya avanzado mucho en este sentido, puesto que solo cinco de los 123 jueces ad hoc que han actuado ante la CIJ han sido mujeres³¹. Por lo que se refiere a la formación permanente de la Corte, la situación no mejora, como acabo de mencionar, Rosalyn Higgins llegó en 1995, como jueza británica. En la actualidad solo hay tres mujeres en la formación de la Corte con nacionalidades china, estadounidense y ugandesa. La situación de los equipos nacionales en este punto no es diferente, puesto que también resultan eminentemente masculinos.

La igualdad de género abarca más que la mera cuestión numérica, resulta de interés examinar si esa preponderancia masculina ha repercutido en su jurisprudencia y, de ser así, el modo en el que lo ha hecho. En este punto pueden compararse los razonamientos y soluciones alcanzados por la CIJ con los de otros órganos jurisdiccionales internacionales con mayor presencia femenina. Más aún, cabe plantearse cuál ha sido la incidencia de esta situación en el alcance material de los asuntos y cuestiones planteadas ante la CIJ para detectar, en su caso, qué aspectos y argumentaciones relacionadas con las mujeres han estado ausentes en sus deliberaciones, contribuyendo así a la falta de realización plena y efectiva de este principio transversal en el ámbito internacional. Pero aún en el supuesto en el que concluyamos la inexistencia de diferencias entre razonamientos y argumentaciones, la paridad no es una opción, sino una obligación y un derecho de las mujeres que nos dedicamos al Derecho Internacional, no porque podamos aportar nada diferente a lo que aportan los hombres: conocimiento, sino porque pudiendo hacerlo tenemos derecho a ello.

En este sentido, el Secretario General de las Naciones Unidas presentó “la estrategia para todo el sistema sobre la paridad de género” en septiembre de 2017³². En ella, se incluyen acciones recomendadas para

³¹ Esto supone un paupérrimo 4’06% del total. Porcentaje ligeramente superior al de Jueces en la formación permanente de la Corte, que solo alcanza al 3’7 % del total.

³² Puede verse en: https://www.unodc.org/documents/Gender/Gender_Strategy_Spanish/19-03336_SummaryPaper_S_eBook.pdf

alcanzar la paridad de género en 2028. No solo paridad cuantitativa, sino también cualitativa, lo que ha de traducirse necesariamente en la quiebra del techo de cristal ante el que nos enfrentamos.

Todas estas cuestiones hacen necesario un análisis pormenorizado y una valoración crítica del procedimiento seguido en la elección de los jueces de la Corte y su resultado. Aunque la mayoría de los jueces superan satisfactoriamente los criterios de un buen juez, el proceso de elección, está necesitado de criterios y métodos de selección, de reglas de procedimiento y de adaptación a las exigencias de transparencia. Es evidente que hemos de progresar hacia un procedimiento de selección propio de la sociedad del siglo XIX.

3.4. La humanización de la jurisprudencia de la corte

En 1999, A.A. CANÇADO TRINDADE afirmaba la necesidad de “renovación y humanización³³ del derecho de los tratados como un todo, abarcando inclusive las formas de manifestación del consentimiento estatal³⁴”, reivindicación que ha mantenido hasta la actualidad en relación con la jurisprudencia de la Corte³⁵, especialmente evidente en el caso de Alemania c. Italia³⁶. En este momento creo que hay que estudiar la necesidad de *humanizar*

³³ En A. REMIRO, R. RIQUELME, J. DÍEZ-HOCHLEITNER, E. ORIHUELA y L. PÉREZ-PRAT, *Derecho Internacional*, McGraw Hill, Madrid, 1997, pp. 143y en las obras posteriores *Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 229; en *Derecho Internacional. Curso General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 146, puede leerse que la humanización deriva de “los derechos y libertades fundamentales y de los mecanismos para su garantía y control y confiriendo dimensión internacional a todo el espectro de relaciones humanas que se instrumentan mediante la cooperación.”

³⁴ Voto Razonado del Juez A.A. CANÇADO TRINDADE a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de enero de 1999, en el caso Blake c. Guatemala, que puede verse en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_48_esp.pdf

³⁵ Ver, por ejemplo, la Opinión disidente de A.A. Cançado Trindade, a la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 1 de abril, 201, en el asunto de la Aplicación de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Georgia c. Federación de Rusia), en <https://icj-cij.org/files/case-related/140/140-20110401-JUD-01-08-BI.pdf>

³⁶ Sentencia de 3 de febrero de 2012 en el asunto de las Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia; Grecia interviniente), parágrafo 224, p. 164, puede verse en: <https://icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-BI.pdf>

la jurisprudencia de la Corte. Es cierto que la CIJ no es un órgano especializado en Derechos Humanos pero no por ello podemos omitir el hecho de que haya tratados en esta materia que incorporen cláusulas compromisorias respecto de ella³⁷ o, sin haberlas, que se sometan a su conocimiento controversias que afectan a este importantísimo ámbito material.

En relación con la idea indicada en primer lugar, hemos de reconocer que son múltiples los tratados que remiten a la Corte la solución de las diferencias que pudieran surgir entre los Estados parte con origen en la interpretación y aplicación del tratado en cuestión³⁸. Con fundamento en la cláusula compromisoria introducida en la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio, la CIJ se ha pronunciado en los primeros años del siglo XXI sobre la demanda de Bosnia-Herzegovina contra Serbia y Montenegro³⁹ y, tendrá que hacerlo de nuevo como consecuencia de la demanda de Gambia contra Myanmar por idéntico motivo (la aplicación de la Convención).

³⁷ Para su estudio puede leerse N. OCHOA RUIZ, “Las cláusulas compromisorias de las Convenciones de Derechos Humanos de las Naciones Unidas a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia: ¿un mecanismo jurisdiccional de protección de los derechos humanos?”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, n° 13, 2003, pp. 263 y ss.

³⁸ Cláusulas compromisorias que figuran, entre otros, en el artículo 8 de la Convención contra la esclavitud de 1926, el artículo IX de la Convención sobre la prevención y represión del crimen de genocidio de 1948, el artículo 22 del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, de 1949 o el artículo V de la Convención sobre el derecho internacional de rectificación de 1952. Es cierto que muchas de ellas lo hacen como mecanismo subsidiario a las negociaciones (por ejemplo, el artículo IX de la Convención sobre los derechos políticos de la mujer), otras lo hacen directamente a la Corte (artículo IX de la Convención sobre la prevención y represión del crimen de genocidio) y, otras, como el artículo 29.1 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1965, lo hace tras el fracaso de las negociaciones y si “en un plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo”. En consecuencia, existe variedad en el contenido de las cláusulas compromisorias indicadas.

³⁹ En dos sentencias: la primera sobre las excepciones preliminares, el 11 de julio de 1996 (<https://icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-19960711-JUD-01-00-BI.pdf>) y la segunda sobre fondo el 26 de febrero de 2007 (<https://icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-BI.pdf>)

Por lo que se refiere a la segunda de las ideas antes indicadas, la Corte en aquellas ocasiones en las que sus decisiones pueden afectar a los derechos humanos debería actuar considerando aquella que responda más al enfoque en derechos humanos. En la jurisprudencia de la CIJ encontramos los asuntos relativos a la asistencia consular, respecto de los cuales, si bien la Corte no ha pronunciado expresamente que este derecho es un derecho humano, sí lo hizo la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁰. Sobre este ámbito material versan los ya citados asuntos *Breard*, *LaGrand*, *Avena* y el más reciente *Jadhav*, que ha enfrentado a la India contra Paquistán. A diferencia de los anteriores, éste no tiene como parte a los Estados Unidos y su objeto se aleja del derecho a la asistencia consular de presuntos delincuentes migrantes, sino de los espías o de quienes realizan tareas de espionaje. En relación con este supuesto la CIJ ha proclamado que si la Convención de Viena de 1963 no excluye como titulares de este derecho a los autores de estos comportamientos (espionaje), la negativa a permitir su ejercicio por este motivo supondría una vulneración de una norma convencional.

Además, contamos con los asuntos que versan sobre la aplicación de la Convención sobre la prevención y represión del crimen de genocidio, en concreto, los casos de Bosnia-Herzegovina contra Serbia y Montenegro antes indicado y de Croacia contra Serbia⁴¹. A los que hemos de añadir el de la República Democrática del Congo c. Ruanda, en el que la Corte inadmitió la demanda debido a la reserva formulada por el Estado demandado al artículo IX de la Convención de 1948⁴². También podemos encontrar consideraciones en sentido contrario, fruto de la sucesión de Estados producida en el territorio Yugoslavo, con la disolución jurídica de este último y la aparición de un

⁴⁰ En su Opinión consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos acerca de “El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, que puede leerse en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf

⁴¹ Al asunto de Bosnia-Herzegovina c. Serbia ya nos referimos antes, pel asunto de Croacia c. Serbia, la Sentencia de 18 de noviembre de 2008 puede leerse en: <https://icj-cij.org/public/files/case-related/118/118-20081118-JUD-01-00-BI.pdf>

⁴² Se trata de la Sentencia de 3 de febrero de 2006, en el asunto de la interpretación y la aplicación del crimen de genocidio (República Democrática del Congo c. Ruanda)

nuevo Estado⁴³. Debemos reflexionar sobre todas las posiciones en presencia con el propósito de intentar averiguar si existe una argumentación jurídica sólida y rigurosa que permita una solución que posibilite un mayor ámbito de protección de los individuos afectados.

Otro ámbito material en el que la Corte parece haber resuelto de forma restrictiva a los derechos de los particulares es el relativo a las inmunidades de los Estados o de sus órganos, recordemos en este punto las Sentencias dictadas en el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia, con Grecia como Estado interviniente⁴⁴), o los asuntos de la Orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica⁴⁵) y el de la Obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal), en el que se cuestiona, como su propia denominación indica, la obligación *aut dedere aut iudicare*. Se trata de supuestos que permiten la impunidad de los autores de crímenes graves, resultado indeseable donde los haya. Ello sin olvidarnos de las consecuencias de la vulneración de una norma de *ius cogens*, en referencia a los supuestos de la Sentencia del Sudoeste africano (Liberia

⁴³ En la doctrina española, por ejemplo, N. STOFFEL VALLOTON ha escrito sobre “La revisión de sentencia ante el Tribunal Internacional de Justicia y los problemas de sucesión de la nueva Yugoslavia. La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 3 de febrero de 2003 sobre la “Demanda de revisión de la Sentencia de 11 de julio de 1996 en el asunto relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de Genocidio” (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia), “Excepciones Preliminares” (Yugoslavia c. Bosnia-Herzegovina)”, en “El poder de los jueces...op. Cit, pp. 211 y ss. En la misma obra se encuentra un estudio que trata también la demanda de revisión, realizado por F. JIMÉNEZ GARCÍA “La reivindicación de las cuestiones procesales. Las Sentencias de la Corte Internacional de Justicia en los asuntos del “Incidente aéreo de 10 de agosto de 1999, de las Actividades armadas en el territorio del Congo y de la Demanda en revisión de la Sentencia de 11 de julio de 1996 en el asunto relativo a la aplicación del Convenio para la prevención y sanción del crimen de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia), Excepciones preliminares”, pp. 29 y ss.

⁴⁴ Sentencia de 3 de febrero de 2012, que puede leerse en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-BI.pdf>

⁴⁵ La Sentencia de 14 de febrero de 2002 puede leerse en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-BI.pdf>

y Etiopía contra África del Sur⁴⁶) o de los pronunciamientos de la CIJ acerca del principio de libre determinación de los pueblos⁴⁷.

La perspectiva de análisis planteada resulta de gran importancia, por cuanto en los últimos tiempos se ha producido una ampliación en lo que a las materias sobre las que versan los asuntos sometidos a la Corte se refiere. Numerosos de los asuntos actuales tienen por objeto o afectan directa o indirectamente a los Derechos Humanos, motivo por el cual, el desaliento derivado de su jurisprudencia en materias relacionadas o de las que derivan consecuencias para los Derechos Humanos puede provocar la reversión de la tendencia material apuntada.

En estos momentos, creo que la Corte se enfrenta a un gran reto en este punto: el asunto de Gambia contra Myanmar por el genocidio, proclamado por distintos órganos de Naciones Unidas, del que eran víctimas los rohingyas. Si bien ha indicado medidas cautelares, en este caso, aún no está claro que la Corte se declare competente para conocer del fondo del asunto. Considero que este es un caso de laboratorio que va a tener una importante repercusión en el futuro de la Corte, que se está jugando ser un órgano judicial capaz que ayudar a resolver controversias con un importante componente humano o se quede relegada al papel tradicional de resolver cuestiones estrictamente fronterizas.

⁴⁶ La Sentencia de 18 de julio de 1966 en los asuntos del Sudoeste africano (Etiopía y Liberia c. África del Sur) puede leerse en: <https://icj-cij.org/public/files/case-related/46/046-19660718-JUD-01-00-BI.pdf>. Por otra parte, no podemos olvidar en este punto la Opinión consultiva (de 21 de junio de 1971), sobre las consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continua de África del Sur en Namibia a pesar de la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad (<https://icj-cij.org/public/files/case-related/53/053-19710621-ADV-01-00-BI.pdf>) y, en relación a este supuesto concreto, recordemos la Opinión consultiva de 11 de julio de 1950 sobre el estatuto internacional del Sudoeste africano (<https://icj-cij.org/public/files/case-related/10/010-19500711-ADV-01-00-BI.pdf>)

⁴⁷ Encontramos entre la jurisprudencia más reciente, la Opinión consultiva de 25 de febrero de 2019, sobre los efectos jurídicos de la separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965 (<https://icj-cij.org/public/files/case-related/169/169-20190225-ADV-01-00-BI.pdf>), o la dictada casi un cuarto de siglo antes, sobre el asunto de Timor Oriental (Portugal c. Australia) de 30 de junio de 1995 (<https://icj-cij.org/public/files/case-related/84/084-19950630-JUD-01-00-BI.pdf>)

IV. CONCLUSIONES

En todos los años transcurridos desde que se produjera su sesión inaugural, la Corte Internacional de Justicia ha evidenciado su eficacia como mecanismo de solución de controversias internacionales. Sin embargo, en estos setenta y cinco años (cien si nos retrotraemos a la Corte Permanente de Justicia Internacional) la Sociedad Internacional ha evolucionado de un modo impensable, lo que provoca la necesidad de plantear la adaptación de la Corte a la sociedad actual.

En las páginas anteriores he indicado algunos de los aspectos sobre los que hay que reflexionar con el propósito de realizar esa evolución, entre ellos, su pieza fundamental: el estatuto y la selección de los jueces permanentes de su formación. En este sentido, son muchos los factores a tener en cuenta para establecer un sistema adaptado a las demandas actuales que pasan necesariamente por una mayor transparencia en todos los sectores, también en este que nos ocupa. En relación con la selección de jueces, como ha indicado reiteradamente A. REMIRO en las publicaciones antes referidas podría ampliarse el mandato pero evitando la renovación. Es muy humano que aquel que advierte el final del plazo para el que fue elegido pretenda hacer *méritos* para que quien ha de elegirle como candidato para la reelección lo haga, en consecuencia, sería una garantía de independencia añadida. En este punto, la paridad de género o la aproximación a ella, no es una elección sino una obligación por los motivos que se indicaran en las páginas anteriores.

Más allá de esto, considero que en la actualidad, la Corte se encuentra con casos que son en sí mismos desafíos para su propia credibilidad y futuro, como aquellos que afectan de forma directa o indirecta a los derechos humanos, pues resulta difícil de asimilar que la Corte evite pronunciarse de modo claro acerca de situaciones en las que se producen violaciones de derechos humanos de forma masiva y sistemática. En gran medida, de la decisión que adopte en este punto dependerá que el ámbito material sobre el que versan los asuntos que se le remiten continúe ampliándose o vuelva a reducirse a los que tradicionalmente han sido, aunque de forma limitada, debido a la competencia del Tribunal Internacional de Derecho del Mar respecto de las delimitaciones marítimas.

Por último, existen otras muchas cuestiones sobre las que cabría profundizar en relación con la adaptación de la Corte al siglo XXI, aquí solo he querido evidenciar algunas de ellas.

BIBLIOGRAFIA

BANNELIER, K. y CHRISTAKIS, Th., “Qu’est-ce qu’un génocide et quand un État est-il responsable pour ce crime? Analyse de l’arrêt rendu par la CIJ dans l’affaire Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro (26 février 2007)”, en *Revue Belge de Droit International*, nº 40, 2007/1, p. 257 y ss.

BLOCISZEWSKI, J., “De la competence de la Cour Permanente de Justice Internationale”, en *Revue Générale de Droit International Public*, 1922, p. 23 y ss.,

CASSESE, A., “On the Use of Criminal Law Notions in Determining State Responsibility for Genocide”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007-4, pp. 875 y ss.;

ESPÓSITO, C., *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

FACHIRI, A.P., *Permanent Court of International Justice: its Constitution, Procedure and Work*, Gale, Londres, 1932, p. 20 y ss.; o F.P. WALTERS, *Historia de la Sociedad de Naciones*, Tecnos, Madrid, 1971, p. 54.

JIMÉNEZ GARCÍA, “La reivindicación de las cuestiones procesales. Las Sentencias de la Corte Internacional de Justicia en los asuntos del “Incidente aéreo de 10 de agosto de 1999, de las Actividades armadas en el territorio del Congo y de la Demanda en revisión de la Sentencia de 11 de julio de 1996 en el asunto relativo a la aplicación del Convenio para la prevención y sanción del crimen de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia), Excepciones preliminares”, AA.VV. *El poder de los jueces y el estado actual del Derecho Internacional*, Universidad del País Vasco, 2010, pp. 29 y ss.

JIMÉNEZ GARCÍA, F., *La jurisdicción obligatoria unilateral del Tribunal Internacional de Justicia: sus efectos para España*, en Dykinson, Madrid, 1999.

KREB, C., "The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide", en *European Journal of International Law*, 18-4, 2007, pp. 619 y ss.;

M. KOSKENNIEMI, "Formalismo, fragmentación y libertad, temas kantianos en el Derecho internacional actual", en *Revista electrónica de estudios internacionales*, n° 15, 2008: <http://www.reei.org/index.php/revista/num15/articulos/formalismo-fragmentacion-libertad-temas-kantianos-derecho-internacional-actual>,

MILANOVIC, M. "State Responsibility for Genocide: A Follow-Up", en *The European Journal of International Law*, vol.18, n° 4, 2007, pp. 669 y ss.;

OCHOA RUIZ, N., "Las cláusulas compromisorias de las Convenciones de Derechos Humanos de las Naciones Unidas a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia ¿un mecanismo jurisdiccional de protección de los Derechos Humanos?", en *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2003 n° 19, pp. 263 y ss.

PAGLIANI, A. S., "La fragmentación ¿una amenaza para la unidad del Derecho Internacional?", en *Anuario hispano-luso-americano de Derecho Internacional*, n° 20, 2011, pp. 47 y ss.

PUREZA, J.M., "El derecho internacional entre fragmentación y constitucionalización", en *Crónica jurídica hispalense. Revista de la Facultad de derecho*, n° 14, 2016, p. 281 y ss.

QUEL LÓPEZ, F.J. "Construyendo la responsabilidad del Estado desde la responsabilidad penal individual. La intersección de ámbitos materiales y jurisdiccionales. Asunto relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de Genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro). Sentencia de la CIJ de 26 de febrero de 2007", en AA.VV. *El poder de los jueces y el estado actual del Derecho Internacional*, Universidad del País Vasco, 2010, pp. 527 y ss.

REMIRO BROTONS, A., "Nominación y elección de los jueces de la Corte Internacional de Justicia", en *El arreglo pacífico de controversias internacionales (XXIV Jornadas de la AEPDIRI, Córdoba, 20-22 de octubre*

de 2011), Eva M. Vázquez, M. Dolores Adam y Noé Cornago, eds., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 45 y ss.;

REMIRO BROTONS, A., “Nomination et élection des juges à la Cour Internationale de Justice”, en *Unité et Diversité du Droit International. Ecrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy/Unity and Diversity of International law. Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, D.Alland, V. Chetail, O. de Frouville & J.E. Viñuales, eds., M.Nijhoff, Leiden-Boston, 2014, pp. 639 y ss.

REMIRO BROTONS, A., “The Pact of Bogotá in the Jurisprudence of the International Court of Justice”, en *Nicaragua Before the International Court of Justice. Impacts on International Law* (E. Sobenes Obregón & B. Samson, eds.), Springer, 2018, pp. 143 y ss.

REMIRO, A., RIQUELME, R., DíEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA, E. y PÉREZ-PRAT, L. *Derecho Internacional*, McGraw Hill, Madrid, 1997.

REMIRO, A., RIQUELME, R., DíEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA, E. y PÉREZ-PRAT, L. *Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

REMIRO, A., RIQUELME, R., DíEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA, E. y PÉREZ-PRAT, L. *Derecho Internacional. Curso General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

RIQUELME CORTADO, R., “Multiplicación de tribunales internacionales: ¿fragmentación del derecho internacional? En S. Torres Bernárdez (coord.), *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid, 2013, p. 555 y ss.

RIQUELME CORTADO, R., “Pluralidad de jurisdicciones y riesgo de fragmentación del derecho internacional. Un falso problema”, en S. SANZ CABALLERO y R.M. ABRIL STOFFELS, *Retos de la jurisdicción internacional*, Thomson Reuters-Civitas, Pamplona 2012, pp. 25 y ss.

SIOTIS, J., “The Institutions of the League of Nations”, en *The League of Nations in Retrospect. Proceedings of the Symposium organized by The*

United Nations Library and The Graduate Institute of International Studies, Genève, 6-9 November 1980, UN, Ginebra, 1983, p. 29.

SPINEDI, M., “On the Non-Attribution of the Bosnian Serbs’ Conduct to Serbia”, en *Journal of International Criminal Justice*, 5 n° 4, 2007, pp. 829 y ss.

STOFFEL VALLOTON, N., “La revisión de sentencia ante el Tribunal Internacional de Justicia y los problemas de sucesión de la nueva Yugoslavia. La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 3 de febrero de 2003 sobre la “Demanda de revisión de la Sentencia de 11 de julio de 1996 en el asunto relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de Genocidio” (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia), “Excepciones Preliminares” (Yugoslavia c. Bosnia-Herzegovina)”, en AA.VV. *El poder de los jueces y el estado actual del Derecho Internacional*, Universidad del País Vasco, 2010, pp. 211 y ss.

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., “La sucesión entre Organizaciones Internacionales y la Unión Europea”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2005, n° 21, pp. 227 y ss.

LAS MIGRACIONES: EVOLUCION, EVALUACION Y COYUNTURA

MIGRATIONS: EVOLUTION, EVALUATION AND SITUACION

*Marco Nuñez Melgar**

RESUMEN

He querido abordar el tema de las migraciones desde su trascendencia en la evolución histórica de la humanidad, como también su evaluación en el marco interestatal y multilateral y finalmente un rápido diagnóstico de la coyuntura en esta cambiante actualidad. Dentro de este análisis, el autor mantiene esencialmente tres ejes transversales en un enfoque Sociológico y del Derecho Internacional como son los Derechos Humanos, la Interculturalidad y la Migración y el Desarrollo.

Palabras clave: Derechos Humanos; Interculturalidad; Migración y Desarrollo; Homo-Sapiens; Multilateral; OIT; OIM; Naciones Unidas; transculturización; Banco Mundial.

* Licenciado en Sociología; Licenciado en Relaciones Internacionales; Diplomático de Carrera, Embajador; Maestría en Realidad Nacional e Internacional; culminó estudios de Maestría en Tratados Internacionales; Ex Miembro del Comité de Expertos de NNUU de la Convención Internacional de Trabajadores Migratorios y sus familias; diplomado en Negociaciones Internacionales; diplomado en Conciliaciones; diversas Publicaciones, artículos y Libros sobre Migraciones, Profesor invitado al Curso Migraciones de la OIM (Argentina); Conferencista en Universidades de Perú, Chile, Ecuador (Guayaquil), Argentina (Buenos Aires).

ABSTRACT

I have wanted to address the issue of migration from its significance in the historical evolution of humanity, as well as its evaluation in the interstate and multilateral framework and finally a quick diagnostic of the situation in this changing present time. It maintains active three transversal axes in Sociological and International Rights approach such as Human Rights, Interculturality and Migration and Development.

Keywords: Human rights; Interculturality; Migration and Development; Homo-Sapiens; Multilateral; ILO; IOM; United Nations; transculturation; World Bank.

.....

Las migraciones constituyen el catalizador de una dinámica histórico-social que ha constituido el motor en la historia de la humanidad. No se puede entender la dialéctica en la historia sin que los movimientos poblacionales, voluntarios o forzados, no estén presentes como un aspecto esencial en general, dentro de la evolución antropológica, sociológica, económica y política de las poblaciones y naciones.

En esto estriba la propia complejidad de las migraciones y en los factores que la estimulan y la componen.

Nos proponemos su abordaje desde su aparición ligada a la historia de la humanidad, y como la multicausalidad de sus componentes, a la vez, están directamente relacionadas en las diversas dimensiones (multidimensionalidad) que hoy en día la caracterizan. Especialmente, dentro de un enfoque inter paradigmático se puede constatar las implicancias e importancia de sus relaciones y dependencias en un mundo global; en especial en esta coyuntura de pandemia mundial, donde aparte, y como un agregado adicional, desde un análisis intersubjetivo, la afectación que implica el trastocamiento de las conductas Psicosociales en la presente coyuntura de manera general.

Dentro de este artículo, respecto a su evolución auroral, encontramos como factor primordial, la capacidad del ser humano de asociarse, algo consustancial a la especie humana, esto le dio y le da energía a los desplazamientos y cambios de escenarios y condiciones de vida, lo cual es válido y vigente hasta la actualidad. Encontramos asimismo, en lo que nos referimos a su evaluación; las implicancias y determinantes en las etapas modernas respecto a los enfoques de derechos y de la solidaridad, ello como hilo conductor y rector para su tratamiento transversal en los escenarios nacionales e internacionales, bajo la tutela del Derecho Internacional y de los Derechos humanos; y finalmente, su decantación en la coyuntura de la actual Pandemia global.

I. EVOLUCIÓN: LA PLÉYADE AURORAL DE LOS DESPLAZAMIENTOS HUMANOS

Las migraciones han sido, en definitiva, la historia y el motor de una humanidad en permanentes desplazamientos. Hace 70,000 años con la evolución del “Homo-Sapiens”, se dio comienzo a la conformación de estructuras sociales que fueron siendo cada vez más complejas y que se dio en los inicios de nuestra historia. Hace unos 12,000 años surge la revolución agrícola que acelera a la otra gran revolución que es la cognitiva (con sus diversas etapas y variantes), y muchísimo tiempo después, en los últimos 500 años la revolución científica, hoy imparable.

Para los humanos que antecedieron a este proceso en el preludio de la historia, en la propia prehistoria, como prolongación de la historia natural, en el aun registro geológico, vemos que en el predominio del reino animal, el verdadero inicio de tal insólito y admirable proceso para la ciencia, el origen de tal cadena evolutiva, data de 2.5 millones de años. Tales humanos aun insignificantes eran animales (hominideos) que no ejercían mayor impacto ambiental ni social. Los biólogos clasifican a los organismos en “especies” (pues vienen de un tronco común) cuya evolución deviene de ese tronco que es el “género”, en el que están agrupados en “familias” (género *Panthera*, género *Grandes simios*, etc.). De hecho el *Homo-Sapiens* no fue la única especie dentro del género “homo”, no fuimos la única especie humana.

Hace 2,5 millones de años el simio “australopitecus” (simio austral), producto de desplazamientos por alimentos, climas, supervivencia en nuevos espacios fueron migrando y evolucionando en direcciones diferentes: resultado, varias especies humanas diferentes: Resultados; el “Homo Erectus”, predecesor del “Homo-Sapiens”. Desde el continente africano se inician movilizaciones y que llevan, en una primera etapa, al continente Europeo y al Asia Occidental. Posteriormente en periodos de millares de años evolucionan, esto se origina por factores de cambios climáticos y zonas de vida diferentes; alimentación y modos de supervivencias diversos y, posteriormente, por las grandes movilizaciones, que permiten la aparición en diversos espacios geográficos de “homos” diferentes. Así en la Isla de Java vivió el “homo soloensis” (hombre del valle del Solo). En Indonesia el “homo Florencis” (de la Isla de Flores) que por su aislamiento geográfico y mala dieta alimentaria fue mutando hacia un enanismo. Vienen también el “homo roudolfenses” (Homo de Rodolfo, Africa oriental); incluso en la gélida Siberia surge el “homo desimonova” (de las cuevas desinova) y con ellos coexistiendo también el “Homo-Sapiens y los “Neardenthal”(1).

Todos ellos cazadores-recolectores; no fue una historia lineal de primero unos y luego otros, sino más bien fue un pasado multiespecífico (Y.Noah; 20018) de la aún primitiva especie humana, pero todos tuvieron un denominador común que los diferenció de las otras especies de animales: Un cerebro más desarrollado; de todos ellos, dos tuvieron mayor capacidad craneal: el homo sapiens y el Neardenthal. Ello tuvo como antecedente, producto de la primera oleada desde África Oriental de” homos erectus”, (de más de un millón de años atrás), pero en esta última, de mayores proporciones, avanzaron y se expandieron por la península Arábiga y después hacia todo el continente Euro-asiático; ¿y que encontró allí?, pues a una especie Neardenthal ya desarrollada, y qué ocurrió entonces? pues nada menos que los primeros conflictos de una migración desconocida. Existen dos teorías que tratan de explicar porque desapareció el Neardenthal: Una la teoría del “entrecruzamiento”, y la otra la teoría de la “sustitución”(por incompatibilidades, genocidios etc.). Pero en realidad fue un poco de ambas. Pues si bien es cierto eran dos humanos que eran diferentes: Los “Neardenthal”, (piel clara, mayor corpulencia, aunque menor estatura, mayor dimensión craneana) y hubieron enfrentamientos, pero no fue esto

lo definitivo, pues se ha llegado a colegir que la magnitud numérica del *Sapiens* era considerablemente mayor a los *Neardenthal* existentes, que básicamente estaban situados en Eurasia. Se llegó también a determinar de la explosión piroplástica de un mega volcán (Ygninbrita, hace 200,000 años, cerca a Nápoles, Italia), lo que llegó a modificar dramáticamente el clima en esa área, su habitat y la alimentación que los casi exterminó por completo. Los “*Sapiens*” que fueron llegando después en grandes oleadas migratorias desde África y Asia, fueron ocupando esos nuevos espacios. Lo que sí se determinó, es que existieron pocos cruzamientos, tanto así que se ha concluido científicamente la existencia del ADN del *Neardenthal* entre 1% y 4% en la mayoría de los humanos de hoy, en especial en Europa.

Pero sí se impusieron finalmente ocupando los nuevos espacios producto de estas grandes migraciones de los “*Sapiens*” fue por el desarrollo de su mejor capacidad cognitiva y social. ¿Y cómo se traduce ello? En su mayor versatilidad en el uso de un lenguaje rudimentario y simbólico, y por lo tanto mayor capacidad de comunicación y mejor instinto social. “*El homo sapiens*” fue un animal más social. La cooperación social fue la clave de su subsistencia, una mayor imaginación para comunicarse, para visualizar escenarios más allá de un lenguaje instintivo, (lo que se denomina “la realidad imaginada”: Y.Noah) para modos y estrategias de caza, de convivencia grupal etc. En consecuencia todo esto fue definitivo en el empoderamiento espacial y territorial del “*homo-Sapiens*”, lo que Gordon Childe denomina “la experiencia colectiva acumulada” (2) vital para la transmisión de los conocimientos grupales, y su posterior evolución a nuevas formas productivas y sociales, a lo que se agrega la adhesión a los mitos comunes en el imaginario colectivo (la revolución cognitiva) que fueron posibilitando la fundación de grandes aldeas y después urbes. Lo que propulsa esta evolución son diversos factores desde los grandes desplazamientos u oleadas migratorias, vinculadas a los condicionantes medioambientales y alimentarios que fueron definiendo características propias en los humanos primitivos, pero fundamentalmente las capacidades comunicacionales, de socialización y solidaridad grupal lo que definió su supervivencia y por ende la prevalencia del “*Homo Sapiens*” como única y definitiva especie que dio inicio a nuestra historia.

En la dialéctica de la historia de la humanidad, los procesos de cambios sociales y productivos generaron procesos migratorios desde la edad neolítica a la revolución agrícola, y; en un devenir y largo proceso (las edades del cobre; del bronce y del hierro) se irían alterando las estructuras socio-económicas hasta lo que vendría a ser posteriormente la revolución industrial. Es así que en todo ese lento proceso histórico se dieron cambios fundamentales en las relaciones socio-productivas que se imponían y manipulaban a través de regímenes esclavistas del movimiento poblacional, tal como se hacía en el Egipto de los faraones, en provecho de la construcción de obras suntuosas y monumentales, con mano de obra esclava trasladada de otros lugares (3). Igualmente, los desplazamientos planificados y obligados que hicieron los griegos y los romanos que trasladaban comunidades enteras, dentro de sus colonias, para ocupar espacialmente sus nuevos territorios conquistados. De la misma forma lo hacían los emperadores chinos, especialmente cuando se consolida como Imperio con la dinastía Chin, ello con el propósito del poblamiento de los confines de sus territorios, no sólo con visión estratégica militar sino para asegurar el equilibrio alimentario dando mayor productividad al agro y poder manejar sus excedentes. De igual forma, en el Imperio Incaico, a partir de la dinastía imperial desde Pachacutec, el control de las poblaciones y los movimientos migratorios hacia nuevos territorios dentro de los “Cuatro Suyos” (puntos cardinales) era una política de administración, control social, manejo de los excedentes agrarios e integración poblacional.

Con el advenimiento de la edad moderna y con ella los grandes descubrimientos, y con ello el nuevo mundo; las migraciones imprimen un sello a ese siglo. Las migraciones que afincaron en América, arrasando poblaciones nativas, trasladándose casi poblaciones enteras europeas, originándose, en algunos casos más que en otros, un mestizaje inter racial; intercultural y sincretismos religiosos; conformándose nuevas colonias de los imperios de ultramar; también, en una segunda etapa, las migraciones forzadas en condiciones infrahumanas desde África, así reprodujeron en este continente estructuras de dominación esclavista que estaban ya siendo superadas en el seno de las potencias dominantes.

Esta constante evolución de las corrientes migratorias en las diversas épocas de la humanidad tuvo posteriormente en el siglo XX una especial connotación como causa y efecto al trastocar las estructuras socio-económicas, especialmente por la profusión de elementos y variables que la impulsan desde el ángulo de su multicausalidad como el impacto que genera en su multidimensionalidad.

II. EVALUACION:

El Derecho internacional y el Multilateralismo

A inicios del siglo pasado, poco después de la I Guerra Mundial, los Gobiernos desde su enfoque unilateral, enfrentan el problema de ingente número de personas desplazadas y con ello la búsqueda de soluciones a través de enfoques multilaterales. Se establece así el Comité Intergubernamental de Refugiados (CIGR) en 1938, especialmente para las personas que huían de Austria y Alemania a consecuencia de esa Guerra mundial.

En 1946, ya constituida las Naciones Unidas (NNUU) se crea la Organización Internacional de los Refugiados (OIR), en directa colaboración con los Gobiernos, tratando de reubicar a los refugiados, y posteriormente ya en 1951 es reemplazada por el Alto Comisionado para las Naciones Unidas, abarcando su radio de acción más allá del continente europeo.

Dentro de esta dinámica ese mismo año también se crea el Comité Intergubernamental sobre Migración Europea (CIME) para, posteriormente, en 1989 crearse la actual Organización Internacional para las Migraciones (OIM) (4).

Al principio de la década de los noventa, la visualización de las migraciones en la agenda internacional se pone de manifiesto. Aunque pocos años antes, ya algunos gobiernos europeos a través de medidas unilaterales y/ o con políticas bilaterales, ya venían restringiendo con medidas anti-inmigrantes. Se empieza así a cambiar el rol histórico de Europa, de tradicional emisor de migrantes a receptor y fiscalizador severo.

Así vemos pues, que casi paralelamente a la creación de la OIM en 1989, año de la caída del muro de Berlín, se va a incluir nuevos criterios en el enfoque de la migración, ello basados en criterios de amenazas a la seguridad estratégica y a la seguridad interna.

Desde 1970 los países europeos ya anunciaban programas de «migración cero», difundándose ideas de como frenar la migración que ya empezaba a adquirir contornos de cierta magnitud, ello en contra de la noria de la historia que anteriormente funcionaba con la lógica de los países emisores.

El desempleo, las crisis económicas en los países de este hemisferio, la propia demanda de las remesas, las demandas encubiertas de los empresarios por mano de obra barata, el proceso de dualización y segmentación en los mercados laborales propiciaron acuerdos entre algunos países receptores y emisores.

Así se establecen también, acuerdos de controles en las fronteras (acuerdo de Trevi, Italia, en 1973); y se da inicio a las negociaciones del Acuerdo Schengen en 1985, el cual posteriormente bajo el marco de la Convención de Dublin, Alemania, finalmente se llegó a firmar (1990). Este acuerdo intercomunitario de la Unión Europea, posibilitaba la libertad de desplazamientos intrafronterizos entre los ciudadanos comunitarios; también contenía aspectos de fiscalización hacia los ciudadanos extra-comunitarios, como controles con mayor tecnología, mayores intercambios de informaciones, posibilidades de detención en un tercer país en tránsito etc.

Posteriormente en Maastricht, Alemania, se definen aspectos de la circulación intracomunitaria incluyéndose temas de migración y asilo; y, en el tratado de Ámsterdam en 1993 se define, como una segunda fase de Schengen, normas de obligatoriedad para el cumplimiento y el respeto irrestricto a lo establecido. No estaban incluidos los países europeos fuera de Shengen como el Reino Unido e Irlanda, además de Islandia y Noruega. Dentro de este ámbito de compromisos se define que tanto el Consejo (nivel Presidencial) y la Comisión de la UE (nivel expertos) son las únicas instancias que pueden legislar en materia migratoria, excluyendo de este manejo al Parlamento Europeo.

En la ciudad de Tampere, Finlandia (1999), en la reunión del Consejo de Jefes de Estados Europeos, se afina y se define una nueva estrategia para un mayor control migratorio para crear un espacio de “Libertad, Seguridad y Justicia”, pero también se incluye la novedad de gestionar la migración a través de la “Cooperación para el Desarrollo”, y, dentro de este paquete, se incluye el diseño de las denominadas “Políticas de Retorno”. Esto lo veremos, casi una década después, cuando se define esta idea a través de la pretendida implementación de la llamada “Directiva de Retorno” que suscitó grandes debates birregionales (Europa-América Latina). Así también veremos cómo en esa coyuntura, que la Comisión de la UE publica el denominado “Libro Verde que se sintetizaba, tal “Política del Retorno “en tres aspectos: Principios comunes, Normas comunes y Acciones Comunes.

Pero siguiendo la secuencia de los 90, verificamos como el Multilateralismo, se hace presente a través del abordaje internacional del tema migratorio, ello a través de una conferencia en 1994 en la ciudad de El Cairo: Conferencia sobre “Población y Desarrollo”, donde a pesar de que el tema central no fue el migratorio, se pudo enfatizar que los países en desarrollo promuevan, a través de la cooperación internacional, la creación de empleos con sustentabilidad en especial para las poblaciones migrantes. Allí se establece un Plan de Acción de dicha conferencia, recomendando a la comunidad internacional una serie de objetivos en materia de migración y desarrollo. Así se incluyen novedosas políticas como desarrollo sostenible, educacionales, igualdad y equidad entre los sexos, reducción de la mortalidad infantil y acceso a la salud. Se incide en una política de ordenamiento de los flujos migratorios para que tengan efectos positivos desde los países de origen. Se hace un llamado para que se afronten las causas básicas de la migración, el fomento de las remesas, promover el retorno voluntario, evaluar la utilización positiva de las migraciones temporales etc. Esa vez se va a registrar el inicio del interés del multilateralismo en la Agenda Migratoria Internacional.

En el año 2001 el Gobierno de Suiza, con el apoyo de la OIM lanzó la llamada “Iniciativa de Berna”, proceso consultivo entre los Estados para promover una mayor gestión de la migración a nivel mundial a través de la cooperación interestatal. De aquí devienen unas cuatro reuniones consultivas para tratar aspectos fundamentales del tema migratorio y para

desarrollar políticas efectivas en la gestión de la migración, ello a través de las políticas públicas, lo cual posibilitaran conclusiones y recomendaciones que se analizarían en una II Reunión de la “Iniciativa de Berna”. En donde se va a evacuar un documento denominado “Agenda Internacional para la Gestión de la Migración Internacional”.

En el 2002, el Secretario General de las NNUU se empodera del tema y a través de su informe “Fortaleciendo las Naciones Unidas, una Agenda para Profundizar el Cambio” se refiere a la creciente importancia de la migración internacional y a la necesidad de estudiar sus causas e impacto en el desarrollo.

Es así como en el año siguiente, 2003, promueve la creación de la “Comisión Global sobre Migración y Desarrollo”, entidad independiente, conformada por 19 destacados académicos en la materia. Esta Comisión concluyó sus funciones en el 2005 después de culminar un profundo informe: “Las migraciones en un mundo independiente, nuevas orientaciones para actuar”. Allí se determinaba la necesidad de cambios organizacionales para que los diversos mandatos y funciones en las diversas instituciones de NNUU se fusionaran en una sola estructura u organismo; así como también la urgente necesidad de una coordinación entre las estructuras existentes. Esto llevó al Secretario General a recomendar la ampliación del “Grupo Mundial sobre Migración” en Ginebra; lo que permitió la creación de la “Comisión Mundial sobre Migración y Desarrollo” en el 2003, que paulatinamente fue incrementándose de 6 instituciones integrantes de NNUU a 14 miembros actualmente.

En el año 2006 se va a producir el “Dialogo de Alto Nivel sobre Migración y Desarrollo de las Naciones Unidas” centrándose en el eje Migración y Desarrollo. Fue el primer evento en el marco de la ONU que se debate a nivel de una Asamblea General, participando más de 130 países, esto marca un hito en la inclusión y manejo del tema migratorio en la agenda multilateral sobre esta temática y posibilitó la creación del “Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo”. (5)

Este Foro se constituyó en un espacio de dialogo no-vinculante a nivel global para el intercambio de experiencias y propuestas en el ámbito migratorio a fin de integrar sinergias para la migración internacional. Este

Foro es un mecanismo de diálogo multilateral sin precedentes a nivel global, con una agenda progresiva en plena ampliación. A la fecha se han realizado 11 reuniones en países de los cuatro continentes, participando los países a través de un “Steering Committee” o Grupo Directivo; y, un sistema organizativo a través de una troika de países (país sede, país sede anterior y país sede próximo). Participa también la sociedad civil en forma limitada.

Actualmente, dentro de lo que constituye el novedoso enfoque de la “Gobernanza Migratoria”, las Naciones Unidas ha venido apoyando y propiciando el “Pacto Mundial para una Migración Segura y Ordenada y Regular”. Si bien es cierto no tiene un carácter vinculante, constituye más bien una guía para la toma de decisiones de los Estados respecto a los flujos migratorios, teniendo como marco las legislaciones nacionales e internacionales.

Tiene su precedente en la adopción de la “Declaración de Nueva York para Migrantes y Refugiados”. Los 193 países de Naciones Unidas reconocieron deberían abordarlo de manera integral y a través de la cooperación global. Se inicia así un proceso de negociaciones y consultas que culminaron en el citado Pacto Mundial.

Se firma así este compromiso internacional al término de la reunión que fue convocada entre el 10 y 11 de diciembre del 2018 en Marrakech, Marruecos, siendo que de 194 países miembros de NNUU, firmaron este documento 163. Su variada temática de 23 puntos van desde temas de Derechos Humanos y humanitarios a Gobernanza migratoria, marco legal para la cooperación internacional, trata y tráfico de personas, así como también, siguiendo la Agenda para el 2030 lo relativo al desarrollo sostenible y la agenda de Addis Abeba para el financiamiento para el desarrollo. (6)

La Multidimensionalidad Migratoria

La necesidad de enfrentar la gobernabilidad de la migración internacional mediante el dialogo y la cooperación internacional, con una visión que reconozca la complejidad del fenómeno.

Sabemos que el panorama migratorio se ha complejizado aún más y los numerosos asuntos asociados a la migración internacional se han transformado en temas claves de la agenda del desarrollo. Las necesidades

de evaluar adecuadamente los impactos pusieron a la migración en el centro del debate, lo que aún se agrava, considerablemente, con ocasión de la actual crisis económica y de salud mundial.

En esta llamada “Era de las Migraciones” se constata que la migración entraña problemas y riesgos, pero a la vez oportunidades para el desarrollo. Es evidente el contrapunteo entre pérdida de capital humano; irrespeto a los derechos humanos; desarraigo familiar etc.; a lo que hoy se suma la gravitante pérdida de empleos a nivel global. Nada halagadoras perspectivas para un mejoramiento laboral; lo que va requerir evaluar oportunidades de nuevas políticas nacionales para la promoción de programas direccionados a través de flujos migratorios ordenados, la cooperación multilateral e interestatal etc.

En el marco de todo esto, la aparente relativización del Derecho Internacional respecto al irrestricto respeto de los acuerdos internacionales sobre los Derechos Humanos, como asimismo de los Derechos Sociales, Económicos y Políticos. Todo ello, encuentran nuevos argumentos o pretextos en la realidad actual a través de enfoques que privilegian la securitización de las migraciones. A ello se agrega el endurecimiento de políticas migratorias laborales por las consecuencias de la crisis mundial actual.

Por ello, es importante formular algunas reflexiones a partir del diagnóstico que sitúe, claramente, la multidimensionalidad del fenómeno migratorio en sus esferas principales: política, económica, social y cultural.

En la dimensión política con excepciones de algunos países de Europa y, por la incertidumbre y contradicciones que aún se percibe de la política migratoria de los Estados Unidos, existe un panorama poco alentador en cuanto a un proceso multilateral en plena construcción. A la crisis de refugiados que hace más de una década originada en África y Asia próxima, fueron llegando hacia Europa paulatina y dramáticamente, hoy también se suma las oleadas de migrantes de Venezuela hacia los países cercanos, lo que se agrava con la catástrofe mundial del Covid 19, que le da ribetes Kafkianos al panorama de los migrantes.

Lo que se constituyó en elementos importantes fueron el dialogo diplomático multilateral a nivel de los Estados y NNUU y posibilitó poder

redireccionar y encausar especialmente hacia la región de América Latina nuevas líneas de cooperación. Hoy más que nunca resulta igualmente importante el rol y compromiso de los organismos internacionales y las instituciones de la sociedad civil. En ese marco, la profusión de foros internacionales que analizan el fenómeno fue logrando avances importantes en el aún, largo camino por recorrer, se debe tratar de propiciar el análisis y el debate a través de agendas que eviten exclusiones para el abordaje de la migración desde su multicausalidad hasta su tratamiento integral.

En esta esfera política donde existen diálogos birregionales, extra regionales e intrarregionales a nivel de Estados y una fuerte interacción a nivel de la sociedad civil. Es importante, asimismo, visualizar las autonomías nacionales y sus responsabilidades respecto a la elaboración de políticas públicas que miren el conjunto del proceso migratorio. Igualmente, la definición de los ámbitos de responsabilidades y modalidades para un adecuado manejo o gobernanza migratoria, así como también, la inclusión de la variable gestión migratoria en los planes nacionales para la reducción de la pobreza y el desempleo en el marco de las respectivas agendas para el desarrollo.

En la dimensión económica, el análisis del entorno internacional; los impactos de la globalización y el desorden y las consecuencias de esta pandemia mundial deben constituir premisas fundamentales para el tratamiento del fenómeno migratorio.

La realidad de las economías de los países emisores vis a vis países receptores de la migración, resulta fundamental para comprobar los desequilibrios generados por el desigual desarrollo capitalista. Y frente a ello, resulta indispensable una constatación general de validez especial en lo que se refiere a las tendencias de las grandes inversiones internacionales en el mundo, debido a que en su mayor parte tienen como destino a países desarrollados (más del 60%), y en segundo término, el porcentaje restante se deriva con criterio selectivo hacia otras regiones geográficas (Europa oriental, Asia emergente, América Latina y África, en ese orden). Con ello, la constatación, ya no cuantitativa sino cualitativa, que ese restante flujo de inversiones, prefieren colocarlo en sectores primarios (extractivistas) y terciarios (comercio y servicios), siendo el sector secundario (intensivo en

mano de obra) poco privilegiado; por lo que no se va a generar un soporte adecuado para el fenómeno del desempleo y el subempleo, en especial para los países emisores de migrantes.

Por otro lado, y frente a eso, la propia estructura internacional de la economía global adolece de un marco multilateral adecuado y realista que rij a cabalidad el movimiento internacional de personas, generando con ello, efectos colaterales graves como la inmigración irregular, el tráfico y la trata de personas, la descapitalización por la migración de trabajadores calificados y fuga de cerebros (“brain drain”), etc. Para que este marco multilateral tenga éxito debe existir un consenso internacional para el cumplimiento y ampliación de los compromisos multilaterales en las diversas áreas de la migración. Por otra parte, el intercambio de información sobre los excedentes y escasos de mano de obra, así como la armonización de políticas que regulan la intermediación laboral debe ser asumido con absoluto pragmatismo y seriedad por parte de los países receptores y emisores, así como por los diversos organismos internacionales involucrados en la temática migratoria.

Este marco institucional general para la migración internacional debe estar caracterizado por su transparencia y uniformidad basada en el cumplimiento estricto de la normatividad del Derecho Internacional.

Un elemento importante dentro de la óptica de la migración y el desarrollo es la generación de programas de “Codesarrollo”, los cuales van a tener impacto en la generación de empleos, diversificación de exportaciones no tradicionales y el incentivo hacia la generación del autoempleo; tanto en los países de origen como de destino; (existen algunos casos de buenas prácticas al respecto), y marcan una ruta a seguir, en donde el codesarrollo más que un concepto se instituye como una nueva realidad cuyos protagonistas son los propios migrantes, bajo la cobertura de los propios Gobiernos y el apoyo de la comunidad internacional.

Otro elemento sustancial en esta esfera económica lo constituyen las remesas, como motor y dinamizador de los programas con impacto en el bienestar de los migrantes, sus familiares y dependientes. Impulsar las remesas implica expandir el acceso a mecanismos financieros que van a originar inversión productiva, así como también acceso al mercado dinamizando la demanda en las economías de los países emisores.

Aparte de ello, se debe reconocer el aporte que directamente las remesas hacen a la caja fiscal del Estado del país emisor por el hecho que las remesas, además de dinamizar la economía, incentivando el gasto productivo y el gasto corriente, generan a través de este último, el obligatorio pago de impuestos (I.G.V.; 18% en el caso peruano) lo que en números redondos representa el pago de impuestos del 18% del total del monto recaudado durante un periodo anual.

La dimensión social de la migración, trae aparejado el análisis riguroso respecto a las causas estructurales de la migración. Para ello, es preciso reconocer que los desequilibrios y ciclos de desajuste que los modelos económicos tenían, como procesos naturales de ajuste (o de precario equilibrio del empleo), a los miles de desocupados que engrosaban las filas de la economía informal que se expandía como una respuesta contingente. Hoy en día, ese ajuste social como réplica inmediata, se sitúa en el crecimiento migratorio, en la expulsión de grandes masas desempleadas o subempleadas que siguen las rutas del capital y la tecnología; vale decir, hacia países desarrollados que son los que las acumulan (migración extra regional) y, en algunos casos, hacia países en vías de desarrollo que presentan ciertos nichos de mercado para ser cubiertos por la fuerza laboral migrante (migración intrarregional).

Todo ello como es sabido, bajo condiciones económicas de mayor desventaja ante la existencia del sesgo fiscalizador y restrictivo de algunas legislaciones migratorias (nacionales y/o comunitarias) que a contramano de la lógica de la globalización, no facilitan la libre circulación de la mano de obra como sí lo hacen con el capital y la tecnología.

Otro aspecto que es importante mencionar es la conformación del moderno concepto de ciudadanía (en este caso trasladado a la realidad migratoria), que emerge como forma de relación entre el individuo y el Estado como consecuencia de los procesos de modernización y democratización política. Tal concepto de ciudadanía supone el reconocimiento de los derechos civiles, políticos y sociales; para ello, en el ámbito de la migración, es importante centrarnos en cómo se redefine y se reproduce cultural y simbólicamente el concepto de ciudadanía para los migrantes.

De otro lado, como un factor de inclusión social y que le da un renovado impulso a la dimensión social de la migración, se encuentra el denominado "Capital Social", que más allá de un concepto abstracto, instituye y abarca a todo un conjunto de componentes sociales que potencializan al grupo migrante, a partir de la capacidad de obtener beneficios del aprovechamiento de las redes sociales y el acceso que a través de ella pueden obtener en comparación con las que se obtendrían si actuaran individualmente. Los componentes fundamentales son la solidaridad y la confianza: que como hemos analizado en este artículo, fue y es la generadora importante, en la propia historia de la humanidad desde la aparición de "Homo-Sapiens", en las diversas etapas de desplazamientos y asentamientos humanos que se van creando niveles de interacción y construcción social que devinieron en diversas formas y modalidades de estructuras sociales, productivas y culturales-religiosas.

En la dimensión cultural de la migración; el reconocimiento de la "interculturalidad", que se opone a la "multiculturalidad". La primera significa interacción, intercambio, proceso de integración cultural, la segunda significa reconocimiento que existe una diversidad cultural pero sin interactuar, o sea aislamiento, cerrarse en comunidades de origen es especie de guetos. Obviamente que dentro de estos procesos culturales de intercambio se dan, asimismo: procesos de "asimilación", que es una forma de asimilar a la otra cultura casi totalmente; pero esto sobre todo, se puede dar, sobre todo, en el marco de una interculturalidad; sin embargo bien canalizado de da otra variante que es de los procesos de "aculturización", que significa que en el propio intercambio cultural de la interculturalidad, se comparten y también se transmiten elementos propios de la cultura receptora y la cultura foránea; siendo el resultado un proceso de "transculturización", que indudablemente es uno de los aportes positivos desde el punto de vista cultural, al fenómeno de la migración.

Planteamiento del autor

Por otra parte, debo precisar, como tesis que el autor asume, que prioritariamente son tres los ejes temáticos cuya transversalidad resultan muy importantes para cualquier análisis integral y multidimensional del fenómeno migratorio.

Estos 3 ejes constituyen enfoques básicos y principistas que no sólo impactan en las relaciones Sociales, culturales económicas y políticas entre las sociedades sino es necesario profundizar el debate académico de cara a la profunda crisis global derivada impacto de la pandemia global, lo cual indudablemente paralizará, y, retrasará la construcción de un marco de oportunidades. Estos ejes son:

A) Los Derechos Humanos: El rol de los Estados en este ámbito, al adquirir relevancia el tema de los Derechos Humanos, que es transversal a todos los acuerdos que involucran la temática migratoria, adquieren la dimensión humana, que hoy en día, más que nunca, debe tener especial connotación en el ámbito de la relaciones Internacionales, en especial si se tiene en consideración que los acuerdos internacionales relativos a Derechos Humanos, poseen rango jurídico de convenios “*Ius Cogens*”, vale decir de indudable e imperativo cumplimiento.

En cuanto a su indivisibilidad, ésta se encuentra presente en todas y cada una de las áreas que componen la problemática migratoria; y dentro de ello la plena observancia a través del Derecho Internacional de los Tratados vinculados al marco del respeto a los Derechos Humanos.

A decir son nueve estos Convenios Internacionales de NNUU (7):

- 1- Declaración Universal de los DDHH.
- 2- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- 3- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
- 4- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.
- 5- Convención sobre los Derechos del Niño.
- 6- Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, inhumanas y Degradantes.
- 7- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

- 8- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- 9- Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las desapariciones forzadas.

B) El Desarrollo y su variable el “Codesarrollo”, constituye otro eje importante como consecuencia del impacto que la migración podría producir en las sociedades, en cuanto instrumento en la lucha contra la pobreza, a través del encauzamiento debido de las potencialidades que existen desde las políticas públicas nacionales, la colaboración Interestatal, la Cooperación Internacional a través del Multilateralismo; y, el aprovechamiento del “Capital Social” de los migrantes a través de uno de sus componentes fundamentales: Las remesas.

C) La Interculturalidad, eje muy importante también, como uno de los aportes más visibles en el ámbito del fenómeno migratorio, es interacción equilibrada y permanente va a generar un proceso de transculturización. Esto en un contexto de las nuevas “sociedades Transnacionales”, definitivamente, la Interculturalidad es uno de los aportes positivos más visibles de la migración, para el conocimiento y la transculturización de las sociedades en el mundo; en donde se producen relaciones de carácter cultural entre los que vienen de los países emisores con los del país receptor. Esta variable intercultural va combatir el desconocimiento; de lo cual deviene principalmente, racismos, Xenofobia, discriminaciones etc. y otras actitudes de intolerancia.

III. COYUNTURA ACTUAL: EN EL MARCO DEL PANORAMA DE LA PANDEMIA GLOBAL

Como hemos visto, hubieron ciertos avances e iniciativas originadas desde la propia sociedad civil y por los avances registrados desde el ámbito de NNUU en el marco del multilateralismo; y por otro lado, diversos gobiernos revisaron sus respectivas normatividades migratorias nacionales frente a una realidad evidente en el tema de la afectación de los Derechos Humanos de los migrantes; los refugiados y desplazados. Sin embargo a la luz de

la presente coyuntura por la grave pandemia mundial del Covid-19, estos procesos en algunos casos se detuvieron y en otros marcaron tendencias de retroceso; consecuencia de ello, prácticamente se congelaron los flujos migratorios, por las medidas de control de salubridad a través del cierre de fronteras, y también el relajamiento en la aplicación de normativas para la regularización de las calidades migratorias en diversos países receptores de ingentes flujos migratorios.

Resulta en esta coyuntura, dramático comprobar las realidades de los migrantes, los refugiados y las personas en la categoría de desplazados, internamente, en sus propios países. Algunos países han tenido respuestas siguiendo las pautas de diversos organismos de NNUU como la OMS, la OIT, ACNUR, la OIM, UNICEF etc., otros las dieron con sus Gobiernos, con criterios fundamentalmente securitistas y otros con políticas fundamentalmente discursivas e interpretativas laxas.

El ámbito de los desbordes migratorios, bajo criterios de Refugio, no es nuevo. Existen hace más de 20 años; realidades “Kafkianas” que eran los campamentos de refugiados en Kenia, Turquía, Jordania, Tanzania, India, Uganda, Pakistán, Etiopía, Chad, etc., que tales Gobiernos conjuntamente con ACNUR hacían denodados esfuerzos por administrarlos, pero, la realidad, por diversos motivos, mostró la insuficiencia de los financiamientos, recursos logísticos y humanos para su administración eficaz, registrándose hacinamientos increíbles y no estables.

Sin embargo, recién hace unos años se “visibilizó” enormemente esta situación dramática de los refugiados debido a los desplazamientos masivos hacia Europa. La Unión Europea trató de administrar el fenómeno y se determinó un sistema de cuotas para admitirlos, pero lamentablemente, la coyuntura del COVID-19 ha trastocado la administración que se pretendía del fenómeno y se volvió a un manejo de acuerdo a cada legislación nacional de los países de la UE. Países como Alemania, Suiza, Francia que hicieron campañas de solidaridad, inicialmente, en favor de la recepción de estos migrantes que entraban por las puertas de Grecia e Italia; pero que en esta crisis financiera, por desbordes en los volúmenes de ingreso en algunos casos y por temores en aspectos de salud en otros, sumado a la grave crisis de empleos, este panorama ha comenzado evidentemente a ser modificado.

Se estima, según el ACNUR, en unos 26 millones el número sólo de refugiados en el mundo. El 85% de ellos no están en Europa, la mayor parte de ese número en los países antes mencionados. De unos 500 millones de habitantes en Europa se estima en poco más de millón y medio de refugiados migrantes.

Uno de los aspectos que golpean fuertemente en la subsistencia de estas personas es que, no obstante, los esfuerzos realizados por diversas agencias especializadas de NNUU, conjuntamente con Gobiernos de los países receptores, (que en su mayor parte son países en vías de desarrollo), no cuentan con los presupuestos suficientes para cubrir las múltiples necesidades de los refugiados y sus familias. Por ello la OIT ha manifestado la recomendación para que los Gobiernos deban flexibilizar sus leyes laborales para que estas personas puedan trabajar, y no sólo con motivo de la crisis COVID-19. En un comunicado así lo han expresado: “El acceso al empleo productivo y al trabajo digno debe ser la estrategia más importante para una respuesta sostenible a la presencia de personas refugiadas y a las personas desplazadas por la fuerza”. La plena participación en sus países de acogida, brinda a las personas refugiadas autosuficiencia, aumenta el grupo de consumidores y contribuyentes, promueve la cohesión social y extiende más manos solidarias a las personas vulnerables. Por otro lado, la OIT, asimismo, señala que en esta pandemia las capacidades económicas de los trabajadores migrantes estables han disminuido considerablemente calculándose que ello afectaría directamente en aproximadamente a un millón seiscientos mil refugiados que venían laborando.

De otro lado, de acuerdo con NNUU, tan sólo en el 2019 aumentó en unos 8.5 millones el movimiento masivo de desplazamientos internos. Ello provocados por las guerras intestinas, violencias estructurales y desastres naturales. Se calcula que para fines de este año el número será de 45.7 millones de desplazados. Esto ha hecho que NNUU haya constituido un “Panel de Alto Nivel de las Naciones Unidas para los Desplazados”.

El caso de Siria es emblemático, no sólo por el largo conflicto armado que atravesó y más de 5 millones de sus ciudadanos en campamentos de refugiados en países vecinos, sino por haber pasado de ser un país en

desarrollo a constituirse en uno de los más pobres de la región, y con especial énfasis en esta pandemia.

En el tema de la salud, en esta crisis sanitaria los países más afectados han sido los que se sitúan en África Occidental, Sabel, República Centroafricana, República Democrática del Congo y Yemen etc. La OMS por su parte, ha diseñado, conjuntamente con algunos Gobiernos, sistemas de monitoreo y vigilancia para el COVID-19; también diverso material de educación sanitaria y equipos de protección personal; esto se registra con mayor claridad en países como Camboya, Grecia, Líbano, México, Singapur, Tailandia y Turquía, entre otros.

También tenemos casos de algunos países como Tailandia que han dado un amplio acceso democrático para su sistema de salud a todos los migrantes, (con apoyo colateral del Gobierno del Japón); en otros; las respuestas han sido diversas de parte de los Gobiernos, lo cual se centró básicamente para las emergencias sanitarias.

Precisamente, en nuestra Región, las experiencias han sido diferentes en el ámbito migratorio: Argentina es la que registra la mayor antigüedad en migraciones intrarregionales; después en la década del 90 es Chile que se convierte en visible receptor de estas corrientes migratorias en la Región, y posteriormente Colombia y Perú fueron los que tuvieron un crecimiento casi exponencial a raíz de la crisis venezolana. En las últimas décadas los países de la Región, en consonancia con los avances registrados en diversos mecanismos de integración y los procesos consultivos regionales, revisaron sus legislaciones migratorias, adecuando sus normas y prácticas sobre todo en el ámbito de la regularización migratoria.

La crisis venezolana es la que va a modificar los patrones migratorios en la Región, configura una dinámica singular por la celeridad y el impacto de sus flujos migratorios en un corto periodo de tiempo. NNUU calcula que existen 4 millones.600 mil migrantes venezolanos en nuestra Región; siendo como 5 millones y 400 mil en el mundo (entre migrantes y refugiados). En Colombia (1 millón ochocientos mil aproximadamente), Perú (un millón y cincuenta mil), Ecuador (417 mil), Chile (407 mil), Brasil (262 mil) y Argentina (179 mil); en ese orden.

Durante esta pandemia mundial, todos estos países han puesto a prueba sus capacidades administrativas frente a la migración. La continuidad en el tema de la regularización migratoria ha tenido diversos acentos y modalidades en su tratamiento. En el plano discursivo aparentemente no hubo variaciones.

El cierre de fronteras fue el denominador común, con ella se detuvieron consecuentemente los flujos migratorios. Algunos optaron por exigir documentación relativa al otorgamiento de visas, otros otorgaron de manera complementaria visas humanitarias, otros (con evidentes indecisiones políticas-administrativas) cambiaban procedimientos otorgando primero permisos de ingresos temporales, luego Visas humanitarias y también otorgando indiscriminadamente refugios.

Así podemos observar que fueron diversas las estrategias de emergencia adoptadas, enfocándose más en sus agendas políticas que en la propia gestión administrativa e integral del fenómeno migratorio, pues no se puede ni debe implantar normas y planificarlas para un escenario improbable, esto es un error de cálculo político que obviamente les ocasionara una pesada mochila posteriormente.

El no garantizar el acceso en plena pandemia a determinados servicios sociales y de salud y al trabajo, bajo un enfoque de Derechos, constituye por el contrario un riesgo evidente para la propia salud de los nacionales y ciudadanos del país receptor, igualmente para la propia economía y la política fiscal del país y contribuye a la xenofobia y la discriminación, con lo cual igualmente se complica el tema de seguridad ciudadana al estimular la aparición de mayor delincuencia y otros delitos.

Es importante no desandar el camino recorrido con los avances registrados en la última década, a través de la implementación del acuerdo de Residencia del MERCOSUR, que innegablemente fue el mayor avance en la Región en el tema migratorio y que nos situaba como un modelo a seguir en esta importante área de la migración, como es el de la regularización migratoria. Sin embargo, en esta coyuntura algunos países han comenzado a cambiar de mirada y en la práctica se ha notado cierto endurecimiento en el tratamiento administrativo, en la que también no está exento de los vaivenes políticos, propios de esta Región.

En el tema del acceso al sistema de salud es un claro ejemplo donde no se siguió el patrón anterior; un solo país garantiza el libre acceso a su sistema sanitario a los migrantes, independiente de su status migratorio; otros lo hacen pero sólo en casos de emergencia cuando el migrante es irregular; otros admiten que en caso de niños y mujeres embarazadas, independiente a su situación migratoria (y la de sus padres), puedan ser atendidas normalmente y otros sólo en la parte discursiva mencionan “salud para todos” pero solicitan primero el carnet migratorio, que consigne su regularidad para ser atendidos. Esto ha provocado diversos escenarios de protestas y hasta enfrentamientos con respuestas de diverso calibre, pero sin solucionar el tema de fondo.

En el tema del empleo, la situación es angustiante para los migrantes, especialmente los de situación irregular o no estable; tal como lo afirma la OIT: 34 millones de empleos se perdieron en América Latina a consecuencia del COVID-19. Menciona también que es esta Región la más afectada en cuanto a horas de trabajo perdidas y con un descenso del 20.9% tan sólo en el primer semestre del año 2020.

En Centroamérica, no obstante el cierre de fronteras en ese corredor de migración hacia los EEUU, al acabar de abrir sus fronteras Guatemala, ha provocado que desde Honduras haya partido una gran caravana de migrantes, a pesar de los comunicados de su propio Gobierno, que ellos no son responsables de esta suicida iniciativa. Y ello a pesar de sendos mensajes de los Gobiernos de México y EEUU que contravienen esta medida espontánea de la sociedad civil Hondureña. Dicha caravana siguió adelante. Los líderes de este movimiento han manifestado no tener otras salidas, donde ponen en riesgo la vida de mujeres y niños de ese colectivo, pues enfatizan que no tienen mayor cobertura de salud y alimentaria y con evidentes desempleos.

Otro de los impactos que ha generado el COVID-19 es el campo de las Remesas. Las, previsiones, de acuerdo con el Banco Mundial, apuntaban a un descenso en los envíos del orden de los 100 mil millones de dólares en el mundo, lo que representaría un descenso del 20% del flujo de remesas en relación al 2019.

Esto representará un repunte en la extrema pobreza, afectando entre 40 y 60 millones de personas en el mundo. Esto también afectara

indistintamente a los países receptores de remesas y a los emisores de ellas. Complicando la sostenibilidad de tales envíos. Esto a pesar de haberse mejorado con la digitalización de los servicios de envíos notablemente, ello debido al incremento en la competencia entre los proveedores.

Se estima que los migrantes envían entre el 15 a 20% de sus ingresos a sus lugares de origen, lo cual representa para sus familias o beneficiarios hasta el 60% en algunos casos, es especial en esta época de desempleos por la pandemia, especialmente en países de índice bajo de crecimiento económico. Según la OIM, los trabajos más afectados de los migrantes se sitúan en la construcción, hotelería, restaurantes, servicios, manufacturas, labores agrícolas etc. Durante el 2019 el volumen de remesas en el mundo fue del orden de 706 mil millones de dólares, de los cuales el 90% fueron hacia países de ingresos medios y bajos.

En el tema de remesas hubieron algunas especiales fluctuaciones en caso de México y algunos países centroamericanos, donde en los primeros meses del año y en el segundo semestre, caso México, hubieron incrementos de los envíos, por razón de tener considerable número de migrantes en EEUU y en unos casos se apresuraron a enviar mayores cantidades previniendo, en los primeros meses, el probable confinamiento en sus países de origen, en otros la revalorización del dólar frente a sus monedas por las crisis económicas en sus países. Esta fluctuación positiva llegó hasta un 9.8 % a más.

En otras latitudes hubieron también algunos casos de repuntes de remesas, de un dígito, como en Filipinas, Bangladesh, Takiyistán, Pakistán; estos países tienen gran cantidad de migrantes, algunos de ellos están en empleos más estables a través de programas de migración circular.

Todo esto hace una combinación de factores que afectan a la migración considerablemente en esta coyuntura como el tema de acceso a la salud; la pérdida significativa de empleos; dificultades para la movilización a sus centros de labores; inseguridad ciudadana y aumento de la delincuencia en algunos países; problemas Psicosociales; y, por último, en algunos lugares como en Centroamérica y el Caribe los efectos climáticos de huracanes que motivaron una serie de medidas de evacuación en poblaciones vulnerables, donde precisamente se sitúan familias de migrantes; muchas de las cuales ubicadas en lugares transfronterizos debieron retornar a sus poblados

vecinos de origen. En este escenario, la UNICEF ha dado la voz de alerta en las deserciones escolares que afectan a niños y adolescentes en esa Región.

En consecuencia los efectos de la crisis socio económica y sanitaria han afectado de manera directa las políticas de reducción de la pobreza; las expectativas de los Objetivos del Milenio de NNUU; el descenso de las remesas, verdaderas válvulas de escape para los Gobiernos de países en Desarrollo que apoyan la sostenibilidad de las familias de menores recursos, afectando los ingresos fiscales del propio país emisor de migrantes; de acuerdo a estimados realizados por el Banco Mundial, el PBI de estos países de origen de migraciones se vería afectado hasta en un 20% , casos de países que sus PBI tienen marcada dependencia de sus remesas como Haití i(37.1%), Kirguistán (29.2 %), Honduras (22%), El Salvador (21%) Guatemala (13%) Filipinas (9.9%) etc. En todo este escenario el Banco Mundial prevé que la inversión extranjera caerá en los mercados emergentes en el orden del 35%.

Finalmente, y no un tema adjetivo, sino sustantivo, es el aspecto referido a la vulnerabilidad que se constata respecto a las consecuencias sobre la salud mental y el aspecto psicosocial que se evidencia debido; al impacto Psicológico, especialmente en los grupos más vulnerables de las sociedades. Existen al respecto, diversas interpretaciones por intelectuales; cientistas sociales y científicos en diversas partes del mundo, sobre el origen; las consecuencias ulteriores post-pandemia; teorías conspirativas etc.; que sólo han servido para insertar el “virus” de la duda.

Diversos estados emocionales desde grados de pánico, transtornos de personalidad etc. que critican o cuestionan las medidas de confinamientos; las depresiones por las pérdidas de las capacidades adquisitivas y/o empleos que se traducen finalmente en problemas de fatiga mental y en el dilema de la poca adaptación en asimilar un nuevo escenario de la realidad, totalmente impensado, o que no forma parte del inventario conocido de las tragedias humanas a escala global.

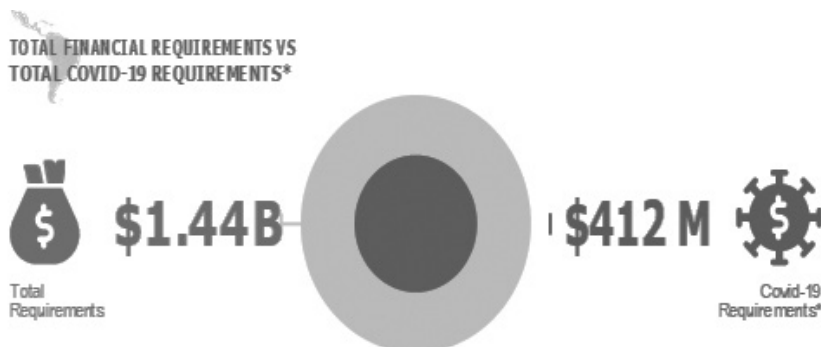
Otro tema que contribuye a este escenario de incertidumbres, es el rol de algunos medios de comunicación, en especial en esta era de “post-modernidad” en la que han surgido conceptos como los de “fake news” o de “post-verdad” y que confunden más a la opinión pública.

Desde que se confirmó en diciembre del 2019 el estallido del brote de ese letal virus, las respuestas han sido variadas; desde rápidas acciones gubernamentales, hasta tardías e ineficientes medidas integrales tanto de salud cuanto de políticas económicas. A la par de existir detractores en el rol de las acciones multilateralistas, en especial respecto a la gestión de la OMS; también los hay quienes señalan que los reflejos de NNUU son aún muy lentos, ello en el seno del propio Consejo de Seguridad, pues no han dado respuestas rápidas y oportunas para evacuar la respectiva Resolución, como fue en el caso del SIDA (RS 1038) y del Ebola (RS 2177), con respecto a la propagación de enfermedades peligrosas y contagiosas. Pues ello es importante para permitir movilizar recursos financieros, administrativos y otras decisiones políticas globales.

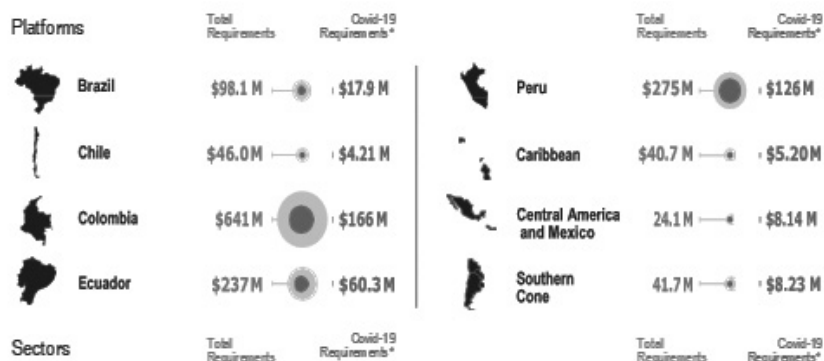
En este escenario que, como nunca se afectan una serie de derechos y libertades a nivel global, uno de los grupos más vulnerables en las sociedades de acogida que son los migrantes, sufren el mayor impacto; pues, tampoco cuentan, en última instancia, con el apoyo de sus redes familiares de manera presencial; y mientras tanto, lo avanzado en los novedosos criterios y programas de “Gobernanza Migratoria”, sobre todo de la última década, han marcado un retroceso o se han paralizado; y tanto, la gestión de los flujos migratorios transfronterizos se cortaron abruptamente o atraviesan situaciones de crisis, como también los movimientos poblacionales de las migraciones internas se han enfrentado a las medidas de inmovilización social o de especiales restricciones que han cortado su libertad de movimiento.

Esperemos pues, que el verdadero “espíritu de comunidad”, así sea colectivamente inconsciente, como en las épocas aurales, vuelva a tomar protagonismo en esta era de las biopolíticas, de controles sociales y de la inteligencia artificial y que nos devuelva la fe, en un destino promisorio y esperanzador.

Plan Regional de Respuesta para América Latina (coyuntura Covid), Interagencial, para Migrantes y Refugiados 2021, NNUU. RMRP 2021.



COVID-19 REQUIREMENTS* BY SECTORS AND COUNTRIES



BIBLIOGRAFIA

CHILDE, GORDON: “Que sucedió en la Historia” (2). Capítulo I: Arqueología e Historia. Editorial “La Pléyade”; Buenos Aires. Taller “El Grafico-Impresiones” 10/04/72.

LOPEZ ARAUJO, ALFONSO: “Migraciones Internacionales”: Introducción: Iniciativas internacionales para el tratamiento del tema migratorio. (3) Imprenta del Ministerio de RREE. Ecuador. 2009

MARMORA, LELIO: Las Políticas Migratorias Internacionales. Capítulo 6 Políticas de Promoción Migratoria (4) Editorial Paidós. Buenos Aires. 2004.

MAURTUA DE ROMAÑA, OSCAR: Editor. Impacto de las Migraciones Internacionales en el Desarrollo del Perú. Edición «Misky». 1ra Edición. Diciembre 2017.

NOAH HARAR, YUVAL. “De animales a Dioses” (1) Parte I; La Revolución. Cognitiva. Editorial, Penguin Random House. Buenos Aires. Debate. 2018.

NÚÑEZ-MELGAR MAGUIÑA, MARCO: “La Migración y el Desarrollo”. La migración en el Marco del Derecho Internacional Capítulo VII. (6). Editorial Académica Española. Madrid, España. 2019.

NUÑEZ-MELGAR MAGUIÑA, MARCO: Las Migraciones Internacionales: Problema o Posibilidad? Capítulo IV Ejes principales para el análisis de la Migración Internacional (5) Editorial. CREA IMAGEN. S.A.C. 2010. Lima, Perú.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS - NNUU. Oficina del Alto Comisionado. “Los Principales Tratados de DDHH. Publicación. Nueva York y Ginebra. 2004.

RELEVANCIA PARA LA INDEPENDENCIA DEL PERÚ DEL MODERNO CONCEPTO DE SOBERANÍA PREVISTO EN LA CONSTITUCION DE CADIZ DE 1812

*Alexander Antialón Conde**

1. INTRODUCCIÓN

La soberanía es un concepto filosófico-jurídico que data de la antigua Grecia y que se extendió en Europa durante la edad moderna, estando muy presente desde antes de la formación de los Estados-Nación. La soberanía como concepto fue desarrollado principalmente en los estudios de Jean Bodin (Francia 1530-1596), Thomas Hobbes (Reino Unido 1588-1679), John Locke (Reino Unido 1632-1704) y Jean-Jacques Rousseau (Ginebra 1712-1778).

Es particularmente de interés para el presente artículo el caso de España, donde la soberanía radicaba fuertemente en el Rey. Octavio Di Camillo sugiere que el humanismo castellano era de orientación nacionalista y monárquica antes que cívica y republicana (Morse, 1999: 45).¹ Ese concepto de soberanía absoluta del Monarca, llegó al Perú con la conquista y coloniaje, desde 1532, permaneciendo hasta 1812.

* Doctorando en Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Magíster en Ciencia Política y Gobierno con mención en Relaciones Internacionales - PUCP. Director Ejecutivo de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional (SPDI).

¹ Di Camillo, Octavio. (1976). *El Humanismo castellano del siglo XV*. Valencia.

En el contexto del siglo XIX, esa corriente ibérica respecto al concepto de soberanía –que venía siendo aplicado en el Perú desde 1532– tuvo un cruce ideológico con la corriente liberal británica, que se plasmó en la redacción del artículo 3° de la Constitución de Cádiz de 1812. Ese cruce de corrientes llegó a manifestarse también en la primera Constitución Política del Perú (1823), específicamente en su artículo tercero.²

La Constitución de Cádiz, en particular, su artículo 3° referido a la soberanía, se aplicó en el Perú durante su vigencia y, como anotamos, fue replicado en la Constitución peruana de 1823, también en su artículo 3°. Por tanto, ese cruce de corrientes filosófico-jurídicas europeas se manifestó en nuestra primera Carta Magna.

Cabe señalar que esta manifestación del cruce de corrientes culturales, generó una modernidad en el concepto de soberanía y por ende revolucionó el pensamiento del español, así como también del criollo, del mestizo y del indígena. En adelante, luego de 1812, la soberanía ya no radicaría en el rey sino en la Nación.

Esa modernidad de pensamiento, impulsó a que ilustrados personajes nacionales, encabezaran los actos revolucionarios que conllevarían más adelante a nuestra independencia. Tan es así que ese concepto moderno de soberanía se transcribió en nuestra primera Carta Magna.

Ante ello, queda abierta la pregunta: ¿en qué medida el nuevo concepto de soberanía de la Constitución de Cádiz influyó en las luchas independentistas del Perú? La respuesta será puesta en evidencia a lo largo del presente trabajo.

² Es oportuno transcribir las precisiones que realiza Richard M. Morse respecto a las citadas corrientes europeas: “Las tradiciones respectivas surgen de una matriz moral, intelectual y espiritual común. Dentro de esa matriz, del siglo XII al XVII, se escogieron opciones y se construyeron racionalidades que llegarían a producir los lineamientos característicos de lo que nosotros llamamos ‘civilización occidental’”. (Morse: 1999: 19)

2. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE SOBERANÍA

Como señalamos en la introducción, la noción de soberanía podemos encontrarla desde la antigua Grecia, con los aportes de Platón y Aristóteles. Sin embargo, recién con la edad moderna, dicho concepto fue examinado y se sustentó a favor del monarca.

Así tenemos a **Jean Bodin** con el aporte de su famosa obra *Los seis libros de la república*, publicado en Francia en 1576, en una difícil coyuntura por la guerra civil entre protestantes y católicos. Jean Bodin señalaba un tercer camino o vía que buscaba conciliar ambas posiciones, al menos que esté fundamentada en la tolerancia mutua. A este grupo se le llamó *les politiques*.

Bodin comienza por definir la soberanía como sujeción a un soberano que no está sometido a las leyes y que significa el poder supremo sobre los ciudadanos y súbditos. (Sabine, 1974: 301)

George Sabine afirma que Bodin entiende a la soberanía como un poder supremo que

Es en primer lugar, perpetuo, a diferencia de cualquier concesión del poder limitada a un periodo determinado de tiempo. Es un poder no delegado, o delgado sin límites o condiciones. Es inalienable y no está sujeto a prescripción. No está sometido a las leyes porque el soberano es la fuente del derecho. El soberano no puede obligarse a sí mismo ni obligar a sus sucesores, ni puede ser hecho legalmente responsable ante sus súbditos, aunque Bodino no tenía duda de que el soberano era responsable ante Dios y estaba sometido a la ley natural. (Sabine, 1974: 301)

En los años venideros, un par de ingleses habrían de continuar con el proceso de desarrollo del concepto de soberanía. El primero, desarrollando concienzudamente las consecuencias de un poder verdaderamente absoluto; y el segundo, equilibrando la balanza y encontrando en la novedad del naturalismo racionalista auténticas limitaciones al poder del Estado. Uno tendría por nombre Thomas Hobbes y el otro John Locke. (Gutiérrez, 2017: 36)

Gutiérrez nos contextualiza al respecto:

Así, en Inglaterra encontramos un debate ideológico sobre el detentador de la soberanía –enmarcada por la pugna por la supremacía entre el Parlamento y el Rey–, mientras la Europa continental sería escenario de la concreción del poder soberano a partir de la institución del principio de no intervención en la Paz de Westfalia. (Gutiérrez, 2017: 36)

Thomas Hobbes suprimió la dependencia de la ley natural que Jean Bodin trazaba en su definición de soberanía y constituyó al soberano en única forma de poder. En su tratado más famoso, *Leviatán* (1651), justifica desde la filosofía la existencia del autoritarismo estatal.

Gutiérrez nos da luces sobre el pensamiento de Hobbes:

El hombre daba así, mediante un solemne *fiat*, vida a un nuevo ser: el Estado, a quien también llama –sin carencia de devoción– el gran *Leviatán*. Sin embargo, cual persona moral que es, el Estado no puede actuar por sí mismo, sino a través de un representante; este representante, o “titular” como lo llama Hobbes, asume el nombre de *soberano*. (Gutiérrez, 2017: 44)

Por su parte, Morse nos refiere lo siguiente:

Aplicado al terreno político, el método “resolutivo-compositivo” de Hobbes eliminaba las grandes cuestiones morales y teleológicas, eclipsaba la visión de la sociedad como un organismo o “cuerpo místico” y presentaba una apología del Estado y procedimientos para establecerlo que eran enfáticamente utilitarios. (Morse, 1999: 77-78)

Asimismo, Gutiérrez proporciona información sobre aquello que diferencia al pensamiento de Hobbes y que a su vez ofrece conexión hacia las posiciones ilustradas de Locke y Rousseau:

Lo que sí resulta novedoso, y que sería recogido por autores que le seguirían como Locke y Rousseau, es la justificación mayoritaria de los actos del soberano preparada por Hobbes. Enfáticamente se señala en el *Leviatán* que las minorías están obligadas a pasar por las decisiones tomadas por la mayoría, inclusive desde el momento mismo de la institución del soberano: quien voluntariamente participa en la congregación de quienes constituyen la asamblea en que se ha proclamado un soberano, declara

por ese solo hecho su voluntad de reconocer como propia la decisión de la mayoría. Todo súbdito debe ver entonces en los actos del soberano su propia mano: “[C]ada súbdito es, en virtud de esa institución, autor de todos los actos y juicios del soberano instituido (...)”. En términos semejantes, no puede haber espacio para la insubordinación de los súbditos hacia el soberano; Hobbes incluso llega a plantear la posibilidad de que quien se negase a reconocer los actos atribuidos al Estado, debe avenirse a ser eliminado por el mismo. (Gutiérrez, 2017: 45)

Por su parte, Sabine nos dice que

Para justificar la fuerza, Hobbes conservó el antiguo artificio de un contrato, aunque tuvo buen cuidado de excluir la idea de que fuese un contrato que obligase al gobernante. Lo describía como un pacto entre individuos por virtud del cual todos renuncian a tomarse la justicia por su mano y se someten a un soberano. Su fórmula es la siguiente: “Autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho a gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho y autorizaréis todos sus actos de la misma manera... Esta es la generación de aquel gran Leviatán o más bien (hablando con más reverencia), de aquel dios mortal, al cual debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y nuestra defensa”³. (Sabine, 1974: 346)

En 1689 se publica el *Segundo ensayo sobre el gobierno civil* de **John Locke**. Con esta obra publicada en plena ilustración y en un contexto de lucha de poder entre el Rey y el Parlamento, Locke nos trae la novedad que la soberanía reside en el pueblo y la detenta el Congreso.

Conviene traer a continuación la explicación que ofrece Gutiérrez:

Locke repite una y otra vez esta idea a lo largo de su *Segundo ensayo*: el poder legislativo supera en dignidad, fuerza y legitimidad al ejecutivo, pues es el primero quien determina las atribuciones del segundo, a las cuales debe limitarse en cuanto imposiciones de la voluntad popular manifiesta en la ley, sabido como es que “quien a otro pudiera dar leyes le será obligatoriamente superior”. Tómese en consideración el trasfondo de la lucha política entre rey y parlamento que envolvía la obra, para

³ Leviatán, cap. 17 [trad. esp. cit., p. 137].

dimensionar el impacto de esta afirmación. Puede concluirse entonces, siguiendo la lógica del argumento, que el efecto inmediato y específico del contrato social es el establecimiento de un poder legislativo, el otorgamiento a un cuerpo político de la casi sacra facultad de dar la ley a los demás. El legislativo así se coloca al centro de la escena política, volviéndose caja de resonancia del sentir de la sociedad y, para los efectos que a este trabajo se refiere, receptáculo de la soberanía, cuyo ejercicio le es conferido por su propietario original: el mismo pueblo. El entramado de semejante doctrina es sumamente complejo, por más que aparezca cobijado de simpleza que maquilla las páginas del *Segundo ensayo*. Podría decirse, haciendo uso del ya citado recurso de la representación en Hobbes, que el legislativo es el representante del pueblo, y en cuanto tal, el soberano. Así, en cualquier Estado en que se quiera ver qué cuerpo político ostenta la calidad de soberano, deberá buscarse por quien tiene *de facto*, la facultad de legislar, independientemente del nombre con que se conozca al órgano político en cuestión. (Gutiérrez, 2017: 57)

Asimismo, Sabine nos precisa lo siguiente:

Siguiendo la experiencia de la revolución inglesa, Locke daba por supuesto que el poder legislativo es supremo en el gobierno, aunque admitía la posibilidad de que el ejecutivo participase en la creación de las leyes. Pero ambos poderes son limitados. El poder legislativo no puede nunca ser arbitrario, ya que ni siquiera el pueblo que lo establece tiene tal poder; no puede gobernar mediante decretos impremeditados, ya que los hombres se unen para tener un derecho y unos jueces conocidos; no puede tomar la propiedad de los individuos sin el consentimiento de éstos, cosa que Locke interpreta como equivalente al voto de la mayoría; y no puede delegar su poder legislativo, ya que este se encuentra de modo inalterable en las manos en que lo ha colocado la comunidad. En general, su poder es fiduciario, ya que el pueblo tiene el supremo poder de modificar el legislativo cuando actúa de modo contrario a la confianza en él depositada. El ejecutivo está limitado además por una dependencia general del legislativo y porque su prerrogativa está restringida por el derecho. (Sabine, 1974: 394)

Continuando con el estudio de la evolución de la soberanía como concepto, en 1762, **Jean-Jacques Rousseau** publica su famosa obra *El contrato social*, recogiendo ideas de Locke pero aplicadas a la realidad

francesa, afirmando que la soberanía reside en el pueblo. “Según explica el propio Rousseau, lo concibió [el *contrato social*] como parte de una obra mucho más amplia que tenía en proyecto, pero no pudo acabar” (Sabine, 1974: 431). [El corchete es nuestro]

Gutiérrez nos explica al respecto:

Si durante el siglo XVII la teoría política había tenido como centro a Inglaterra, en el XVIII su fuente principal se mudaría a Francia, en donde Voltaire defendió la libertad de pensamiento, expresión y publicación; Montesquieu formulaba la mejor lograda teoría de la división de poderes en su afamada obra *El espíritu de las leyes* (1748); Turgot manipulaba la idea del progreso humano en aras de construir una filosofía de la historia en su *Discurso sobre los progresos sucesivos del espíritu humano* (1750); y Helvecio recogía en su libro *Del Espíritu* (1758) el utilitarismo que por entonces propugnada Hume en Escocia. El contraste y el debate entre toda esta ebullición intelectual, prologaba la obra de otro gran autor en la historia de la soberanía, Juan Jacobo Rousseau; con él, en Francia –como antes en Inglaterra– la soberanía sería reformulada en favor del pueblo; esto es, devendría en soberanía *popular*. El Estado ya no se identificaría más en la figura de un solo hombre, sino en el cuerpo de la comunidad entera, y se trazaba el camino para que nunca más pudiera alguien afirmar lo que dijera el Rey Sol: “el Estado soy yo”. (Gutiérrez, 2017: 72-73)

El mismo Gutiérrez se pregunta ¿qué razón de ser tiene la idea de la soberanía a la luz del *Contrato Social*? y se responde:

La soberanía es para Rousseau el ejercicio de la voluntad general, que como tal se manifiesta y actualiza en los mandamientos generales y abstractos, que los hombres unidos en comunidad política se dan en la igualdad a ellos mismos: las leyes. Los actos de soberanía así entendidos forzosamente deben constreñirse al ámbito de la generalidad; la voluntad general no puede fallar ni sobre un hombre ni sobre un hecho, pues de lo contrario estaría atentando contra su propia naturaleza. *Soberanía significa el legítimo derecho de un pueblo organizado al amparo de un pacto social de dotarse de normas generales –leyes– como instrumentos públicamente reconocidos por sus ciudadanos para alcanzar el bienestar público que en la deliberación de la asamblea han logrado discernir.* De ahí los dos principales atributos de la soberanía según Rousseau: la

inalienabilidad (puesto que la voluntad no puede ser transmitida) y la *indivisibilidad* (toda vez que esta voluntad, en tanto que es general, es también unitaria).” (Gutiérrez, 2017: 78)

3. EL CRUCE DE TRADICIONES EN EL CONCEPTO DE SOBERANÍA QUE SE MANIFESTÓ EN EL PERÚ EN EL SIGLO XIX

La novedad de la ilustración en el concepto de la soberanía, que desarrollaron principalmente Locke y Rousseau, llegó al Perú para quedarse hasta la actualidad, concretamente desde las Constituciones de Cádiz de 1812 y la de 1823. Previamente, este liberalismo en el concepto de soberanía, influyó en la independencia de los Estados Unidos de América y en la Revolución Francesa, antes de llegar a España y por ende, al Perú.

Respecto a esta influencia liberal inglesa, en Francia, nos dice Gutiérrez:

Indudablemente, la desilusión del absolutismo era también acentuada por la recepción del ideario político inglés, producido en la segunda mitad del siglo anterior. Ávidos de ideas frescas, los franceses recibían con entusiasmo las proposiciones del *Segundo ensayo sobre el gobierno civil* de Locke, en las que ya se manifestaba abiertamente la idea de la soberanía popular, con las consecuentes limitaciones propias de todo poder político, y las responsabilidades de los gobernantes para con sus gobernados. Y todavía la Ilustración encontraba raíces más profundas en el indiferentismo religioso manifestado materialmente en la reforma y consolidado con Westfalia, por el que la filosofía perdió la base común de la teología cristiana y hubo de buscar resguardo en la sola razón. La duda metódica de Descartes, la física de Newton –la “nueva ciencia”– cimentaban el racionalismo, asidero del pensamiento ilustrado. (Gutiérrez, 2017: 72)

La soberanía, un poder que Bodin hubiera bautizado, Hobbes absolutizado, Locke limitado y puesto en manos del pueblo, y Rousseau legitimado, estaba lista para dirigir el concierto político de las naciones del orbe. (Gutiérrez, 2017: 81)

En efecto, ya se venía cuestionando el concepto de la soberanía adjudicada al rey o monarca, pues el mismo contexto también iba evolucionando para ir dejando la monarquía absoluta. Ahora, en la Europa continental, principalmente en Francia, se empezaban a aceptar los aportes de Locke y Rousseau. El liberalismo renovaría el concepto de soberanía. Ahora ésta, con el aporte de estos dos ilustrados, recaería en el pueblo, y, luego de la revolución francesa –concretamente con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en la Nación.

En ese sentido, coincidimos con Morse cuando señala que los aportes de Hobbes y Locke –nosotros añadiremos a Rousseau- reflejan un proceso evolutivo de la ética política:

Igual que en el caso de Vitoria y Suárez, no proponemos a Hobbes y a Locke como autores de fórmulas políticas que flotaron liberadas de su contexto generador para ejercer “influencias” casuales en tiempos diversos y lugares, sino que más bien los tomamos como portavoces sintomáticos de una ética política en proceso de formación y consolidación, una ética compartida por las colonias transatlánticas. (Morse, 1999: 79)

Respecto a este nuevo concepto de soberanía, Gutiérrez nos indica lo siguiente:

Verdad es que la idea de la soberanía popular estaba implícita en la Declaración de Independencia norteamericana de 1776, en la Constitución y el *Bill of Rights* de Virginia del mismo año, en las constituciones estatales que siguieron a esta y en la Constitución federal norteamericana de 1787; a pesar de lo anterior, en ninguno de estos documentos el concepto de soberanía se encuentra explicitado. Es, pues, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, donde por primera ocasión la soberanía se exalta como principio político fundamental en un documento de carácter jurídico, en los siguientes términos: *Art. III.- El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación; ningún cuerpo, ningún individuo pueden ejercer una autoridad que no dimane de ella expresamente*”. (Gutiérrez, 2017: 93)

Con esta Declaración, por primera vez se registra que el concepto de soberanía recae en la Nación, concepto de influencia liberal que permanecería hasta nuestros días.

Al respecto, nos ilustra Gutiérrez:

A pesar de su abstracción característica, la Declaración no es simplemente un *desiderátum* político puesto en tinta sobre papel; la Declaración compelió al Estado francés y a sus habitantes a su cumplimiento más allá del plano moral. Prueba de ello es que la Declaración fue puesta a la cabeza de la primera constitución propiamente dicha de la Francia revolucionaria –la del 3 de septiembre de 1791–, pasando a formar parte de la norma fundamental. (Gutiérrez, 2017: 94)

Asimismo, Martin Kriele, nos ofrece luces sobre el concepto de nación:

El concepto de Nación está ligado, por cierto, al concepto empírico de pueblo, pero contiene además un sentido político. La nación es, como suele decirse, el pueblo que ha adquirido conciencia de sí mismo. Más allá del parentesco de sangre, lo que le da unidad a la nación es la historia vivida y sufrida en común, así como el objetivo de seguir viviendo en común; en resumen, la voluntad y conciencia de pertenecer a una misma comunidad. (Kriele, 1980: 134)

Este moderno y liberal concepto de la soberanía se expandiría en las constituciones europeas. Llegaría, desde luego, a España, con la Constitución Política de la Monarquía Española (promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812), más conocida como la Constitución de Cádiz de 1812 y, por ende, llegaría también al Perú.

Respecto al contexto de la promulgación de esta Constitución liberal, nos relata Eric Koechlin:

Entre 1810 y 1812 hubo una febril actividad política en España, no obstante estar sufriendo la ocupación francesa en la mayor parte de su territorio. Napoleón había impuesto en 1808 a su hermano José Bonaparte como nuevo rey, y lo sería hasta 1813. El rey legítimo, Fernando VII, estaba prisionero en Valençay. Tras una difícil transacción con los nuevos gobernantes, pudo defenderse en Andalucía una zona autónoma y soberana. Allí se instaló un Consejo de Regencia, fiel a Fernando VII, que convocó a la elección de Cortes Generales y Extraordinarias –el equivalente a una Asamblea Constituyente– el 29 de enero de 1810. El gran debate nacional sobre su finalidad y sus poderes se desarrolló en el

mes de abril. El consenso fue crear un marco constitucional moderno que permitiera sostenerse a la monarquía en el momento en que los franceses dejaran el poder, evitando la anarquía. (Koechlin, 2019: 49)

La Constitución de Cádiz fue promulgada el 19 de marzo de 1812, por los 303 diputados. Cabe indicar que estuvieron presentes como representantes suplentes (provisionales), cinco peruanos. Estos connacionales “fueron seleccionados entre grupos de notables residentes en Cádiz” (Koechlin, 2019: 50). Estos fueron: Vicente Morales Duárez, Blas Gregorio de Ostaloza, Ramón Olaguer y Feliú, Dionisio Inca Yupanqui y Antonio Zuazo.

La Constitución de Cádiz fue jurada solemnemente en varias ciudades de América, siendo publicada y jurada en Lima los días 2 y 4 de octubre de 1812, respectivamente, durante el gobierno del Marqués de la Concordia D. José Fernando de Abascal y Sousa (Ugarte, 1978: 35), “recibiendo amplia legitimidad popular” (Chanamé, 2019: 500).

Juan Vicente Ugarte del Pino nos revela los alcances y oportunidades que traería al Perú dicha Constitución:

Como resultado de los debates que hemos descrito, la Constitución de 1812 tuvo las siguientes características: 1° Consagró el principio de igualdad entre Americanos y Peninsulares; 2° Proclamó la libertad de pensamiento y su libre expresión; 3° Proclamó la soberanía del pueblo (en sustitución de la soberanía, atributo del Rey); 4° La Constitución se elaboró sin la participación del Rey, pero no en contra del Rey, por cuya libertad combatía la nación y en cuyo nombre se proclamó la Constitución; 5° Estableció la división de los poderes, limitando el poder absoluto del Monarca; 6° Derogó todos los símbolos del antiguo vasallaje y proclamó la igualdad de todos los ciudadanos españoles de ambos hemisferios; 7° Por tanto la nueva representación a Cortes (Parlamento) en lo sucesivo no va a representar a los estamentos –clero, nobleza y burguesía o estado llano-, sino a la nación, (Art. 27), asunto que se refuerza con el farragoso artículo 100°; 8° Otorgó el sufragio a los analfabetos, y finalmente deja sentada la idea de la Constitución como una conquista. (Ugarte, 1978: 35)

Como nos anuncia el doctor Juan Vicente Ugarte del Pino, esta Constitución liberal, que se compone de 384 artículos, en su artículo 3°

recoge el concepto moderno de soberanía, según la cual recaería en la Nación:

Art. 3 – La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales.

Asimismo, su artículo 4º la complementa:

Art. 4 – La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen.

Este concepto moderno de la soberanía, que a partir de ahora recaería en la nación, junto con los otros conceptos modernos de la Constitución de Cádiz, revolucionaron el pensamiento del nacional y fueron aceptados, aplicándose en el Perú mientras duró su vigencia, es decir hasta 1814.

Juan Vicente Ugarte del Pino considera esta Constitución también como peruana, pues se aplicó en el Perú:

La inclusión de la Constitución de 1812 se justifica como una Constitución nuestra, por haber sido discutida artículo por artículo y votada por diputados peruanos de la talla del Inca, de Morales Duárez, de Blas Ostolaza –de controvertida actuación en la península hasta su fusilamiento en Valencia-, de Ramón Fliú, y por haber sido jurada y promulgada en Lima y en todos los pueblos del Perú, con todas las formalidades de la época, incluso haberse efectuado elecciones municipales y nombramiento de autoridades conforme a ella. Creemos que no existe razón alguna para haberla silenciado por más de ciento sesenticinco años, con la excusa de que no era de la República sino de la Monarquía española, como si la etapa del imperio español no fuese parte integrante y definitivamente importante de nuestra formación histórica, incluida la constitucional. (Ugarte, 1978: 31)

Esta Constitución se derogó el 4 de mayo de 1814, tras el regreso de Fernando VII a España. Al respecto, el profesor Raúl Chanamé Orbe realiza la siguiente reflexión:

En todo caso no fue responsabilidad de la extensa Constitución de Cádiz de 384 artículos, que este proyecto se frustrara, sino de la nobleza española que no asimiló las lecciones de la historia. El imperio de Napoleón se precipitó en caída por plazos. Tras su desastrosa campaña en Rusia, vendría la consiguiente liberación de muchas naciones sometidas a su Imperio, entre ellas del pueblo español, que había combatido con heroísmo –inclusive en una esforzada guerra de guerrilla– la dominación francesa. Las fuerzas de Napoleón estaban en repliegue, el 29 de noviembre de 1813, en medio de júbilo popular, las Cortes se trasladaban a Madrid, no obstante, la lealtad cívica es afrentada, cuando el rey Fernando VII, llamado popularmente el Deseado, a su retorno de Francia se niega a jurar fidelidad a la Constitución, documento que ha unido a sus pueblo para salvar su régimen; y por el Decreto de Valencia disuelve las cortes en mayo de 1814. Había vuelto el despotismo, sin asimilar los nuevos consensos de la historia. En América, se crearon grandes expectativas alrededor de la Constitución de Cádiz, que al ser defraudadas darían paso para que los moderadores optaran por el camino revolucionario de la independencia política y, también, constitucional. Tan es así, que, en 1820, se produjo en España la revolución liberal de Rafael Riego (1784-1823), hecho que inauguró el denominado Trienio Liberal y que obligó a Fernando VII a restablecer la Constitución de Cádiz, por decreto de 7 de marzo de 1820, y además de jurarle obediencia. (Chanamé, 1978: 502)

Añade el profesor Chanamé, que un mes después de la restitución de la Constitución de Cádiz, es decir, en abril de 1820, el Rey Fernando VII se dirigió a los habitantes de América e hizo un llamado a una reconciliación con los sublevados de su imperio en ultramar, pero que en América ese llamado fue tomado con absoluta desconfianza. (Chanamé, 1978: 502)

Esto nos revela lo importante que fue la Constitución de Cádiz, tanto para los españoles como para los peruanos. Oscar Maúrtua de Romaña nos precisa respecto a la derogación de la citada Constitución: “La burbuja liberal terminó pero sus ideas ya habían cobrado fuerza jurídica y sobre todo conciencia popular” (Maúrtua, 2012: 17).

Por su parte, Jorge Cáceres Arce nos ofrece más alcances al respecto:

Luis Alayza Paz Soldán, ha señalado que para los peruanos la Constitución de Cádiz representó su bautismo político, y aunque su vigencia fue

mucho más efímera que la de las innúmeras Cartas republicanas, tuvo más hondas y duraderas repercusiones. “Para nosotros no es la primera norma suprema de la nación española, sino de la nación peruana; y como tal, merece la consideración de los hombres que estudian y piensan”. Se puede decir que hasta ella, los americanos sólo aspiraban a reformas e igualdad de trato. Pero desde 1813 la opinión cambió, afirmándose la conciencia autonomista y separatista. (Cáceres, 2007: 32)

4. LA INFLUENCIA DEL NUEVO CONCEPTO DE SOBERANÍA EN LAS LUCHAS INDEPENDENTISTAS DEL PERÚ

Esa conciencia popular de que ahora la soberanía pertenece a la Nación y no más al Monarca, así como, naturalmente, la influencia de los otros dispositivos liberales de la Constitución, motivaron rebeliones en pro de recuperar esos derechos que establecía la Constitución de Cádiz; lo que finalmente nos llevaría –junto con otros factores-⁴ a la independencia de España, y, por ende, a la promulgación de la primera Constitución peruana (de 1823) que recogería el concepto de soberanía de la Constitución de 1812.

Recordemos que la Constitución de Cádiz disponía que “La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales” (Art. 3º) y “La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen” (Art. 4º).

En ese sentido, se produjeron importantes rebeliones en el Perú, a causa de que no se venía cumpliendo lo dispuesto de la Constitución de Cádiz. Así tenemos la *rebelión del huanuqueño Juan José Crespo y Castillo, en 1812*. Los nativos de Huánuco tomaban conocimiento de los acontecimientos liberales en España por intermedio de los religiosos españoles que sabían

⁴ Al respecto, conviene transcribir las reflexiones de Julio Cotler: “La invasión de España por los ejércitos napoleónicos y la deposición de Fernando VII significó el descalabro de la monarquía española y el principio del fin de su imperio en América”. (Cotler, 2006: 82)

del idioma peruano indígena y animaban recorriendo el Perú a sublevarse, y para el caso de Huánuco, animaron principalmente a Juan José Crespo y Castillo (Koechlin 2019: 56). Así se produjo el levantamiento el 22 de febrero de 1812 que culminaría con la ejecución de Crespo y Castillo el 14 de setiembre de ese año. Cabe señalar que este levantamiento se dio un mes antes de la promulgación de la Constitución de Cádiz, pero, a través de algunos buenos curas, los rebeldes ya tenían conocimiento de la invasión napoleónica en España, de la conformación de las Cortes de Cádiz, así como de los propósitos liberales en la redacción de la Constitución; además, como señalamos, esta revuelta popular permaneció hasta el mes de setiembre de 1812.

Asimismo, tenemos la denominada *segunda revuelta de Tacna de 1813*, dirigida por los hermanos Paillardelle, que, al contar con apoyo argentino, demuestra la influencia liberal de Cádiz no solo en el Perú sino en los distintos pueblos de América.⁵

Al respecto, el doctor César Landa nos explica:

La insurrección criolla de Tacna de 1813 de Enrique Paillardelle fue una repercusión del levantamiento frustrado en 1811 de Francisco de Zela que contó con apoyo del cacique Ara. Levantamientos que estuvieron vinculados al influjo continental de la Junta Suprema de Buenos Aires por asegurar la independencia del sur de América, como garantía de la suya también. La participación de muchos patriotas, no obstante el fracaso de estos dos movimientos insurreccionales, permitió años más tarde en 1820 servir de apoyo invaluable al ingreso por el Sur de la campaña militar libertadora del argentino general José de San Martín para la independencia nacional del Perú. (Landa, 2012: 332)

Luego, tenemos la más importante rebelión del siglo XX, conocida como el *levantamiento o rebelión del Cusco de 1814*, teniendo como protagonistas a los hermanos Angulo, junto con Mateo Pumacahua y Mariano Melgar, de 1814 a 1815, que finalizaría a favor de los realistas.

⁵ Así como la Argentina, habían otros pueblos de América que habían declarado su independencia de España. Julio Cotler nos dice al respecto: “En Caracas, Bogotá, Quito, Santiago, Buenos Aires, una ciudad tras otra, esta dualidad se resolvió en 1810 por el expediente de la autonomía política”. (Cotler, 2006: 82)

En ese contexto, Cesar Landa, nos dice que:

La Constitución liberal de Cádiz también promovió la demanda de su conocimiento y cumplimiento como parte del proceso de liberación; así consta en el memorial de Rafael Ramírez Arellano y treinta cuzqueños dirigido al gobernador Mateo Pumacchahua quejándose en diciembre de 1813 que aún no se hubiera publicado la Constitución Política. Pero, también se cuenta con la proclama libertaria dirigida al pueblo del Cuzco por José Angulo y sus hermanos el 16 de agosto de 1814; quienes organizaron expediciones militares rebeldes a tres regiones del sur del Perú –Puno, La Paz, Arequipa y Tacna– y la instalación en el Cuzco de una Junta Protectora. Pero, finalmente, fueron derrotados con el apoyo de las masas indígenas al mando de los generales españoles, a pesar que Pumacchahua antiguo funcionario realista, con ascendencia sobre los indígenas, se había adherido a la revolución. (Landa, 2012: 332)

Por su parte, Koechlin (2019: 59) señala que

En el aspecto político, el movimiento tuvo su origen en la protesta por la pobre difusión de la Constitución liberal de 1812 y el incumplimiento virreinal de importantes disposiciones de las Cortes de Cádiz que beneficiaban a las comunidades indígenas... La insurgencia de los Angulo empezó con un juramento de “la más decidida adhesión a la Constitución de Cádiz el 4 de agosto de 1814”.

Es así como el cruce de la tradición ibérica con la tradición liberal británica, que dieron forma a la Constitución de Cádiz de 1812 y que rigiendo ésta en el Perú, impulsaría las trascendentales rebeliones que nos llevarían a la independencia nacional, con especial atención al moderno y liberal concepto de soberanía.

Por último, cabe destacar que con la llegada de la independencia y luego de la labor del Congreso Constituyente, dio como resultado nuestra primera Constitución Política de 1823 (como nación independiente), la misma que reproduce en término similares a la Constitución de Cádiz, la definición del concepto *soberanía*:

ARTICULO 3º.- La soberanía reside esencialmente en la Nación, y su ejercicio en los magistrados, a quienes ha delegado sus poderes.

Ese artículo es complementado por el artículo 4°:

ARTICULO 4°.- Si la Nación no conserva o protege los derechos legítimos de todos los individuos que la componen, ataca el pacto social: así como se extrae de la salvaguardia de este pacto cualquiera que viole alguna de las leyes fundamentales.

Respecto a la esencia de esta Constitución de 1823, Raúl Chanamé nos dice que:

En términos generales, es una Constitución acorde con el pensamiento predominante de la época: un liberalismo nacionalista. Era una carta idealista, que buscaba desechar para siempre el despotismo político y la arbitrariedad gubernamental. (Chanamé 2019: 507).

Finalmente, cabe citar a Jorge Cáceres, quien relaciona esa Constitución con la Constitución de 1812:

La Constitución de Cádiz, influirá notablemente en las Constituciones Peruanas del siglo XIX, particularmente en las primeras, sobre todo en los conceptos de soberanía y primacía del Parlamento. Sánchez Carrión, la figura más brillante de nuestro primer Congreso Constituyente, es un cabal representante del espíritu liberal doceañista. El sentido moralizador que se introdujo en nuestra Carta de 1823, se inspira en la española de 1812. (Cáceres, 2007: 32)

5. CONCLUSIONES

Jean Bodin en su famosa obra *Los seis libros de la república* (1576), define a la soberanía como sujeción a un soberano que no está sometido a las leyes y que significa el poder supremo sobre todos los ciudadanos y súbditos. Ese poder supremo es perpetuo; es un poder no delegado, o delgado sin límites o condiciones; es inalienable y no está sujeto a prescripción. El soberano –según Bodin– no está sometido a las leyes porque él es la fuente del derecho.

Thomas Hobbes suprimió la dependencia de la ley natural que Jean Bodin reconocía en su definición de soberanía y constituyó al soberano

en única forma de poder. Realizó lo que Morse denomina “una apología al Estado”, justificando desde la filosofía la existencia del autoritarismo estatal. En su tratado *Leviatán* (1651), señala asimismo que las minorías están obligadas a pasar por las decisiones tomadas por la mayoría, inclusive desde el momento mismo de la institución del soberano. Esta posición ya significaría una evolución respecto al significado de soberanía.

Por su parte, John Locke, en su libro *Segundo ensayo sobre el gobierno civil* (1689), recogiendo algunos aportes de Hobbes, nos trae la novedad que la soberanía reside en el pueblo y la detenta el Congreso. Nos dice, asimismo, que el poder legislativo no puede nunca ser arbitrario, ya que ni siquiera el pueblo que lo establece tiene tal poder.

Asimismo, Jean-Jacques Rousseau, en su obra *El contrato social* (1762), haciendo suyas algunas ideas de Locke pero aplicadas a la realidad francesa, reafirmó que la soberanía reside en el pueblo. La soberanía es para Rousseau el ejercicio de la voluntad general.

Como hemos apreciado, durante la ilustración, ya se venía cuestionando el concepto de la soberanía adjudicada absolutamente al rey o monarca, pues el mismo contexto también iba evolucionando para ir dejando la monarquía absoluta. En la Europa continental, principalmente en Francia, se empezarían a aceptar los aportes de Locke y Rousseau. El liberalismo renovaría el concepto de soberanía. Ahora ésta recaería en el pueblo, y, luego de la revolución francesa –concretamente con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la soberanía residiría en la Nación.

Este moderno y liberal concepto de la soberanía se expandiría en las constituciones europeas. Llegaría, desde luego, a España, con la Constitución Política de la Monarquía Española -más conocida como la Constitución de Cádiz de 1812- y, por ende, llegaría también al Perú. La Constitución de Cádiz fue jurada solemnemente en varias ciudades de América, siendo publicada y jurada en Lima los días 2 y 4 de octubre de 1812, respectivamente.

La Constitución de Cádiz, resultó importante tanto para los españoles como para los peruanos y si bien Fernando VII la derogó en 1814, sus ideas habían cobrado fuerza jurídica y conciencia popular y de autonomía. Esa

conciencia popular de que ahora la soberanía pertenece a la Nación y no más al Monarca, así como, naturalmente, la influencia de los otros dispositivos liberales de la Constitución, motivaron rebeliones en pro de poner en vigencia esos derechos que establecía la Constitución de Cádiz; lo que finalmente nos llevaría –junto con otros factores– a la independencia de España, y, por ende, a la promulgación de la primera Constitución peruana (de 1823) que recogería el concepto de soberanía de la Constitución de 1812.

En tal tesitura, se produjeron importantes rebeliones en el Perú, a causa de que no se venía cumpliendo lo dispuesto de la Constitución de Cádiz. Así tenemos la *rebelión del huanuqueño Juan José Crespo y Castillo, en 1812*. Tenemos también la denominada *segunda revuelta de Tacna de 1813*, dirigida por los hermanos Paillardelle, que, al contar con apoyo argentino, demostró la influencia liberal de Cádiz no solo en el Perú sino en los distintos pueblos de América, permitiendo años más tarde en 1820 servir de apoyo invaluable al ingreso por el sur de la campaña militar libertadora del general San Martín para la independencia nacional. Luego, tenemos el *levantamiento o rebelión del Cusco de 1814*, siendo protagonistas los hermanos Angulo, junto con Mateo Pumacahua y Mariano Melgar, de 1814 a 1815. Los hermanos Angulo organizaron expediciones militares rebeldes a tres regiones del sur del Perú –Puno, La Paz, Arequipa y Tacna– e instalaron en el Cuzco una Junta Protectora. El movimiento tuvo su origen en la protesta por la escasa difusión de la Constitución liberal de 1812 y el incumplimiento virreinal de importantes disposiciones de las Cortes de Cádiz que beneficiaban a las comunidades indígenas.

Es así como el cruce de la tradición ibérica con la tradición liberal británica, que dieron forma a la Constitución de Cádiz de 1812 y que rigiendo ésta en el Perú, impulsaría las trascendentales rebeliones que nos llevaron a la independencia nacional, con especial atención al moderno y liberal concepto de soberanía. Por último, cabe destacar que con la llegada de la independencia y luego de la labor del Congreso Constituyente, dio como resultado nuestra primera Constitución Política de 1823 (como nación independiente), la misma que reproduce en términos similares a la Constitución de Cádiz, la definición del concepto *soberanía*.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Cáceres J. (2007). *La influencia política y jurídica de la Constitución de Cádiz en el constitucionalismo peruano 1823 – 1993*. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho. Universidad Católica de Santa María. Arequipa.

Chanamé, R. (2019). *Tratado de Derecho Constitucional*. Instituto Pacífico. Lima-Perú.

Cotler, J. (2006). *Clases, Estado y Nación en el Perú*. Instituto de Estudios Peruanos. Lima-Perú.

Gutiérrez, J. (2017). *La soberanía como concepto político fundamental: análisis histórico y problemática actual*. Tesis profesional que para obtener el título de licenciado en derecho. Universidad Panamericana. Ciudad de México.

Koechlin E. (2019). *Guía del proceso emancipador 1780-1866*. Colección Bicentenario de la independencia 2021-2021. Fondo Editorial del Congreso de la República. Lima-Perú. ISBN 9786124329593.

Kriele M. (1980). *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del estado constitucional democrático*. Depalma, Buenos Aires.

Landa C. (2012). *El rol de la Constitución de Cádiz en la gestación de la independencia del Perú*. En: Historia Constitucional, núm. 13, septiembre, 2012, pp. 315-337. Universidad de Oviedo - España. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/2590/259027585014.pdf>

Maúrtua O. (2012). *200 años de la Constitución de Cádiz*. En: Revista Peruana de Derecho Internacional, Tomo LXII, enero-abril 2012, N° 145.

Morse R. (1999). *El espejo de Próspero. Un estudio de la dialéctica del Nuevo Mundo*. Segunda edición en español, Siglo XXI Editores.

Sabine, George. (1974). *Historia de la teoría política*. Fondo de Cultura Económica. Sexta reimpresión. Madrid.

Ugarte J. (1978). *Historia de las Constituciones del Perú*. Editorial Andina S.A. Lima-Perú.

LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER: UNA VISIÓN ACTUALIZADA DE LA EFICACIA DE SU CONTENIDO RECONOCIDO Y SU AMPLIACIÓN DOCTRINAL

THE RESPONSIBILITY TO PROTECT AN UPDATED VIEW OF THE
EFFECTIVENESS OF ITS RECOGNIZED CONTENT AND ITS DOCTRINAL
EXTENSION

*Napoleón Cabrejo Ormachea**

RESUMEN

Actualmente la evolución y el reconocimiento de la protección de los derechos fundamentales ha incrementado a una universalidad de entendimiento social, es así, que la responsabilidad de proteger (RdP) una categoría del derecho internacional relativamente nueva (2005) ha tenido un gran desarrollo a razón de los distintos cuestionamientos a su “contenido” ya sea el reconocido formalmente por la Organización de Naciones Unidas

* Doctor en Derecho. Maestro en Derecho Constitucional. Docente en el Centro de Altos Estudios Nacionales (CAEN). Docente en el Centro Internacional de Derecho Humanitario y Derechos Humanos de las Fuerzas Armadas. Docente en la Academia de la Magistratura. Docente de posgrado en Doctorado y Maestría en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Nacional Federico Villarreal, Universidad de San Martín de Porres. Docente ordinario en la Escuela de Ciencia Política de la UNMSM. Miembro de la Benemérita Sociedad Fundadores de la Independencia, Vencedores el 2 de mayo de 1866 y defensores calificados de la Patria. Miembro del Centro de Estudios Histórico Militares del Perú. Director Ejecutivo de la Asociación Bicentenario 2021. ID Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5095-4556> y Scopus Author ID: 22031978.

(ONU) o el “contenido” desarrollado por la doctrina como complemento al reconocido, estos cuestionamientos se basan principalmente en el cambio del entendimiento de la soberanía y el principio de no intervención, el conflicto de preferencia entre el orden y justicia en la RdP y la polémica de si el Consejo de Seguridad de la ONU hace efectiva la intervención necesaria del uso de la fuerza a través de algunos casos vistos hasta ahora.

Palabras clave: Derecho Internacional Público, Responsabilidad de Proteger, Derechos humanos, ONU.

ABSTRACT

Currently, the evolution and recognition of the protection of fundamental rights has increased to a universality of social understanding, thus, the responsibility to protect (RoP) a relatively new category of international law (2005) has had a great development due to Of the different questions to its “content”, whether it is formally recognized by the United Nations (UN) or the “content” developed by the doctrine as a complement to the recognized, these questions are mainly based on the change in the understanding of sovereignty and the principle of non-intervention, the conflict of preference between order and justice in the ROP and the controversy of whether the UN Security Council makes effective the necessary intervention of the use of force through some cases seen so far.

Keywords: Public International Law, Responsibility to Protect, Human Rights, NU.

.....

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito internacional siempre han existido temas que generan “polémica”, esta polémica se encuentra circunscrita a instituciones o

categorías del Derecho Internacional Pública que contienen los temas ; “el uso de la fuerza”, “medios para la paz”, “eficacia de la protección de los derechos fundamentales por la comunidad internacional” entre otros, ciertamente, no se puede negar que gracias a la tecnología las disertaciones sobre estos temas han sido más frecuentes y ello ha permitido la formulación de cuestionamientos a investigar tanto dogmática como empíricamente.

Entre los temas antes nombrados se relaciona la categoría “responsabilidad de proteger” (Rdp), tema elegido para este artículo, y es que esta, lleva una concordancia con una finalidad mundial, la cual es la protección de las personas o posibles víctimas de las graves violaciones a los derechos humanos. E indirectamente se convierte en un instrumento que permite de forma “justa” el uso de la fuerza para cumplir con uno de los fines supremos del Derecho Internacional Público, la paz.

Este artículo tiene el objetivo de generar un conocimiento sobre las problemáticas que se han mantenido a través del tiempo desde el nacimiento de la RdP en el 2005 hasta la actualidad.

Entre las problemáticas revisadas y fundamentadas en el marco teórico que prosigue, se identifican primero i) Si la realidad a través del tiempo ha implicado una necesidad en el complemento del contenido de lo que se entiende por responsabilidad de proteger, afianzando y dando un reconocimiento institucional (ONU) a lo aportado por la doctrina, ii) Si realmente con la RdP ha ampliado el concepto de soberanía y si existe o no contradicción con el principio de no intervención, iii) Si es válida la justificación de la “justicia sobre el orden” para fundamentar la existencia de la RdP, y iv) Si se puede afirmar que el actual ente que autoriza el uso de la fuerza en la RdP, el Consejo de Seguridad de la ONU está haciendo un ejercicio eficaz de sus funciones.

II. MARCO TEÓRICO

Para entender las problemáticas planteadas y para encontrar un borrador de respuesta, primero se debe comprender en que consiste la “responsabilidad de proteger” partiendo con un breve resumen de los

antecedentes de su aparición en el ámbito de derecho internacional público, continuando por el análisis de su contenido y posteriormente con la fundamentación de fuentes secundarias de las problemáticas planteadas.

- **Antecedentes de la Responsabilidad de Proteger**

El 2005 en la Cumbre Mundial se dio el reconocimiento e incorporación por la Asamblea General de la ONU de la responsabilidad de proteger, ciertamente la extensión de la misma sólo constó de dos párrafos, sin embargo, el aporte ha sido muy trascendente para el Derecho Internacional Público, pues modifica lo que se entiende por soberanía y otras categorías afines de gran importancia para esta rama del Derecho.

Los dos párrafos antes mencionados se encuentran redactados dentro del informe titulado “Un concepto más amplio de la libertad: Desarrollo, Seguridad y Derechos Humanos para todos” del Secretario General Kofi Annan. Este informe se basó en dos informes consultivos previos i) Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio (01 de diciembre de 2004) y ii) la responsabilidad de proteger realizado por la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (CIISE). (Añaños, 2009). Siendo este último, un hito en la creación de la doctrina que desarrolla la responsabilidad de proteger y que ciertamente nace de una necesidad de encontrar solución o acción sobre los estados de emergencia sanitaria.

Si bien la presentación formal de la doctrina de la RdP se basa en los documentos antes descritos, ello no significa que el inicio de su planteamiento no se haya manifestado con anterioridad, de hecho, esta idea fue muy nombrada por un círculo de diplomáticos liderados por el Secretario General Kofi Annan, el cual, sustentaba que no existe excusa alguna para proteger a los responsables de crímenes de lesa humanidad, eso incluyendo a la soberanía ya que la intervención humanitaria es de hecho una situación “necesaria” por la comunidad internacional ante la grave violación de derechos humanos e incluso esta abarca la intervención armada, como último recurso y siendo analizado por el Consejo de seguridad. (Añaños, 2009).

Otro dato importante de puntualizar respecto al nacimiento de la RdP es la participación de todos los Estados en su aceptación e incorporación, pues el proceso para ser aprobada por la Asamblea General, no se dio con la participación de la mayoría de Estados, en realidad, se usó una característica más vertical que horizontal de la ONU y los Estados, es así, que el cambio que incluía un tema tan importante como la soberanía hubiera tenido menos confusión si la participación de los Estados se daba en mayor cantidad.

Por último el documento con el cual se consolidó la incorporación de la RdP fue la Resolución 1674 (2006) del Consejo de Seguridad de la ONU en donde se ratificó este concepto y este compromiso para toda la comunidad internacional.

- Definición

Ahora bien, es fundamental comprender el contenido de la RdP para analizar los cuestionamientos que han persistido en el tiempo y que tienen fundamentos a favor y contra, abarcando así el inicio del primer punto de problemática de este artículo. A ello vemos las siguientes conceptualizaciones para la RdP:

El concepto de la Responsabilidad de Proteger (R2P, por su acrónimo en inglés) sostiene que los Estados soberanos tienen la obligación de defender a su población del genocidio y otras atrocidades masivas pero, cuando no pueden o no quieren hacerlo, también entra en juego la responsabilidad del conjunto de estados del mundo (Mooney, 2008, p. 11)

« Cada Estado es responsable de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Esa responsabilidad conlleva la prevención de dichos crímenes, incluida la incitación a su comisión, mediante la adopción de las medidas apropiadas y necesarias. Aceptamos esa responsabilidad y convenimos en obrar en consecuencia. La comunidad internacional debe, según proceda, alentar y ayudar a los Estados a ejercer esa responsabilidad y ayudar a las Naciones Unidas a establecer una capacidad de alerta temprana. » por parte de la Asamblea General – Resolución 60/1 (Añños, 2009, p.15).

Básicamente Mooney nos entrega el concepto sucinto del desarrollado por el CIISE y Añños nos da textualmente lo establecido por la Asamblea General, atendiendo ello se analiza y explica la reconstrucción que tuvo la categoría de soberanía que por si resguarda la responsabilidad internacional.

Si bien ambos autores son importantes porque en sus teorizaciones identifican cuestionamientos respecto a la RdP, Antaño expone la ambigüedad de su contenido y alcance, ya que no existe una definición exacta sobre “responsabilidad” y “proteger”, lo que da pase a múltiples interpretaciones, en especial para determinar su alcance. Asimismo Mooney analiza sobre el alcance y en especial la relación del principio de intervención y el de RdP, estableciendo que con su contenido la protección puede ir más allá de sólo justificar su activación (RdP) en crímenes de lesa humanidad, genocidio, depuración étnica y crímenes de guerra, ampliándola a los derechos colectivos como proteger el derecho a un medio ambiente sano y otros derechos que tienen repercusión colectiva e impacto al igual que los presupuestos antes explicados como incendios colectivos (Shqueitzer, 2020).

Entonces, si bien existen dos enfoques y mucho más desarrollo cognitivo respecto al contenido de la RdP, actualmente, existe un consenso en un contenido general, este es la trilogía de la RdP, es decir, esta categoría se puede dividir en tres dimensiones, i) Responsabilidad de Prevenir, ii) Responsabilidad de Reaccionar y iii) Responsabilidad de Reconstruir. (Abad y Martínez, 2la019)

a) Responsabilidad de Prevenir

Es claro que el núcleo de esta dimensión es la prevención, pues el objetivo principal es evitar graves daños a los derechos humanos de la población civil, que está sin fuerza a resistir conflictos internos. Justamente esta es la justificación del accionar medidas con efectividad e idoneidad a la gravedad de la situación advertida, está claro que se busca solucionar el conflicto con el uso de técnicas pacíficas de resolución de conflictos, frenando su propagación o intensificación. Este también llamado sistema de alerta temprana, trabaja en conjunto con aquel generado dentro de la ONU.

Ahora esta dimensión tiene una dualidad ejercido por el Estado y ejercido por la comunidad internacional. En un principio la responsabilidad de prevenir se encuentra a cargo del Estado y sólo en los casos que este no pueda o no lo haga, se pasa la batuta a la comunidad internacional. En un aspecto unificado se entiende que esta se maneja con medidas de “apoyo o asistencia”, sin embargo, respecto al posible uso de medidas de fuerza armada continua el debate por la interpretación de soberanía para cada posición.

Otro punto a tomar en cuenta es cuando estamos ante una movilización de la comunidad internacional, esta se presenta con tres condiciones infaltables; i) el conocimiento previo de la fragilidad de los hechos y los riesgos que implican los mecanismos del sistema de alerta temprana; ii) identificar las medidas políticas que son eficaces, analizando el “utillaje preventivo” y iii) la existencia previa de la disposición de la aplicación de las medidas identificadas, este tiene como fin expresar una voluntad política de los Estados partes.

Entre las actuales medidas preventivas previstas en la propia Carta de las Naciones Unidas, hay que destacar las autorizaciones del Consejo para la presión económica, como son los embargos –totales o parciales– con el fin de reconducir la voluntad política de un gobierno e invitarle a reconsiderar sus políticas internas en materia de derechos humanos, o el aislamiento de un Estado que se niega a adoptar ciertas políticas económicas o sociales y otorgar así un mínimo de seguridad a su población. (Díaz, 2019, p. 20).

Un ejemplo casuístico es el del programa petróleo por alimentos que se le impuso a Iraq, el cual era una medida de presión económica internacional, pues ciertamente su finalidad era la reflexión y convencimiento que el gobierno (de Sadam Hussein) analice y cambia la política nacional (sociales y económicas). (Escriña, 2014).

b) Responsabilidad de Reaccionar

En esta dimensión se debe recalcar las “medidas colectivas” que realizará la comunidad internacional ante la no protección de la población por parte de un Estado de graves vulneraciones a los derechos humanos (crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad y depuración

étnica), asimismo se configura como un accionar subsidiaria a la responsabilidad de prevenir, que se activa por la no eficacia de esta, es decir, el fracaso de la prevención. (Añaños, 2009).

Es decir estamos ante una responsabilidad direccionada a la “comunidad internacional” y no al Estado responsable. Como bien se ha explicado anteriormente el principal problema en esta categoría es que abarca el delicado tema del recurso a la fuerza.

Entonces, las medidas intervencionistas por la falta del Estado en la protección de la población civil en los supuestos antedichos, son coercitivas, clasificándolas como de carácter económico, político o judicial, y en última ratio con una justificación sustancial se incluye la intervención de carácter militar. Siempre se debe seguir un juicio de la medida no sólo idónea sino necesaria ya que es muy excepcional el uso de la fuerza militar y primero prevalente deben aplicarse medidas menos gravosas.

“Las sanciones según el artículo 41 de la Carta tienen por objetivo persuadir y disuadir a las autoridades estatales destinatarios de la misma a que realicen o se abstengan de realizar una acción concreta” (Llanos, 2012, p. 18).

Es así, que de un análisis casuístico las medidas más utilizadas por parte del Consejo de Seguridad son “los embargos de armas, las restricciones financieras o las prohibiciones de tráfico aéreo y los bloqueos comerciales” (Rendón, 2019, p.15), sin embargo, es cierto que su efectividad ha sido muy baja, incitando a las dudas y cuestionamientos existentes sobre la institución.

Por ello, es necesario tener una atención propia al análisis institucional del Consejo de Seguridad, identificando una necesidad de actividad y no pasividad, ello sin dejar de lado la excepcionalidad del uso de las fuerzas militares y estos casos deben contener una situación fáctica que cause conmoción a la humanidad con su violencia y brutalidad o en su defecto que exista un peligro de gran visibilidad e inminencia que consolide una reacción colectiva uniforme sobre el uso de la fuerza militar.

Aunque no hay una sola lista universalmente aceptada que recopile de forma taxativa los criterios in-eludibles para la actuación militar, se estima que los criterios necesarios para adoptar una decisión de intervención

pueden agruparse de modo sucinto bajo un aserie de categorías como autoridad competente, causa justa, intención correcta, último recurso, medios proporcionales y que del balance de las con-secuencias se aconseje posibilidades razonables de la actuación. (Espósito, 2005, p. 8).

c) Responsabilidad de Reconstruir

El pionero de la creación de la doctrina sobre la RdP el CIISE en un documento del año 1992, que tuvo como creador al Secretario General Boutros Boutros-Ghali, establece que para una reconstrucción y rehabilitación se necesita inherentemente recursos y fondos para que se gestione en cooperación con la población del lugar afectado encaminándolos y llegando a su autogobierno a través de un plan estructurado, por ello, es fundamental la creación de este plan a través de la investigación que obtenga una intervención de la comunidad internacional concreta con objetivos claros de reconstrucción. (Añños, 2009, p. 17).

El principio de consolidación de la paz es un pilar fuertemente relacionado con esta dimensión de la RdP, siendo así el mundo después de desgarradoras guerras tiene unanimidad y aceptación general por la mantención de la paz, lamentablemente “la experiencia demuestra que aproximadamente la mitad de los países que salen de una guerra vuelven a caer en la violencia en un plazo de menos de cinco años” identificando con el tiempo que la principal causa es la inexistencia de una institución que de garantía a la reconstrucción.

Por tanto un punto fundamental en el contenido de la responsabilidad de reconstruir es el aseguramiento del acuerdo de paz continua y duradera, además también hay que tener en cuenta la “voluntad de reconstrucción” que sea sincera y sostenible, la efectividad de este contenido se encuentra en la consolidación de la paz, la mantención del orden público así como de la seguridad ciudadana. Por ello, no basta con aplicar medidas diplomáticas o medidas políticas e incluso armadas, sin contar, con una planificación de la reconstrucción de los lugares afectados.

En la casuística de esta dimensión se encuentra que “el Consejo de Seguridad ha adoptado una serie de resoluciones para atajar la crisis”. Ello se manifiesta en sus siguientes resoluciones:

- ❖ Por medio de la resolución 1483 (2003), de 22 de mayo, el Consejo de Seguridad crea la Autoridad Provisional de la Coalición (la Autoridad) y le confiere un poder temporal a los Estados Unidos de América y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para administrar Iraq, de forma temporal y de acuerdo con el Derecho internacional aplicable, en su calidad de potencias ocupantes bajo un mando unificado (Fernández, 2019, p. 25).
- ❖ La resolución 1500 (2003), de 14 de agosto, reconociendo el establecimiento del Consejo de Gobierno de Iraq “ampliamente representativo”, cuyo mandato fue corroborado posteriormente en la resolución 1511(2003), de 16 de octubre, en la que afirma que la soberanía iraquí está investida provisionalmente en dicho Consejo de Gobierno y autoriza a una fuerza multinacional bajo un mando unificado (el de los Estados Unidos) a que tome las medidas necesarias para contribuir al mantenimiento de la seguridad y la estabilidad en Iraq (Fernández, 2019, p. 25)..

Del análisis de las resoluciones antes explicadas, se identifican ciertos presupuestos repetitivos, por ejemplo, el carácter temporal de la administración que tiene Autoridad, si bien, hay que reconocer que estas actuaciones tuvieron múltiples defectos ello no desmerece el esfuerzo por cumplir el objetivo de esta responsabilidad. “No se puede negar que se hayan dado pasos hacia la reconstrucción: se ha creado un Fondo de Desarrollo para Iraq” (Fernández, 2019, p. 25).

- **Efectividad del Consejo de Seguridad**

Uno de los puntos más importantes a tratar es la efectividad de la institución del Consejo de Seguridad, sin lugar a dudas, es por las experiencias a través de los años que se ha creado una falta de confianza por los resultados decepcionantes que se han venido suscitando, ciertamente los Estados que pertenecen al CS de la ONU no han accionado con suficiente

rapidez y en otras ocasiones las situaciones negativas han sido a consecuencia de la excesiva discrecionalidad con el que algunos Estados han usado el derecho al veto, lo anteriormente afirmado se encuentra en el Informe sobre “La responsabilidad de proteger” de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (CIISE).

Asimismo, en este documento se plantean establecer límites al derecho al veto, a través de un código de conducta para los cinco miembros permanentes. Acorde al, “the criteria need to be practical, rather than only “intellectual,” and fairly specific, given the gravity and urgency of the situations necessitating action” (Abad y Martínez, 2019, p. 69).

Después de ello, se consolidó en un embrión esta propuesta con el Informe sobre la Responsabilidad de Proteger de la CIISE que integró en su apartado 6 con el título “Legitimidad y derecho de veto”. (Abad y Martínez, 2019, p. 69).

Una de las advertencias más resaltantes sobre el derecho al veto es que basta que un solo país miembro lo ejercite para que automáticamente esta voluntad e interés propio de un estado se sobreponga a la voluntad del resto de la humanidad menoscabando la protección al ser humano en supuestos en grave vulneración de derechos fundamentales. Expresamente él informe detalla los siguientes presupuestos:

A raíz de los acontecimientos en Siria, y en concreto de los dos primeros vetos dobles de China y Rusia, el debate sobre esta cuestión se llevó a la Asamblea General en mayo de 2012 por el llamado Small Five⁵²⁷ que presentó un proyecto de resolución titulado “Aumento de la rendición de cuentas, la transparencia y la eficacia del Consejo de Seguridad”, partiendo de la idea de que las medidas en él recomendadas en ningún caso requerirían la introducción de modificaciones en la Carta de las Naciones Unidas. En concreto, bajo el título “Utilización del Veto”, se invitó a los miembros permanentes del Consejo de Seguridad a que examinasen varias medidas:

“Explicar las razones por las que se recurre al veto o se declara la intención de hacerlo, sobre todo en lo que respecta a su coherencia con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional aplicable. Debería distribuirse a todos los Estados

miembros de la Organización una copia de la explicación, publicada por separado como documento del Consejo de Seguridad.” (Abad y Martínez, 2019, p. 72).

Atendiendo a los hechos antes explicados expresamente por el informe, al final el Grupo de Alto Nivel, dio una recomendación de que se cree un nuevo sistema, con la denominación de “voto indicativo”, este consiste en evitar la realización de posteriores vetos, puesto que se busca constituir una votación oficiosa que al final sería transformada y adoptaba como una decisión oficial y definitiva.

Si bien es cierto esta propuesta carece de una acción de fuerza en comparación con otras en donde directamente se restringe el veto a través de una reforma de la Carta de Naciones Unidas, sin embargo, es interesante por su viabilidad en la rapidez de aplicación ya que es pragmática y efectiva en un momento inmediato. La realidad de esperar una reforma del Consejo de Seguridad si bien no es imposible, definitivamente no es de aplicación inmediata pues el protocolo es formalista, además no se debe olvidar los intereses políticos individuales que algunos países aún exteriorizan.

El Consejo de Seguridad tiene un alcance más grande de lo esperado, sus principios rectores dan fortaleza a algunas facultades como lo es el veto y es complicado desestimarlos. Sin embargo, los principios de efectividad, eficacia y equidad respaldan plenamente la propuesta explicada, aunque ello no supera el duro debate para su aplicación.

Lo reafirma explicando que el borrador de declaración de la Asamblea General no contiene una recomendación clara sobre este punto; sólo apoya una reforma amplia del Consejo de Seguridad para contribuir a una mayor representatividad y transparencia, para mejorar la legitimidad de sus decisiones y su efectividad.

- Situación de América Latina Perú

Es claro que la RdP en América Latina tiene otro contexto en un primer lugar porque existe un poco probabilidad que un país conformante de esta geografía forme parte del Consejo de Seguridad, en segundo lugar por la historia que acompaña a cada país, donde en la mayoría han existido significativas y grandes transgresiones a los derechos humanos,

intervenciones extranjeras para bien o para mal, a parte de la crisis política en la cual se mantienen muchos países y que han dado surgimiento de protestas y necesidad de la vigilancia de la comunidad internacional. Si bien, en los últimos años ya se ha evidenciado un gran cambio como el desarrollo de instituciones, el agrupamiento de Estados parte con otro sistema de organización internacional continental como lo es el Sistema Interamericano, y la recuperación de a pocos de la democracia entre otros.

Asimismo, a pesar de la larga historia de violaciones de derechos humanos y por tanto de la promoción, fomento y aceptación de medida para reforzar la protección de la comunidad internacional de su propio pueblo, los países de América Latina tienen una gran renuencia a la protección de los derechos humanos a través de la intervención de otros Estados a territorios externos o extranjeros. La realidad demuestra que América Latina prefiere y defiende al principio de no intervención en los asuntos internos o a la prohibición de cualquier intervención extranjera (Arredondo, 2014). Esto se puede justificar en dos presupuestos primero tener en cuenta que la mayoría de los estados conformantes de América Latina han sufrido terribles experiencias para lograr una soberanía en donde otros Estados no interfieran y pues la colonización y la independencia quedaron grabadas en todos los residentes latinoamericanos, distinto a un país que ha tenido soberanía desde su origen. El segundo presupuesto se refiere a que es muy rara la participación de un país latinoamericano en el Consejo de Seguridad, lo que no genera una integración o sentimiento de representación en sus intereses. Además que no se puede negar que Estados Unidos por su cercanía territorial con estos países ha tenido una intensión de intervención política a su soberanía, lo cual ciertamente crea una cautela justificada para los países Latinoamericanos.

“Entre los ejemplos de intervenciones extranjeras por parte de las potencias hegemónicas de cada momento histórico, tenemos a Podestá Costa 1961, 972-973 y Caminos 1996, 18”. (Arredondo, 2014, p.28).

III. REFLEXIONES FINALES

La responsabilidad de proteger es una institución que en los últimos años se ha debatido mucho en la comunidad internacional, ya que su incorporación como institución de derecho público internacional ha sido muy poco desarrollada (Asamblea General de la ONU), doctrinariamente se han visto un sinnúmero de cuestionamientos y se ha ido confirmando el correcto funcionamiento o la necesidad de expansión o desarrollo específico. No se puede afirmar que sustancialmente haya cumplido el objetivo para lo cual fue creado pues desde el 2005 de su reconocimiento hasta la actualidad han existido situaciones en donde se configuraba el uso de la responsabilidad de proteger pero lamentablemente esta no se realizó con éxito, e incluso han ido avanzando las nuevas categorizaciones y relevancias del ámbito de protección de la RdP agregando a las ya reconocidos presupuestos (crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, genocidio y depuración étnica) los atentados terroristas, los daños catastróficos al medio ambiente, y otras atrocidades mundiales que en la cultura actual causan una conmoción y conmueven el corazón de la comunidad internacional.

Siria ha sido un gran ejemplo de como un Estado puede no proteger a su población civil de atrocidades inhumanas y ciertamente la decepción se encuentra en la actuación tardía o la omisión de actuación por parte del Consejo de Seguridad, una problemática que se vino incubando y que dio a la luz en las situaciones donde más se necesitaba un actuar que vaya acorde a la moralidad y juridicidad internacional (Bonet e Ignacio, 2020) , pues es en estos momentos que algunos Estados como China, Rusia o Estados Unidos usaron su derecho al veto, anteponiendo intereses propios internos a la protección de derechos humanos a nivel internacional.

La gran finalidad que busca la RdP es garantía de los derechos humanos para evitar atrocidades como las conocidas con la Segunda Guerra Mundial, donde el ser humano cayó en picada perdiendo la “humanidad” y “razonabilidad” que nos caracteriza. (Valenzuela y Martínez, 2020).

Si bien la RdP tiene tres dimensiones la de prevenir, reaccionar y reconstruir, es importante recalcar que la mayoría de problemáticas se encuentra en la dimensión de reaccionar ya que esta incluye tanto una nueva

interpretación al concepto de soberanía, nuevos los límites al principio de no intervención y el uso de la fuerza armada. La reacción le pertenece a la comunidad internacional y es justamente la deliberación de las medidas que se deben tomar e incluso el cuestionamiento de la permisión de intervenir en asuntos internos de otro Estado, aunque la finalidad reconocida sea la paz su antagonismo el uso de la fuerza armada que se permite dentro de la RdP hace difícil el tratamiento internacional y la delimitación de su alcance y la visualización de su efectividad. Aquí claramente se entiende la intervención como una necesidad que sobrepone un valor (con relevancia para el Derecho Internacional Público) llamado justicia a otro llamado orden - independencia, y esto es por determinadas situaciones que se sustentan en evitar la destrucción de la humanidad. Lo antes señalado lo podemos entender más profundamente a continuación:

La sociedad internacional se articula en torno al concepto de orden, priorizándose los valores de estabilidad, la limitación del uso de la fuerza armada, el *ius in bello*, la defensa de la independencia e integridad territorial, el *pacta sunt servanda*, o el principio de soberanía estatal, etc. Reconocen que los estados pueden perseguir otros valores (justicia, libertad, bienestar, derechos humanos), pero sólo cuando no pongan en riesgo el orden y la estabilidad de la sociedad internacional. Los solidarios defienden, por el contrario, que los estados han impulsado sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial y, en mayor medida, tras el final de la Guerra Fría, una agenda internacional basada en la búsqueda de justicia, a través de la defensa de los derechos humanos, la revitalización de la intervención militares humanitarias, la creación de tribunales penales internacionales, la promoción de la democracia, o la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) (Vásquez, 2017, p.5).

Ahora bien, en el panorama internacional es imposible negar que existe una jerarquía indirecta entre los países que son potencia mundial y por tanto miembros del Consejo de Seguridad y aquellos países que geográficamente han sufrido una historia de represión y lucha por la recuperación o creación de una soberanía, estos países son los latinoamericanos que demuestran una gran renuencia a permitir una intervención a la soberanía que tanto les costó lograr, intentar una participación más activa y plantear una reforma para el

accionar del Consejo de Seguridad debe ser una materia de investigación a profundizar, pues la continuidad de la paz llega cuanto más se encuentren un equilibrio de participación mundial. Por ello se debe tener presente que la reforma no sólo debe incluir a la regulación del derecho de veto o en la composición numérica del CS, sino se debe investigar de forma más amplia y englobar temas de preocupación para la comunidad internacional como el terrorismo internacional, y todo lo que abarca o responsabilidad internacional de los Estados ante situaciones evolucionadas como la esclavitud moderna (disfrazada de laboral) o ciertas formas análogas al antiguo colonialismo.

CONCLUSIÓN

- ❖ Los cuestionamientos sobre la responsabilidad de proteger que se han mantenido en el tiempo, son primero los respectivos a la soberanía y la no intervención, por más que exista una justificación válida como la protección de derechos humanos para evitar situaciones catastróficas que mermen la humanidad de los seres humanos, esta se sub-divide en tres dimensiones la responsabilidad de prevenir, reaccionar y reconstruir, siendo la más controversial la responsabilidad de reaccionar por la inclusión del uso de la fuerza como una de las medidas de protección que es otorgada como facultad para la comunidad internacional.
- ❖ Se ha identificado como una barrera al reconocimiento de la RdP por parte de la comunidad internacional latinoamericana, a la renuencia de aceptación de la interpretación de la soberanía que permite una intervención de un Estado extranjero, pues para esta comunidad internacional una causa de vulneración a derechos humanos fue la intervención por parte de otros Estados a sus situaciones internas, como pasa con Estados Unidos, además en ciertos países que pasaron por un proceso de independencia, es esperado el miedo de la pérdida de soberanía por sus terribles antecedentes (Distintos casos Latinoamericanos), además que sus dudas también se justifican

en que no tienen una injerencia fuerte en la institución que aprueba las medidas coercitivas para la intervención de Estados Extranjeros en aras de la RdP, es decir, en el Consejo de Seguridad de la ONU.

- ❖ La eficacia de las acciones del Consejo de Seguridad desde el reconocimiento de la RdP ha sido muy reprochable, en especial por la demora o veto que se han evidenciado en distintos casos internacionales y que ha demostrado que los instrumentos y conformación actual del CS permite que se tomen decisiones individualistas de ciertos países miembros y no se cumpla con el objetivo de la RdP, por tanto, se concluye la necesidad de una reforma a esta institución para dar límites al derecho de veto y para mejorar la participación numérica de otros países que den mayor legitimidad a las decisiones del uso de la fuerza, facultad demasiado relevante para ser ignorada en una ambigüedad de uso.
- ❖ Por último, se recalca la necesidad de que la Asamblea General o el Consejo de Seguridad pueda a través de un instrumento jurídico de obligatoriedad determinar los criterios de legitimidad para el uso de la fuerza (de última ratio) en los cuales se necesite usar la dimensión de la responsabilidad de reaccionar ante la falla de la responsabilidad de prevenir, ya que esto a su vez permitirá concretizar ante la responsabilidad un rendimiento de cuentas ante la comunidad internacional por una omisión de actuar, el cual funcione también como un control de los límites del alcance de la RdP.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abad, M. y Martínez, C. (2019). *Derecho Internacional y Prevención de Conflictos*. España: Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación.

Añaños, M. (2009). La “Responsabilidad de Proteger” En Naciones Unidas y la doctrina de la Responsabilidad de Proteger. *UNISCI Discussion Papers*. España, Madrid: Universidad Complutense de Madrid

Arredondo, R. (2014). La responsabilidad de proteger: la perspectiva latinoamericana. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 16 (32). pp. 269-290. doi: 10.12795/araucaria.2014.i32.14

Bonet, A. e Ignacio, F. (2020). Del derecho al deber: La impronta ética de los derechos humanos a partir de la responsabilidad de proteger. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 31 (2). pp. 47-64. Doi: <http://dx.doi.org/10.15359/rldh.31-2.2>

Díaz, E. (2019). *La responsabilidad para proteger: análisis y perspectivas de futuro*. Grado en Derecho y Grado en Relaciones Internacionales. España: Comillas Universidad Pontificia.

Escriña, B. (2014). *La Responsabilidad de proteger en el marco de las Naciones Unidas. Deliberaciones y toma de decisiones del Consejo de Seguridad (2005-2012)*. España, Barcelona: Universitat de Barcelona.

Espósito, C. (2005). *Uso de la fuerza y responsabilidad de proteger. El debate sobre la reforma de la ONU*. España, Madrid: FRIDE.

Fernández, G. (2019). *La responsabilidad de sentar un buen precedente: el uso de la fuerza en el derecho internacional*. Pontificia Universidad Católica Argentina. Recuperado de: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/9681>.

Llanos, H. (2012). La Responsabilidad de Proteger: el rol de la comunidad internacional. *Revista Tribuna Internacional*, 1(2), pp. 129-139. doi:10.5354/0719-482X.2012.25651

Mooney, E. (2008). Los Principios Rectores y la responsabilidad de proteger. *Revista Migraciones Forzadas. N. especial*, 8(12). pp. 11-13. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10045/9672>

Rendón, M. (2019). Riesgos de la implementación de los conceptos de intervención humanitaria y la responsabilidad de proteger. *Inciso: Derecho*

y *Ciencia Política*, 21(1). Universidad La Gran Colombia. Doi: <https://doi.org/10.18634/incj.21v.1i.927>

Ruiz, I. y Aimé, E. (2019). El principio de la Responsabilidad de Proteger (R2P) en medio de las turbulentas aguas del debate entre Orden y Justicia / Entrevistas a Varios Autores. *Relaciones Internacionales*, (41), pp. 111-121. Recuperado de: <https://revistas.uam.es/relacionesinternacionales/article/view/11074>.

Shqueitzer, M. (2020). Incendios en el Amazonas: no intervención vs. responsabilidad de proteger. *Boletín Informativo del Grupo de Jóvenes Investigadores*, 2 (7). pp. 28-31. Recuperado de: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/103397>

Valenzuela, A. y Martínez, R. (2020). *Entendiendo la responsabilidad de proteger de los Estados: un compromiso de Naciones Unidas*. España, Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona.

Vásquez, B. (2017). *La responsabilidad de proteger: entre imperativo moral y norma jurídica*. España, Oviedo: Universidad de Oviedo.

USO DE AERONAVES NO TRIPULADAS EN LA GUERRA MODERNA. EVALUACIÓN DE SU LEGALIDAD BAJO EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

USE OF PILOTLESS AIRCRAFT IN MODERN WARFARE. ASSESSING THEIR
LAWFULNESS UNDER INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

*Xavier J. Ramírez García de León**

RESUMEN

A pesar de la tecnología avanzada necesaria para su funcionamiento, los drones representan otra etapa en la tradición humana de desarrollar medios para hacer la guerra a distancia. Así, no se distinguen de otros avances y están sujetos a los mismos estándares internacionales y deben cumplir con los mismos principios que otras plataformas de armas. Este artículo se centra en dar una respuesta sobre la legalidad del uso de drones en relación con el Derecho Internacional Humanitario. Para ello, aborda brevemente el tema del uso de drones en el escenario más común, ataques contra grupos armados no estatales en territorio extranjero, y luego se concentra en el cumplimiento de los principios del derecho internacional humanitario, para concluir que sus características no sólo les permiten cumplir, sino que incluso pueden ser consideradas como una mejora en la búsqueda constante de cumplir con el Derecho Internacional Humanitario.

* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y LLM en Derecho Internacional Público por la Universidad de Edimburgo. Anteriormente, trabajó para la Secretaría de Gobernación de México, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Procuraduría General de la República. Actualmente forma parte del equipo de la Conferencia Interamericana de Seguridad Social. xjr91@hotmail.com

Palabras clave: Drones, Guerra moderna, principios de Derecho Internacional Humanitario.

ABSTRACT

Despite the advanced technology required for their operation, drones represent another stage in the human tradition of developing means for waging war remotely. In this sense, they are no different from other advancements and are subject to the same international standards and must comply with the same principles as other weapon-platforms. This article focuses on providing an answer on the legality of the use of drones in relation to International Humanitarian Law. To do so, it briefly addresses the issue of the use of drones in the most common scenario, attacks against non-state armed groups in foreign territory, and then concentrates on the compliance with the principles of international humanitarian law, in order to conclude that their characteristics not only allow them to comply with but also may even be regarded as an enhancement in the constant pursuit of enforcing International Humanitarian Law.

Keywords: Drones, modern warfare, principles of International Humanitarian Law.

.....

I. INTRODUCCIÓN

Los drones representan un paso más en la lucha de la humanidad por librar la guerra desde una distancia segura. Caen bajo la tradición de las hondas, lanzas, flechas, catapultas, cañones, misiles y la razón fundamental de dañar al enemigo sin arriesgarse a uno mismo. No importa el gran salto tecnológico que representen los drones, estos tienen que cumplir con las normas que determinan si un arma puede usarse legalmente en combate.¹ El objetivo de este trabajo es responder si los drones son compatibles con

¹ Kaag, John J., y Sarah E. Kreps. *Drone Warfare*. Cambridge; Malden: Polity Press, 2014, p. 116-7.

los principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario (DIH). Para hacer esto, primero nos referiremos al aspecto *jus ad bellum* de la guerra que, si bien indirectamente, ha sufrido por las prácticas facilitadas por el uso de drones. Posteriormente, evaluaremos qué tan capaces son los drones para ser usados bajo los requisitos humanitarios básicos para concluir que pueden usarse de acuerdo con el DIH.

Este artículo se limita a los drones entendidos como aviones operados a distancia por humanos. No nos ocuparemos de drones pertenecientes a la categoría de Sistemas de Armas Autónomas. Además, aunque los drones se están utilizando para una variedad de tareas, el documento se refiere a los drones utilizados con fines de combate, y se refiere excepcionalmente a los drones militares desarmados.

Para los Estados, la operación de drones conlleva varios beneficios que los hacen convenientes: reducen al mínimo la exposición de los operadores al riesgo² al tiempo que mejoran la conciencia situacional de los combatientes;³ permiten el vuelo y vigilancia prácticamente constante por el campo de batalla y también reducen el tiempo entre la identificación del objetivo y el ataque;⁴ por último, los drones permiten la realización de misiones en zonas de difícil acceso o consideradas demasiado peligrosas para aviones tripulados.⁵

En los últimos años, los drones han jugado un papel clave en la conducción de las hostilidades en todo el mundo, lo que hace que su evaluación del DIH sea una necesidad. En las siguientes secciones trataremos la cuestión de la legalidad de su uso en combate.

² United Nations Office for Disarmament Affairs. *Study on Armed Unmanned Aerial Vehicles*. New York: United Nations, 2015, p. 4.

³ Gertler, Jeremiah. *U.S. Unmanned Aerial Systems*. Washington, D.C.: Congressional Research Service, 2012, p. 3.

⁴ Takemura, Hitomi. (2014). *Unmanned Aerial Vehicles: Humanization from International Humanitarian Law*. Wisconsin International Law Journal 32, n° 3, pp. 525-6.

⁵ Gertler, Jeremiah. *U.S. Unmanned Aerial Systems*, p. 3.

II. JUS AD BELLUM

Varios autores consideran que una evaluación adecuada de la legalidad de los drones debería incluir un análisis de *jus ad bellum*.⁶ Es pertinente determinar si un uso de la fuerza determinado se encuentra en conformidad con el Derecho Internacional, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la legalidad de dicho uso no es relevante para determinar la licitud / ilegalidad de las armas empleadas en él. Esta división es significativa para evitar que la tipificación jurídica del uso de la fuerza incida en el trato de las personas involucradas en el respectivo conflicto armado.⁷

En consecuencia, el uso ilegal de la fuerza no será legítimo porque en él se utilizaron armas lícitas; y lo que es más importante, no se pueden emplear armas prohibidas sin importar que el Estado esté respondiendo al uso ilegal de la fuerza; en el sentido de que el carácter legal de las armas utilizadas sigue siendo el mismo.⁸

En el caso de los drones la situación no cambia, el carácter del uso de la fuerza no impacta sobre su licitud / ilegalidad. Sin embargo, el uso de este armamento ha generado algunas situaciones que vuelven importante el analizar el tema desde el *jus ad bellum*. Estas situaciones surgen en forma de uso de la fuerza contra los grupos armados no estatales (GANE) presentes en territorio extranjero.

⁶ Casey-Maslen, Stuart. (2012). *Pandora's Box? Drone strikes under jus ad bellum, jus in bello and international human rights law*. International Review of the Red Cross 94, n° 886, pp. 597-625; Pejic, Jelena. (2014). *Extraterritorial targeting by means of armed drones: Some legal implications*. International Review of the Red Cross 96, n° 893, pp. 67-106; Jenks, Chris. (2009). *Law from above: Unmanned Aerial Systems, Use of Force, and the Law of Armed Conflict*. North Dakota Law Review 85, pp. 649-671; Schmitt, Michael N. (2010). *Drone Attacks under the Jus ad Bellum And Jus in Bello: Clearing the 'fog of law'*. Yearbook of International Humanitarian Law 13, pp. 311-326.

⁷ Giladi, Rotem. (2008). *The Jus ad Bellum/Jus in Bello Distinction and the Law of Occupation*. Israel Law Review 41, n° 1 y 2, p. 247.

⁸ Jang, Heeyong Daniel. (2013-2014). *The Lawfulness of and Case for Combat Drones in the Fight against Terrorism*. National Security Law Journal 2, pp. 4-5.

a. *Autoría de ataques armados y uso extraterritorial de la fuerza*

No es necesario que el presente artículo se detenga en los detalles del régimen de Derecho Internacional con respecto al uso de la fuerza; en cambio, daremos por sentado que la legítima defensa está sujeta a requisitos de necesidad y proporcionalidad y que puede ejercerse legítimamente frente a amenazas reales para centrarnos en la autoría de los ataques armados y el alcance del derecho de legítima defensa de los Estados de repelerlos.

En los últimos años, algunos Estados han utilizado drones para atacar a personas en el territorio de otros Estados. Los casos más famosos hacen referencia a drones estadounidenses que dirigen sus ataques a individuos en Pakistán, Afganistán y Yemen⁹ dentro de la “guerra” contra el terrorismo, a pesar de que Estados Unidos no está librando un conflicto armado contra ninguno de estos Estados. Esto implica una afirmación de que los Estados pueden usar la fuerza contra los GANE en territorio extranjero.¹⁰

Las únicas situaciones en las que la Carta de la ONU permite el uso de la fuerza son bajo una resolución del Consejo de Seguridad (CSNU) y en autodefensa, en relación con esta última, lo anterior significa que los Estados solo pueden usar la fuerza contra los GANE para defenderse.

Existe cierto desacuerdo sobre la cuestión de si los actos de agresión provenientes de GANE pueden dar lugar a la autodefensa. En la opinión consultiva sobre el Muro, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) afirmó que los Estados tienen derecho a actuar en legítima defensa en los casos de ataque “de un Estado contra otro Estado”,¹¹ lo que sugiere que no pueden responder en legítima defensa a las agresiones procedente de GANE. Algunos autores han argumentado que esta redacción en particular no debe interpretarse de

⁹ Información proporcionada por *Bureau of Investigative Journalism*, disponible en <https://www.thebureauinvestigates.com/category/projects/drones/drones-graphs/>

¹⁰ Somos conscientes que los drones no están relacionados exclusivamente con el tema. Los Estados podrían utilizar otros medios para atacar a esos individuos (aviones de combate, misiles de crucero, fuerzas especiales, etc.) y los problemas serían los mismos, pero es difícil ignorar que el uso de drones facilita este tipo de uso de la fuerza.

¹¹ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, p. 136, párr. 139.

esta manera, ya que nada en la Carta sugiere esa limitación;¹² mientras que otros argumentan que esta era la interpretación adecuada al menos antes de los eventos del 11 de septiembre.¹³

En el caso relativo a las Actividades Armadas, al tratar las afirmaciones de la República Democrática del Congo (RDC) de que Uganda había cometido actos de agresión, la Corte rechazó el argumento de que Uganda invadió el territorio congoleño en ejercicio de legítima defensa contra las agresiones cometidas por los GANE. La Corte argumentó que mientras los actos de estos grupos no fueran atribuibles a la República Democrática del Congo,¹⁴ Uganda no tenía derecho a la legítima defensa contra la República Democrática del Congo, pero evitó responder si Uganda tenía algún derecho contra el GANE en sí mismo.

Los jueces Kooijmans y Simma consideraron que incluso en ausencia de atribución estatal, las agresiones de los GANE permitieron al Estado actuar en legítima defensa. Argumentaron que no era razonable negar este derecho, rechazando también que la Carta limitara la autodefensa de esta manera.¹⁵

Esta afirmación ganó impulso en vista de las resoluciones 1368 y 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en respuesta a los eventos del 11 de septiembre,¹⁶ que sugirieron que los Estados podían ejercer la autodefensa contra GANE. Estos argumentos de lógica, la conducta del CSNU y la falta de una decisión final de la CIJ nos llevan a concluir que determinado uso de la fuerza proveniente de GANE, que logran un grado mínimo de gravedad, pueden dar derecho a los Estados a actuar en legítima defensa incluso cuando el Estado territorial no está involucrado en ellos.

¹² Wilmschurst, Elizabeth. *Principles of International Law on the Use of Force by States in Self-defence*. Chatham House; The Royal Institute of International Affairs, 2005, principio 6.

¹³ Takemura, Hitomi. *Unmanned Aerial Vehicles: Humanization from International Humanitarian Law*, p. 530.

¹⁴ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, ICJ Reports 2005, p.168, párr. 146-7.

¹⁵ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, Judge Kooijmans Dissenting, ICJ Reports 2005, p. 306, párr. 30.

¹⁶ United Nations Office for Disarmament Affairs. *Study on Armed Unmanned Aerial Vehicles*, pp. 22-3.

Sin embargo, es necesario dilucidar el alcance del derecho en estas situaciones. Las condiciones legales de este tipo de uso de la fuerza varían en su dificultad; por ejemplo, si el Estado territorial da su consentimiento para que el GANE pueda ser atacado por otro Estado, es claro que no surge ningún problema ya que, según el proyecto de artículo 20 sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos,¹⁷ el consentimiento válido excluye la ilicitud de un acto mientras permanezca dentro de los límites de este. En este sentido, si Pakistán autorizó a Estados Unidos a atacar algún objetivo en su territorio, no surge ninguna cuestión de *jus ad bellum* mientras Estados Unidos ataque ese objetivo preciso.¹⁸

El problema surge cuando el consentimiento no es otorgado por el Estado territorial, cuestión que requiere la debida cautela ya que el bombardeo del territorio de un tercer Estado puede constituir en sí mismo un acto de agresión.¹⁹ Algunos han leído en el caso de Actividades Armadas y la opinión consultiva sobre el Muro de manera que pueda considerarse que cuando los actos del GANE no pueden atribuirse al Estado, el uso de la fuerza sin su consentimiento es ilegal.²⁰ No estamos de acuerdo con este punto de vista, ya que en el caso de las Actividades Armadas la CIJ no resolvió la cuestión del uso extraterritorial de la fuerza, sino solo el interestatal.

Otros comentaristas sostienen que los grupos armados no estatales dentro del territorio de un tercer Estado pueden ser atacados sin el consentimiento de este último, ya que el objetivo no es el propio Estado, sino los grupos que actúan desde su territorio.²¹

¹⁷ International Law Commission. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. United Nations; Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1, 2001.

¹⁸ Violaciones a otros regímenes legales que puedan ser causadas por tales ataques, como los que surgen del Derecho Internacional de los derechos humanos, no están dentro del alcance de este artículo.

¹⁹ United Nations General Assembly, resolution 3314 (XXIX) (On the Definition of Aggression).

²⁰ Ahmed, Dawood I. (2013). *Defending Weak States Against the "Unwilling or Unable" Doctrine of Self-Defense*. *Journal of International Law and International Relations* 9, p. 9; véase, también, Ruys, Tom, y Sten Verhoeven. (2005). *Attacks by Private Actors and the Right of Self-defence*. *Journal of Conflict & Security Law* 10, n° 3, p. 319.

²¹ Travalio, Greg y John Altenburg. (2003). *Terrorism, State Responsibility, and the Use of Military Force*. *Chicago Journal of International Law* 4, n° 1, p. 119.

La cuestión no resulta clara, en el caso del Canal de Corfú, la CIJ determinó que todo Estado tiene la obligación de “no permitir que ... su territorio sea utilizado para actos contrarios a los derechos de otros Estados”²² lo que, con respecto a nuestra pregunta, significa que el responsable de detener la agresión sería el Estado territorial. En términos abstractos, esta sería una respuesta adecuada; sin embargo, no resiste el golpe de realidad. ¿Qué pasa cuando el Estado es tan débil que no puede cumplir o cuando se trata de un Estado “renegado” que rechaza hacerlo?

Para algunos, el hecho de que el Estado territorial “no pueda o no quiera” detener la agresión le da derecho al Estado atacado a actuar extraterritorialmente en legítima defensa.²³ La práctica estatal al respecto carece de uniformidad; en varios casos, los Estados han defendido la legítima defensa basándose en argumentos de incapacidad o falta de voluntad para apoyar la invasión de sus vecinos.²⁴ Pero la mayoría de las veces las reacciones de la comunidad internacional tienden a ser mixtas,²⁵ lo que dificulta la creación de cualquier norma consuetudinaria. Y aunque algunos autores han identificado una tendencia de los Estados a depender

²² *Corfu Channel case*, Judgment of April 9th, 1949, ICJ Reports 1949, p. 4, p. 22.

²³ Alston, Philip. *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions. Study on targeted killings*. Human Rights Council, United Nations General Assembly, United Nations; A/HRC/14/24/Add.6, 2010, p. 12 y también Deegan, Michael. (2014). *Unmanned Aerial Vehicles: Legitimate Weapon Systems or Unlawful Angels of Death?*. *Pace International Law Review* 26, n° 2, p. 269.

²⁴ Por ejemplo, en 1995, Turquía lanzó una invasión contra el norte de Irak argumentando que la zona había sido utilizada por tropas del Partido de los Trabajadores del Kurdistan para atacar territorio turco, pero rechazando cualquier violación a la soberanía de Irak por ser este incapaz de controlar el área; argumentos rechazados por la Liga Árabe y varios Estados europeos que exigieron que Turquía retirara sus tropas, aunque EE.UU. reconoció el derecho de Turquía a la autodefensa. Véase Ruys, Tom, y Sten Verhoeven. *Attacks by Private Actors and the Right of Self-defence*, pp. 295-6. Israel sirve como otro ejemplo, en 2003 lanzó un ataque en territorio sirio contra un campo de entrenamiento de terroristas, argumentando que Siria no había hecho nada para detener las agresiones provenientes de los mismos. El ataque israelí fue condenado por varios Estados, pero el Consejo de Seguridad no tomó ninguna medida. Véase Myre, Greg. *Israel Attacks What It Calls a Terrorist Camp in Syria*. *New York Times*, 6 de octubre 2003: disponible en <http://www.nytimes.com/2003/10/06/international/middleeast/06MIDE.html>

²⁵ Ruys, Tom, y Sten Verhoeven. *Attacks by Private Actors and the Right of Self-defence*, p. 296.

más a menudo de la incapacidad / falta de voluntad de otros para justificar acciones defensivas transfronterizas,²⁶ la mayor parte de la práctica parece estar confinada a un puñado de Estados.²⁷

Lamentablemente, el tema no parece estar resuelto por lo que no es posible dar una respuesta concreta, pero es precisamente por esto que los drones jugarán un papel relevante. Hemos mencionado algunas de las características por las cuales los drones son convenientes para los Estados. En este sentido, no es difícil pensar que los drones se utilizarán con más frecuencia. Según las estadísticas públicas, solo EE. UU. ha lanzado más de mil ataques con drones fuera de su territorio y,²⁸ según otro informe, más de 40 países tienen la tecnología para usarlos.²⁹ No estamos argumentando que el uso de drones por sí solo logrará la cristalización del Derecho Internacional consuetudinario sobre el uso de la fuerza extraterritorial, pero consideramos que la proliferación de drones empujará a los Estados a desarrollar un marco legal más claro sobre el tema.

III. JUS IN BELLO

Ahora evaluaremos la compatibilidad de los drones con las reglas del DIH. Es necesario comenzar diciendo que los drones no son un arma sino una plataforma de armas. En principio, considerar que el uso de un dron podría ser lícito / ilegal según el DIH no es diferente a pensar que un determinado modelo de tanque también podría serlo.

Esta idea influye de forma incorrecta en la evaluación de la legalidad de los drones. Algunos autores sostienen que la legalidad de la plataforma

²⁶ Idem, y también Deeks, Ashley S. (2012). “Unwilling or Unable”: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense. *Virginia Journal of International Law* 52, n° 3, pp. 546-7.

²⁷ Ahmed, Dawood I. *Defending Weak States Against the “Unwilling or Unable” Doctrine of Self-Defense*, pp. 11-2.

²⁸ Información disponible en <https://www.thebureauinvestigates.com/category/projects/drones/drones-graphs/>

²⁹ Alston, Philip. *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions. Study on targeted killings*, p. 9.

depende de la legalidad de las municiones disparadas.³⁰ Si bien la respuesta definitivamente no es incorrecta, cuenta sólo una parte de la historia. Los drones son capaces de transportar y disparar distintos tipos de misiles, pero eso no significa que la valoración de su legalidad deba basarse completamente en las armas que portan. Considérese este argumento desde la perspectiva que ofrecen, por ejemplo, otras plataformas de armas, como las versiones modernas del original lanzacohetes soviético “Katyusha”³¹ utilizado contra Israel a principios del siglo XXI.³² Aunque la plataforma puede cargarse con varios tipos de cohetes, es completamente incapaz de apuntar a objetivos específicos.³³

Téngase en cuenta, también, el M-87 Orkan, descrito por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) como un “arma de alta dispersión no guiada”³⁴ y como un “arma indiscriminada”.³⁵ Esto no hace que el uso de estas plataformas específicas esté completamente prohibido, pero ciertamente limita las situaciones en las que pueden emplearse legalmente, ya que pueden no ser lo suficientemente precisas como para usarse en lugares cercanos a civiles u objetos civiles.³⁶

Algo similar podría suceder con los drones si no logran (como plataforma de armas) algunas características mínimas, es por ello que proposiciones como “un misil disparado desde un dron no es diferente de

³⁰ Jang, Heeyong Daniel. *The Lawfulness of and Case for Combat Drones in the Fight against Terrorism*, p. 10.

³¹ Véase Carafano, James Jay y David D. Gentili. (20 de julio, 2006). *Defanging Hezbollah: A Directed Energy Defense Could Help*. WebMemo no. 1169. The Heritage Foundation.

³² Véase *Jewish Virtual Library*. Hezbollah: Terrorist Attacks Against Israel (2000-2006). Disponible en <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsourc/Terrorism/hizattacks1.html>.

³³ Tucker, Spencer C. *Instruments of War: Weapons and Technologies That Have Changed History: Weapons and Technologies That Have Changed History*. Santa Barbara; Denver: ABC-Clío, 2015, pp. 276-7.

³⁴ *Prosecutor v Milan Martić*, Judgment, Trial Chamber, ICTY, Case no. IT-95-11-T, 12 June 2007, párr. 463.

³⁵ Idem.

³⁶ Brehm, Maya. *Un-/Acceptable Area Effects? Assessing Risk of Civilian Harm from the Use of Explosive Weapons in Populated Areas in Three Cases before the ICTY*. Weapons and the International Rule of Law, 39th Round Table on Current Issues of International Humanitarian Law, San Remo, 8 al 10 de septiembre 2016. International Institute of Humanitarian Law, pp. 174-5.

cualquier otra arma de uso común”³⁷ son solamente una parte necesaria para responder a su legalidad.

En la opinión consultiva sobre la Legalidad de las Armas Nucleares, la CIJ encontró que bajo el Derecho Internacional la ilegalidad de las armas se formula en términos negativos, en el sentido de que la prohibición surge de una prohibición explícita, no de la ausencia de autorización para su uso.³⁸ Teniendo esto en cuenta, hasta la fecha no existe una convención específica que prohíba los drones, como ocurre con muchos otros tipos de armamento.³⁹ Sin embargo, la ausencia de una prohibición convencional no se traduce en una libertad absoluta para que los Estados utilicen el respectivo armamento, ya que aún debe cumplir con los principios del DIH.

En este sentido, el Derecho Internacional prohíbe el uso de dos extensos tipos de armas durante un conflicto armado: las que causan sufrimientos innecesarios y las que no son capaces de discriminar sus objetivos.⁴⁰ Estas prohibiciones se erigen como los “principios cardinales” del Derecho Humanitario.⁴¹

a. Principio en contra del sufrimiento innecesario

Este principio surgió en la Declaración de San Petersburgo de 1868, en donde los Estados reconocieron que podían lograr sus objetivos legítimos

³⁷ Alston, Philip. *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions. Study on targeted killings*, párr. 79.

³⁸ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, p. 226, párr. 52.

³⁹ Véanse, por ejemplo, los Protocolos de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados de 10 de octubre de 1980: Protocolo sobre fragmentos no detectables de 10 de octubre de 1980; Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, trampas explosivas y otros artefactos de 3 de mayo de 1996; Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, de 18 de septiembre de 1997, y Protocolo sobre armas láser cegadoras, de 13 de octubre de 1995.

⁴⁰ Blank, Laurie R. (2011-2012). *After “Top Gun”: How Drone Strikes Impact the Law of War*. University of Pennsylvania Journal of International Law 33, n° 3, p. 683.

⁴¹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, p. 226, párr. 78.

en la guerra a través de la inhabilitación del mayor número de hombres sin tener que agravar sus sufrimientos o “hacer inevitable su muerte”.⁴²

La expresión más reciente del principio es el artículo 35.2 del Protocolo adicional I (PAI), que establece que “Está prohibido emplear armas, proyectiles y métodos de guerra de tal naturaleza que causen lesiones superfluas o sufrimientos innecesarios”.⁴³

Según este principio, está prohibido causar sufrimientos inútiles a los combatientes si no existe en ello un propósito militar legítimo,⁴⁴ en el sentido de que se prohíben aquellas armas que causen una lesión superflua a un combatiente ya incapacitado.⁴⁵ La CIJ consideró que bajo este principio las partes en un conflicto están limitadas en su elección de armas para dañar al enemigo.⁴⁶

El principio tiene una limitación importante: no prohíbe el sufrimiento en sí mismo, por horrible que sea. La cantidad de sufrimiento no tiene un impacto directo en la legalidad de un arma,⁴⁷ ya que “la necesidad del sufrimiento debe juzgarse según la utilidad militar de las armas”.⁴⁸ Es decir, la prohibición del sufrimiento innecesario “... no se aplica a las armas

⁴² Declaración de renuncia al uso, en tiempo de guerra, de proyectiles explosivos de menos de 400 gramos de peso. San Petersburgo, 29 de noviembre a 11 de diciembre de 1868.

⁴³ Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales del 8 de junio de 1977.

⁴⁴ Greenwood, Christopher. (1998). *The Law of Weaponry at the Start of the New Millennium*. International Law Studies 71 (1998), p. 194.

⁴⁵ *Agent Orange Product Liability Litigation, Re, Vietnam Association For Victims Of Agent Orange/Dioxin and ors v Dow Chemical Company and ors*, First Instance, 373 F.Supp.2d 7, ILDC 123 (US 2005), 10 de marzo 2005, District Court for the Eastern District of New York, párr. 284.

⁴⁶ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, p. 226, párr. 78.

⁴⁷ Gross, Oren. (2015). *The New Way of War: Is there a duty to use Drones?*. Florida Law Review 67, p. 29.

⁴⁸ Declaración de Ronald J. Bettauer en la Conferencia de Lucerna (25 de septiembre, 1974), reproducido en Carnahan, Burrus M., y Marjorie Robertson. (1996). *The Protocol on “Blinding Laser Weapons”: A New Direction for International Humanitarian Law*. American Journal of International Law 90, n° 3, p. 485.

letales que... causan heridas o sufrimiento para lograr un... objetivo militar apropiado de incapacitar a las tropas enemigas".⁴⁹

Como resultado de este equilibrio, las partes en el conflicto pueden someter a los combatientes enemigos a lo que incluso podría considerarse un sufrimiento masivo, siempre que exista una ventaja militar legítima que lograr. Aunque se han propuesto varios conjuntos de criterios para determinar si un arma causa sufrimiento innecesario, no hay acuerdo sobre cómo decidir en cada caso. Algunos de los más comunes incluyen si el arma causa una discapacidad permanente; la disponibilidad de alternativas para incapacitar al enemigo, o la tasa de mortalidad.⁵⁰

El caso de las armas láser cegadoras es un buen ejemplo. Estas armas, prohibidas desde 1995, se consideran causantes de sufrimientos innecesarios por el hecho de que la ceguera provocada es permanente pero también porque el enemigo podría quedar inutilizado por algún otro medio que no lo afectaría por el resto de su vida.⁵¹ Es decir, el sufrimiento causado al combatiente por cegarlo de manera permanente excede la ventaja militar de incapacitarlo, resultado que también podría obtenerse mediante el uso de otros medios menos *gravosos*.

Si bien varios Estados cuentan con la tecnología para lanzar ataques con drones, nos centraremos en la práctica de Estados Unidos dada su cantidad. Los drones emblemáticos en misiones de combate⁵² son el MQ-1B *Predator*⁵³ y el MQ-9 *Reaper*.⁵⁴ Según sus especificaciones, estos sistemas

⁴⁹ *Agent Orange Product Liability Litigation, Re, Vietnam Association For Victims Of Agent Orange/Dioxin and ors v Dow Chemical Company and ors*, First Instance, 373 F.Supp.2d 7, ILDC 123 (US 2005), 10 de marzo 2005, District Court for the Eastern District of New York, párr. 284.

⁵⁰ Greenwood, Christopher. *The Law of Weaponry at the Start of the New Millennium*, p. 197, y Carnahan, Burrus M., y Marjorie Robertson. *The Protocol on "Blinding Laser Weapons": A New Direction for International Humanitarian Law*, p. 485.

⁵¹ Dinstein, Yoram. *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*. 3a edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 90.

⁵² Gertler, Jeremiah. *U.S. Unmanned Aerial Systems*, p. 33 et seqq.

⁵³ *MQ-1B Predator, Fact Sheet*, US Air Force, disponible en <http://www.af.mil/AboutUs/FactSheets/Display/tabid/224/Article/104469/mq-1b-predator.aspx>

⁵⁴ *MQ-9 Reaper, Fact Sheet*, US Air Force, disponible en <http://www.af.mil/AboutUs/>

son capaces de transportar tres tipos de armamento: misiles AGM-114 *Hellfire*, bombas GBU-12 *Paveway II* y GBU-38.

En el caso de los drones, al ser plataformas de armas, el sufrimiento innecesario que pueden causar radica, principalmente, en las armas que disparan. Como tal, es la legalidad de estos proyectiles la que debería evaluarse,⁵⁵ ya que los drones ni siquiera serían capaces de violar el principio por sí mismos.⁵⁶ Además, no hay evidencia que sugiera que un misil *Hellfire* lanzado desde un dron cause más sufrimiento que el mismo misil lanzado desde otra plataforma.⁵⁷

Aunque el análisis de estas armas está más allá del alcance de este artículo, basta con decir que todas ellas están clasificadas como “bombas inteligentes” ya que utilizan sistemas de guía avanzados.⁵⁸ Además, se han fabricado desde principios de los 90 y se han utilizado en varios conflictos. Somos conscientes de que, en abstracto, nada de esta información es determinante para el cumplimiento del principio de sufrimiento innecesario; creemos, sin embargo, que sí sugiere esa conclusión. En este sentido, si un misil *Hellfire*, o cualquier otro de los proyectiles mencionados, se considera suficientemente lícito para ser utilizado al menos en determinadas situaciones de combate, entonces no importará que sea lanzado desde un dron o desde cualquier otra plataforma, siempre que ésta sea capaz de explotar efectivamente las características de la propia munición, cuestión que se analizará más adelante y que constituye gran parte de la legalidad de la plataforma de armas.

FactSheets/Display/tabid/224/Article/104470/mq-9-reaper.aspx_

⁵⁵ Boothby, William H. *Weapons and the Law of Armed Conflict*. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 230-1.

⁵⁶ Wuschka, Sebastian. (2011). *The Use of Combat Drones in Current Conflicts - A Legal Issue or a Political Problem?*. Goettingen Journal of International Law 3, n° 3, p. 895.

⁵⁷ Vogel, Ryan J. (2010-2011). *Drone Warfare and the Law of Armed Conflict*. Denver Journal of International Law and Policy 39, n° 1, p. 128.

⁵⁸ *AGM-114 Hellfire*, FAS Military Analysis Network, disponible en <http://fas.org/man/dod-101/sys/missile/agm-114.htm>; *Guided Bomb Unit-12 (GBU-12) Paveway II*, FAS Military Analysis Network, disponible en <http://fas.org/man/dod-101/sys/smart/gbu-12.htm>; *Joint Direct Attack Munition (JDAM)* GBU-29, GBU-30, GBU-31, GBU-32, FAS Military Analysis Network, disponible en <http://fas.org/man/dod-101/sys/smart/jdam.htm>

b. Principio de discriminación

El segundo principio cardinal del DIH funciona en dos niveles y comprende tres principios.⁵⁹ El principio prohíbe el uso de armas cuyos efectos sea indiscriminados, pero también prohíbe que las armas se utilicen indiscriminadamente, sean capaces o no de discriminar objetivos.⁶⁰ Nos centraremos en determinar si los drones son capaces de cumplir con este principio en lugar de determinar si pueden usarse indiscriminadamente por dos razones, primero no estamos discutiendo un método específico de guerra que involucre drones, sino si los drones son legales / ilegales en la guerra moderna y segundo, porque cualquier arma, sin importar sus características, puede usarse de manera indiscriminada, lo que no significa que el arma esté prohibida sino sólo que el uso específico sí lo está.

El principio de discriminación está compuesto por los principios de distinción, proporcionalidad y precaución.⁶¹ Los tres están consagrados en normas convencionales, pero también forman parte del Derecho Internacional consuetudinario.⁶² El propósito de estos principios es garantizar que la conducción de las hostilidades respete a las personas más vulnerables.

i. Distinción

El principio está codificado en PAI y en el Protocolo Adicional II (PAII).⁶³ El artículo 48 del PAI establece la obligación de las partes de distinguir entre objetivos civiles / civiles y combatientes / objetivos militares y de dirigir sus ataques únicamente contra estos últimos. Estas obligaciones también se expresan por separado en los artículos 51.2 y 52.2 del PAI. En cuanto a los conflictos armados no internacionales (CANI), el artículo 13.2

⁵⁹ Greenwood, Christopher. *The Law of Weaponry at the Start of the New Millennium*, p. 199

⁶⁰ Idem.

⁶¹ We obviate the differences in terminology on the principles under Discrimination and follow Greenwood in his categorization.

⁶² Véanse, entre otras, las reglas 1, 14 y 15 en la base de datos sobre derecho humanitario consuetudinario preparada por el Comité Internacional de la Cruz Roja, disponible en <https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home>

⁶³ Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional del 8 de junio de 1977.

del PAII contiene la obligación de no atacar directamente a la población civil.

El corolario de este principio es que los objetos civiles / civiles deben ser protegidos de los sufrimientos del combate,⁶⁴ lo que también genera una obligación subyacente para las partes de distinguir a la población civil⁶⁵ para evitar el debilitamiento potencial de estas protecciones. En resumen, el principio de distinción nos dice quiénes pueden ser legalmente un objetivo durante un conflicto armado.⁶⁶

La protección brindada se extiende también a otras personas, como los combatientes heridos o capturados,⁶⁷ pero cesa para los civiles “mientras participen directamente en las hostilidades”.⁶⁸

Existe un amplio desacuerdo con respecto a la idea de participación directa en las hostilidades⁶⁹ ya que no ha sido posible determinar el contenido de los conceptos que la componen, lo que dificulta el surgimiento de una definición común.⁷⁰ En el caso del concepto de “participación directa”, algunos Estados han adoptado una interpretación excesivamente amplia. Por ejemplo, Israel ha decidido incluir en él a los civiles que recopilan información militar incluso cuando no está relacionada con las hostilidades;

⁶⁴ Véase el artículo 51.1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales del 8 de junio de 1977.

⁶⁵ Véase Gross, Oren. *The New Way of War: Is there a duty to use Drones?*, p. 28 y Blank, Laurie R. *After “Top Gun”: How Drone Strikes Impact the Law of War*, p. 690.

⁶⁶ Blank, Laurie R. *After “Top Gun”: How Drone Strikes Impact the Law of War*, p. 689.

⁶⁷ Véase el artículo 41 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales del 8 de junio de 1977.

⁶⁸ Artículo 51.3 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales del 8 de junio de 1977, véase también el artículo 13 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 8 de junio de 1977.

⁶⁹ Jenks, Chris. *Law from above: Unmanned Aerial Systems, Use of Force, and the Law of Armed Conflict*, p. 666.

⁷⁰ Goppel, Anna. *Killing Terrorists: A Moral and Legal Analysis*. Berlin; Boston: Walter de Gruyter, 2013, p. 113.

y también los que “prestan servicio a... [los combatientes ilegales], sin importar la distancia del campo de batalla a la que se encuentren”.⁷¹ Mientras que Estados Unidos incluso ha atacado a narcotraficantes acusados de financiar a los talibanes.⁷²

Con respecto al período de tiempo durante el cual los civiles pueden ser atacados, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha dicho que “‘civil’ se define negativamente como cualquier persona que no sea miembro de las fuerzas armadas o de un grupo militar organizado que pertenezca a una parte en conflicto.”⁷³ Lo que implica que los miembros de estos grupos pueden ser atacados en todo momento. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ideó el concepto de “función de combate continuo” para distinguir a los miembros del ala militar del GANE de los civiles que participan intermitentemente en las hostilidades y de los miembros del grupo que realizan tareas administrativas, con la diferencia relevante de que, en contraste con este último, aquellos con funciones de combate continuas pueden ser atacados en cualquier momento.⁷⁴

Las prohibiciones comprendidas en el principio de distinción son de carácter absoluto⁷⁵ y su violación se considera un crimen de guerra.⁷⁶ En ningún caso los beligerantes pueden lanzar un ataque directo contra civiles / objetos de carácter civil.

⁷¹ *Public Committee against Torture in Israel and Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment v Israel and ors*, Original Petition to the High Court of Justice, Case No HCJ 769/02, 14 de diciembre de 2006, Supreme Court as Court of First Instance, párr. 35.

⁷² Véase Alston, Philip. *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions. Study on targeted killings*, párrafos 21 y 68; Casey-Maslen, Stuart. *Pandora's Box? Drone strikes under jus ad bellum, jus in bello and international human rights law*, p. 612 y también Kaag, John J., y Sarah E. Kreps. *Drone Warfare*, p. 122.

⁷³ Véase *Prosecutor v. Galića*, Judgment, Trial Chamber, ICTY, Case No. IT-98-29-T, 5 December 2003, párr. 47.

⁷⁴ Melzer, Nils. *Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law*. Geneva: International Committee of the Red Cross, 2009, pp. 33-34.

⁷⁵ Greenwood, Christopher. *The Law of Weaponry at the Start of the New Millennium*, p. 200.

⁷⁶ Véanse los artículos 8.2.b.i y ii del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998, United Nations, Treaty Series, vol. 2187, p. 3.

En cuanto al uso de drones de acuerdo con el principio de distinción, el sistema de armas debe ser capaz de ejercer dos funciones: primero, debe poder distinguir entre objetos civiles / civiles y objetivos militares, pero también debe ser capaz de dirigir sus ataques con precisión; este elemento, como se mencionó anteriormente, constituye una parte importante del debate a zanjar cuando se trata de determinar la legalidad de una determinada plataforma de armas.

Estas tareas residen en las capacidades del sistema, pero también, como en el caso del principio de sufrimiento innecesario, en el armamento que lleva el dron. Hemos mencionado anteriormente que los proyectiles comúnmente utilizados son “bombas inteligentes”, lo que implica su capacidad para dirigirse a objetivos precisos por lo que no resulta necesario mayor análisis al respecto.

Por otro lado, por el hecho de que el operador del dron se encuentra a varios kilómetros de donde se desarrollan las hostilidades, se podría pensar que el dron es incapaz de distinguir objetivos con la precisión suficiente para dirigir correctamente sus “bombas inteligentes”. Sin embargo, en el caso de los drones, esta es una apreciación incorrecta.⁷⁷

Los drones de combate están equipados con sistemas de orientación, que incluyen sensores infrarrojos, cámaras con intensificación de imágenes y designadores láser,⁷⁸ que garantizan que sus operadores confíen en información visual mejorada antes de atacar. Además, los operadores que trabajan en relevos y la resistencia de vuelo que ofrecen los drones⁷⁹ permiten que los objetivos sean seguidos e identificados minuciosamente antes de atacarlos.⁸⁰

⁷⁷ Schmitt, Michael N. *Drone Attacks under the Jus ad Bellum And Jus in Bello: Clearing the 'fog of law'*, p. 320.

⁷⁸ Tanto el MQ-1B Predator como el MQ-9 Reaper llevan el Sistema de Orientación Multiespectral, que “proporciona vigilancia de largo alcance, adquisición de objetivos, seguimiento, determinación de distancia y designación láser ... [así como] múltiples campos de visión, electrónicos zoom y seguimiento de video multimodo...” Véase *Multi-Spectral Targeting System (MTS)*, Raytheon, disponible en <http://www.raytheon.com/capabilities/products/mts/>

⁷⁹ Gertler, Jeremiah. *U.S. Unmanned Aerial Systems*, p. 35; y también *Predator B RPA*, General Atomics Aeronautical, disponible en <http://www.ga-asi.com/predator-b>

⁸⁰ Jenks, Chris. *Law from above: Unmanned Aerial Systems, Use of Force, and the Law of Armed Conflict*, p. 669.

Desde esta perspectiva, el uso de drones puede incluso contribuir a reducir los ataques ilícitos contra civiles,⁸¹ pero sólo si se utilizan precisamente con tal intención.

ai. *Proporcionalidad*

El DIH solo prohíbe atacar a civiles / objetos de carácter civil directamente, pero no prohíbe dañarlos. Se permite el daño incidental a civiles siempre que la ventaja militar esperada supere al daño.⁸² El principio está consagrado en el artículo 51.5 del PAI y su carácter habitual lo hace aplicable también a los CANI.⁸³

La proporcionalidad contiene dos conceptos clave que le dan forma. Por un lado, el carácter incidental del daño causado a los civiles limita el daño en sí. A diferencia del principio de distinción, la proporcionalidad no es absoluta⁸⁴ y permite una divergencia de este carácter en el sentido de que el daño permitido debe ser involuntario.⁸⁵ Esto tiene dos consecuencias; en primer lugar, excluye cualquier daño deliberado a civiles, pero también evita que el ataque sea ilegal sólo porque se les haya hecho algún daño siempre que éste se mantenga dentro de ciertos límites.⁸⁶

Por otro lado, la ventaja militar es más difícil de definir ya que responde al carácter de la situación, siendo una determinación subjetiva hecha en el campo de batalla.⁸⁷ No obstante, se ha planteado que la ventaja

⁸¹ Jang, Heeyong Daniel. *The Lawfulness of and Case for Combat Drones in the Fight against Terrorism*, p. 13

⁸² Kaag, John J., y Sarah E. Kreps. *Drone Warfare*, p. 128

⁸³ Véase la regla 14 en la base de datos del CICR, disponible en https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule14#Fn_62_33

⁸⁴ Greenwood, Christopher. *The Law of Weaponry at the Start of the New Millennium*, p. 201.

⁸⁵ En el caso Blaškić, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia amplió el razonamiento para incluir *situaciones* en las que “era imposible no saber que se estaba atacando a civiles o bienes de carácter civil...” *Lašva Valley, Prosecutor v Blaškić (Tihomir)*, Judgment, Trial Chamber, ICTY, Case No IT-95-14-T, 3rd March 2000, párr. 180.

⁸⁶ Crawford, Emily, y Alison Pert. *International Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 45.

⁸⁷ Jenks, Chris. *Law from above: Unmanned Aerial Systems, Use of Force, and the Law of Armed Conflict*, p. 667.

militar obtenida debe ser “sustancial y relativamente cercana”⁸⁸ rechazando aquellas “apenas perceptibles y las que sólo aparecerían a largo plazo”⁸⁹ o que son “nebulosas... como el efecto sobre la moral del enemigo”.⁹⁰ También debe entenderse la ventaja militar considerando la totalidad del conflicto y no limitada al ataque específico.⁹¹ Por supuesto, esto tiene un impacto en el alcance de la decisión tomada porque no todos los combatientes tienen la misma cantidad de información, lo que en consecuencia limita su comprensión de los efectos del ataque en relación con el conflicto.

Sin embargo, el DIH no determina cómo se supone que deben equilibrarse dos “valores e intereses”⁹² en conflicto tan diferentes como la vida civil y la ventaja militar,⁹³ y la CIJ ha rechazado la posibilidad de una prueba mecánica para determinar la proporcionalidad argumentando que “cuanto mayor es la ventaja militar, mayor será la voluntad de tolerar mayores niveles de sufrimiento”.⁹⁴

Es por ello que la proporcionalidad no se puede medir con un simple recuento de cuerpos de combatientes y civiles.⁹⁵ Estos enfoques se concentran en resultados cuando la prueba de proporcionalidad se basa en expectativas. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha decidido que para determinar “si un ataque fue proporcionado es necesario examinar si una

⁸⁸ Sandoz, Yves, Christophe Swinarski, and Bruno Zimmermann. *Commentary on the Additional Protocols*. Geneva: International Committee of the Red Cross, 1987, párr. 2209.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ Greenwood, Christopher. *The Law of Weaponry at the Start of the New Millennium*, p. 200.

⁹¹ *Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims - Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25, and 26*, Eritrea v Ethiopia, Partial award, ICGJ 356 (PCA 2005), 19th December 2005, Eritrea-Ethiopia Claims Commission, párr. 113.

⁹² *Public Committee against Torture in Israel and Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment v Israel and ors*, Original Petition to the High Court of Justice, Case No HCJ 769/02, 14th December 2006, Supreme Court as Court of First Instance, párr. 45.

⁹³ Dill, Janina. *Applying the Principle of Proportionality in Combat Operations*. Oxford: Oxford Institute for Ethics, Law, and Armed Conflict, 2010, p. 3.

⁹⁴ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, p. 226, párr. 97.

⁹⁵ Jenks, Chris. *Law from above: Unmanned Aerial Systems, Use of Force, and the Law of Armed Conflict*, p. 667.

persona razonablemente bien informada ... haciendo un uso razonable de la información disponible ... podría haber esperado un número excesivo de víctimas civiles ...”⁹⁶

La naturaleza material de este principio hace imposible decir la última palabra sobre la capacidad de los drones para cumplir con el mismo, pero dadas sus características, los drones son capaces de reducir no solo las bajas del ejército atacante sino también los daños colaterales.⁹⁷ Según declaraciones de funcionarios estadounidenses, el 95% de los proyectiles lanzados desde el *Predator* alcanzaron el objetivo previsto, mientras que el resto fallaron debido a fallas mecánicas o modificaciones de última hora en la posición del objetivo.⁹⁸ Además, los misiles disparados por drones tienen un radio de explosión más pequeño que los que normalmente llevan otras aeronaves, lo que podría reducir el daño colateral.⁹⁹

Sin embargo, los ataques deben juzgarse caso por caso, ya que la proporcionalidad depende no solo de los medios y métodos elegidos, sino también del objetivo que se va a atacar y su contexto situacional. La hora, el lugar, la cantidad de civiles cercanos, la relevancia del objetivo, entre otros, son elementos que influyen directamente en la legalidad de un ataque bajo estos principios.¹⁰⁰

bi. Precaución

De acuerdo con este principio, los combatientes tienen la obligación de tomar “cuidados constantes” para “salvar a la población civil”.¹⁰¹ El

⁹⁶ *Prosecutor v. Galića*, Judgment, Trial Chamber, ICTY, Case No. IT-98-29-T, 5 December 2003, párr. 58.

⁹⁷ Feil, Jessica A. (2012-2013). *Cyberwar and Unmanned Aerial Vehicles: Using New Technologies, from Espionage to Action*. Case Western Reserve Journal of International Law 45, pp. 519 y 531.

⁹⁸ Véase Northam, Jackie. *Popularity Of Drones Takes Off For Many Countries*. National Public Radio, 11 de julio 2011: disponible en <http://www.npr.org/2011/07/11/137710942/popularity-of-drones-takes-off-for-many-countries>.

⁹⁹ Casey-Maslen, Stuart. *Pandora's Box? Drone strikes under jus ad bellum, jus in bello and international human rights law*, p. 607.

¹⁰⁰ Vogel, Ryan J. (2010-2011). *Drone Warfare and the Law of Armed Conflict*. Denver Journal of International Law and Policy 39, n° 1, p. 127.

¹⁰¹ Véase el artículo 57 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto

artículo 57 del PAI asegura que los planificadores del ataque “hagan todo lo factible” para garantizar que los objetivos protegidos no se vean excesivamente afectados por él.

Esta obligación general se despliega en requisitos específicos para cumplir con el principio. Por ejemplo, las medidas a tomar incluyen: La verificación del estatus no protegido del objetivo; la elección correcta de los medios y métodos de guerra para minimizar los daños colaterales; la certera determinación de que el ataque no será de carácter desproporcionado, entre otros.¹⁰²

“Factible” según el artículo 57 significa que las precauciones que deben tomarse son sólo “aquellas medidas practicables o prácticamente posibles”¹⁰³ considerando las circunstancias en las que se lanza el ataque. En este sentido, lo que signifiquen las medidas cautelares dependerá de varios factores como la urgencia del ataque, el control que se ejerza sobre el territorio o el riesgo agregado que corren los combatientes al implementar las medidas.¹⁰⁴

Como tal, este principio está íntimamente relacionado con la distinción y la proporcionalidad, disponiendo el deber de dar los pasos previos necesarios para cumplir con los otros dos principios, al obligar a las partes a recabar información -por los medios disponibles- sobre sus objetivos para determinar el estatus de estos antes de lanzar el ataque.¹⁰⁵

Mencionamos anteriormente cómo la tecnología usada en los drones permite una mejor identificación de los objetivos a través de su monitoreo

de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales del 8 de junio de 1977.

¹⁰² Idem.

¹⁰³ *Western and Eastern Fronts—Ethiopia’s Claims 1 and 3*, Ethiopia v Eritrea, Partial Award, ICGJ 357 (PCA 2005), 19th December 2005, Eritrea-Ethiopia Claims Commission at para 33. Also see *Central Front—Ethiopia’s Claim 2*, Eritrea and Ethiopia, Partial Award, ICGJ 353 (PCA 2004), 28th April 2004, la Comisión afirmó, en el párrafo 110 que “La ley requiere todas las precauciones “factibles”, no precauciones que son prácticamente imposibles.”

¹⁰⁴ Pejic, Jelena. *Extraterritorial targeting by means of armed drones: Some legal implications*, p. 87.

¹⁰⁵ Rosén, Frederik. (2014). *Extremely Stealthy and Incredibly Close: Drones, Control and Legal Responsibility*. Journal of Conflict and Security Law 19, n° 1, p. 15.

continuo. En el caso de la precaución, esta tecnología también permite la actualización en tiempo real de las medidas preventivas para elegir el momento preciso en el que la población civil cercana pudiera no ser motivo de preocupación para realizar un ataque.¹⁰⁶

Además, los ataques con drones pueden parecer ventajosos desde el punto de vista del principio de precaución, ya que los drones no sufren los efectos de la fatiga ni se arriesgan a tomar decisiones apresuradas debido al peligro circundante y, si bien las probabilidades de actuar con información defectuosa aún existen, los operadores de drones dependen unos de otros para lanzar el ataque.¹⁰⁷

Los beneficios que generan los drones no sólo en el ataque sino también en la recolección de información pueden incluso hacer obligatorio su uso para cumplir con los estándares de precaución. Esto sería así por el funcionamiento del concepto de “factibilidad”. Si es viable para un Estado desplegar drones para recopilar inteligencia, entonces el estándar de lo que significa “factible” aumentaría, haciendo su uso obligatorio.¹⁰⁸ Además, el uso de drones haría más difícil para los Estados argumentar que se basan en datos defectuosos, ya que los drones pueden proporcionar información mejorada que a su vez limitaría el margen para que los Estados cometan errores.¹⁰⁹

c. *Estatus de los operadores de drones bajo el DIH*

Se podría pensar que los operadores de drones representan un problema especial para el DIH bajo dos consideraciones. En primer lugar, la naturaleza de los drones y el secreto que rodea su uso han hecho posible que

¹⁰⁶ Casey-Maslen, Stuart. *Pandora's Box? Drone strikes under jus ad bellum, jus in bello and international human rights law*, p. 607; también Jenks, Chris. *Law from above: Unmanned Aerial Systems, Use of Force, and the Law of Armed Conflict*, p. 669.

¹⁰⁷ Jang, Heeyong Daniel. *The Lawfulness of and Case for Combat Drones in the Fight against Terrorism*, p. 20.

¹⁰⁸ Véase Rosén, Frederik. *Extremely Stealthy and Incredibly Close: Drones, Control and Legal Responsibility*, en general.

¹⁰⁹ Véase Jang, Heeyong Daniel. *The Lawfulness of and Case for Combat Drones in the Fight against Terrorism*, en general.

personal no adscrito a las fuerzas armadas participe en las hostilidades, lo que da lugar a algunas preguntas sobre el estatus legal de estos operadores. En segundo lugar, la tecnología de drones ha planteado dudas sobre la posibilidad de atacar a los operadores fuera del teatro de hostilidades. Ambos temas merecen algunos comentarios.

Según el Derecho Internacional, no todas las personas tienen derecho a participar en hostilidades de forma lícita; sólo quienes actúen bajo el privilegio del beligerante podrán participar legítimamente en el combate, gozar de la condición de prisionero de guerra en caso de captura y estar protegidos de enjuiciamiento por sus acciones –dentro de determinado límite- durante el conflicto.¹¹⁰

El artículo 4 de la Convención de Ginebra III menciona las categorías de personas que pueden participar en el combate disfrutando de estas protecciones.¹¹¹ El artículo establece varias condiciones que deben cumplir los civiles para ser incluidos en esa categoría: actuar bajo un mando responsable; tener un signo distintivo fijo; portar armas abiertamente; llevar a cabo sus operaciones de acuerdo con las leyes de la guerra.¹¹²

En el caso de los operadores de drones que son miembros de las fuerzas armadas no existe un problema con respecto a su estatus y en consecuencia están protegidos por el artículo 4 de la Convención de Ginebra III, pero los operadores civiles de drones tendrían que cumplir con las condiciones mencionadas para poder lograr el estatus de prisionero de guerra y, lo que es más importante, ser inmunes a procesos penales

Aunque no discutiremos si los civiles supuestamente deben portar armas de manera abierta en su país de origen o si tienen que usar uniformes cuando los signos distintivos en los drones serían suficientes, debemos mencionar que la práctica estadounidense reciente con respecto a la

¹¹⁰ Nabors, Steve. “A Right to Fight: The Belligerent’s Privilege.” In *Rethinking International Law and Justice*, editado por Charles Sampford, Spencer Zifcak y Derya Aydin Okur. Routledge, 2016.

¹¹¹ Véase el artículo 4 del Convenio (III) relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. Ginebra, 12 de agosto de 1949.

¹¹² Ibidem, artículo 4.2

participación de la Agencia Central de Inteligencia (CIA) en hostilidades con drones, ha sido considerada por algunos de manera tal que los funcionarios de la CIA son combatientes ilegales y, como tales, responsables de los actos cometidos en combate.¹¹³

En cuanto a la segunda cuestión, algunos comentaristas consideran que “las hostilidades ... ocurren dentro de zonas limitadas... Sólo en esas zonas es permisible matar a los combatientes enemigos...”.¹¹⁴ En consecuencia, atacar a un operador que controla un dron desde un lugar ubicado fuera del teatro de operaciones sería cuestionable. Sin embargo, el argumento no parece tener mucho apoyo. Los tribunales internacionales han adoptado la posición de que la aplicación del DIH se extiende a todo el territorio del Estado donde tiene lugar el conflicto, sin limitarse al frente de guerra o al “teatro real de operaciones de combate”.¹¹⁵ En el caso Akayesu, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) consideró que el artículo 3 común “... debe aplicarse en todo el territorio del Estado involucrado en el conflicto”.¹¹⁶

La práctica de los Estados también contradice el argumento. Lewis hace referencia a varios escenarios en los que los Estados utilizaron la fuerza lejos del frente de guerra sin que se volviera ilegal la selección de objetivos en esas zonas.¹¹⁷

¹¹³ Véase *Rise of Drones II: Examining the Legality of Unmanned Targeting. Hearing. Subcommittee on National Security and Foreign Affairs, Committee on Oversight and Government Reform-House of Representatives*; Serial No. 111–120, 28 April 2010, p. 62 et seqq. También Vogel, Ryan J. (2010–2011). *Drone Warfare and the Law of Armed Conflict*. *Denver Journal of International Law and Policy* 39, nº 1, p. 135.

¹¹⁴ O’Connell, Mary Ellen. *Lawful Use of Combat Drones. Rise of Drones II: Examining the Legality of Unmanned Targeting. Hearing. Subcommittee on National Security and Foreign Affairs, Committee on Oversight and Government Reform-House of Representatives*, 28 April 2010, p. 4.

¹¹⁵ *Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, Judgement and Sentence, ICTR, ICTR-96-3-T, 6 December 1999, párr. 102-3.

¹¹⁶ *Prosecutor v Jean-Paul Akayesu*, Judgement, ICTR, ICTR-96-4-T, 2 September 1998, párr. 635.

¹¹⁷ Lewis, Michael W. (2011–2012). *Drones and the Boundaries of the Battlefield*. *Texas International Law Journal* 47, pp. 302–4.

En consecuencia, no es posible argumentar que la ubicación geográfica del operador del dron limite la posibilidad de atacarle por participar en el conflicto.

IV. ARGUMENTOS FINALES

A lo largo de este artículo, hemos visto el impacto que han tenido los drones sobre la manera en la cual los Estados hacen la guerra y cómo su uso podría presionarlos para generar un marco legal más claro con respecto al uso extraterritorial de la fuerza.

También encontramos que los drones son capaces de distinguir entre objetivos, lanzar ataques suficientemente precisos y permitir que las partes en conflicto tomen las medidas necesarias para asegurar una disminución de los daños colaterales causados, mientras que el sufrimiento causado por su operación no excede aquel provocado por otras plataformas que utilicen proyectiles iguales o similares. Estas características los harían lícitos para su uso en combate.

Que los drones sean capaces, en lo abstracto, de cumplir con los principios básicos del DIH no significa que no puedan utilizarse de forma ilícita. Como cualquier otra arma, la mayoría de las veces los drones solo tendrán los efectos que los combatientes quieran que tengan. Esto se puede observar en aquellos casos en que los drones se han utilizado de forma cuestionable.¹¹⁸ Sin embargo, estos casos no los vuelven intrínsecamente ilegales, sino que, en todo caso, cuestionan la legitimidad de tales tácticas.

¹¹⁸ Estamos pensando, por ejemplo, en los llamados ataques de firma y tácticas de doble toque. Véase Rhode, David. *What the United States Owes Warren Weinstein*. The Atlantic, 28 de abril 2015: disponible en <http://www.theatlantic.com/international/archive/2015/04/warren-weinstein-drones/391655/>; Shinkman, Paul D. *Obama, CIA Cornered Into Troubling 'Signature Strikes'*. US News, 18 de junio 2015: disponible en <http://www.usnews.com/news/articles/2015/06/18/obama-cia-returning-to-controversial-drone-signature-strikes>; y McKelvey, Tara. *Drones kill rescuers in 'double tap', say activists*. BBC News Magazine, 22 de octubre 2013: disponible en <http://www.bbc.co.uk/news/world-us-canada-24557333>

Adicionalmente a través del análisis de los principios básicos del DIH nos hemos dado cuenta de que, más allá de ser un desafío para el DIH, los drones pueden ayudar a fortalecer el régimen legal y garantizar el cumplimiento de las partes en conflicto al brindarles más recursos para asegurar que sus ataques sean dirigidos sólo a objetivos legítimos y lanzados en momentos en que los civiles corren menos riesgo, por lo que su uso puede ser incluso deseable.

BIBLIOGRAFÍA

Ahmed, Dawood I. (2013) *Defending Weak States Against the “Unwilling or Unable” Doctrine of Self-Defense*. Journal of International Law and International Relations 9, 1-36.

Alston, Philip. *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions. Study on targeted killings*. Human Rights Council, United Nations General Assembly, United Nations; A/HRC/14/24/Add.6, 2010.

Blank, Laurie R. (2011-2012). *After “Top Gun”: How Drone Strikes Impact the Law of War*. University of Pennsylvania Journal of International Law 33, nº 3, 675-718.

Boothby, William H. *Weapons and the Law of Armed Conflict*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

Brehm, Maya. *Un-/Acceptable Area Effects? Assessing Risk of Civilian Harm from the Use of Explosive Weapons in Populated Areas in Three Cases before the ICTY*. Weapons and the International Rule of Law, 39th Round Table on Current Issues of International Humanitarian Law, San Remo, 8 al 10 de septiembre 2016. International Institute of Humanitarian Law, 167-185.

Carafano, James Jay y David D. Gentilli. (20 de julio, 2006). *Defanging Hezbollah: A Directed Energy Defense Could Help*. WebMemo no. 1169. The Heritage Foundation.

Carnahan, Burrus M., y Marjorie Robertson. (1996). *The Protocol on "Blinding Laser Weapons": A New Direction for International Humanitarian Law*. American Journal of International Law 90, n° 3, 484-490.

Casey-Maslen, Stuart. (2012). *Pandora's Box? Drone strikes under jus ad bellum, jus in bello and international human rights law*. International Review of the Red Cross 94, n° 886, 597-625.

Crawford, Emily, y Alison Pert. *International Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

Deegan, Michael. (2014). *Unmanned Aerial Vehicles: Legitimate Weapon Systems or Unlawful Angels of Death?*. Pace International Law Review 26, n° 2, 249-285.

Deeks, Ashley S. (2012). *"Unwilling or Unable": Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense*. Virginia Journal of International Law 52, n° 3, 483-550.

Dill, Janina. *Applying the Principle of Proportionality in Combat Operations*. Oxford: Oxford Institute for Ethics, Law, and Armed Conflict, 2010.

Dinstein, Yoram. *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*. Third edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

Feil, Jessica A. (2012-2013) *Cyberwar and Unmanned Aerial Vehicles: Using New Technologies, from Espionage to Action*. Case Western Reserve Journal of International Law 45, 513-544.

Gertler, Jeremiah. *U.S. Unmanned Aerial Systems*. Washington, D.C.: Congressional Research Service, 2012.

Giladi, Rotem. (2008). *The Jus ad Bellum/Jus in Bello Distinction and the Law of Occupation*. Israel Law Review 41, n° 1 & 2, 246-301.

Goppel, Anna. *Killing Terrorists: A Moral and Legal Analysis*. Berlin; Boston: Walter de Gruyter, 2013.

Greenwood, Christopher. (1998). *The Law of Weaponry at the Start of the New Millennium*. International Law Studies 71, 185-231.

Gross, Oren. (2015). *The New Way of War: Is there a duty to use Drones?*. Florida Law Review 67, 1-72.

International Law Commission. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. United Nations; Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1, 2001.

Jang, Heeyong Daniel. (2013-2014). *The Lawfulness of and Case for Combat Drones in the Fight against Terrorism*. National Security Law Journal 2, 1-42.

Jenks, Chris. (2009). *Law from above: Unmanned Aerial Systems, Use of Force, and the Law of Armed Conflict*. North Dakota Law Review 85, 649-671.

Jewish Virtual Library. «Hezbollah: Terrorist Attacks Against Israel (2000-2006).» disponible en <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Terrorism/hizattacks1.html>.

Kaag, John J., y Sarah E. Kreps. *Drone Warfare*. Cambridge; Malden: Polity Press, 2014.

Lewis, Michael W. (2011-2012). *Drones and the Boundaries of the Battlefield*. Texas International Law Journal 47, 293-314.

McKelvey, Tara. *Drones kill rescuers in 'double tap', say activists*. BBC News Magazine, 22 de octubre 2013: disponible en <http://www.bbc.co.uk/news/world-us-canada-24557333>.

Melzer, Nils. *Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law*. Geneva: International Committee of the Red Cross, 2009.

Myre, Greg. *Israel Attacks What It Calls a Terrorist Camp in Syria*. New York Times, 6 de octubre 2003: disponible en <http://www.nytimes.com/2003/10/06/international/middleeast/06MIDE.html>.

Nabors, Steve. *A Right to Fight: The Belligerent's Privilege*. In *Rethinking International Law and Justice*, editado por Charles Sampford, Spencer Zifcak y Derya Aydin Okur. Routledge, 2016.

Northam, Jackie. *Popularity Of Drones Takes Off For Many Countries*. National Public Radio, 11 de julio 2011: disponible en <http://www.npr.org/2011/07/11/137710942/popularity-of-drones-takes-off-for-many-countries>.

O'Connell, Mary Ellen. *Lawful Use of Combat Drones. Rise of Drones II: Examining the Legality of Unmanned Targeting*. Hearing. Subcommittee on National Security and Foreign Affairs, Committee on Oversight and Government Reform-House of Representatives, 28 de abril 2010.

Pejic, Jelena. (2014). *Extraterritorial targeting by means of armed drones: Some legal implications*. International Review of the Red Cross 96, n° 893, 67-106.

Rhode, David. *What the United States Owes Warren Weinstein*. The Atlantic, 28 de abril 2015: disponible en <http://www.theatlantic.com/international/archive/2015/04/warren-weinstein-drones/391655/>.

Rise of Drones II: Examining the Legality of Unmanned Targeting. Hearing. Subcommittee on National Security and Foreign Affairs, Committee on Oversight and Government Reform-House of Representatives; Serial No. 111-120, 28 de abril 2010.

Rosén, Frederik. (2014). *Extremely Stealthy and Incredibly Close: Drones, Control and Legal Responsibility*. Journal of Conflict and Security Law 19, n° 1, 113-131.

Ruys, Tom, y Sten Verhoeven. (2005). *Attacks by Private Actors and the Right of Self-defence*. Journal of Conflict & Security Law 10, n° 3, 289-320.

Sandoz, Yves, Christophe Swinarski, y Bruno Zimmermann. *Commentary on the Additional Protocols*. Geneva: International Committee of the Red Cross, 1987.

Schmitt, Michael N. (2010). *Drone Attacks under the Jus ad Bellum And Jus in Bello: Clearing the 'fog of law'*. Yearbook of International Humanitarian Law 13, 311-326.

Shinkman, Paul D. *Obama, CIA Cornered Into Troubling 'Signature Strikes'*. US News, 18 de junio 2015: disponible en <http://www.usnews.com/news/>

articles/2015/06/18/obama-cia-returning-to-controversial-drone-signature-strikes.

Takemura, Hitomi. (2014). *Unmanned Aerial Vehicles: Humanization from International Humanitarian Law*. Wisconsin International Law Journal 32, nº 3, 521-546.

Travalio, Greg, y John Altenburg. (2003). *Terrorism, State Responsibility, and the Use of Military Force*. Chicago Journal of International Law 4, nº 1, 97-119.

Tucker, Spencer C. *Instruments of War: Weapons and Technologies That Have Changed History: Weapons and Technologies That Have Changed History*. Santa Barbara; Denver: ABC-Clio, 2015.

United Nations Office for Disarmament Affairs. *Study on Armed Unmanned Aerial Vehicles*. New York: United Nations, 2015.

Vogel, Ryan J. (2010-2011). *Drone Warfare and the Law of Armed Conflict*. Denver Journal of International Law and Policy 39, nº 1, 101-138.

Wilmshurst, Elizabeth. *Principles of International Law on the Use of Force by States in Self-defence*. Chatham House; The Royal Institute of International Affairs, 2005.

Wuschka, Sebastian. (2011). *The Use of Combat Drones in Current Conflicts - A Legal Issue or a Political Problem?*. Goettingen Journal of International Law 3, nº 3, 891-905.

HOMENAJES

FERNANDO BERCKEMEYER PAZOS
HOMENAJE A UN EXCEPCIONAL DIPLOMÁTICO
A 40 AÑOS DE SU PARTIDA
(1904-1981)

*Oscar Maúrtua de Romaña**

La gravitación de la diplomacia, aún en esta era de la cuarta revolución industrial y de la virtualización de las comunicaciones, es reflejo de la política exterior que se sustenta en el derecho internacional y derecho diplomático, se ejecuta a través de esta ciencia y arte que exige a los Embajadores capacidades y versatilidades para gestionar la información sólida, el evitamiento del conflicto y sobre todo entablar e incentivar relaciones amistosas y productivas entre los gobiernos. Tal profesión demanda aptitudes de patriotismo, transparencia, empatía, racionalidad, legitimidad, en fin, una reconocida capacidad de nivel de interlocución y un perfil de don de gentes que benefician al Perú ante la nación en la cual se encuentra representando como Jefe de Misión. Dichos talentos, formas, generosidad, simpatía, protocolos, ingenio, talante y personalidad, lo supo

* Embajador y Jurista. Ingresó a Torre Tagle a los 18 años como empleado administrativo en 1965. Graduado de la Pontificia Universidad la Católica del Perú (PUCP) como Bachiller en Humanidades. Licenciado en Derecho (Abogado) de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Licenciado en Relaciones Internacionales de la Academia Diplomática del Perú (1968). Premio Nacional de Cultura, 1969. Postgrados de las Universidades de Oxford, John Hopkins y Comité Jurídico Interamericano de la OEA. Magíster en Gestión Pública por la Universidad Tecnológica del Perú – UTP (2018). Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional (SPDI). Secretario General de la Presidencia de la República (1980-1985). Director de la Academia Diplomática (2002-2003) Ex Vice Ministro y Secretario General de Relaciones Exteriores; y, ex Canciller de la República (2005-2006). Profesor e investigador.

desarrollar Fernando Berckemeyer con nobleza y de forma sobresaliente, lo que lo convierte en ícono de la diplomacia peruana.

SUS INICIOS

Fernando Berckemeyer Pazos nació en la ciudad de Lima, el 24 de julio de 1904. Hijo de Gustavo Berckemeyer Bernaldes (peruano, 1859-1917) y María Alberta Filomena Pazos Varela (peruana, 1869-1911), provenientes de ilustres y prominentes hogares, cuyo ancestro se remonta a su abuelo alemán, quien fundó una empresa comercial de carácter familiar.

Berckemeyer realizó sus estudios en la Universidad de Notre Dame (Indiana), donde se graduó en 1923. Posteriormente, le fueron conferidos sendos grados honoríficos de doctor en Derecho (Doctor of Laws) en el Rider College, Nueva Jersey (1950), y en Rollins College, Florida (1955). Berckemeyer, según el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, es considerado “proamericano, anticomunista y un conservador en su visión política”.¹

Berckemeyer contrajo matrimonio con la dama californiana Claribel Rapp y, luego, al enviudar, con la señora Elizabeth Spalding Dalton.

Se puede decir que Fernando Berckemeyer fue un limeño de larga estirpe, elegante y criollo;² aficionado a la tauromaquia, gran conocedor de la fiesta brava;³ amante de los toros, los habanos y el mejor bourbon;⁴ dotado de gran destreza diplomática y una calidad humana excepcional; llegando a codearse con las más importantes personalidades de los Estados Unidos y del mundo.

¹ Información del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, recuperado de: https://digitalcollections.hoover.org/images/Collections/79067/HIA-HILL_ROBERT-2-B-231-1-1.pdf

² SAAVEDRA-PINON CATILLO, Mario. (1998). *Rostros y Rastros*. Primera edición, Lima 1998. Librería editorial “Minerva”, pág.55.

³ Ídem.

⁴ VELÁSQUEZ, Renato. (2019) *Fernando Berckemeyer Pazos, nuestro hombre en Washington*. En revista COSAS, 11 de febrero de 2019. Enlace electrónico: <https://cosas.pe/personalidades/152419/fernando-berckemeyer-pazos-nuestro-hombre-en-washington/> (Consultado el 13 de marzo de 2020).

SU PASO POR EL SERVICIO DIPLOMÁTICO

Berckemeyer ingresó a la Cancillería el 28 de enero de 1926⁵, a los 21 años, siendo su primer destino como diplomático el Consulado del Perú en Nueva York para luego ir al Consulado del Perú en Nueva Orleans (1929) y, seguidamente, al Consulado General del Perú en San Francisco (1930). Después fue Cónsul del Perú en Seattle (1932) y luego retorna a San Francisco como Cónsul General (1934), donde conoció a la aristócrata californiana Claribel Rapp, dama con la que contrajo nupcias⁶.

El 28 de noviembre de 1936, mediante Resolución Suprema No. 786, Berckemeyer asciende al grado de Primer Secretario en el Servicio Diplomático y, luego, el 2 de noviembre de 1939, a través de la Resolución Suprema No. 704, es promovido al grado de Consejero. Ese año, en 1939, fue nombrado Cónsul General en Nueva York⁷. Posteriormente, en plena segunda guerra mundial, se desempeñó como miembro de la Legación del Perú en Gran Bretaña, específicamente en el año 1943⁸. Al año siguiente, el 13 de mayo de 1944, a través de la RS N° 663, Berckemeyer fue ascendido a Ministro en el Servicio Diplomático de la República.

Asimismo, el 25 de junio de 1946, mediante Resolución Suprema No. 679, culminó con el rango de Embajador.

EMBAJADOR EN EL REINO UNIDO

Durante el ejercicio diplomático, Berckemeyer estuvo en el Reino Unido, en los años 1943-1944 y 1946, donde entabló muy buenas relaciones

⁵ MILLA BATRES, Carlos. (1994). *Enciclopedia biográfica e histórica del Perú Siglos XIX – XX*. Editorial Carlos Milla Batres, pág.119.

⁶ VELÁSQUEZ, Renato. (2019) *Fernando Berckemeyer Pazos, nuestro hombre en Washington*. En revista COSAS, 11 de febrero de 2019. Enlace electrónico: <https://cosas.pe/personalidades/152419/fernando-berckemeyer-pazos-nuestro-hombre-en-washington/> (Consultado el 13 de marzo de 2020).

⁷ MILLA BATRES, Carlos. (1994). *Enciclopedia biográfica e histórica del Perú Siglos XIX – XX*. Editorial Carlos Milla Batres, pág.119.

⁸ Ibidem.

con la Casa Real Británica, por lo que, años más tarde, en 1952, fue invitado a la coronación de la Reina Elizabeth II⁹. Su misión, la cual logró pese a las complejas circunstancias bélicas, era obtener el estatus de Embajada para la Legación Peruana, jerarquía que tan solo se reciprocaban las potencias industrializadas.

En una ocasión, Claribel, su esposa, tuvo un mal presentimiento al abordar un avión que debía despegar de Portugal con destino a Inglaterra, y obligó a Berckemeyer a descender de la nave. El peruano iba vestido, como de costumbre, como un caballero, con abrigo y sombrero confeccionados por los mejores sastres de Savile Row, con su infaltable puro en la boca.¹⁰ Horas después, la pareja se enteró que el avión había sido derribado por los nazis; por tanto, el presentimiento de Claribel había salvado su vida. Un espía había confundido a Berckemeyer con Winston Churchill. Así lo cuenta el propio ex primer ministro británico en la página 219 del cuarto tomo de sus memorias.¹¹ Este es un claro ejemplo de cómo Berckemeyer era muy bien considerado por líderes del mundo y figuras de mucho poder.

EMBAJADOR EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Fernando Berckemeyer Pazos es considerado justicieramente una figura clave para entender la relación entre el Perú y los Estados Unidos. Fue Embajador en ese país durante casi veinte años y accedió a círculos de poder en Washington DC. como pocos peruanos. Su capacidad y pragmatismo le permitieron desempeñar esa delicada misión con Jefes de Estado peruanos tan disímiles como Odría, Prado, Belaunde y Velasco.¹²

⁹ VELÁSQUEZ, Renato. (2019) *Fernando Berckemeyer Pazos, nuestro hombre en Washington*. En revista COSAS, 11 de febrero de 2019. Enlace electrónico: <https://cosas.pe/personalidades/152419/fernando-berckemeyer-pazos-nuestro-hombre-en-washington/> (Consultado el 13 de marzo de 2020).

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

¹² MILLA BATRES, Carlos. (1994). *Enciclopedia biográfica e histórica del Perú Siglos XIX – XX*. Editorial Carlos Milla Batres, pág.119.

Berckemeyer marcó un hito que establecería un antes y un después en las relaciones diplomáticas entre el Perú y Washington. Testimonios de diplomáticos peruanos, latinoamericanos, europeos y estadounidenses confirman que no ha habido otro peruano que haya llegado a tener una relación tan estrecha con los círculos de poder norteamericanos, tanto en la Casa Blanca como en el Capitolio.

El 16 de febrero de 1948, mediante Resolución Suprema N° 821, Berckemeyer fue nombrado Embajador del Perú en los Estados Unidos de América. Al año siguiente, Berckemeyer y su esposa se establecen en lo que sería la residencia del Embajador peruano en Washington DC., casa que fue comprada por Pedro Beltrán en Rock Creek Park. Posteriormente, gracias al buen gusto en decoración de Fernando y Claribel, la residencia, obtuvo el reconocimiento de monumento histórico y fue premiada por la revista *Life*, como la mejor Embajada de Washington DC; habiendo competido contra las de España y Francia.¹³

En esa misma casa se celebró la reunión entre los Kennedy y el presidente Manuel Prado Ugarteche, quien asistió acompañado de su esposa Clorinda Málaga¹⁴. Aquella fue la única vez en la cual un presidente de Estados Unidos ha visitado la residencia de la Embajada peruana.

En 1968, durante el gobierno militar del General Juan Velasco Alvarado, Berckemeyer fue llamado para solucionar el problema de la expropiación de la International Petroleum Company, situación con la cual el Embajador supo lidiar, demostrando gran desenvoltura diplomática y eficiente diligencia frente a la administración de Richard Nixon, entonces presidente estadounidense. Berckemeyer se encargó de refinanciar la deuda externa del país y, sobre todo, de negociar la inaplicación de la enmienda Hickenlooper que hubiera supuesto el fin de la asistencia económica norteamericana y la aplicación de severas sanciones luego de la expropiación peruana de la International Petroleum Company (IPC) y el aprisionamiento

¹³ VELÁSQUEZ, Renato. (2019) *Fernando Berckemeyer Pazos, nuestro hombre en Washington*. En revista COSAS, 11 de febrero de 2019. Enlace electrónico: <https://cosas.pe/personalidades/152419/fernando-berckemeyer-pazos-nuestro-hombre-en-washington/> (Consultado el 13 de marzo de 2020).

¹⁴ Ibidem.

de naves californianas atuneras que invadieron las 200 millas de jurisdicción marítima que proclama el Perú.

El Embajador Carlos Pareja Ríos, ex titular de dicha misión diplomática, se refirió a Berckemeyer y su gestión con estas palabras:

“El don de gentes del Embajador Berckemeyer, su amplio conocimiento de la Administración de EEUU, de los vericuetos de acceso al poder, así como del Congreso (debemos tener en cuenta que allá no existe límite para que un miembro del Congreso pueda ser reelegido, los más influyentes pueden llevar 20 o 30 años ejerciendo el cargo) le permitieron una amplia gama de contactos y amistades que amortiguaron las desavenencias entre ambos gobiernos.”¹⁵

Uno de los episodios más importantes que resaltan la cercanía de Berckemeyer Pazos con las altas esferas de poder político y económico de Estados Unidos, fue la importancia de su intervención para el financiamiento de la Vía Expresa del Paseo de la República.

Cuando Luis Bedoya Reyes asumió la Alcaldía de Lima, en 1964, citó a expertos que conocieran la problemática de la ciudad y buscó en los archivos proyectos viables y útiles para la ciudad. Entre ellos, descubrió el de Ernesto Aramburú, que planteaba construir una vía expresa que uniera la ruta del ferrocarril (tranvía) Lima – Chorrillos. Dicho proyecto fue el que, finalmente, Bedoya decidió llevar a cabo¹⁶. A pesar de las críticas de los opositores, el Alcalde comenzó a planear el proyecto, pero pese a esfuerzos, faltaba una pieza fundamental: el capital.

Con el propósito de conseguir un inversionista, Bedoya viajó al Japón, previamente haciendo una escala en San Francisco, donde se reunió con Fernando Berckemeyer y conversaron sobre la Vía Expresa. A su regreso, pasó nuevamente por San Francisco, donde Berckemeyer lo esperaba para decirle que tenía el crédito. “A 6%, cuando las tasas de ese entonces eran de 9%”, apunta Bedoya. Berckemeyer había pedido el préstamo a su amigo David Rockefeller, presidente del *Chase Manhattan Bank*, como un favor

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Ibidem.

personal, y este había accedido sin reservas¹⁷. Fue así que, en 1967, se inauguró el primer tramo de la vía más transitada por los limeños.

También presidió el Grupo Internacional de Estudios del Plomo y Zinc (ILZSG, en inglés), entidad creada en 1959 por las Naciones Unidas. Durante las décadas que estuvo en Washington DC, también concurrió anualmente a las Asambleas Generales de las Naciones Unidas en Nueva York.

Hasta la fecha no ha habido ningún embajador ni diplomático peruano en Washington DC. y Wall Street que no haya sabido o escuchado de Fernando Berckemeyer Pazos, uno de los descollantes diplomáticos que ha estado en dicha ciudad. No obstante, a pesar de haber trabajado mucho por el Perú, son pocos los peruanos, de las nuevas generaciones, quienes no conocen sobre su carrera diplomática, la misma que, junto a los mejores años de su vida, dedicó enteramente a su Patria. El éxito con que él representaba con amor al Perú, nos lleva a resaltar que las asignaciones de la Cancillería, no eran suficientes para ejercer tan intensa actividad diplomática, lo que él sufragaba de sus fondos personales con espíritu benefactor y sin hacer alarde de tal desprendimiento. Más aún, su reconocido prestigio, valorado y respetado en su propia Patria, motivó que en círculos políticos peruanos y norteamericanos se ponderara su incorporación en la plancha presidencial (1956), cuando tampoco se descontó que pudiera encabezarla. Su fama se acrecentó debido a la prosperidad empresarial familiar, su respetado posicionamiento en la Capital de la potencia hegemónica mundial y su bonhomía carismática y asequible.

Es menester recordar, que gracias al gravitante e importante rol que ejerció Berckemeyer en el fortalecimiento de las relaciones entre Perú y Estados Unidos, se pudo consolidar una serie de intercambios de gran importancia para nuestro país. Es así que, en 1952, Fernando Berckemeyer participó en las negociaciones y consolidación final de la entrega de buques de guerra clase Cannon suscribiendo, a su vez, otros convenios de cooperación entre Perú y Estados Unidos destinados a fortalecer las vinculaciones institucionales, logísticas y académicas entre las Marinas de ambos Estados.

¹⁷ Ibidem.

EL ARTE Y LOS TOROS

Fernando Berckemeyer escribió un verdadero tratado de tauromaquia: *El arte y los toros*. En la introducción, con prosa elegante y conocimiento de causa, precisa la historia de esa famosa colección.¹⁸ Además de ello, dio en donación su muy valiosa colección de arte para fundar lo que posteriormente se conocería como el Museo de Arte Taurino.

“El arte y los toros” fue publicado en 1966, y hoy es considerado un libro taurino de colección. A la par, el Embajador iba formando su pequeño museo con un conjunto de cuadros de pintura cusqueña o virreinal y taurinos, que exhibía en una Casona del Centro de Lima (“El Museillo”), que había restaurado de la mano con el arquitecto Héctor Velarde¹⁹. Este acto evidencia el gran amor de Berckemeyer por el Perú y fue visto como expresión de un empeño por preservar valores y tradiciones de la cultura peruana.

SU AMISTAD CON LOS KENNEDY

Fue muy amigo de Jacqueline Kennedy, como quedó demostrado en la afectuosa carta que la esposa del ex presidente de Estados Unidos, John F. Kennedy, le escribió: “Dear Fernando, thank you so much for your magnificent book – “El arte y los toros” –. How I adore it! And how thoughtful of you to send it to me. I will be in Spain for the feria. Wouldn’t it be wonderful if you were there too? I hope so. All my best wishes to Claribel – and again- my thanks and much, much love.”²⁰

Su ejercicio profesional lo convierte en un paradigma del diplomático peruano y del caballero por antonomasia, que sabe utilizar las herramientas

¹⁸ SAAVEDRA-PINON CATILLO, Mario. (1998). *Rostros y Rastros*. Primera edición, Lima 1998. Librería editorial “Minerva”, pág.56.

¹⁹ VELÁSQUEZ, Renato. (2019) *Fernando Berckemeyer Pazos, nuestro hombre en Washington*. En revista COSAS, 11 de febrero de 2019. Enlace electrónico: <https://cosas.pe/personalidades/152419/fernando-berckemeyer-pazos-nuestro-hombre-en-washington/> (Consultado el 13 de marzo de 2020).

²⁰ Íbidem.

sociales, de los contactos personales, del espíritu hospitalario que lo caracterizó, propiciando exhibiciones de su colección privada de cerámicas prehispánicas y pinturas virreinales que recorrieron museos estadounidenses, habiendo sido testigo presencial de repetidas ocasiones en que fui invitado con mi esposa, Lourdes Briseño-Meiggs²¹, a sendas cenas en honor del Senador Edward Kennedy o del Secretario de Estado o del Director Gerente del Fondo Monetario Internacional (FMI) o del Presidente del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) con quienes en la década de inicio de los 70s departía y acogía amigablemente, generando o fortaleciendo relaciones humanas que evidentemente redundaban en prestigio, ascendiente y buena reputación para la imagen del Perú, que fue su pasión permanente.

SU PARTIDA

Fernando Berckemeyer Pazos falleció el 17 de julio de 1981, a los 76 años. Esto es, que este año, en mágica coincidencia con el Bicentenario nacional, se cumplirán 40 años de su partida, por lo que se le evoca con cariño, respeto y admiración, ya que encarna el señorío, gallardía, prestancia y patriotismo que son corolarios del Servicio Diplomático al que orgullosamente él perteneció.

²¹ Mi esposa proviene de la familia Briseño-Meiggs. Su abuela materna Fanny era nieta de Henry Meiggs, el llamado “Yanqui Pizarro” cuya biografía escribió el profesor Watt Stewart (Duke University, 1946). Por tal motivo, la señora Claribel de Berckemeyer la llamaba a mi señora como su “paisana”, dado el origen californiano de ambas, ya que Henry Meiggs se muda de San Francisco al Perú, en el siglo XIX donde construyó los ferrocarriles que aún preservan su utilidad.

BIBLIOGRAFÍA

DEPARTAMENTO DE ESTADO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (1961). Enlace electrónico: https://digitalcollections.hoover.org/images/Collections/79067/HIA-HILL_ROBERT-2-B-231-1-1.pdf

FORD, GERALD. PRESIDENTIAL LIBRARY (1973-1977). “*Ambassadors and their Wives, Biographies (3)*”. Enlace electrónico: <https://www.fordlibrarymuseum.gov/library/document/0018/81556591.pdf>

LAGUERRE KLEIMANN, Michel. (2020). *Misión Naval Americana en el Perú (1920-1933/1938-1969)*. Escuela Superior de Guerra Naval del Perú.

MILLA BATRES, Carlos. (1994). *Enciclopedia biográfica e histórica del Perú Siglos XIX – XX*. Editorial Carlos Milla Batres.

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Oficina de Gestión Documental y Archivo. *Foja de servicios del Embajador Fernando Berckemeyer Pazos*. (Consultado el 20 de febrero de 2020).

SAAVEDRA-PINON CATILLO, Mario. (1998). *Rostros y Rastros*. Primera edición, Lima 1998. Librería editorial “Minerva”.

SANTISTEVAN GUTTI, A. (2015). *La amenaza de la enmienda Hickenlooper y las relaciones entre Perú y Estados Unidos entre 1968-1969*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Enlace electrónico: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/131475>

THE WASHINGTON POST. *Fernando Berckemeyer, Ex-Ambassador of Peru. Estados Unidos de América*. Enlace electrónico: <https://www.washingtonpost.com/archive/local/1981/07/18/fernando-berckemeyer-ex-ambassador-of-peru/a8cd61f8-47f8-409f-a09c-59de84bcb6ad/> (Consultado el 15 de octubre de 2020)

VELÁSQUEZ, Renato. (2019). *Fernando Berckemeyer Pazos, nuestro hombre en Washington*. En revista COSAS, 11 de febrero de 2019. Enlace electrónico: <https://cosas.pe/personalidades/152419/fernando-berckemeyer-pazos-nuestro-hombre-en-washington/> (Consultado el 13 de marzo de 2020).



**Fernando Berckemeyer Pazos
(1904-1981)**

Fuente: <https://cosas.pe/personalidades/152419/fernando-berckemeyer-pazos-nuestro-hombre-en-washington/>

NOTA NECROLÓGICA

Gustavo Noboa Bejarano †

(Guayaquil, 21 de agosto de 1937 – Miami, 16 de febrero de 2021)

Gustavo Noboa Bejarano, ex Presidente del Ecuador, fue un estadista, académico, político y educador, un referente nacional e internacional como una fuente de conocimiento basada en su amplia experiencia en el campo del derecho internacional, de la defensa de los Derechos Humanos, y sobre todo, en la promoción de la paz, la seguridad y la integración regional. Es por ello que ha recibido una serie de reconocimientos nacionales e internacionales, como la otorgada por el Perú, mediante la imposición de su máxima presea: la Gran Cruz con Brillantes de la Orden el “Sol del Perú”.

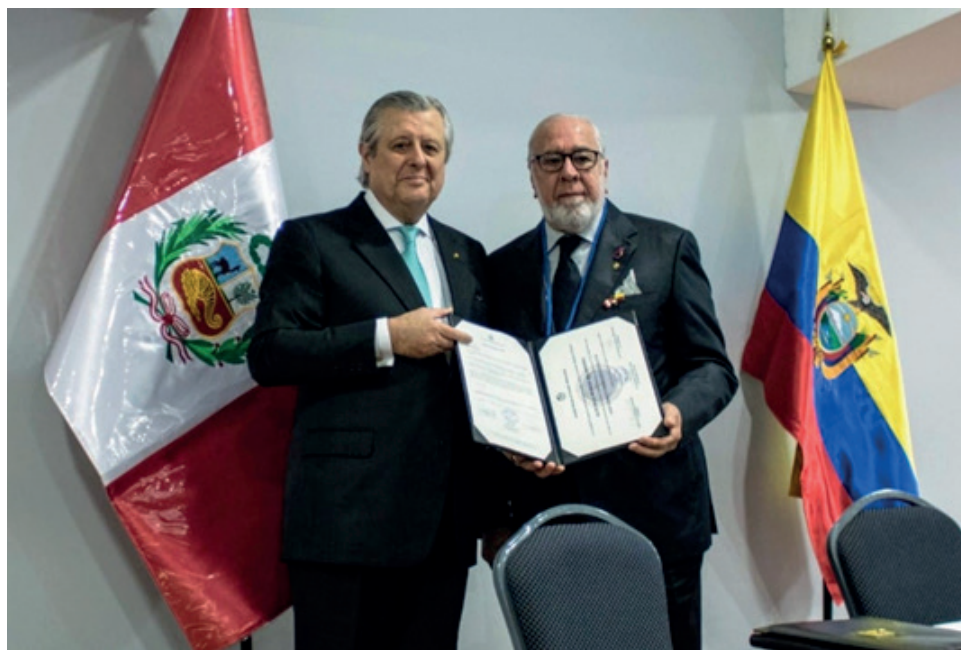
Como diría Albert Einstein, *“La Paz no puede mantenerse por la fuerza. Solo puede alcanzarse por medio del entendimiento”*, y así fue la Paz de Brasilia, sellada en 1998 con la sensatez del presidente Gustavo Noboa Bejarano, quien en su calidad de Embajador Plenipotenciario en las negociaciones de paz entre el Perú y el Ecuador, y Presidente de Comisión de Seguridad y Confianza, sentó el precedente de revalorar y potenciar la amistad y hermandad que felizmente nos une. La diplomacia y la voluntad política fueron los principales pilares para superar el espejismo que nos hizo vivir en una situación hostil por más de medio siglo. El Perú, gracias a este acto de paz y concordia bilateral de hace dos décadas, ya no tiene más “hipotecas fronterizas”, lo cual nos permite reafirmar la cultura de paz y amistad que prevalece con nuestros socios estratégicos, como lo es Ecuador.

En palabras de san Juan Pablo II, *“La paz es un don de Dios y, al mismo tiempo, una tarea de todos”*; y, en tal contexto, la vigencia de la Democracia en una Economía Social de Mercado da continuidad a las tendencias positivas que generaron un desarrollo sostenible e integral de la región. Por ello, es necesario revalorar los logros alcanzados por el

gobierno del Presidente Noboa Bejarano, los cuales, en función de los principios democráticos y de libre mercado, contribuyeron grandemente a la consolidación de su Estado Nación.

Para mí fue un honor, en mi condición de Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, haberle impuesto la Medalla Institucional de la Sociedad, en el 2018, al doctor Gustavo Noboa Bejarano, y entregarle el Diploma de Honor de incorporación como Miembro Correspondiente; el primero que confirió nuestra entidad a un ex gobernante latinoamericano, en mérito a su impecable conducta democrática y a sus valores éticos e intelectuales que han contribuido oportunamente a la ejecución plena de los Tratados de Paz de Brasilia de 1998, y que atestiguan su compromiso y voluntad constante de apoyo al desarrollo permanente del Derecho Internacional y de las Relaciones bilaterales entre nuestros pueblos, así como en el ámbito andino y latinoamericano.

Oscar Maúrtua de Romaña



Fuente: Sociedad Peruana de Derecho Internacional (SPDI)

PRONUNCIAMIENTOS

**PRONUNCIAMIENTO DE LA SPDI SOBRE LOS DECRETOS
SUPREMOS NOS. 27-2020-EM Y 28-2020-EM QUE
“DECLARAN DE NECESIDAD PÚBLICA LA INVERSIÓN PRIVADA
EN ACTIVIDAD MINERA Y AUTORIZAN A EMPRESA MINERA CON
INVERSIÓN EXTRANJERA Y PERUANA A ADQUIRIR DERECHOS
MINEROS DENTRO DE LOS CINCUENTA KILÓMETROS DE ZONA
DE FRONTERA”**

PRONUNCIAMIENTO SPDI N° 7-2020

El Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional (SPDI), en mayoría, considera necesario expresar su punto de vista en torno al hecho de que el Gobierno Nacional haya expedido los Decretos Supremos Nos. 27-2020-EM y 28-2020-EM, ambos del 7 de diciembre de 2020, para declarar de necesidad pública la inversión privada en actividades mineras, con la finalidad de que NUEVO ARCOIRIS S.A.C., empresa minera con inversión extranjera canadiense (acciones de 99.9996 %) y peruana (correspondiente al ciudadano Raúl Alfredo Ferreyra Martínez, con acciones de 0.0004 %), adquiera y posea concesiones y derechos sobre minas y recursos complementarios en Piura, dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera norte del país.

Al respecto, cabe transcribir la prohibición dispuesta en el artículo 71° de la Constitución:

En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática. Sin embargo, dentro de 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.

Cabe preguntarnos, entonces, si nos encontramos ante una “necesidad pública”, para que pueda aplicarse la excepción.

Los Decretos Supremos en mención, se justifican de la siguiente manera:

(...) la solicitud formulada por NUEVO ARCOIRIS S.A.C., se encuentra incluida dentro del supuesto de necesidad pública establecido en el artículo 71 de la Constitución Política del Perú, dado que el interés en establecer la titularidad de los derechos mineros solicitados trasciende al interés privado, incidiendo de manera importante en el bienestar de la comunidad, toda vez que mediante dicha excepción se trata de lograr el desarrollo de las zonas de frontera, con el consiguiente aumento del nivel de vida en la zona de incidencia de las actividades mineras descritas en el presente Decreto Supremo. Que, en efecto, la realización de la actividad minera se convierte en necesidad pública en tanto que constituye uno de los pilares de la economía nacional, representando un importante porcentaje del Producto Bruto Interno – PBI Nacional, así como una fuente importante de ingresos por concepto de exportaciones y de recaudación de impuestos.

Al respecto, consideramos que la inversión minera extranjera puede aportar al desarrollo del país, pero de ninguna manera el caso expuesto podría entenderse como de “necesidad pública”, ya que dicho concepto implica un requerimiento imprescindible para la población, relacionado a temas de defensa de la Nación, seguridad interna, sanidad, entre otros.

Si se considerase de *necesidad pública* la minería extranjera en las zonas de frontera, también se podría declarar de tal jerarquía a la inversión foránea en infraestructura, comercio, pesca, petróleo, etc., aplicada en todas las fajas fronterizas del Perú; pudiendo, por ejemplo, un inversionista de algún país limítrofe establecer un complejo industrial en zona de frontera.

Sobre la motivación de la prohibición del artículo 71°, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en el 2009:

(...) este Colegiado determina que del tenor de la disposición constitucional se desprende que la prohibición comprende cualquier predio, tanto predios rurales como urbanos. Esto es así por cuanto: (i) La preservación del bien constitucional Seguridad Nacional (artículo 44° de la Constitución) exige tomar en cuenta que las zonas de frontera son las más susceptibles de ser afectadas por una invasión extranjera, la cual podría ser realizada de modo indirecto mediante la adquisición de terrenos en la zona por parte de extranjeros, en atención a lo cual requieren de una protección especial. Así, se justifica la restricción del derecho de propiedad a favor de la optimización de otro bien jurídico de relevancia constitucional, como lo es la Seguridad Nacional, que está directamente relacionada con la preservación de la soberanía del Estado.

Por su parte, Marcial Rubio (2012), en torno a la finalidad perseguida con la incorporación de esta norma constitucional, ha señalado lo siguiente:

En caso de un conflicto fronterizo, la faja de frontera esté bajo total e irrestricto control nacional sin que, eventualmente, los extranjeros puedan hacer daño al Perú tolerando al enemigo, permitiendo el espionaje, etcétera, mediante los derechos adquiridos en dichas zonas. Esta restricción, por tanto, es adecuada y necesaria para la seguridad nacional y deberá ser tratada dentro de la política general de fronteras a la que se refiere el artículo 44.

Asimismo, Francisco Eguiguren (2015) ha opinado que:

El origen de esta norma puede explicarse a partir de experiencias históricas vividas por el Perú. Por ejemplo, a raíz de conflictos bélicos del siglo XIX y XX con países vecinos, donde la participación de algunas empresas y personas extranjeras asentadas en zonas limítrofes y de frontera, brindó colaboración a actividades de agresión contra nuestro país. Responde pues a criterios de preservación de la seguridad interna, unidad territorial y defensa nacional.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo Directivo de la SPDI, en mayoría, considera preocupante que estos Decretos Supremos puedan comprometer la soberanía nacional, así como su seguridad y defensa. La

SPDI es promotora de la inversión extranjera, pero esta debe enmarcarse en la letra y espíritu de la Constitución.

Lima, 10 de diciembre de 2020

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Laguerre Kleimann, Michel. *Misión Naval Americana en el Perú (1920-1933/1938-1969)*. Marina de Guerra del Perú, 2020, 1ra Ed., pp. 410

El prestigio de que goza el Perú y que se ha manifestado a través de los años, genera un ambiente de cordialidad multilateral y, sobre todo, respeto. Esta conducta y manifestación propia de las relaciones internacionales se han ido cultivando con el paso del tiempo, gracias a que el Perú preserva una política exterior sustentada en el derecho internacional. Pero esta consideración proviene y es reforzada por las principales instituciones que forman parte de nuestra nación, así como de las distintas oficinas y entidades que se encargan del entorno internacional y resguardo de la soberanía, tanto en el cielo, tierra y mar conforme a la rectoría de la Cancillería.

Justamente, nuestra tradición e historia avalan al Perú como un Estado con instituciones que han demostrado señorío, estrategias admirables para detener a los circunstanciales enemigos del país y una serie de decisiones que han enaltecido la imagen que estas entidades representan.

En esa misma línea, el mar peruano ha sido resguardado de manera histórica y eficiente por la gloriosa Marina de Guerra del Perú. Gracias a esta institución que forma parte del Ministerio de Defensa y que tiene, como gran héroe nacional, a Miguel Grau Seminario, el peruano del milenio, nuestra soberanía se ha reforzado año tras año, gracias a la capacidad de integrar una serie de medidas propias de nuestra fuerza naval, en conjunto con las alianzas que el Perú ha fortalecido a través de los tiempos. Justamente, fue Miguel Grau quien le otorgó la gloria eterna a nuestra institución, quien en uno de los primeros ejemplos de hidalguía en la batalla (y que ahora es reconocido como uno de los precursores del Derecho Internacional Humanitario), tuvo la grandeza y consideración por el combatiente caído, de salvar a los náufragos chilenos en el Combate de Iquique, tras vencer al “Esmeralda”.

Es por ello que, con justa razón, podemos decir que la gloria precede a nuestra institución marina y ese reconocimiento se ha replicado en diversos escenarios. Nuestra Marina del Perú ha sabido posicionarse estratégicamente en la región, no solo por su ejemplo en el combate, sino también, por sus

relaciones con sus pares. Es así, que nuestro país ha sido y es participe de una serie de ejercicios internacionales realizados por los países vecinos y, en algunos casos, liderados por los Estados Unidos de América, para fortalecer las estrategias navales, mejorar los ejercicios de contramedida y que sirva como entrenamiento para las unidades que participen en dichos eventos. Es así, que la Marina de Guerra del Perú ha sido o forma parte de los ejercicios SIFOREX, RIMPAC (Rim of the Pacific Exercise), UNITAS, Bold Alligator, Dawn Blitz, entre otras.

Esta organización y coordinación constante con los Estados Unidos, no fue una medida reciente, ni proviene de una política actual de ambos Estados. Las relaciones cordiales y de estrategia militar y política entre el Perú y los Estados Unidos tienen una larga data, en la que ambos se han beneficiado por la posición geopolítica que se ejerce en la región y que, producto de una historia llena de confraternidad, se ha fortalecido a través de los años. Para poder entender cómo nació esta alianza tan estrecha entre ambos países, es menester relieves la obra de Michel Laguerre Kleimann *“Misión Naval Americana en el Perú (1920-1933/1938-1969)”*, quien a través de 410 páginas, hizo un esfuerzo sobresaliente para que, con erudición y capacidad de ilustración, tanto a través de las palabras como el uso de una notable selección fotográfica de los principales hitos de esta alianza, muestre la importancia y el impacto de las Misiones Navales de los Estados Unidos en el Perú durante las épocas mencionadas.

Este libro, entre otras experiencias, demuestra y confirma la importancia histórica de la presencia y la alianza de la Marina de los Estados Unidos de América con la Marina de Guerra del Perú. Una coalición que se ha fortalecido, sobre todo, luego de la Guerra del Pacífico, en la que nuestras fuerzas marítimas quedaron mermadas producto del conflicto y era necesario e imperativo reconstruir, modernizar y actualizar los activos propios de la institución. Si bien, dicha tarea demandaba estrechar relaciones con algún Estado que pueda abastecer, no solo de nuevas embarcaciones, sino que también, pueda proveer de modernos conocimientos y estrategias, así como también, instrucción especializada y dedicada. Todo esto fue posible gracias a la valiosa y siempre fraternal alianza con los Estados Unidos de América, quienes nos suministraron de nuevas flotas de alta tecnología y

entrenamiento y capacitación para los miembros de la flota naval de un Perú que resurgía entre las cenizas.

Esta proximidad entre las fuerzas navales de ambos Estados, ha servido para poder encontrar un aliado importante en la región, que ha tomado en consideración a nuestra flota dentro de sus principales programas y ejercicios internacionales de entrenamiento marítimo, así como también en la facilidad del acceso al equipamiento de alto nivel que nos ha servido para posicionarnos en el sistema de defensa nacional y poder, de manera eficiente y certera, proteger nuestra soberanía y control en el mar, colaborando en la lucha contra amenazas transversales como el narcotráfico, la pesca ilegal, el terrorismo, la depredación ictiológica, el contrabando, la contaminación oceánica, entre otras.

Esto también nos ha servido para adoptar y fortalecer una cultura constitucionalista y una percepción sobre los derechos humanos que nace y se enaltece en los principales hitos de la historia de la Marina de Guerra del Perú, con destellos e inspiración de la corriente norteamericana naval y que han nutrido de manera constante, las medidas y acciones que se han tomado para resguardar nuestra soberanía de manera justa.

Esto es solo un breve resumen de uno de los tantos hechos y vicisitudes, que se han ido desarrollando a través de la historia entre la Marina del Perú y de los Estados Unidos y cómo ambas se han envuelto en una estrecha relación de cordialidad, respeto, admiración y coordinación constante para la retroalimentación mutua en los espacios marítimos y con el único objetivo de garantizar el irrestricto respeto de la soberanía y la paz en aguas nacionales e internacionales, próximas a nuestra condición de ribereños del Pacífico. Es por ello que esta importante obra de Michelle Laguerre Kleiman, Capitán de Corbeta (AP) a quien le guardo un real aprecio como investigador y estima académica, es de observancia obligatoria para aquellos interesados en la historia naval del Perú y quienes son afines a los relatos consistentes de las alianzas estratégicas peruanas con sus aliados en la región, como componentes gravitantes de la política exterior, el derecho internacional y la diplomacia.

Oscar Maúrtua de Romaña

Popolizio, Néstor; Meza-Cuadra, Gustavo; Tenya, Francisco; Duclós, Paul; Ugarelli, Luis; Prieto, Enri; Seoane, Glauco; Bustamante, Verónica; Habich, Ronnie; Velásquez, Humberto; Rivera, Gonzalo; Horna, Ángel; Rodríguez, Sandra; Lukashevich, Olga; Solari, Amadeo; Talavera, Gerardo; Castillo, Juniza. *El Perú en el Consejo de Seguridad (2018-2019)*. Fundación Academia Diplomática del Perú, 2020, 1ra Ed., pp. 292.

El legado que Javier Pérez de Cuéllar dejó a la diplomacia peruana, es completamente corroborable a través del prestigio que tiene nuestra delegación en las Naciones Unidas y la importancia que esta ha significado para los intereses del Perú a nivel internacional con sus pares en dicha organización. Su simbolismo, no solo para el Perú, dejó huella en Naciones Unidas, ya que solo basta con caminar por sus pasillos para ver el arte sobre este peruano ejemplar que yace a vista de cualquier diplomático o turista que desee visitar la ONU.

Es así, que nuestra representación ante las distintas asambleas de las Naciones Unidas, siempre ha enmarcado una posición firme y admirable, guiada por una serie de Funcionarios del Servicio Diplomático que han podido expresar, con erudición y respeto, los principales aportes que el Perú sustenta.

En el 2017, el Perú fue elegido como Miembro no Permanente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, principal órgano de decisión y el único con resoluciones de carácter vinculante para los Estados miembros de esta organización. Un honor que, para el Perú no es una extrañeza, debido a que es la quinta vez que era elegido. Esta designación, fue posible tras 186 votos a favor de la postulación de la delegación peruana, obteniendo una aprobación casi unánime y que demuestra el perfil de la diplomacia nacional y la honorífica imagen que ostenta.

Por estas consideraciones, es que el Perú nuevamente estuvo en el centro de atención de la comunidad internacional. Su presencia en el Consejo de Seguridad no solo sirvió para reflejar su compromiso en este organismo, sino también, para su participación en órganos subsidiarios que

sirvieron para abarcar temas específicos del cual, el Perú fue parte. Dicho involucramiento activo e inagotable de 2 años, dejó una serie de lecciones y participaciones que distintos cancilleres han decidido relieves en el libro ***El Perú en el Consejo de Seguridad (2018-2019)*** de la Fundación Academia Diplomática del Perú que, a través de sus más de 200 páginas, condensan la importante participación peruana en el Consejo de Seguridad, resaltando sus principales aportes, experiencias y finaliza con un balance de la participación del Perú en dicho organismo.

Como parte de la preparación de la delegación peruana y su participación en el Consejo de Seguridad, se realizó una serie de consultas a distintos funcionarios y a la sociedad civil para abarcar los principales puntos en agenda para que sean prioridad durante la participación peruana en el Consejo de Seguridad. Es así, que nuestra delegación peruana identificó una serie de tópicos como lo es el (i) sostenimiento de la paz, a través de un enfoque de paz sostenible para prevenir y resolver conflictos internacionales; (ii) protección de civiles y observancia del derecho internacional humanitario, enfocado en el irrestricto respeto de los Convenios de Ginebra y la priorización de la defensa de personas vulnerables durante conflictos; (iii) lucha contra el terrorismo internacional y sus vínculos con la delincuencia organizada, por el cual, el Perú, presidiendo el Comité contra el Terrorismo, coadyuvó desde su experiencia a formular mecanismos y herramientas de lucha contra grupos terroristas a nivel internacional y (iv) operaciones de mantenimiento de la paz, a través de la búsqueda de potenciar su eficacia a través de una mejor capacitación y equipamiento, con la finalidad de respetar los mandatos del Consejo de Seguridad y proteger a quien le sea designado.

Asimismo, debemos resaltar el constante diálogo entre la delegación peruana y sus pares en el Consejo de Seguridad, así como también, con la de otros Estados a los que este organismo ha coadyuvado para determinadas situaciones abordadas durante la agenda 2018-2019. Esto fue posible gracias a la apertura e interacción del Perú en sus labores y responsabilidades y la interconexión realizada con las delegaciones pertenecientes a las Naciones Unidas. Esta posición permitió un acercamiento, así como un alcance significativo en las contribuciones realizadas en los distintos tópicos internacionales discutidos en los principales organismos del Consejo de Seguridad y de la ONU en conjunto.

A su vez, el Perú se vio notablemente beneficiado en su participación en los principales órganos subsidiarios del Consejo de Seguridad a través de nuestra experiencia nacional. Sin embargo, la delegación peruana no solo aportó ideas o estrategias, sino que también, ha recibido información esencial sobre problemas particulares, así como afianzar la red de contactos de Cancillería para la cooperación internacional a futuro y las alianzas estratégicas que se pueden construir a partir de esta experiencia y con miras al futuro en los intentos más esenciales por el establecimiento de la paz y seguridad internacional.

Esta reseña solo es un breve resumen de los distintos hechos y acciones que alumbraron el destacado y notable rol de la delegación peruana durante su quinta incorporación temporal en el Consejo de Seguridad. Esta oportunidad significó una capacitación valiosa para el cuerpo diplomático que, en buenas cuentas, se encuentra en constante perfeccionamiento y aprendizaje en base a las experiencias que la propia carrera diplomática representa para el personal de Cancillería.

Nos confirma que bien planificada la estrategia diplomática, esta nos genera buenos dividendos para la política exterior del país; sobre todo, en circunstancias en que se cuestionan las bondades del multilateralismo, que bien concebido, redunda en plausibles beneficios nacionales.

Oscar Maúrtua de Romaña

Novak, Fabián & Namihas, Sandra. *El Bicentenario de la política exterior peruana y su proyección en un mundo de cambios.* Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) y Konrad Adenauer Stiftung e.V. Noviembre de 2020, 1ra. Ed., pp. 274.

La obra presenta una esquematización histórica de los lineamientos de la política exterior del Perú y se divide en dos capítulos: “Grandes derroteros de la política exterior y de la institucionalización de Torre Tagle (1981-2000)” y “La política exterior del Perú en el siglo XXI (2021-2020).

El libro aporta elementos interesantes a tener en cuenta para quienes estudiamos aspectos de la política exterior. Solo tengo algunos apuntes que corresponden a mi personal valoración en algunos temas.

En lo que respecta a la delimitación marítima con Chile, se menciona a los miembros de la delegación peruana en la controversia marítima con ese país ante la Corte Internacional de Justicia, pero se omite al Embajador Luis Marchand Stens, entonces Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional (SPDI), quien fue designado abogado nacional para ese asunto, mediante Resolución Suprema N° 340-2011-RE del 6 de setiembre de 2011 y publicado al día siguiente en la separata de normas legales del diario oficial *El Peruano*.

Como sabemos, el Embajador Marchand nos dejó el 1 de agosto de 2012, pero estoy seguro que ha realizado un importante aporte jurídico a la defensa de los intereses marítimos del Perú, en el tema en particular que se le haya encomendado al interior de la delegación. Esos aportes del Embajador Marchand, cuyas copias se conservan en su casa, seguirán siendo de valiosa ayuda al Perú frente a cuestiones que Chile aún discrepa.

Respecto a “La aspiración peruana a la OCDE”, me permito disentir cuando en el último párrafo se indica que se trata de un objetivo que la estabilidad democrática y la buena imagen internacional del Perú construida en las últimas décadas son insumos que pueden facilitar el logro.

En mi opinión, no contamos con dichos insumos, al menos si consideramos que solo en los últimos cinco años hemos tenido la renuncia

forzada del Presidente Kuczynski; la asunción de Martín Vizcarra; el grave deterioro de la relación Ejecutivo-Legislativo; la disolución del Congreso; dos Presidentes por un día (Vizcarra y Mercedes Aráoz); el golpe de Estado parlamentario liderado por Merino; la renuncia de Merino tras movilizaciones de los 5 suyos; la elección parlamentaria de Francisco Sagasti; y, voces irresponsables que sugieren destituir a Sagasti.

Cabe señalar que, además del tema de la gobernanza pública, el *Programa País* de la OCDE considera avances sustanciales en temas como transparencia y lucha contra la corrupción, así como progresos en temas medioambientales.

Respecto a la protección de las comunidades peruanas en el exterior, se refiere en la última parte, a la nueva concepción de la labor que los consulados deben cumplir en el exterior; donde también se hubiera podido proyectar la conexión, implicancia o coordinación con la labor de los eventuales congresistas que representarán a los peruanos en el exterior (PEX).

Recordemos que el año pasado se aprobó la Ley que crea el Distrito Electoral para los PEX, asignándole 2 escaños. Cabe destacar que dos miembros del Consejo Directivo de la SPDI, el Embajador Oscar Maúrtua de Romaña y el Embajador José Luis Pérez Sánchez-Cerro, sustentaron con solidez ante la Comisión de Constitución del Congreso, los propósitos principales de tal proyecto de ley.

Finalmente, en cuanto al tema medioambiental, se pudo haber dejado registro del esfuerzo conjunto de los poderes Ejecutivo y Judicial, así como del Ministerio Público y otros organismos del Estado, por promover la aprobación del denominado *Acuerdo de Escazú*, que fue expuesto con solvencia y valentía por el entonces Canciller, Embajador Mario López Chávarri, ante la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso.

Alexander Antialón Conde

Pereyra Plasencia, Hugo. *Historiadores y Diplomáticos: Raúl Porras Barrenechea y Guillermo Lohmann Villena.* Lima: Asociación de Funcionarios del Servicio Diplomático del Perú. 2020.

Si existen disciplinas que por su dinámica y funcionalidad se complementan, en un valioso y trascendental *feedback*, estas son la Historia y la Diplomacia. Relación que a través de dos emblemáticas figuras resalta, finalmente, el diplomático e historiador Dr. Hugo Pereyra Plasencia, actual Cónsul General del Perú en Guayaquil, en su reciente publicación intitulada *Historiadores y Diplomáticos: Raúl Porras Barrenechea y Guillermo Lohmann Villena.*

Un destacable aporte a la historiografía nacional que resulta en virtud a un sesudo análisis desde la perspectiva de la historia comparada y de largo plazo desde donde es posible comprender como la experiencia diplomática puede influir en el trabajo del historiador y viceversa lo cual es claramente demostrado a través de los hechos que brindan las vivencias de los personajes seleccionados *verbi gratia* el temprano acercamiento de Porras a la documentación histórica en el Archivo de Límites de la Cancillería lo cual marcaría su corto, pero fructífero derrotero de vida. Por otro lado, y no muy lejos, Lohmann recibía los primeros impulsos historiográficos de la mano del preclaro Rubén Vargas Ugarte S. J. para luego recalar al lado del maestro Porras en el Ministerio de Relaciones Exteriores. Asimismo, y por añadidura, el autor ofrece una pincelada al desarrollo de la biografía usada de manera ágil como herramienta para sustentar de forma audaz su propuesta temática de la cual se desprenden algunas características comunes entre los personajes analizados, esencialmente su cosmopolitismo, universalidad y patriotismo.

En suma, el libro del Dr. Pereyra se torna indispensable para comprender aquella relación transversal de dos disciplinas de fuerte valor humanista y de gran sentido deontológico como lo son la Historia y la Diplomacia. Ambas bien representadas en las ilustres figuras de Raúl Porras Barrenechea y Guillermo Lohmann Villena.

Ricardo Pinto-Bazurco Mendoza*
Historiador

* Instituto Raúl Porras Barrenechea. Centro de Altos Estudios y de Investigaciones Peruanas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro de la Comisión de Historia de la Benemérita Sociedad Fundadores de la Independencia, Vencedores el 2 de mayo de 1866 y Defensores Calificados de la Patria.

De la Reza, Germán. *Nuestro Cónsul en Lima. Diplomacia Estadounidense durante el Congreso anfictiónico de Panamá y Tacubaya. (1824-1828).* Universidad Autónoma Metropolitana; Bonilla Artigas Editores, 2020; pp.186.

Años atrás el escritor mexicano, Germán de la Reza, junto con su equipo, se tomó el trabajo de estudiar principalmente el fajo de las más de 206 páginas del denominado “Documento 167” del Departamento de Estado de los Estados Unidos. En esta compilación hay 70 cartas y 65 anexos del primer cónsul de EEUU en Perú, William Tudor Jr.

Él nace en Boston (EEUU) un 28 de enero de 1779, se nos describe como gracias a sus estudios y sobre todo sus contactos logra ascender social y políticamente. Es por lo que el 9 de diciembre de 1823, John Quincy Adams secretario de Estado de James Monroe¹, lo nombra cónsul en el Perú, a su arribo, el primero de abril de 1824, comunica al Departamento de Estado que aparentemente el reducto realista tenía más fuerza y presencia; esto no le incomodaba pues como sugiere el libro tenía ciertas tendencias pro-realistas; sin embargo, con la entrada triunfal de Simón Bolívar a Lima luego de la Batalla de Ayacucho, Tudor presenta de inmediato sus credenciales al ministro de Relaciones Exteriores de este. Sus vínculos con opositores a Bolívar y a la facción realista le generaban impases con el gobierno del Libertador, quien incluso declaró estar “*muy insatisfecho con el caballero designado por los Estados Unidos como cónsul general, por haber insistido tanto en ser recibido y acreditado por un arrinconado virrey español*” (De la Reza, 2020, p.34)

En 1826 es vencido el reducto realista que estaba presente en el Callo, sin mucho ánimo informa esto al Departamento de Estado; después el cónsul buscó congraciarse con quien ostentaba el poder, es por lo que a Bolívar le regala un certificado de la Sociedad del Monumento de la batalla de Bunker Hill.²

¹ Quinto presidente de los Estados Unidos, desde el 4 de marzo de 1817 hasta 4 de marzo de 1825.

² Colina donde, se supone habría empezado la revolución de independencia de Estados Unidos.

Al contrario del formalismo, la percepción que el libro supone Tudor sentía por Bolívar no es positiva, tanto así que en la misiva enviada el 17 de mayo de 1826 comunica muy indignado que halló información relevante sobre los planes futuros de Bolívar sobre el Perú, este escribe que la violenta disolución del Congreso es un deliberado ataque a la democracia. Otro de los motivos de su indignación, es el plan de unión de Colombia, Perú y Bolivia. El 26 de enero de 1827, en Lima, estalla una revuelta que trae como consecuencia la convocatoria a elecciones; es así como el Consejo de gobierno que administra el país apoyado en el prestigio del Libertador es derrocado. Para estas elecciones Tudor manifiesta su preferencia por Luna Pizarro en la dirección del Congreso y de José de La Mar a la presidencia del país (Tudor escribía que este tenía una “entusiasta admiración” sobre la Unión Americana); esto con clara intención de que el Departamento de Estado se congracie con ellos y rechace todo apoyo sobre Bolívar. Continuando son sus cartas sigue con su evidente rechazo sobre el Libertador, *“no menciona a Bolívar por su nombre, sino que apela a epítetos insultantes y llega a sugerir el magnicidio”*. (De la Reza, 2020, p.49)

Un punto por resaltar es su posición sobre los proyectos iniciados por Bolívar, en síntesis, nunca apoyó ninguno. Sobre el Congreso de Panamá³, que se llevó acabo en 1826, escribía que la *“ambición de Bolívar puede frustrar la utilidad del Congreso del cual es autor; y cuya idea aumentó justamente su reputación y sus medidas habrían sido más provechosas si no hubieran favorecido su ambición personal.”* (De la Reza, 2020, p.61)

Pero la repulsión sobre Bolívar y su proyecto no solo queda en cartas y acusaciones. Para esto se debe mencionar el encuentro entre Tudor, Luna Pizarro y De la Mar en Palacio de Gobierno en donde conversaron sobre el asunto de Tacubaya⁴, pues se solicitaba al Perú enviar a un delegado para que explique la posición del nuevo gobierno; al finalizar la reunión se le anuncia

³ En el Congreso anfictiónico participaron 4 naciones hispanoamericanas y hubo representación de Gran Bretaña y EEUU. En esta reunión estuvieron grandes e influyentes personalidades del mundo diplomático, internacional y de sus respectivas naciones.

⁴ La segunda parte del Congreso anfictiónico se realiza en México, pues en Panamá no había las condiciones de salubridad adecuado, además que la epidemia de “vómito negro” (fiebre amarilla) llegó a cobrar la vida de dos secretarios del observador británico.

a Tudor comunicar que los tratados no serán ratificados y que se enviará a un ministro para que declare la secesión del Congreso. Finalmente, no se envía a nadie y se redacta el segundo artículo de la Constitución de 1828, en donde se subraya que se prohíbe la unión o confederación del Perú con países que “se opongan a su independencia”, con esto se refiere a Colombia. Ante la salida del encargado de negocios de Brasil, Condé Raguet, el secretario H. Clay⁵, nombra a Tudor como reemplazo. Llegó a Brasil en junio de 1828, las indicaciones de parte del secretario de Estado eran la de mejorar las relaciones con el Imperio, defender los reclamos de estadounidenses en este país, y, además, le pide concluir un tratado comercial entre ambas naciones. Tudor con habilidad logró todo lo anterior. Dos años después de su llegada, contrajo la fiebre amarilla y falleció en la capital brasileña el 9 de marzo de 1830.

Es interesante como el libro aborda la animadversión que tuvo el primer cónsul estadounidense sobre Simón Bolívar y sus proyectos, pero esta hostilidad no habría sido producto de la casualidad, ni injustificada, al contrario, una conclusión a la que se llega es que fueron órdenes que recibió oralmente antes de su llegada al Perú y que todo esto en realidad estuvo enmarcado en una estrategia del gobierno americano para evitar que surja una unión confederal que les pueda hacer frente y quitarle terreno en la esfera de las relaciones internacionales. Es por ello por lo que en sus informes y cartas siempre se cuestionaba duramente cualquier acción de Bolívar, pues sabían que era un personaje importante con capacidad de movilización. Sin embargo, habría que subrayar que este trabajo estratégico del Departamento de Estado no habría sido posible sin el apoyo que las élites hispanoamericanas brindaron, quienes bajo sus intereses individuales o colectivos, fueron acicate perfecto para consolidar el rechazo a los diversos objetivos que tenía Bolívar, independientemente si estos eran buenos o malos.

En la actualidad, y desde hace décadas atrás, estas ideas de unidad latinoamericana han tomado fuerza, esto se ve expresado en la conformación de organizaciones o alianzas surgidas, como, por ejemplo, la Comunidad

⁵ Secretario de Estado de los Estados Unidos desde el 7 de marzo de 1825 hasta el 3 de marzo de 1829

Andina de Naciones (CAN), la Alianza del Pacífico, el MERCOSUR, la UNASUR, la Organización de Estados Iberoamericanos (OEI), la CELAC, etc. Ya que como se ha revisado, la atomización de los nacientes Estados y su débil unión, permitieron que los americanos logren, entre otras cosas, controlar en beneficio suyo las consecuencias de la guerra de independencia, ya sea a través de acuerdos comerciales desventajosos o con intervenciones sutiles sobre la política de cada gobierno que le genere conflicto. Es importante resaltar lo significativo de esta obra pues en menos de 6 meses cumpliremos 200 años de independencia y valgan verdades, se le tendrá que reconocer el apoyo brindado por el Libertador a esta causa. Sin duda una obra muy sistematizada, producto de un arduo trabajo de investigación que vale la pena leer para comprender la táctica diplomática y geopolítica que Estados Unidos desarrolló sobre noveles Estados hispanoamericanos.

*Anderson Rodríguez Chávez**

* Estudiante de la UNMSM. Director Académico del Club ONU San Marcos. Practicante de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional y Subcoordinador de la Comisión Académica del V Macrocoloquio de estudiantes de Ciencia Política (2020).

**APUNTES INSTITUCIONALES
Y
CALENDARIO DE SUCESOS INTERNACIONALES**

APUNTES INSTITUCIONALES (Período Enero-Abril de 2021)

La sección de *Apuntes Institucionales*, puede ser consultada en nuestro Blog Institucional: <https://sociedadperuanadederechointernacional.blogspot.com/>

* * *

CALENDARIO DE SUCESOS INTERNACIONALES (Período Enero-Abril de 2021)

La sección de *Calendario de Sucesos Internacionales*, puede ser consultada en nuestro Blog Institucional: <https://sociedadperuanadederechointernacional.blogspot.com/>

Pablo Olmedo Pizarro

* * *

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE

TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA

PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156 - BREÑA

CORREO E.: tareagrafica@tareagrafica.com

PÁGINA WEB: www.tareagrafica.com

TELÉF. 332-3229 / 424-8104 / 424-3411

MARZO 2021 LIMA - PERÚ

