

ISSN 0035-0370
DOI 10.38180

*REVISTA PERUANA
DE
DERECHO INTERNACIONAL*

ÓRGANO DE DIFUSIÓN DE LA SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO INTERNACIONAL



TOMO LXXII SETIEMBRE - DICIEMBRE 2022 N° 172

LIMA - PERÚ

*REVISTA PERUANA
DE
DERECHO INTERNACIONAL*

ÓRGANO DE DIFUSIÓN DE LA SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO INTERNACIONAL



TOMO LXXII SETIEMBRE - DICIEMBRE 2022 N° 172

LIMA - PERÚ

REVISTA PERUANA DE DERECHO INTERNACIONAL
TOMO LXXII SETIEMBRE - DICIEMBRE 2022 N.º 172

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 diciembre del 2022 por
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Breña

Lima - Perú

Tiraje: 500 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

Vice presidente

Hernán Couturier Mariátegui

Secretario

Miguel Angel Rodríguez Mackay

Tesorero

Alexander Antialón Conde

Vocales

Juan Álvarez Vita

Gonzalo García-Calderón Moreyra

Augusto Hernández Campos

Daniela Malapi Hernández

José Luis Pérez Sánchez-Cerro

José F. Pinto-Bazurco Barandiarán

Oscar Schiappa-Pietra Cubas

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
Malapi Hernández, Daniela
Maúrtua de Romaña, Oscar
Novak Talavera, Fabián
Palma Valderrama, Hugo
Pérez Sánchez-Cerro, José Luis
Pinto-Bazurco Barandiarán, José F.
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

Abugattas Giadalah, Gattas (*)	Loayza Tamayo, Carolina
Agüero Colunga, Marisol (*)	Medina Rivas Plata, Anthony
Alcalde Cardoza, Javier	Meier Espinosa, José A. (*)
Alfaro Espinoza, Silvia (*)	Miranda Eyzaguirre, Alfonso (*)
Aquino Rodríguez, Carlos (*)	Miró Quesada Rada, Francisco
Arzubiaga Scheuch, Augusto	Morillo Herrada, Zósimo
Astete Rodríguez, Elizabeth (*)	Namihas Pacheco, Sandra
Barreto Jimeno, S.J. Pedro (*)	Obando Arbulú, Enrique (*)
Belaunde Matossian, Francisco	Olmos Román, Luis Emilio (*)
Brousset Barrios, Jorge	Palacín Gutiérrez, Julián
Campos Maza, Gian Pierre (*)	Paulinich Velarde, Javier (*)
Carnero Arroyo, Ena	Pérez-León Acevedo, Juan Pablo
Carranza Reyes, Alexander (*)	Pinto-Bazurco Rittler, Ernesto
Chanamé Orbe, Raúl	Recavarren Malpartida, Isabel (*)
Chávez Basagoitia, Luis Enrique (*)	Reyes Milk, Michelle (*)
Chuquihuara Chil, Luis	Rodríguez Brignardello, Hugo
Colunge Villacorta, Jorge	Rojas Samanez, Fernando (*)
Cumpa García-Naranjo, Luciana	Rosales Zamora, Pablo
D'Alessio Ipinza, Fernando	Rubio Correa, Jorge
Dañino Zapata, Roberto	Ruda Santolaria, Juan José (*)
De Althaus Guarderas, Miguel	Ruiz Caro, Ariela (*)
De Rivero Barreto, Oswaldo	Saavedra Calderón, José Antonio
Echeverría Herrera de De Pury, María E.	Salazar Moscoso, Julio (*)
Escobar la Cruz, Ramiro (*)	Salmón Gárate, Elizabeth
Fairlie Reinoso, Alan	Sándiga Cabrera, Luis (*)
Forsyth Mejía, Harold	Sandoval Aguirre, Oswaldo (*)
Gervasi, Ana Cecilia (*)	Sasaki Otani, María Ángela
Guevara Moncada, Rubén (*)	Sierralta Ríos, Anibal
González-Olaechea Franco, Javier	Solari de la Fuente, Luis
Grau Umlauff, Fernando	Tudela Chopitea, Alejandro
Horna Chicchon, Angel (*)	Umeres Alvarez, Juan Humberto
Ibañez Carranza, Luz (*)	Velásquez Rivas-Plata, Elvira
Kahhat Kahatt, Farid (*)	Velit Granda, Juan
Kisic Wagner, Drago	Vidarte Arévalo, Oscar (*)
Laguerre Kleimann, Michel (*)	Vigil Toledo, Ricardo (*)
Landa Arroyo, Cesar	Yepes del Castillo, Ernesto
Lázaro Geldres, Jorge	Yrigoyen Yrigoyen, Martín
Lévano Torres, Oscar	

(*) PARA INCORPORACIÓN FORMAL

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

Alcántara Sáez, Manuel (España)	Ikeda, Daisaku (Japón)
Arrighi, Jean Michel (Uruguay)	Llanos Mansilla, Hugo (Chile)
Buerghenthal, Thomas (Estados Unidos)	Pellet, Alain (Francia)
Cho, Key Sung (Corea)	Suphamongkhon, Kantathi (Tailandia)
Duque Márquez, Iván (Colombia)	TorreCuadrada García-Lozano, Soledad (España)
Furnish, Dale Beck (Estados Unidos)	Wolff, Francis (Francia)

COORDINADOR GENERAL

Gonzalo Tello Vildósola

SUMARIO

Nº 172 (SETIEMBRE-DICIEMBRE 2022)

ARTÍCULOS

	Pág.
- La Constitución de la Tierra: la internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional Cesar Landa Arroyo	17
- El camino del Perú hacia una política oceánica Augusto Arzubiaga Scheuch	35
- El crimen de agresión contra Ucrania Augusto Hernández Campos	65
- International courts and atrocities in the XXI century Juan Pablo Pérez-León Acevedo	93
- La mediación noruega en la crisis interna venezolana como un único procedimiento del 2019 a la actualidad Alexander Antialón Conde	127
- Más allá del positivismo en la filosofía del derecho internacional: Bianchi y el enfoque lúdico de la interpretación Pablo Rosales Zamora	143

- INDECOPI como protagonista activo de la protección de la propiedad intelectual y su relación con los tratados internacionales suscritos por el Perú en materia de PI
Julián Palacín Gutiérrez **169**

- ¿La licencia obligatoria de las patentes de invención como respuesta a la pandemia de COVID-19? El caso de la Comunidad Andina
Maria Ángela Sasaki Otani **189**

PRONUNCIAMIENTOS

- Pronunciamiento de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional con ocasión de la conmemoración de los 70 años de la Comisión Permanente del Pacífico Sur.
Lima, 06 de setiembre del 2022 **215**

- Pronunciamiento de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional relativo a la República Árabe Sharahui Democrática (RASD).
Lima, 17 de setiembre del 2022 **217**

- Pronunciamiento de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional con relación al territorio Ucraniano y su soberanía.
Lima, 02 de octubre del 2022 **219**

BIOGRAFÍA CONMEMORATIVA

- Edward Allan Wagner Tizón
Oscar Maúrtua de Romaña **223**

HOMENAJE

- *Augusto Arzubiaga Rospigliosi*
Oscar Maúrtua de Romaña 231

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- *Amenazas y Desafíos a la Política de Seguridad del Siglo XXI*
de Javier Gamero Kinosita
Oscar Maúrtua de Romaña 239

APUNTES INSTITUCIONALES

- Actividades, documentos y pronunciamientos
(Período Setiembre-Diciembre 2022) 247

CALENDARIO DE SUCESOS INTERNACIONALES

- Calendario de sucesos internacionales
(Período Setiembre-Diciembre de 2022)
Marko Vásquez Rojas 247

* * *

ARTÍCULOS

LA CONSTITUCIÓN DE LA TIERRA: LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL*

**THE CONSTITUTION OF THE EARTH: THE INTERNATIONALIZATION
OF CONSTITUTIONAL LAW AND THE CONSTITUTIONALIZATION OF
INTERNATIONAL LAW**

César Landa Arroyo**

Desde la aprobación de la Constitución de 1979, el derecho constitucional en el Perú ha ido evolucionando en virtud de dos factores: uno político y otro jurídico. El primero se inicia con el retorno a la democracia como sistema político basado en el consenso y diálogo entre los partidos políticos, para garantizar la pluralidad de las ideas políticas y la alternancia en el poder. El segundo consiste en la convicción que el ejercicio del poder democrático es la mejor forma de gobierno nacional, siempre que sea legítimo, es decir, siempre que se respete y se ejerza bajo el principio de la supremacía jurídica de la Constitución y de la ley.

* El presente manuscrito es la versión revisada de la conferencia magistral a los alumnos de la Academia Diplomática del Perú, pronunciada como Ministro de Relaciones Exteriores del Perú, el 5 de abril de 2022. Agradezco la colaboración del Consejero Ángel Horna.

** Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Vicepresidente de la *International Association of Constitutional Law*, comisionado de la *International Commission of Jurists*, patrono del *World Law Foundation*. Ministro de Relaciones Exteriores y Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú.

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

Sin embargo, existe también un factor internacional que no se puede desconocer en el proceso de desarrollo de nuestra democracia constitucional: la incorporación de la llamada «cláusula de apertura» (*“open clause”*). Es decir, aquellas disposiciones constitucionales que declaran a los tratados internacionales como parte del derecho nacional y que los derechos y libertades se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos. Todo ello aunado a las interpretaciones que de ellos realicen las cortes y tribunales internacionales.

De esa manera, el desarrollo del Estado constitucional ha tenido, en la apertura a los tratados internacionales y al propio derecho y jurisprudencia comparados, sus fuentes de alimentación e impulso de la democracia constitucional en el Perú. No obstante, debemos recordar que este proceso político y jurídico encuentra sus raíces ideológicas al final de la Segunda Guerra Mundial y el establecimiento, por un lado, de las democracias constitucionales y, por otro lado, de las democracias populares. Ello fue, a su vez, resultado de la división bipolar del mundo entre los Estados Unidos de América y la entonces Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

En 1989, se llevó a cabo el término de la denominada guerra fría, con la caída del Muro de Berlín y el establecimiento en Europa del Este, de las llamadas democracias constitucionales. Estas nuevas democracias empezaron a gozar de elecciones libres, de la separación de poderes, de garantías judiciales a las libertades y derechos fundamentales, de la primacía jurídica de la Constitución, del pluralismo de los partidos políticos, y de las «cláusulas de apertura», entre otros principios. Este proceso irradió igualmente las transiciones políticas de regímenes militares dictatoriales a regímenes civiles democráticos en América Latina a finales del siglo XX y, posteriormente, también alcanzó otras latitudes, como a la llamada Primavera Árabe en la década del 2010.

En ese curso histórico internacional, el constitucionalismo peruano fue adquiriendo, desde los años ochenta, ciertos atributos propios de una democracia constitucional en proceso de maduración, gracias a la globalización del derecho constitucional. Este proceso de mundialización constituye un ariete para transformar la realidad nacional, una herramienta para potenciar las fuerzas vitales de la sociedad de acuerdo con el carácter

nacional. En efecto, la globalización no es capaz de engendrar nada que no se halle previamente establecido en el seno de una sociedad —en este caso, la peruana—, con disposición al cambio, en el marco cultural de cada ordenamiento constitucional (Häberle, 2000).

Ahora bien, el motor de dicho proceso no ha sido otro que la revalorización de la persona humana y los derechos fundamentales como eje central del Estado democrático constitucional. Dicha revalorización se ha convertido en un principio universal común a diferentes sociedades, culturas e incluso religiones del mundo. Así, los desafíos del constitucionalismo contemporáneo ya no se limitan a superar los resabios autoritarios en la democracia, sino que implican también enfrentar la extrema pobreza, y promover el desarrollo económico -en línea con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, en particular el Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 16: “Promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas”-, superando las amenazas ecológicas a la Tierra y a la sostenibilidad de los océanos. Pero tampoco se puede soslayar la necesidad del respeto de los derechos humanos frente a fenómenos como las oleadas de migrantes internacionales; el incremento de la desigualdad; la lucha contra el terrorismo y el fundamentalismo religioso; el control de la propagación de enfermedades infecciosas -como el Covid 19-; el combate contra el tráfico ilícito de drogas; la producción de armas de destrucción masiva y su uso en conflictos armados de carácter interno e internacionales; los déficits éticos en la política y en las empresas; entre otros (Díaz Müller, coord., 2003).

Estos temas no son solo parte de la agenda del derecho internacional, sino también del derecho constitucional de los Estados; por ello, siguiendo en parte a Luigi Ferrajoli, las respuestas a dichos dilemas se encuentran en la propuesta de una “Constitución para la Tierra”, como expresión del proceso de internacionalización del derecho constitucional y de constitucionalización del derecho internacional. No se trata de instaurar una jerarquía entre esos procesos, sino una relación de coordinación, buscando la complementariedad y subsidiariedad en ambos niveles.

De este modo sería posible no solo una integración entre los Estados a partir de un método comparado de análisis de las tradiciones nacionales constitucionales y de sistemas jurídicos diversos (integración horizontal),

sino también el establecimiento de formas de solución de casos a través de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos y los de integración económico/comercial (integración vertical).

En el proceso de globalización del derecho, el derecho comparado ha ido adquiriendo un rol protagónico para una mejor comprensión y solución de los viejos y nuevos desafíos constitucionales, tanto nacionales como internacionales. Por ello, se presentan a continuación algunos presupuestos y consideraciones temáticos para el desarrollo de una *Constitución de la Tierra*, como fusión del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional.

Los principios constitucionales comunes, como la protección de los derechos fundamentales y la división de poderes, se han constituido en elementos legitimadores de los ordenamientos jurídicos nacionales; convirtiéndose así en la pauta de interpretación de las leyes en las cortes y tribunales, constitucionales y ordinarios, acorde con el derecho nacional e internacional. Esto es así, en la medida en que el reconocimiento de los derechos fundamentales se encuentra en los textos constitucionales e internacionales, entendidos como el orden jurídico universal del actual Estado democrático constitucional (De Vega García, 1988, pp. 803-818).

Por ello, en el actual estadio de evolución del Estado constitucional, este descubre la pluralidad cultural interna y externa, y comienza a proyectarse hacia la «comunidad mundial de Estados constitucionales», con una intención cosmopolita, en el sentido de Kant (Häberle, 2004, p. 33). En efecto, la aplicación de dicha expresión pone en evidencia una realidad a la que Peter Häberle ya había hecho referencia cuando señaló que el método comparativo era el quinto método de interpretación jurídica, más allá de los cuatro métodos de von Savigny (Häberle, 2001, pp. 162-165). El modelo de Estado constitucional contemporáneo queda pues caracterizado por su apertura hacia el exterior y a la recepción de los estándares y principios del derecho internacional, particularmente de los derechos humanos, debido a las obligaciones derivadas de los tratados internacionales y otras fuentes del derecho internacional, tal como están reflejadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

En ese sentido, se puede señalar, aunque no sin especular, que en la actualidad la Constitución es una norma incompleta o inacabada que se

integra y complementa necesariamente con las interpretaciones de los jueces de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, a fin de que el ordenamiento jurídico nacional adquiera coherencia y plenitud (Ruiz Manero, 2007, pp. 69 y ss.). Pero, la articulación jurídica nacional e internacional no se sustenta necesariamente en una relación de integración vertical, sino de diálogo e interrelación entre tribunales nacionales y tribunales internacionales.

Por su parte, el uso del término ‘derecho constitucional comparado’ se ha diseminado en la última década, de modo que se emplea para hacer referencia tanto a la mera cita por un tribunal de resoluciones de otro, como para describir una situación de interacción e influencias recíprocas entre tribunales (Canosa Usera & otros, 2015).

En ese marco, el concepto de *Constitución de la Tierra* abarca y moderniza el derecho constitucional e internacional en la medida en que nos replantea viejos dilemas y nos presenta algunos nuevos desafíos, los cuales señalamos a continuación.

Primero, la universalidad y relativismo de los principios y los derechos humanos. Si bien el orden democrático y constitucional contemporáneo participa de valores comunes propios de todo Estado de derecho; lo cierto es que los valores locales de carácter histórico —culturales, religiosos o tradicionales— otorgan, muchas veces, una naturaleza relativa a dichos principios. En otras palabras, los valores locales terminan, para unos, degradando o socavando los valores democráticos universales o, para otros, respetándolos de acuerdo con los contextos culturales propios de cada sociedad y Estado.

De este modo, en la *Constitución de la Tierra* la coexistencia entre las visiones universalistas y relativistas de la democracia constitucional se basa en la observación y el diálogo graduales, los cuales tienen lugar a través de la internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional. Este proceso ha experimentado avances, pero también estancamientos y retrocesos. En cualquier caso, los estancamientos y retrocesos son materia de cuestionamiento cada vez que impliquen una limitación en el progreso del respeto de los derechos fundamentales y el control de los excesos del poder (Landa, 2014b).

Por ello, en el proceso constituyente para la *Constitución de la Tierra* se aboga por un diálogo con carácter obligatorio y no meramente facultativo. Dicho diálogo implica que, si las medidas nacionales de los Estados soberanos incurrir en graves violaciones de los estándares imprescindibles consagrados, por ejemplo, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 —a saber, genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y, desde hace poco, el crimen de agresión—, entonces, deberá enjuiciarse a los responsables, incluidos los jefes de Estado, ante dicha instancia internacional o ante un tribunal penal especial competente.

La diversidad cultural pone de manifiesto los diferentes conceptos de legitimidad del Estado y de la interpretación de los derechos humanos, según los diversos sistemas jurídicos existentes (además del sistema anglosajón y el sistema romano germánico, se tienen otras familias jurídicas, tales como el derecho islámico, asiático, nórdico, entre otros). Por ejemplo, en países asiáticos el concepto de legitimidad estatal reposa en el principio de autoridad o de la ley como expresión de valores objetivos, mas no en la idea de las personas como individuos (Xiaoqing, 2006a; 2006b). Mientras tanto, en muchos países del **África** la interpretación de los derechos tiene un fuerte contenido de protección de la identidad cultural, la cual es diversa, debido a la variedad de minorías étnicas existentes en el continente. En algunos casos dicha identidad se ha reafirmado en reacción al fenómeno de la globalización, no solo de la economía, sino también de los derechos (Nwauche, 2010; Piergigli, 2010). Por ello, la *Constitución de la Tierra* tiene una vocación de integración universal de las diferencias culturales del planeta.

Segundo, los conceptos de poder y de democracia constitucional. El poder del Estado se expresa no solo en la forma constitucional de organización tripartita del mismo —poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial—, sino también en el ejercicio del poder mismo en asuntos tanto internos como internacionales. En el ámbito interno se concibe a la democracia como la mejor —o menos mala— forma de organización del poder. Sin embargo, en el ámbito internacional, el poder del Estado depende de la capacidad de su ejercicio efectivo, antes que de su legalidad y/o legitimidad. Por eso, cuando en 2003 EEUU inició una guerra contra Irak —bajo la cuestionable acusación de que el país del Medio Oriente poseía armas químicas de

destrucción masiva— al margen de las normas internacionales y en ausencia de una autorización por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, se puso en evidencia que el ejercicio de su poder encubría la imposición de sus valores democráticos nacionales. En efecto, como señala Rubendfeld: «los Estados Unidos se sienten libres de proyectar su economía, fuerza militar y cultura por todo el mundo, mientras se niega, cada vez más, a constituirse en parte de las convenciones internacionales o a someterse a las estructuras de gobierno multilaterales» (Rubendfeld, 2004, p. 241). Por eso, en la *Constitución de la Tierra*, el poder internacional no debe estar solo en función de los Estados, sino también de los pueblos.

En efecto, el peligro yace en concebir unilateralmente el modelo de una democracia nacional como el parámetro de control y validez de la democracia mundial. Peligro que resulta especialmente grave cuando dicha concepción está en manos de pocos países con un poder internacional real. Esto ha permitido que se lleven a cabo otras operaciones que varían desde «intervenciones humanitarias», en 1991, de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) en la Antigua Yugoslavia, la anexión por parte de Rusia, en 2014, de la península de Crimea —territorio de la República de Ucrania— sobre la base de un referéndum popular no reconocido por la comunidad internacional, así como la actual invasión militar rusa en Ucrania.

Frente a una concepción unilateral del poder internacional, corresponde comparar y fortalecer una respuesta multilateral a través del derecho internacional y las Naciones Unidas. Por ello, en la *Constitución de la Tierra* tanto el proceso de internacionalización del derecho constitucional como, simultáneamente, el proceso de constitucionalización del derecho internacional constituyen un tópico contemporáneo de estudio (Capaldo & otros, eds., 2012).

Tercero, elecciones libres y un sistema judicial independiente. La democracia constitucional contemporánea tiene, a nivel internacional, ciertos estándares aplicables a elecciones libres y competitivas. Asimismo, tiene cierto umbral para lo que significa que un sistema judicial sea independiente e imparcial.

Las elecciones constituyen la expresión política de los derechos humanos, debido a que, con un proceso electoral, se establece legítimamente

un sistema de gobierno democrático, base de la existencia y funcionamiento del Estado de derecho, no solo a nivel nacional sino de los organismos internacionales.

Los estándares internacionales y nacionales deben asegurar el ejercicio legítimo de los derechos políticos y las libertades fundamentales de los ciudadanos como una garantía de la legitimidad y la alternancia democrática del poder (Comisión Europea, 2007). Se requiere asegurar elecciones periódicas, libres y competitivas, procedimientos establecidos en la ley junto con organismos electorales e instituciones independientes de observación electoral, financiamiento transparente estatal y/o privado, y acceso plural y equitativo a los medios de comunicación social. Asimismo, la democracia interna de los partidos es fundamental.

De otro lado, el escrutinio del voto debe ser la fidedigna expresión de la voluntad de los electores. En consecuencia, dicha voluntad debe ponerse de manifiesto en los resultados electorales, a través de los métodos de conteo de votos y un sistema de recepción de denuncias y procesos urgentes de protección de los derechos electorales. Donde la observación electoral internacional constituye un estándar obligatorio de las democracias contemporáneas.

En materia del sistema de justicia independiente e imparcial, la justicia, en muchas partes del mundo, se encuentra sometida a influencias no solo gubernamentales, sino también de los grupos de presión. Esto ocurre, sobre todo, en países que atraviesan crisis constitucionales, inestabilidad institucional o conflictos armados —o incluso periodos postconflicto. Por ello, para la *Constitución de la Tierra* la creación de tribunales internacionales especializados y la independencia judicial es una variable muy significativa (Comisión Internacional de Juristas, 2007). Asimismo, los magistrados —tanto en las cortes nacionales como internacionales— deben actuar de forma íntegra, idónea y ética. La ley debe asegurar la inamovilidad de los jueces en sus cargos, así como una remuneración y pensión digna del cargo, al tiempo de establecer también medidas disciplinarias con las garantías de defensa correspondientes.

Cuarto, la libertad de expresión, pluralidad informativa y acceso a la información pública. El reconocimiento de la libertad de expresión —no solo

como derecho fundamental, sino también como garantía institucional para la democracia constitucional— es aún, con frecuencia, una tarea pendiente. En algunos Estados existen políticas de censura y persecución a medios de comunicación y hasta asesinatos a periodistas independientes, mientras que, en otros países, a pesar de la recuperación de la democracia y la libertad de expresión después de las dictaduras militares, aún se producen amenazas a la labor independiente de los periodistas y de los medios de comunicación. Asimismo, existen brechas en los gobiernos democráticos en relación al derecho al acceso a la información de interés público, debido a la falta de transparencia en el manejo gubernamental.

Todo esto contrasta con la apertura de los mercados y la flexibilización de las reglas económicas en favor de las corporaciones, al punto que se viene produciendo un especial proceso de concentración de la propiedad de los medios de comunicación, lo cual pone en peligro la pluralidad informativa. Frente a ello, muchos gobiernos democráticos han establecido leyes sobre la libre competencia y defensa de los usuarios y otros han establecidos topes para evitar las fusiones corporativas en materia de medios de comunicación (OEA, 2004).

De otro lado, el mercado de los medios de comunicación se ha ido expandiendo y complejizando a través de la tecnología digital y el uso de Internet. Esto último hace más graves los excesos que se cometen en contra del derecho a la privacidad, la imagen, el honor o la buena reputación de una persona, los cuales pueden difundirse muy rápidamente a través de las plataformas digitales. Todo ello plantea para la *Constitución de la Tierra* desafíos urgentes acerca de cómo asegurar la protección de la libertad de expresión y la privacidad, si los Estados apelan a su soberanía nacional y a la no injerencia en sus asuntos internos.

Si bien corresponde al legislador regular la concentración de medios de comunicación para proteger las afectaciones a la pluralidad informativa, los Estados deberían definir si existe alguna modalidad de concentración que sea compatible con la pluralidad informativa. O, alternativamente y a falta de una ley, le corresponde a los órganos judiciales ordinarios o especializados de control de la constitucionalidad y/o convencionalidad definir los límites de la concentración de la propiedad de los medios de comunicación (Pérez

Gómez, 2002). Asimismo, se abre el debate internacional sobre cómo proteger a las personas o grupos más vulnerables, como las niñas, los niños y adolescentes, para que no sean objeto de violación de sus derechos a la intimidad por los medios de comunicación en forma digital, dado que las grandes plataformas digitales no tienen fronteras.

Quinto, los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Los clásicos derechos y libertades propios del Estado de derecho se han visto ampliados, aunque no sin cuestionamientos y debates sobre su naturaleza de derechos fundamentales. Las necesidades humanas básicas, de carácter económico, social e incluso cultural, se han incorporado desde la segunda mitad del siglo XX en las constituciones nacionales y en el Pacto internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas. De este modo, en la *Constitución de la Tierra* dichos derechos deben formar parte del acervo jurídico de las naciones desarrolladas y en desarrollo (Langford, 2013, pp. 31-42).

El reconocimiento jurídico de los DESC es progresivo en el tiempo. Su incorporación ha sido producto de las luchas sociales de los pueblos debido a la desigualdad social, caracterizada en muchas regiones por formas de discriminación racial, sexual, étnica, o por origen social. Adicionalmente, la desigualdad se ve exacerbada en épocas de crisis, como la emergencia sanitaria global que venimos atravesando o las crisis económicas a nivel nacional e internacional, pues las medidas que los países adoptan afectan a los sectores más protegidos y vulnerables.

Todo esto ha reabierto el debate en torno a los DESC con viejos y nuevos argumentos. Hay quienes sostienen que los DESC no son derechos fundamentales en la medida en que no estarían garantizados en la ley mediante normas prescriptivas que los hagan justiciables ante el Poder Judicial y sin que se requiera asignar un presupuesto público especial (Böckenförde, 1993, pp. 76-78). Por otro lado, se ha planteado que los DESC son también derechos humanos, en la medida en que el trabajo, la salud, la educación, la pensión y/o la vivienda constituyen necesidades materiales sin las cuales no podrían ejercerse los derechos civiles y políticos.

En realidad, estos derechos gozan de una estructura jurídica similar a la de los derechos civiles y políticos, pues constituyen una regla y no

siempre requieren de presupuesto público. Por ello, los jueces pueden tutelar subjetivamente los DESC demandados. Con ello se descarta que los DESC solo sean derechos programáticos o intereses legítimos, y se pasa a concebirlos como derechos progresivos -y no regresivos-. Asimismo, la ausencia de una ley que desarrolle la realización de la faz objetiva de los DESC ha otorgado a los jueces un rol activo, cuasi pretoriano, en la declaración del derecho, ante la ausencia y vacíos del legislador. Es por esto que los tratados y la jurisprudencia internacionales juegan un rol gravitante en la configuración de los DESC (Mezzetti, 2015, pp. 117-148). Esto, sin embargo, no resuelve el problema de la incapacidad del juez constitucional para disponer en los casos que sean necesarios del presupuesto público estatal de forma sectorial, aunque sí en casos individuales.

El análisis de los DESC constituye pues el laboratorio de estudio de los alcances y los límites de la *Constitución de la Tierra*. Esto será posible gracias a que los espacios de integración económica y social, en los que el avance del derecho internacional y comparado —mediante la expansión de la internacionalización de los derechos humanos— alcance a los derechos económicos sociales y culturales (Bonilla Maldonado, ed., 2015).

Finalmente, en sexto lugar, el proceso de constitucionalización de los derechos humanos ha dado lugar a nuevos derechos fundamentales atribuibles a sujetos vulnerables. Aunque dichos sujetos han existido siempre, los Estados han empezado a reconocerles una protección especial. Es el caso, por ejemplo, de las mujeres, los pueblos indígenas y afrodescendientes, los niños y adolescentes, los migrantes, los discapacitados, los adultos mayores, y las personas LGBTI, básicamente. En efecto, en las últimas décadas ha cobrado vital importancia el desarrollo de un *corpus iuris* relativo a los derechos, por ejemplo, de los pueblos indígenas en regiones con fuertes y supérstites tradiciones de los pueblos originarios.

Esto se ha reflejado en la normativa de las Naciones Unidas, así como en las constituciones y jurisprudencias de las cortes nacionales e internacionales, lo que resulta particularmente relevante, si se tiene en cuenta que, en los países de América Latina, la población indígena y de origen africano hoy en día es cercana a los 45 millones de personas.

A pesar de que la Declaración de la Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 160 de la Organización Internacional del Trabajo promueven la protección de los derechos de los pueblos indígenas, dicha protección no siempre es efectiva. Esto se debe a que no se reconoce a la «comunidad indígena» y afrodescendiente como tal debido a cuestionamientos sobre la identificación de sus titulares, a la falta de existencia legal de derechos colectivos. Hace falta, igualmente, que se protejan su identidad cultural, la integridad de su territorio -si fuera aplicable-, la propiedad de los recursos naturales, el conocimiento tradicional, entre otros.

El proceso de globalización mundial económica y política también ha conllevado un alto flujo de migrantes. En la actualidad, los migrantes pueden constituir el quinto «país» más poblado del mundo (Comité Económico y Social Europeo, 2007, p. 125). Asimismo, en América Latina esta población era de más de nueve millones de migrantes (ONU, 2013), antes de la diáspora de más de 6 millones de venezolanos. Si bien son los Estados los que regulan, con base en su soberanía nacional, sus políticas migratorias y de fronteras, nos encontramos frente a un fenómeno global que requiere acción normativa no solo a través de los tratados internacionales, sino también de las constituciones y leyes de los Estados.

Ahora bien, no obstante el alto flujo migratorio hacia Estados de Europa Occidental y los Estados Unidos, así como hacia algunos países de América Latina -incluido el Perú-, la percepción sobre el problema de los migrantes es de carácter nacional. Esto implica que con frecuencia se desconocen los derechos humanos básicos que tiene toda persona y/o familia al margen de su calidad migratoria, en cualquier territorio.

En este contexto, en la *Constitución de la Tierra* cobran especial interés los derechos al refugio, a la residencia, al libre tránsito, a la nacionalidad, y a la unidad familiar, así como los derechos sociales y económicos a la salud, a la educación, a la seguridad social y al trabajo, sobre todo porque los migrantes son grupos vulnerables (Ara Pinilla, 2004, p. 117).

Es pertinente recordar también que, desde finales del siglo XX, el proceso de modernización democrática de las sociedades tradicionales en diversas regiones del mundo, ha dado lugar a la revalorización de la mujer.

En efecto, la subordinación y discriminación social y económica de la mujer es, en muchos casos, un fenómeno del modelo tradicional/patriarcal de sociedad y de Estado. De modo que si bien las normas nacionales han ido incorporándolas progresivamente, también se producen nuevos desafíos al rol de la mujer en las sociedades modernas con relación a la igualdad en el empleo o en el ámbito privado de los derechos sexuales y reproductivos (Ramírez Huaroto, 2013), lo cual constituye un tema fundamental para la *Constitución de la Tierra*.

En cuanto a las perspectivas de la *Constitución de la Tierra*, el proceso de apertura constitucional ha sido una de las condicionantes del establecimiento de canales de interrelación entre los sistemas nacionales e internacionales, lo cual ha ido perfilando un nuevo modelo de Estado constitucional propio de las democracias latinoamericanas. En este sentido, en el marco del proceso de apertura constitucional y las obligaciones que se derivan de este —de manera explícita o implícita—, la labor de la jurisdicción especializada u ordinaria tiene en los tratados internacionales un campo fértil para promover no solo el respeto de los derechos fundamentales y el control de los excesos del poder, sino también para coadyuvar al bienestar general y al desarrollo humano. Así, en América Latina se ha empezado a concebir el concepto del diálogo judicial a partir de la aplicación de los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la consideración no solo de la jurisprudencia constitucional latinoamericana, sino también de España, Alemania, Italia, Estados Unidos o Sudáfrica. En efecto, dicho diálogo es manifestación o expresión de lo que ha venido a denominarse *ius constitutionale comune*, de proyección universal (Bogdandy, 2014). Así, en América Latina existen tres principios fundamentales que forman parte de la *Constitución de la Tierra*: los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho (Landa, 2014a).

La tutela de estos tres principios no solo se realiza en el ámbito nacional, ya que ello sería insuficiente, sino también en el plano internacional, lo cual abre nuevos paradigmas en el ámbito americano. Así, se puede afirmar que existe una interacción real y potencial entre las democracias, reflejo y consecuencia de la formación de un escenario de pluralismo constitucional en el que los ordenamientos jurídicos nacionales coexisten y se articulan bajo la regla de la complementariedad con los tratados y las obligaciones internacionales.

Para la Constitución de la Tierra, el concepto de «diálogo» debe plantearse pues como un proceso aún inacabado. Las referencias al concepto de diálogo tienen una finalidad de orden normativo, o más bien, relacionada con el deber ser. El hecho de que no se pueda decir que en la actualidad tiene lugar un verdadero diálogo, con los distintos actores e interlocutores, no significa que deba ser una categoría desechable, particularmente en un contexto de globalización y apertura constitucional. En efecto, no debe perderse de vista que no existen titulares de la «última palabra».

El diálogo es pues una condición existencial del modelo del Estado constitucional contemporáneo que no solo se sustenta en el mandato normativo que se deriva de las constituciones, sino también en el hecho de que los pueblos son agentes de primera línea en la construcción de una *Constitución de la Tierra*. Como fuere, tampoco debe perderse de vista que la incorporación de los estándares internacionales brinda legitimidad y fortalece el rol de un nuevo pacto universal en espacios de debilidad institucional (Sáiz Arnaiz, 2013, pp. 140 y ss.). Por ello, esta apertura del orden jurídico mundial post pandemia será posible gracias al proceso democrático constitucional, e internacional, que lleve a erigir la *Constitución de la Tierra* -integrada por los tratados internacionales y la Constitución- como la fuente primaria del nuevo Estado de derecho, uno en el que los derechos fundamentales constituyan la principal fuerza normativa. Es ese el escenario en que diplomáticos y juristas están llamados a interactuar, para continuar contribuyendo con el desarrollo del derecho constitucional y del derecho internacional en particular, en beneficio de las persona humana y su dignidad.

Lima, 5 de agosto de 2022.

BIBLIOGRAFÍA

Ara Pinilla, Ignacio (2004). La categorización conceptual de los derechos de los inmigrantes. En Laura Miraut (ed.). Justicia, migración y derecho (pp. 113-126). Madrid: Dykinson.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1993). Escritos sobre derechos fundamentales. Baden-Baden: Nomos.

Bogdandy, Armin von (2014). *Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual. En Armin von Bogdandy & otros (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina*. Rasgos, potencialidades y desafíos (pp. 3-23). México D.F.: UNAM/Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Bonilla Maldonado, Daniel (ed.) (2015). *Constitucionalismo del sur global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Canosa Usera, Raúl & otros (2015). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos* (segunda edición). Lima: Thomson Reuters.

Capaldo, Griselda & otros (eds.) (2012). *Internacionalización del derecho constitucional-constitucionalización del derecho internacional*. Buenos Aires: Eudeba.

Comisión Europea (2007). *Compendio de estándares electorales internacionales* (tercera edición). Bruselas: Comisión Europea/NEEDS. Recuperado el 15 de setiembre de 2015 de www.needsproject.eu/files/Compendium_of_Int_Standards_3_ES.pdf.

Comisión Internacional de Juristas (2007). *Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales*. Ginebra: Comisión Internacional de Juristas.

Comité Económico y Social Europeo (2007). *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Salud y migración»*. 2007/C256/22. Diario Oficial de la Unión Europea, C256 (27 de octubre), pp. 123-130.

De Vega García, Pedro (1988). “En torno a la legitimidad constitucional”. En Autores varios, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas*. Tomo I: *Derecho constitucional* (pp. 803-825). México D.F.: UNAM.

Díaz Müller, Luis (coord.) (2003). *Globalización y derechos humanos*. México D.F.: UNAM.

Ferrajoli, Luigi (2022). *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*. Madrid: Trotta, 2022.

Häberle, Peter (2000). *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura* (segunda edición). Madrid: Tecnos.

Häberle, Peter (2001). *El Estado constitucional*. México D.F.: UNAM.

Häberle, Peter (2004). *El Estado constitucional europeo*. En Miguel Carbonell & Pedro Salazar (eds.), *La constitucionalización de Europa* (pp. 23-43). México: UNAM.

Landa, César (2014a). “El impacto del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano. Entre la época de la dictadura y la consolidación de la democracia constitucional”. En Susana Castañeda (coord.), *Constitucionalismo y democracia en América Latina: controles y riesgos* (pp. 219-254). Lima: Adrus.

Landa, César (2014b). “Latin American Constitutionalism between Universality and Cultural Particularity”. En Lidija Basta Fleiner & Tanasije Marinkovic (eds.), *Key Developments in Constitutionalism and Constitutional Law* (pp. 83-92). La Haya: Eleven International Publishing.

Langford, Malcom (2013). *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*. Bogotá: Siglo/ Universidad de los Andes.

Mezzetti, Luca (2015). *Los derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Organización de los Estados Americanos (OEA) (2004). *Informe anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión*. Recuperado el 4 de junio de 2015 de <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=459&IID=2>.

Nwauche, Enyinna (2010). “Effective Protection of Indigenous Peoples in Africa, the Constitutional Recognition of their Customary Law”. Ponencia presentada en VIII Congreso Mundial de Derecho Constitucional: Constituciones y Principios. México, 6-10 de diciembre de 2010.

Recuperado el 5 de setiembre de 2015 de <http://www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/7/122.pdf>.

Pérez Gómez, Alberto (2002). *El control de las concentraciones de medios de comunicación*. Madrid: Dykinson.

Piergigli, Valeria (2010). “Linguistic minorities and cultural diversity in the present African Constitutions”. Ponencia presentada en VIII Congreso Mundial de Derecho Constitucional: Constituciones y Principios. México, 6-10 de diciembre de 2010. Recuperado el 5 de setiembre de 2015 de <http://www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/4/73.pdf>.

Ramírez Huaroto, Beatriz (2013). “Los derechos reproductivos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Apuntes sobre la sentencia en el caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica”. *Gaceta Constitucional*, 61 (enero), 366-377.

Rubendfeld, Jed (2004). “Unilateralismo y constitucionalismo”. *Pensamiento Constitucional*, 10, 185-244.

Ruiz Manero, Juan (2007). “Una tipología de las normas constitucionales”. En Josep Aguiló Regla & otros. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel.

Sáiz Arnaiz, Alejandro (2013). “Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo”. En *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional* (pp. 131-160). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Xiaoqing, Bi (2006a). “Ruling the Country by Law and Building a Socialist State under Rule of Law”. En Li Buyun (ed.), *Constitutionalism in China* (pp. 113- 126). China: Law Press.

Xiaoqing, Bi (2006b). “Theoretical Basis and Significance of Ruling the Country by Law”. En Li Buyun (ed.), *Constitutionalism in China* (pp. 127-162). China: Law Press.

EL CAMINO DEL PERÚ HACIA UNA POLÍTICA EXTERIOR OCEÁNICA

PERU'S PATH TOWARDS AN OCEANIC FOREIGN POLICY

*Augusto Arzubiaga Scheuch**

RESUMEN

El presente artículo abordará el punto de vista del autor relativo a la necesidad del Perú de elaborar una política exterior oceánica, la cual, es acorde a los intereses del Estado. El camino para elaborar dicha política

* Director General de Soberanía, Límites y Asuntos Antárticos del Ministerio de Relaciones Exteriores. Ha sido Embajador del Perú en la República Oriental del Uruguay. Ha desempeñado funciones como Jefe del Departamento Económico-Comercial de la Embajada del Perú en España; Cónsul General del Perú en Washington D.C.; Jefe del Área Política de la Embajada del Perú en Chile; Representante Permanente del Perú ante la Asociación Latinoamericana de Integración - ALADI y MERCOSUR. Ha ocupado diversos cargos en distintos sectores del Estado, entre ellos Director de Gabinete del Vicepresidente y Ministro de Economía y Finanzas; Asesor Diplomático del Presidente del Consejo de Ministros; Director General de Gabinete del Ministro de Relaciones Exteriores; ha sido Presidente de la Comisión Consultiva de Aeronáutica Civil del Perú, del Ministerio de Transportes y Comunicaciones; y Asesor Diplomático del Presidente del Congreso de la República. Profesor de Relaciones Internacionales en la Maestría en Gestión de la Alta Dirección con Mención en Defensa y Desarrollo Aeroespacial, Universidad Nacional Agraria de la Molina – Escuela Superior de Guerra Aérea; en la Universidad de Lima; la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y en la Academia Diplomática del Perú, entre otros centros de estudio.

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

ha sido pavimentado por las actuaciones del Estado peruano a lo largo de su historia, destacando su participación en la generación de la “tesis de las doscientas millas marinas” y en la adopción del texto de “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar” (CONVEMAR). A pesar de que el Perú no es Parte de dicho tratado, no ha dejado de participar en los foros relativos a la temática marítima ni en los nuevos desarrollos sobre la gobernanza de los océanos, sin embargo, para elaborar una política exterior oceánica, es vital que el Perú se adhiera a dicho tratado.

Palabras clave: Vinculación histórica, Declaración de Santiago, tesis de las doscientas millas, CONVEMAR, BBNJ, nuevos desarrollos en la gobernanza de los océanos, política exterior.

ABSTRACT

This paper will address the author’s point of view regarding the need for Peru to develop an ocean foreign policy, which is in accordance with the interests of the State. The path to develop such a policy has been paved by the actions of the Peruvian State throughout its history, highlighting its participation in the creation of the “thesis of the two hundred nautical miles” and in the adoption of the “United Nations Convention on the Law of the Sea” (UNCLOS). Although Peru is not a State party to the UNCLOS, it has not ceased to participate in maritime forums or in the new developments on the ocean governance. However, in order to develop an ocean foreign policy, it is vital that Peru accede to the UNCLOS.

Keywords: Historical vinculation, Declaración de Santiago, two hundred mile thesis, CONVEMAR, BBNJ, new developments in ocean governance, foreign policy.

.....

I. INTRODUCCIÓN

Debido a su privilegiada posición geográfica en el continente americano, el Perú ha desarrollado una sólida relación con el mar, lo que le ha permitido a nuestro país contar con un valioso recurso en aras del bienestar y la seguridad nacional. Dicha vinculación histórica se ha evidenciado a lo largo de los años, a través de los distintos gobiernos del Perú, los cuales han incluido al mar como un elemento clave de nuestra soberanía nacional y de nuestra proyección al panorama internacional.

Bajo esa misma línea, el presente artículo tiene como objetivo reseñar los esfuerzos del Perú por desarrollar una sólida política exterior oceánica que se sostenga en la importancia que este recurso tiene para el desarrollo social, económico y científico de nuestro país.

Para ello, el trabajo se divide en cuatro secciones. En la primera se lleva a cabo un conciso repaso histórico de la relación del Perú con el mar. Luego, se presenta un recorrido de la participación de nuestro país en el ámbito de la gobernanza de los océanos. Posteriormente, se incluye un breve acápite con los nuevos desarrollos que se han venido implementando a favor de la regulación de los océanos. En la cuarta sección se destacan los esfuerzos del Estado peruano por ser un actor relevante en la gestación del moderno Derecho del Mar, cimentando así las bases para una política exterior oceánica.

II. RELACIÓN ENTRE EL PERÚ Y EL MAR

La historia del Perú con el mar comenzó a gestarse con los primeros grupos humanos que habitaron lo que, en un futuro, se convertiría en el litoral peruano, generando una relación indisoluble entre estos dos actores. Así, con el transcurso del tiempo, el mar se constituyó como un componente inherente de la identidad nacional, al igual que, una importante fuente de recursos económicos y de alimento, un medio de transporte y comunicación, entre otros.

Este vínculo ancestral con el mar puede observarse en los diversos vestigios arqueológicos hallados por toda la costa peruana, como, por

ejemplo, las ruinas de *Él Áspero*, reconocidas por los especialistas como el centro pesquero de Caral. Así como también en los diversos mitos y leyendas de civilizaciones preincaicas e inca, los cuales han sido representados a través de la cerámica, murales, telares e, inclusive, las exploraciones marítimas de Túpac Yupanqui.

Hace cinco mil años, el poblador de lo que hoy entendemos como el Perú, ejercía un dominio del ámbito marítimo, pues, como bien detalla la historiadora María Rostworowski (Laguerre Kleimann, 2021), este poblador no vio al mar como una barrera, u obstáculo, sino como un recurso. La prueba de ello son las ruinas de Chan Chan, Paracas, Nasca y Pachacamac, en las cuales destacan las alegorías marítimas.

Asimismo, otra consecuencia del dominio marítimo del que gozaba el antiguo poblador peruano era la tecnología (Laguerre Kleimann, 2021). Sin ninguna influencia externa y en aras de aprovechar este valioso recurso, los antiguos habitantes desarrollando herramientas de transporte, alimentación y otros, lo cual fue consolidando la íntima relación entre los hombres de este litoral con el mar.

En ese sentido, cabe recordar el diseño de los caballitos de totora, medio de transporte y facilitador de la pesca, o el proceso ancestral del secado del pescado. Por ello, no sería impreciso afirmar que, gracias al mar y a la necesidad de continuar aprovechándolo, se concretaron desarrollos tecnológicos muy beneficiosos para los antiguos pobladores.

Se debe recordar que, a través del mar, llegaron los conquistadores españoles, trayendo consigo, alimentos, riquezas y bienes culturales. Durante el virreinato, el mar continuó permitiendo el despliegue de diferentes actividades humanas como la extracción de recursos naturales mediante la pesquería, el transporte, el comercio exterior, entre otros, aportando indiscutiblemente al desarrollo.

Asimismo, durante esa época, se establecieron la Armada del Sur, luego la Real Armada, que son las antecesoras de la actual Marina de Guerra, para la defensa del ámbito marítimo y la protección del viaje de las mercancías. (Laguerre Kleimann, 2021).

El mar también fue un protagonista clave en el marco de nuestra independencia. Si las fuerzas patriotas no llegaban a dominar las lides de comunicación marítimas, hubiera sido imposible consolidar la independencia de otros territorios como, lo que en un futuro sería, Chile o Argentina. Incluso, se ha llegado a considerar que la independencia del Perú pudo tardar muchos años más.

Los primeros años de la independencia, caracterizados por las dinámicas del caudillismo, las revoluciones y los golpes de Estado no permitieron estructurar una política exterior adecuada. Por lo que nuestra proyección organizada hacia el mar comenzó realmente un par de décadas más tarde (Laguerre Kleimann, 2021). Ahora bien, cabe detallar que, con esta afirmación, no se busca desconocer la vinculación histórica que se ha tenido con la mar, lo cual ha sido mencionado previamente.

Durante la etapa republicana, se fue desarrollando y fortaleciendo nuestra vinculación con el mar y la necesidad de comenzar a relacionarse con otros Estados, ya sean nuestros vecinos en el continente o fuera de él, lo cual permitió una mayor compenetración y un mayor sentido de pertenencia a esa región (Laguerre Kleimann, 2021).

Este proceso, hay que destacar, fue acertado y trajo innumerables aspectos positivos. Por ejemplo, tras nuestra independencia, y al haber concluido la primera guerra del opio, China abrió los puertos de Cantón, Amoy, Gushoi, Nishou y Shangai al comercio exterior, lo cual fue aprovechado por el Perú para desarrollar una política exterior con el propósito de ampliar el ámbito de la diplomacia vecinal y promover nuestros intereses económicos y comerciales, al asumir un rol de observador internacional (Del Campo Rodríguez, 2021) y posicionarnos como un Estado soberano en el mundo.

Sin embargo, nuestra conexión con el mar también se ha vinculado con episodios trágicos de nuestra historia, como el tráfico de trabajadores chinos, denominados “culíes”, para trabajar, de manera forzosa, en los grandes latifundios de la costa y en las islas guaneras por la carencia de mano de obra, a consecuencia de la abolición de la esclavitud por Ramón Castilla. De igual manera, podemos considerar los secuestros masivos de los pobladores de las islas de la Polinesia a manos de traficantes peruanos entre 1862 y 1863.

En efecto, tras las restricciones impuestas al tráfico de culíes, un comerciante irlandés propuso al Gobierno de aquel entonces traer polinesios para trabajar en las haciendas de la costa. El gobierno le autorizó una licencia de siete años. Este comerciante, que inició su travesía en 1862, “vendió” a todos los polinesios que traficó; ello motivaría a varios advenedizos a solicitar licencias similares. Así, entre el segundo semestre de 1862 y el primer trimestre de 1863, un aproximado de 30 barcos, 27 de ellos de bandera y tripulación peruana, partieron del Callao a Oceanía y recorrieron 51 islas para traficar polinesios.

Por otro lado, la relación entre el Perú y el mar también se vio marcada por la investigación de sus recursos, la cual, coadyuvó a determinar la política pesquera de la época. Por ejemplo, la explotación del guano, entre el siglo XVIII hasta inicios del siglo XX, fue una actividad que difundió el estudio de las aves marinas y permitió entender un poco más el medio en que se desarrollaban.

Posteriormente, a mediados del siglo XX, con el desarrollo de la pesquería de anchoveta, la atención se derivó a dicho recurso. Con el colapso de la anchoveta, en los años 70 y con ocasión del fenómeno El Niño, se diversificaron todas las investigaciones en el mar, con el objetivo de entender cómo era la interacción entre el ambiente y sus recursos.

Esta resumida exposición sobre la relación entre el Perú y el mar ha confirmado que no es posible comprender la historia del Perú, así como sus potencialidades a futuro, si es que no se considera, dentro de su análisis, el ámbito marítimo (Laguerre Kleimann, 2021). En efecto, a donde quiera que arribe una embarcación, esta lleva consigo un germen de progreso, cambio, ciencia, arte, comercio, industria, etc., que, al haber sido esparcidos por el mundo por medio de la navegación, han estrechado las relaciones y tienden al engrandecimiento común.

III. PARTICIPACIÓN DEL PERÚ EN EL NUEVO DERECHO DEL MAR Y EN LA GOBERNANZA DE LOS OCÉANOS

Tras la creación de la Sociedad de Naciones en 1919, se produce un gran cambio en el Derecho del Mar clásico, caracterizado por el

reconocimiento de dos zonas marítimas, el mar territorial y la alta mar, ya que “se empezó a sostener la necesidad de llegar a consensos en relación a diferencias tópicos marítimos [e iniciando] un nuevo enfoque del Derecho del Mar, el mismo que ya no sería elaborado e impuesto por las grandes potencias sino que sería fruto del consenso entre los Estados desarrollados y los Estados en desarrollo” (Novak Talavera, 2001, pág. 30).

Luego de la Segunda Guerra Mundial, numerosos Estados comenzaron a proclamar zonas de jurisdicción marítima de hasta 200 millas marinas, incluyendo las grandes potencias. Por ejemplo, en septiembre de 1939, el Presidente Roosevelt emitió un decreto que impartía a los barcos de guerra estadounidenses la orden de patrullar hasta las 200 millas marinas (Arias-Schreiber Pezet, 1984, pág. 21). Posteriormente, el 3 de octubre de 1939, se celebró la Primera Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores Americanos, en Panamá, dónde se aprobó la Declaración de Panamá, la misma que estableció una jurisdicción sobre el mar a favor de los Estados Americanos, que en algunas partes llegaba hasta las 300 millas de la costa (Novak Talavera, 2001, pág. 32).

Incluso, en 1945, el Presidente Truman de los Estados Unidos proclamó la soberanía de su Estado sobre la plataforma continental adyacente a sus costas y el establecimiento de zonas de conservación en aquellas áreas de la alta mar contiguas a las costas de los Estados Unidos (Vargas Carreño, 1973, págs. 23 - 24). Asimismo, estas declaraciones generaron que otros Estados del continente emitieran pronunciamientos similares como México en octubre de 1945; de Panamá y Argentina en 1946; y de Chile en 1947.

Es en este escenario que, en el Perú, se promulgó el Decreto Supremo N° 781, del 1 de agosto de 1947, dictado por el Presidente José Luis Bustamante y Rivero, cuyo Canciller era Enrique García-Sayán. Parte del sustento de dicha promulgación, se basa en el hecho que algunas especies, como la anchoveta, el atún, el barrilete, los chalotes, entre otras, emigran ocasionalmente en diversas distancias medidas desde la costa peruana, por lo que, “en orden a conservar estas especies aprovechables de nuestro complejo marítimo biológico, era necesario extender una política de control y preservación hasta una distancia de alrededor de 200 millas” (García Sayán 1974). Por ello, en el quinto considerando del decreto se establece:

“[E]l derecho a proclamar la soberanía del Estado y la jurisdicción nacional sobre toda la extensión de la plataforma o zócalo submarino, así como sobre las aguas epicontinentales que los cubren y sobre las del mar adyacente a ellas, en toda la extensión necesaria para la conservación y vigilancia de las riquezas allí contenidas, [que] ha sido declarado por otros Estados y admitido prácticamente en el orden internacional”

Por su parte, el artículo tercero de este decreto establece lo siguiente:

“Como consecuencia de las declaraciones anteriores, el Estado se reserva el derecho de establecer la demarcación de las zonas de control y protección de las riquezas nacionales en los mares continentales e insulares que quedan bajo el control del Gobierno del Perú, y de modificar dicha demarcación de acuerdo con las circunstancias sobrevinientes por razón de los nuevos descubrimientos, estudios e intereses nacionales que fueren advertidos en el futuro; y, desde luego, declara que ejercerá dicho control y protección sobre el mar adyacente a las costas del territorio peruano en una zona comprendida entre esas costas y una línea imaginaria paralela a ellas y trazada sobre el mar a una distancia de doscientas millas marinas, medida siguiendo la línea de los paralelos geográficos.”

Posteriormente, Ecuador realizó una declaración similar al Perú y Chile; contribuyendo así en la generación de la tesis de las doscientas millas marinas donde dichos Estados ejercían sus derechos de soberanía y jurisdicción. Dicha tesis se replicó en la “Declaración sobre Zona Marítima”, también conocida como la “Declaración de Santiago”, adoptada el 18 de agosto de 1952, suscrita por el Perú, Ecuador y Chile. Esta Declaración expuso los fundamentos económicos y sociales que motivaron la proclamación de soberanía sobre las proyecciones marítimas de dichos Estados hasta una distancia de doscientas millas marinas medidas desde sus costas:

“I. Los factores geológicos y biológicos que condicionan la existencia, conservación y desarrollo de la fauna y flora marítimas en las aguas que bañan las costas de los países declarantes, hacen que la antigua extensión del mar territorial y de la zona contigua sean insuficientes para la conservación, desarrollo y aprovechamiento de esas riquezas a que tienen derecho los países costeros.

II. Como consecuencia de estos hechos, los Gobiernos de Chile, Ecuador y Perú proclaman como norma de su política internacional marítima, la soberanía y jurisdicción exclusivas que a cada uno de ellos corresponde sobre el mar que baña las costas de sus respectivos países, hasta una distancia mínima de 200 millas marinas desde las referidas costas.

III. La jurisdicción y soberanía exclusivas sobre la zona marítima indicada, incluye también la soberanía y jurisdicción exclusivas sobre el suelo y subsuelo que a ella corresponde.

(...)

V. La presente Declaración no significa desconocimiento de las necesarias limitaciones al ejercicio de la soberanía y jurisdicción establecidas por el Derecho Internacional en favor del paso inocente e inofensivo, a través de la zona señalada para las naves de todas las naciones.”

Cabe agregar que, para ejecutar los fines de la Declaración de Santiago, ese 18 de agosto, también se suscribió el “Convenio para la Organización de la Comisión Permanente de la Conferencia sobre Explotación y Conservación de las Riquezas Marinas del Pacífico Sur”, en virtud del cual se creó la Comisión Permanente del Pacífico Sur (CPPS), organización, a través de la cual, sus Estados miembros, incluido Colombia que se adhirió en 1979, fortalecen y articulan sus acciones de cooperación y coordinación política, técnica y científica para la conservación y el uso sostenible del océano y sus recursos en beneficio de sus pueblos.

En un primer momento, la tesis de las doscientas millas marinas no fue acogida en la Primera y Segunda Conferencias del Derecho del Mar de las Naciones Unidas, celebradas en 1958 y 1960. Lo anterior, debido a que en dichas Conferencias predominó el antiguo Derecho del Mar caracterizado “por distinguir tan solo dos zonas marítimas” (mar territorial y alta mar) y por ignorar “las necesidades económicas y sociales de los Estados ribereños que exigían extender ciertos derechos de soberanía y jurisdicción más allá del mar territorial, a efectos de resguardar los recursos vivos y no vivos existentes en dicho espacio” para asegurar su subsistencia y desarrollo (Piazza, 1985, pág. 47). Esta etapa de la evolución del Derecho del Mar fue marcada por la polaridad entre dos grandes tendencias:

“[S]iendo una de ellas defendida por los Estados desarrollados y sustentada en fuertes intereses económicos, que afirmaba, por un lado, las doce millas como límite máximo de las competencias exclusivas de los Estados ribereños y, por otro, la defensa de los derechos históricos o adquiridos de quienes habitualmente habían realizado faenas en zonas marítimas que ahora pretendían ser de jurisdicción de los Estados ribereños. La segunda posición, diametralmente opuesta a la primera, era la defendida por los Estados en desarrollo, incentivados por la búsqueda del crecimiento de sus economías y la mejora de vida de su población, que sostenían la necesidad de extender la soberanía y jurisdicción del Estado ribereño sobre el espacio marítimo contiguo al mar territorial, así como sobre su suelo y subsuelo, negando de esta manera derechos históricos o adquiridos, que significaban una continuación de la posición depredadora de las potencias pesqueras.” (Carrillo Salceso, 1994, pág. 275)

Sin embargo, con la Declaración de Santiago “se inició lo que luego habría de ser una inquebrantable postura de los Estados en desarrollo” (Pardo, 2001, pág. 131). Así, tras las Conferencias, “en apoyo de esta última tendencia” se emitieron numerosas proclamaciones de zonas de jurisdicción marítima hasta las doscientas millas en Estados africanos, de América Latina y Asia (Novak Talavera, 2001, pág. 41). Siendo así que, ya en la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar de las Naciones Unidas, convocada por la Resolución 2750-C de 1970, la tesis de las doscientas millas marinas había sido acogida por diversos países. Durante dicha Conferencia, el Perú sentó su posición señalando que:

“[T]oda estructura jurídica no debe entenderse como un fin en sí mismo, sino como el instrumento para canalizar un aspecto específico de la vida de relación entre los hombres y entre las naciones; y en la necesidad de que la nueva ordenación del espacio oceánico tiene que concebirse como un esfuerzo para superar la obsoleta armazón normativa de dominación, al servicio de móviles de explotación, de colonialismo y de neocolonialismo” (Bákula, 1985).

Así, el Perú aspiró a “cumplir con otras metas más profundas y vitales propias de su condición nacional, e indispensables para su plena realización como Estado soberano” lo que incluía “la defensa de los recursos naturales;

la explotación de los mismos en su beneficio; la proscripción de la coerción internacional y de la agresión o amenaza de agresión contra países que reivindiquen sus recursos naturales”, entre otros, por lo que, la naturaleza jurídica de la zona de doscientas millas marinas “debe estar sujeta a la soberanía del Estado ribereño para asegurar la protección de sus legítimos intereses (...), proveer lo necesario a su subsistencia y desarrollo” (Bákula, 1985, págs. 132 - 133).

Finalmente, como es de conocimiento, la tesis de las doscientas millas marinas sí influyó en la Tercera Conferencia que tuvo por resultado la adopción de la “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar” (CONVEMAR). En efecto, se puede citar a la Declaración de Santiago, que representa a la tesis mencionada, como un punto de partida oficial de la zona económica exclusiva, (Pardo, 2001, pág. 131). Aun así, es importante señalar que la adopción de dicho tratado “fue en gran parte producto de tres factores en juego” (Remiro Brotons, 1997, pág. 588):

“[E]n primer lugar, el factor económico, reflejado en la necesidad de los Estados ribereños de consagrar una zona económica exclusiva adyacente a su mar territorial, sobre la cual ejercerían ciertos derechos soberanos y de jurisdicción, y respecto de la cual tendrían derechos preferentes sobre los recursos vivos y no vivos que allí se encuentran. Este factor también quedaría reflejado en las reivindicaciones de los Estados sin litoral y de los Estados en situación geográfica desventajosa, así como de los Estados archipelágicos, cuyos intereses serían tomados en cuenta por la Convención. En segundo lugar, el factor estratégico, el mismo que estaría presente por la necesidad de las dos superpotencias de esa época (Estados Unidos y la Unión Soviética) y de sus aliados militares, de contar con una zona marítima amplia de libre navegación para sus efectivos bélicos e, incluso, de paso inocente por los mares territoriales de los países ribereños. El factor estratégico también estuvo presente en los países en desarrollo que buscaron regular la investigación científica en la zona económica exclusiva a fin de evitar la depredación y el abuso de las superpotencias. Finalmente, en tercer lugar, el factor tecnológico también impulsaría esta revolución, pues a través de la Convención se abriría la posibilidad a los Estados desarrollados y en desarrollo de explotar los fondos marinos, extrayendo las riquezas que

allí se encuentran.” (Novak Talavera, 2001, págs. 49 - 50). (Subrayado propio)

Durante este periodo, el Perú libró la “la batalla de las doscientas millas” (...) gracias a una clara percepción de cuáles eran sus intereses y cómo estos debían ser gestionados (Roncagliolo Higuera, 2021). Asimismo, dicha batalla se llevó a cabo en conjunto con Chile y Ecuador, logrando que la tesis de las doscientas millas calara en el nuevo Derecho del Mar, que se vio reflejado en la CONVEMAR. Sin embargo, a pesar de lo fructífero de dicho esfuerzo, a la fecha, el Perú no es un Estado parte de la CONVEMAR, a diferencia de Chile y Ecuador, que, junto al Perú, contribuyeron en la generación de la tesis de las doscientas millas, adoptaron la Declaración de Santiago y defendieron dicha postura en las Conferencias sobre el Derecho del Mar. La CONVEMAR entró en vigor internacional en el 16 de noviembre de 1994, según su artículo 308, numeral 1.

A pesar de ello, al Perú le es aplicable el derecho internacional consuetudinario reflejado en la CONVEMAR por lo que solicitó a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) la aplicación de las reglas consuetudinarias reflejadas en dicho tratado para efectos de la delimitación de los espacios marítimos jurisdiccionales entre el Perú y Chile (Ruda Santolaria, 2021). En esa misma línea, el Agente peruano ante la CIJ, Embajador Allan Wagner, declaró lo siguiente el 3 de diciembre del 2012 durante las audiencias orales, lo cual, fue considerado por la CIJ como un compromiso del Perú recogido en el párrafo 178 del fallo sobre la “Controversia Marítima” entre el Perú y Chile (Moscoso de la Cuba, 2014 , pág. 89):

“Sr. Presidente, en nombre del Gobierno del Perú, deseo formalmente dejar constancia del compromiso del Perú con el moderno derecho del mar como se encuentra reflejado en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. La Constitución del Perú de 1993, su derecho interno y la práctica del Perú se encuentran en plena conformidad con el derecho del mar contemporáneo. El término «dominio marítimo» empleado en nuestra constitución es aplicado de manera consistente con las zonas marítimas señaladas en la Convención de 1982; la Constitución se refiere expresamente a la libertad de comunicación internacional.

En resumen, el Perú acepta y aplica las normas del derecho internacional del mar consuetudinario como están reflejadas en la Convención.

La simple realidad es que el Perú no solicita nada más que lo que corresponde a todo Estado ribereño bajo el derecho internacional”

El Perú tampoco es Estado parte del “Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios” (Acuerdo de Nueva York), que entró en vigor internacional el 10 de diciembre de 2001; ni del “Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982” (Acuerdo de la Parte XI), que entró en vigor internacional el 28 de julio de 1996.

Por otro lado, mientras el Perú participaba activamente en la formación del nuevo Derecho del Mar, no dejó de intervenir en otros foros internacionales relativos a la temática marítima, como la Organización Marítima Internacional (OMI), cuyo tratado constitutivo se adoptó el 6 de agosto de 1948 y entró en vigor internacional el 17 de marzo de 1958, según su artículo 60. La OMI es un organismo especializado de las Naciones Unidas que promueve la cooperación entre Estados y la industria del transporte para mejorar la seguridad marítima y para prevenir la contaminación marina por los buques. Asimismo, aborda asuntos jurídicos como las cuestiones relativas a la responsabilidad civil e indemnizaciones, facilitación del tráfico marítimo internacional, a saber:

“[E]n 1948, ya se habían elaborado varios convenios internacionales importantes, en particular, el Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, 1948, y el Convenio internacional para prevenir la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, 1954, así como convenios relativos a las líneas de carga y a la prevención de los abordajes en el mar. La OMI recibió el mandato de garantizar la actualización de la mayoría de esos convenios. También se le confió la tarea de elaborar nuevos convenios a medida que las circunstancias lo exigieran.” (Organización Marítima Internacional, s.f.)

El Perú es Estado parte de diversos acuerdos abordados en el marco de la OMI, relativos a la seguridad y protección en el mar como el “Convenio Internacional para la seguridad de vida humana en el mar, 1974”, y sus Protocolos de 1978 y 1988; al medio ambiente y contaminación marina, como el “Protocolo de 1978 relativo a la Convención Internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973”; a la responsabilidad y compensaciones, como “Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos, 1969”; entre otros (Organización Marítima Internacional, s.f.).

Asimismo, el Estado peruano tiene un alto nivel de involucramiento en la OMI y, a pesar de que los últimos años han sido marcados por la pandemia del Covid-19, la que ha causado la suspensión o disminución de las labores de la mayoría de los comités y subcomités, lo que dio paso a un esquema de reuniones virtuales con agendas muy reducidas, el Perú asumió la presidencia del Consejo, tras ser elegido para integrar dicho órgano en la categoría “C” para el periodo 2020-2021.

En esta categoría, se consideran a veinte Estados con intereses especiales en el transporte marítimo, o en la navegación, y cuya integración en el Consejo garantice la representación de todas las grandes regiones geográficas del mundo. A pesar de que este año el Perú no fue elegido para integrar el Consejo, si participa activamente en los comités, subcomités y grupos de trabajo de esa Organización, a través de la Representación Permanente del Perú ante la OMI, con sede en Londres.

En aras de efectuar el debido seguimiento y evaluación de los instrumentos internacionales formulados dentro del seno de la OMI, en el ámbito nacional, se constituyó la Comisión Consultiva Técnica Multisectorial sobre Asuntos de la Organización Marítima Internacional (COMI) mediante la Resolución Suprema N° 215-2001-RE, modificada por la Resolución Suprema N° 240-2007-RE. La COMI estudia la temática especializada marítima vinculada con los instrumentos referidos, con el objeto de recomendar la posición nacional y acciones a tomar ante la OMI. Dichas recomendaciones son adoptadas en sus sesiones del pleno y resultan necesarias para solicitar el inicio del perfeccionamiento interno de

cualquier tratado de la OMI. Está compuesta por once (11) entidades del poder ejecutivo y es presidida por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Como ya se mencionó anteriormente, el Perú es miembro de la CPPS. Dicha organización, de acuerdo con su Estatuto, tiene por misión facilitar, fortalecer y articular entre sus Estados miembros, la cooperación y coordinación política, técnica y científica para la conservación y uso sostenible del océano y sus recursos, en beneficio de sus pueblos. De igual manera, busca ser la alianza estratégica en el Pacífico Sudeste que asegure la sostenibilidad del océano para el bienestar integral de los pueblos de dichos Estados. El Perú, como uno de sus fundadores, tiene un firme compromiso con sus objetivos y, por ello, ha mantenido una participación constante y activa en sus acciones, actividades, foros, u otros, al igual que en el marco de sus otros mecanismos institucionales, toda vez que el Pacífico Sur tiene un rol muy importante para el desarrollo de la población. El presente año, se celebra el septuagésimo aniversario de su creación.

Por otro lado, desde 1979, el Perú es miembro de la Comisión Internacional para la Pesca de la Ballena, también conocida como la Comisión Ballenera Internacional (CBI). Este organismo tiene por objeto la adopción de reglas y mecanismos que permitan la conservación y manejo de las ballenas a nivel mundial, teniendo como base la mejor información científica disponible. El Perú ha acatado la moratoria de la caza comercial de ballenas desde 1986. En la actualidad, el Comité Científico de la CBI aprobó que el Perú sea sede de la ejecución de un proyecto piloto para la Mitigación de capturas incidentales de cetáceos menores. El Ministerio de Relaciones Exteriores viene trabajando en la concreción de este proyecto en coordinación con representantes de otros sectores.

Asimismo, el Perú es miembro de la Comisión Interamericana del Atún Tropical (CIAT) que es responsable de la conservación y ordenación de los atunes, y otros recursos marinos en todo el Océano Pacífico oriental. Se estableció mediante la “Convención entre los Estados Unidos de América y la República de Costa Rica para el establecimiento de una Comisión Interamericana del Atún Tropical”, el 31 de mayo de 1949. Posteriormente, fue enmendada por la “Convención para el Fortalecimiento de la Comisión Interamericana del Atún Tropical establecida por la Convención de 1949

entre los Estados Unidos de América y la República de Costa Rica”, también llamada “Convención de Antigua”. Dicha convención entró en vigor para el Perú el 22 de octubre del 2018.

La 99° Reunión Extraordinaria, y la 100° Reunión de la CIAT se llevaron a cabo el 1 de agosto y del 1 al 5 de agosto del 2022. En dichas reuniones se abordaron temas relativos al mejor cumplimiento de las resoluciones adoptadas por esa organización internacional; enmiendas sobre el establecimiento de un programa sobre los transbordos por buques pesqueros grandes; vedas, los términos de referencia para un grupo de trabajo sobre ecosistema y captura incidental; monitoreo electrónico; entre otras. Asimismo, se eligió al doctor Alfonso Miranda del Perú para ejercer la Presidencia de la CIAT.

Bajo esa misma línea de conservación y uso sostenible de los recursos, el Perú es miembro de la Organización Regional de Ordenación Pesquera del Pacífico Sur (OROP–PS). La OROP–PS es la responsable de la conservación y ordenamiento de la pesquería de jurel y otras especies en la alta mar del Pacífico Sur (el “área de la Convención”). El tratado constitutivo de la OROP Pacífico Sur es la “Convención para la Conservación y Ordenamiento de los Recursos Pesqueros de Alta Mar del Océano Pacífico Sur” y entró en vigor para el Perú el 21 de enero de 2016. En esta organización el Perú participa, especialmente, en los temas relacionados sobre las medidas de conservación y ordenamiento del jurel, calamar gigante, el registro de embarcaciones artesanales para pescar en el área de la Convención y en el programa de observadores de la organización, entre otros.

A efectos de implementar las disposiciones de la OROP–PS, se creó Grupo de Trabajo Multisectorial de naturaleza temporal, con el objeto de proponer acciones conducentes a la implementación de la “Convención para la Conservación y Ordenamiento de los Recursos Pesqueros de Alta Mar del Océano Pacífico Sur” mediante la Resolución Ministerial N° 182-2020-PRODUCE, cuya vigencia se amplió mediante la Resolución Ministerial N° 00455-2021-PRODUCE.

Por otro lado, con relación a otros instrumentos jurídicamente vinculantes también relacionados a la temática mencionada, se puede resaltar el “Acuerdo sobre la conservación de albatros y petreles” (ACAP),

y el “Acuerdo sobre Medidas del Estado Rector del Puerto destinadas a Prevenir, Desalentar y Eliminar la Pesca Ilegal, No Declarada y No Reglamentada” (AMERP). El ACAP, que entró en vigor para el Perú el 1 de agosto del 2005, es un instrumento multilateral que tiene como objetivo “lograr y mantener un estado favorable” para dichas aves mediante la adopción de medidas individuales y colectivas, en aplicación del enfoque precautorio. La participación peruana está orientada a obtener cooperación técnica y financiera para mejorar la conservación y preservación de estas especies, amenazadas por la captura incidental, reducción de hábitat y en la disponibilidad de alimentos.

El AMERP, que entró en vigor para el Perú el 27 de octubre del 2017, es el primer instrumento jurídicamente vinculante centrado, específicamente, en la pesca ilegal, no declara y no reglamentada (pesca INDNR). Su principal objetivo es prevenir, desalentar y eliminar la pesca INDNR impidiendo que los buques de pabellón extranjero que la practican utilicen los puertos de los Estados parte para desembarcar sus capturas. En consecuencia, el AMERP busca reducir los incentivos para que estos buques continúen operando y frena el flujo de productos pesqueros derivados de la pesca INDNR hacia los mercados.

IV. NUEVOS DESARROLLOS A FAVOR DE LA REGULACIÓN DE LOS OCÉANOS:

Cómo es de conocimiento, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió en diciembre de 2017 convocar a una conferencia intergubernamental para estudiar los elementos de un proyecto de un instrumento internacional jurídicamente vinculante relativo a la conservación y al uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional, o “BBNJ” por las en inglés de “*Biodiversity of areas beyond national jurisdiction*”. La participación propositiva y coherente del Perú en el proceso de negociaciones sobre BBNJ es imprescindible para el mantenimiento y defensa de los intereses del país dentro y fuera del dominio marítimo, así como para garantizar el desarrollo sostenible en beneficio de su población en cumplimiento de los objetivos de la Política Nacional Marítima, aprobada por el Decreto Supremo N° 012-2019-DE.

A la fecha, se han llevado a cabo cinco conferencias intergubernamentales, en la cuales el Perú ha participado en la construcción de una posición conjunta, en el marco del Grupo Latinoamericano de Países Afines (CLAM), integrado por Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, México, República Dominicana, Uruguay y el Perú. Actualmente, el Perú es co-coordinador, junto a Guatemala y Uruguay, en el tema de Evaluación de Impacto Ambiental, un gran eje de negociación en el marco de las conferencias intergubernamentales.

Asimismo, el Perú tiene en consideración instrumentos jurídicamente no vinculantes para la formulación de su actuar diario como el “Código de conducta para la pesca responsable” y el “Plan de Acción Internacional para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal no declarada y no reglamentada” promovidos por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), cuyas definiciones de pesca ilegal fueron llevadas a otros instrumentos jurídicamente vinculantes como el AMERP. Este es un ejemplo de cómo confluyen elementos jurídicamente vinculantes como aquellos relativos a la gobernanza de los océanos, los cuales requieren de voluntad política.

Por su parte, el Perú también ha participado en otros mecanismos y foros como la Conferencia “Nuestro Océano”, que reúne a líderes de gobiernos, empresas, sociedad civil e instituciones de investigación para compartir experiencias, identificar soluciones y comprometerse a la acción por un océano limpio, saludable y productivo. En la VII edición de la Conferencia Our Ocean de 2022, celebrada el 13 y 14 de abril del 2022, en Koror, Palaos, se fortaleció la imagen del Perú en asuntos marítimos, debido a que se volvió a visibilizar nuestro compromiso respecto a la problemática de la sostenibilidad de los océanos, al igual que, permitió expandir y afianzar las redes de contactos con organismos, agencias e instituciones privadas especializadas en distintas aristas de la temática marítima.

Recientemente, el Perú participó en la Segunda Conferencia sobre los Océanos de las Naciones Unidas, que se llevó a cabo en Lisboa, Portugal, del 27 de junio al 1 de julio del presente año. Dicha Conferencia, promueve la consecución del Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) N° 14, contenido

en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas. El evento, que es considerado como el espacio intergubernamental más relevante sobre la temática marítimo-oceánica, buscó promover alianzas en favor del cumplimiento del ODS 14, congregando a los Estados miembros de las Naciones Unidas, sociedad civil, organizaciones no gubernamentales, la academia, y otros actores relevantes para tender alianzas y hacer un llamado a la acción por la sostenibilidad de los océanos. En dicha conferencia, se asumieron dos compromisos a favor de la conservación y uso sostenible de los océanos.

Como resultado de dicha conferencia, se adoptó una declaración política firme, concisa y orientada a la acción para una mejor y más célere implementación del ODS 14. Asimismo, sirvió de marco para el registro y adopción de más de setecientos compromisos voluntarios a favor de la implementación del ODS 14 y para la realización de aproximadamente doscientos veintiocho eventos y actividades paralelas vinculadas a la conservación y uso sostenible de los océanos.

En ese contexto, el Perú, a través de una importante delegación presidida por el señor Canciller, quien ejerció una de las vicepresidencias, así como por las diversas intervenciones realizadas, los compromisos voluntarios asumidos, el patrocinio de dos eventos paralelos y la realización de reuniones bilaterales, logró proyectar una imagen positiva de un país firmemente comprometido con la conservación y el uso sostenible de los océanos, así como con la implementación del ODS 14. De ese modo, se coadyuvó notablemente a la implementación del Objetivo Prioritario Nro. 1 de la Política Nacional Marítima 2019-2030 que establece “fortalecer la influencia del Perú en los asuntos marítimos internacionales”, a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores.

La Quinta Conferencia Intergubernamental sobre un instrumento internacional jurídicamente vinculante relativo a la conservación y al uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional y la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Océanos, se constituyen como los eventos internacionales más importantes en la temática marítimo-oceánica.

Asimismo, como otra prueba del compromiso del Perú con la gestión sostenible de los océanos, el 2022 ha sido denominado «Año Internacional de la Pesca y la Acuicultura Artesanales», como resultado de una iniciativa peruana, presentada en el marco de la XXXIV Conferencia de la FAO para América y el Caribe. El Perú, actualmente preside el Comité Directivo Internacional para este esfuerzo global que promueve la comprensión de la importancia y contribución de la pesca y acuicultura artesanal al desarrollo sostenible de nuestros pueblos. Para ello, el Ministerio de la Producción, creó el Grupo de Trabajo para apoyar a la Presidencia del Comité Directivo Internacional del Año Internacional de la Pesca y la Acuicultura Artesanales (IYAFA 2022), asumida por el Estado Peruano, mediante la Resolución Ministerial N° 00193-2021-PRODUCE.

Actualmente, el Perú está evaluando su participación en iniciativas como la “Alianza Global por los océanos”. Esta es una iniciativa promovida por el Reino Unido que invita a los países a apoyar una acción que proteja al menos 30% del océano, a través de áreas marinas protegidas y otras medidas de conservación que incluyan sitios altamente protegidos como aquellos que brinden como resultado la conservación. El objetivo sugerido pretende superar la actual meta del “Convenio sobre la diversidad biológica” (10% del océano para el año 2020 de las metas AICHI). Las contribuciones al objetivo incluyen las áreas dentro, y fuera, de la jurisdicción nacional, por lo que, no es un requisito para cada país proteger el 30% de sus aguas jurisdiccionales. A la fecha la iniciativa ha sido suscrita por 43 países, sobre este tema la Cancillería ya viene coordinando una posición nacional que determine la posibilidad de acompañarla.

Por otro lado, el Perú ha sido invitado para sumarse a la “Declaración internacional sobre la delincuencia organizada transnacional en la industria pesquera mundial”, o “Declaración de Copenhague”, promovida por Noruega. Actualmente dicho instrumento es respaldado por 50 países alrededor del mundo. El objetivo de este instrumento jurídicamente no vinculante es que la comunidad internacional “reconozca la existencia de la delincuencia organizada transnacional en la industria pesquera mundial”, toda vez que ello genera un impacto negativo en la economía, el medio ambiente y la sociedad en general. La firma de la Declaración de Copenhague brinda la

posibilidad de formar parte de la iniciativa *Blue Justice* financiada por el gobierno de Noruega, esa iniciativa responde a la necesidad de cooperar y desarrollar la capacidad de los Estados para abordar el crimen organizado transnacional en la industria pesquera mundial.

Como se puede observar, el Perú cuenta con una agenda marítima internacional muy nutrida, que incluye una amplia gama de temas, orientados a resguardar los derechos e intereses de nuestro país dentro y fuera de su dominio marítimo; la utilización del espacio oceánico; y el desarrollo sostenible de sus recursos en coordinación con los sectores nacionales competentes. Esta agenda incluye la participación del Perú en instrumentos y marcos jurídicos sobre el tema y los órganos mundiales, regionales y sectoriales creados para tal fin como el Ministerio de Defensa y la Marina de Guerra del Perú; el Viceministerio de Pesca y Acuicultura; el Ministerio de Ambiente; el Instituto del Mar del Perú; el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado; y muchos otros que aportan en la articulación de la posición nacional sobre los temas mencionados con sus conocimientos especializados. Asimismo, mantenemos un diálogo permanente con la sociedad civil como WWF Perú, H2Oceanos, Prodelphinus, Acorema, Oceana y otras organizaciones no menos importantes.

V. HACÍA UNA POLÍTICA EXTERIOR OCEÁNICA

Gracias a la privilegiada situación geográfica nacional, nuestro país es un actor fundamental en la dinámica marítima oceánica mundial. El Perú participó con irrefutable protagonismo en la gestación del moderno Derecho del Mar y es, hasta hoy, un actor sumamente relevante en las negociaciones internacionales en la materia. Dicha participación, que se extiende en diversas áreas de la temática marítima, se ha sustentado principalmente en la defensa de aquellos intereses considerados de vital importancia para el desarrollo del Perú, el bienestar de su población y su posicionamiento en el ámbito internacional; intereses que se articularon en posiciones nacionales y estrategias concretas para su ejecución.

Las preocupaciones del antiguo Derecho del Mar, como hemos visto con anterioridad, se caracterizan por la polaridad de las zonas marítimas ya

que, mientras que en el mar territorial el Estado ribereño ejerce su soberanía, en alta mar, otros Estados cuentan con una plena libertad para, por ejemplo, explotar los recursos de su interés sin medidas, siempre que se encontraran fuera del mar territorial del Estado ribereño.

La CONVEMAR, que refleja el inicio del nuevo Derecho del Mar, adoptó dos enfoques para la regulación de los mares: el enfoque zonal y el enfoque sectorial. El enfoque zonal señala que “los océanos, más allá de ser entendidos por otras disciplinas como una unidad física, es dividido por la Convención en dos espacios principales; las zonas dentro de la jurisdicción nacional y las zonas fuera de jurisdicción nacional” (Pacheco, 2021). Cabe agregar que, ello no implica que en las zonas fuera de la jurisdicción nacional no se encuentren reguladas ni que cualquier comportamiento sea aceptado.

Por otro lado, el enfoque sectorial señala que el análisis de la CONVEMAR debería realizarse de manera más holística, a efectos de revisar y comprender la concatenación entre los diferentes capítulos del tratado, es decir, por temas relativos a los asuntos oceánicos, como la conservación del medio ambiente, la investigación científica, la solución de controversias, entre otros (Pacheco, 2021), en lugar de limitarse a dividir el análisis de dichos temas por zonas bajo, o no, de la jurisdicción nacional. En virtud de este enfoque, cabe mencionar que entendemos por “océano”:

“Una de las características de los mares y océanos es que están interconectados por una red de corrientes, ya sea superficiales y profundas, [permitiendo que se pueda] hablar de un solo gran océano [y] posee una enorme y poca conocida biodiversidad de regiones, ecosistemas, plantas, animales, microorganismos, genes y moléculas orgánicas. [La biodiversidad] es la variedad de la vida, comprendida en diversos niveles de organización [e] implica una biodiversidad estructural, una composicional y una funcional.” (Subrayado nuestro)

La unidad del espacio oceánico fue uno de los elementos básicos considerados en la negociación y adopción de la CONVEMAR, considerado “como el supuesto esencial que permitiría el acuerdo, era el criterio sobre la indivisibilidad del conjunto, o sea la unidad de tratamiento para los problemas del espacio oceánico” (Bákula, 1985, pág. 131). En efecto, esta idea se encuentra contenida en el tercer párrafo del preámbulo de la CONVEMAR

y principalmente señala que “la problemática de los océanos se debe abordar desde un enfoque multidisciplinario y un enfoque intersectorial, es decir, lo que pase en una parte de los océanos puede tener alguna consecuencia en otra parte de los océanos, entendiendo que estamos hablando de una unidad física” (Pacheco, 2021).

El océano cumple un papel fundamental en la vida de los seres humanos y de los Estados, entendidos como la conjunción de tres elementos: territorio, población y organización política que, en principio, actúa a favor de sí mismo para beneficiar a su población. A modo de ejemplo, podemos citar el artículo 1 de la Constitución Política del Perú que establece que “[l]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Con los hallazgos científicos que nos permitieron conocer cuál es el papel fundamental de los océanos, cuáles son los desafíos que enfrentamos en la actualidad respecto de ello, implica que “si queremos que los océanos sigan siendo una principal fuente de alimento, de transporte, de comercio necesitamos tomar decisiones en el presente y a eso apunta [a] temas de gobernanza de los océanos y derecho del mar” (Pacheco, 2021). Cabe recordar que, en 1973, la Asamblea General de las Naciones Unidas, señala que se deben tener presentes los problemas del espacio oceánico, que están estrechamente interrelacionados y deben ser considerados como un todo.

En ese marco, se puede entender a “gobernanza” como un “proceso, o sistema internacional, en el cual la cooperación de los Estados, organizaciones internacionales y otros actores públicos y privados tienen como propósito alcanzar determinados objetivos plasmados en diferentes instrumentos internacionales relativos a los océanos”, de manera que, tendría como “función principal determinar los objetivos de la comunidad internacional con relación a los océanos” (Pacheco, 2021). Cabe agregar que, la gobernanza cuenta con los siguientes elementos:

“[T]enemos, por un lado, las normas en el sentido más lato posible de la palabra, es decir, las normas jurídicamente vinculantes y los instrumentos [jurídicamente] no vinculantes; tenemos las instituciones, que son las organizaciones internacionales, las no gubernamentales, u otros colectivos del foro público o privado, con vocación de

permanencia, cuyo alcance sea de manera global, regional, multilateral o bilateral (...); y finalmente un tercer elemento de la gobernanza de los océanos, considero son los procesos” (Pacheco, 2021). (Subrayado nuestro).

En virtud de la realidad fáctica sobre el océano, y los problemas que enfrenta, la gobernanza debe realizarse desde un enfoque interdisciplinario, que involucre aspectos políticos, científicos, económicos, académicos, jurídicos y otros. En esa línea, no podemos negar la relación estrecha entre la gobernanza y el derecho del mar, entendido, de manera general, como la rama del derecho internacional que estudia y regula el conjunto de agua salada que se encuentra interconectada de forma natural, al igual que el lecho marino, y las relaciones jurídicas entre los sujetos de derecho internacional de los mares y océanos.

Dicha relación, se encontrará a partir de los elementos que conforman ambos conceptos, es decir, la gobernanza de los océanos, que involucra instituciones, procesos y normas se alimentará del Derecho del Mar, es decir, de la “percepción de la teoría internacional entre sujetos que se interrelacionan, valoran y generan normas” (Pacheco, 2021); y viceversa. Por ejemplo, las normas pueden crear instituciones, como la creación del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la Comisión de Límites de Plataforma Continental o la Autoridad Internacional de los fondos marinos por la CONVEMAR; las instituciones, a su vez, pueden generar normas, como la OMI y su labor de promover la adopción de tratados como los señalados previamente.

Así, tenemos “normas e instituciones que viabilizan procesos en la gobernanza de los océanos” (Pacheco, 2021), por ejemplo, se han adoptado tratados que impulsan la investigación científica, o se han creado organizaciones regionales de ordenación pesquera cuyos tratados constitutivos, progresivamente, comenzaron a incluir conceptos como los enfoques precautorio y ecosistémico e incluso, como en el caso de la OROP – PS, comenzaron a regirse por ellos. Incluso, se cuenta con “instituciones que velan por el cumplimiento o interpretación de las normas” (Pacheco, 2021) como los órganos jurisdiccionales (la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional de Derecho del Mar, la Corte Permanente de Arbitraje; u otros.

Tras esta reflexión, que no pretende ser extensiva, es válido preguntarse ¿Por qué es importante para el Perú los temas de gobernanza y del Derecho del Mar? En principio, y de manera general sin ánimos de invisibilizar otras razones, estos temas son relevantes para el Perú porque tiene uno de los mares más ricos que hay y se encuentra en una ubicación privilegiada en la cuenca del Pacífico, por lo que, es de su interés actuar en aquellos ámbitos relativos a la gobernanza de los mares y océanos que aseguren su bienestar y resiliencia, con el objeto de fortalecer y asegurar el desarrollo del Estado. En efecto:

“[E]l Perú es un país andino, amazónico y fundamentalmente marítimo, cuyas costas frente a uno de los mares más ricos del planeta en el océano Pacífico Sur Oriental, lo condiciona y obligan a la necesidad de afianzar sus cualidades oceánicas mediante una óptica fundamentalmente geopolítica para alcanzar, su real integración en la cuenca del Pacífico y de esta manera fortalecer el desarrollo socioeconómico de su población” (Brousset, 2021).

En efecto, si bien el Perú tiene intereses en su dominio marítimo, abordados y tratados en la Política Nacional Marítima, estos no terminan en el dominio marítimo y, por lo tanto, plantea que el Perú también tiene intereses en espacios jurisdiccionales de otros Estados, ya que, como se dijo antes, el océano es uno solo. A modo de ejemplo:

“Al Perú le interesa que se garantice la libertad de comunicación, las embarcaciones peruanas en otras jurisdicciones, por ejemplo, que nuestras embarcaciones pesqueras puedan ejercer el derecho de paso inocente en el mar territorial de otros Estados, o la libertad de navegación en las zonas económicas exclusivas de otros Estados. Al Perú le interesan los recursos hidrobiológicos, transzonales y altamente migratorios, cuyo hábitat se encuentran en espacios de jurisdicción de otros Estados y, por lo tanto, estamos llamados a cooperar, existe un interés del Perú para ello. Finalmente, al Perú también le interesa que los Estados, en las actividades que realizan en sus espacios jurisdiccionales, no cometan algún acto cuya contaminación pueda afectar al país. Al Perú también le interesa lo que sucede en la alta mar, además de los elementos que he mencionado en los espacios

jurisdiccionales de otros Estados al Perú le interesa que sus propias libertades en la alta amar” (Pacheco, 2021).

Habiendo identificado, de manera general, que el Perú tiene intereses en el océano como un todo, por lo que, no se podría limitar solamente a la defensa y proyección de sus intereses en su dominio marítimo, correspondería que, además de la implementación de la Política Nacional Marítima, se formule una política exterior oceánica, entendida, de manera general como el conjunto de decisiones y acciones de un gobierno para incentivar la protección del bienestar de sus ciudadanos y representar sus intereses nacionales ante otros países y sujetos del derecho internacional. Ello implica la definición de una serie de principios que guiarán al Estado frente a los demás sujetos de derecho internacional para satisfacer sus necesidades.

Ello, toda vez que “la política exterior define el rumbo de un Estado en el entorno internacional, reflejando la importancia que el país concede a sus socios estratégicos y dejando entrever sus valores” (Roncagliolo Higuera, 2021). De esta manera, el contar “con una política exterior oceánica de tales características permitiría a nuestro país recuperar el liderazgo que tuvo justamente desde que se proclamará la tesis de las 200 millas” (Roncagliolo Higuera, 2021).

Consecuentemente la adecuada formulación y ejecución de una política exterior oceánica deberá tener como piedra angular la adhesión del Perú a la CONVEMAR y su plena participación en todas las instrucciones establecidas por ella, además de generación de normas bajo su marco. En efecto, esta sería la forma de “completar el proceso” que se inició con la emisión del Decreto Supremo N° 781 y la Declaración de Santiago (Roncagliolo Higuera, 2021). Para su futura elaboración, podemos partir de la definición de intereses marítimos señalados en el literal “b”, del punto 1.1 de la Política Nacional Marítima como:

“[L]a expresión del deseo colectivo de la nación de usar, proteger y aprovechar los recursos del dominio marítimo y las aguas interiores, así como de cumplir las funciones que recaen en el Estado en las áreas bajo su responsabilidad al amparo de tratados de los que es parte. Esto se logra mediante el desarrollo de actividades en los campos político, social, económico, jurídico, científico, cultural y otros, con el fin de

contribuir al bienestar y seguridad nacionales en forma permanente, así como fortalecer la capacidad de gestión del Estado en el ámbito marítimo”

Así, los intereses marítimos pueden considerarse como el deseo colectivo de la nación que “emana de una necesidad material o espiritual del pueblo peruano proyectada en la conciencia colectiva del país como aspiración nacional que contribuye al bienestar común y la seguridad integral” (Brousset, 2021). Al respecto, el Ministerio de Relaciones Exteriores contribuye y contribuirá en la satisfacción de dichos intereses, como lo ha venido haciendo en, por ejemplo, los eventos mencionados previamente.

VI. CONCLUSIONES

Como se ha podido evidenciar a lo largo del presente artículo, y reiterando lo señalado previamente, no es posible comprender la historia y la realidad del Perú si no se toma en consideración la relación que tiene con el ámbito marítimo. Esta relación ha cambiado a lo largo del tiempo debido a la variación de los intereses de los grupos humanos dominantes de las costas peruanas, los cuales, también fueron modificándose y adaptándose a las circunstancias particulares de la época. Dichos intereses marcaron, y continúan marcando, esa relación.

Si bien se ejerció un dominio del ámbito marítimo antes de su independencia, se puede considerar que el Perú ejerció, defendió y proyectó sus propios intereses sobre los océanos desde el inicio de su vida republicana, independientemente de las posiciones de otros Estados, potencias mundiales o no, sobre los temas marítimos. La principal muestra de ese dominio se dio con la promulgación del Decreto Supremo N° 781 que, como se señaló con anterioridad, buscaba extender, y asegurar, una “política de control y preservación”, un dominio, hasta una distancia de doscientas millas; distancia, que fue establecida en aras de conservar y aprovechar nuestros recursos naturales. Ese interés, tal como se deduce de la lectura del decreto, podría ser modificado de acuerdo con las circunstancias futuras.

Con la Declaración de Santiago, el Perú, junto a Chile y Ecuador, que sembró la semilla del cambio en el Derecho del Mar clásico, demuestra que se libró la “la batalla de las doscientas millas” gracias a una clara percepción de nuestros intereses, cómo deben gestionarse y cómo deben ser proyectados hacia los océanos y la comunidad internacional. Esta batalla, que culminó con la incorporación de la tesis de las doscientas millas marinas en la CONVEMAR, refleja un arduo trabajo de articulación de dichos intereses. Incluso, se puede afirmar, sin dejar de reconocer el esfuerzo de los otros actores y/o factores en la gestión del nuevo Derecho del Mar, que el éxito de la CONVEMAR se sustenta en dicha incorporación.

Dicha situación, y el hecho que la CONVEMAR es el principal tratado en vigor dedicado a la gobernanza de los océanos, es imperativo que el Perú se adhiera al mismo si desea volver a tener un papel relevante en la actual gobernanza de los océanos. Ello, es particularmente relevante en el contexto actual caracterizado por los nuevos desarrollos a favor de la regulación de los océanos, respecto de los cuales el Perú tiene interés. En efecto, toda vez que el Estado peruano se encuentra en una ubicación privilegiada con uno de los mares más ricos que hay, resulta de vital importancia actuar en aquellos ámbitos relativos a la gobernanza de los mares y océanos, en aras de asegurar y fortalecer el desarrollo del Estado.

Por ello, cabe agregar que, en virtud de la situación fáctica de los océanos, la elaboración de una política exterior oceánica requiere ser abordada desde un enfoque multidisciplinario e intersectorial que tome en consideración la vinculación del Perú con el ámbito marítimo, elemento clave de nuestra identidad como Estado ribereño. Identidad que se continúa construyendo con el paso del tiempo, la cual, de proponérselo, podría quedar reflejada en nuevos desarrollos para la gobernanza de los océanos, como en su momento, ocurrió con la CONVEMAR.

No debemos olvidar que el Perú es, inherentemente, una nación marítima. Por dicha razón, las actividades vinculadas al ámbito marítimo constituyen un elemento clave para el logro del bienestar y la seguridad nacional de nuestra nación.

BIBLIOGRAFÍA

Arias-Schreiber Pezet, A. (1984). El Derecho del Mar y los Intereses del Perú. En A. D. Perú, *El Derecho del Mar* (pág. 21).

Bákula, J. M. (1985). *El Dominio Marítimo del Perú*. Lima: Fundación M. J Bustamante de la Fuente.

Brousset, J. (28 de junio de 2021). Política Exterior Oceánica. *El Perú y el Mar: hacia una política exterior oceánica*.

Carrillo Salceso, J. A. (1994). *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos.

Del Campo Rodríguez, J. (26 de Febrero de 2021). Entre la distancia y la conexión: El mar del Perú en la naciente República. *El Perú y el Mar: hacia una política exterior oceánica*.

García Sayán, E. (1974). La Doctrina de las 200 Millas y el Derecho del Mar. *Revista Derecho* N° 32, 15.

Goya Sueyoshi, E. (26 de Febrero de 2021). El mar peruano y su biodiversidad. *El Perú y el Mar: hacia una política exterior oceánica*.

Laguerre Kleimann, C. d. (26 de Febrero de 2021). El mar peruano, aquel gran personaje. *El Perú y el Mar: hacia una política exterior oceánica*.

Meza-Cuadra Velásquez, G. (28 de junio de 2021). Reflexión para una Política Exterior Oceánica. *El Perú y el Mar: hacia una política exterior oceánica*.

Moscoso de la Cuba, P. (2014). Análisis de los principales elementos de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de la controversia marítima (Perú c. Chile) a la luz de las posiciones de las partes. *Derecho PUCP*, N° 73, 47-93.

Novak Talavera, F. (2001). Antecedentes históricos del nuevo derecho del mar. En S. Namihás, *Derecho del Mar. Análisis de la Convención de 1982* (págs. 19 - 50). Lima: Fondo Editorial PUCP.

Organización Marítima Internacional. (s.f.). *Convenios*. Recuperado el 30 de Agosto de 2022, de Organización Marítima Internacional: <https://www.imo.org/es/About/Conventions/Paginas/Default.aspx>

Organización Marítima Internacional. (s.f.). *Status of Conventions*. Recuperado el 30 de Agosto de 2022, de Organización Marítima Internacional: <https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/StatusOfConventions.aspx>

Pacheco, J. M. (26 de Marzo de 2021). Gobernanza de los océanos, Derecho del Mar y su importancia para el Perú. *El Perú y el Mar: hacia una política exterior oceánica*.

Pardo, F. (2001). Zonas marítimas previstas en la Convención sobre el Derecho del Mar: los casos del mar territorial, zona contigua, plataforma continental y zona económica exclusiva. En S. Namihas, *Derecho del Mar: Análisis de la Convención de 1982* (págs. 97 - 137). Lima: Fondo Editorial PUCP.

Piazza, C. (1985). *El Perú, las 200 millas y la Convención sobre el Derecho del Mar*. Lima: Sesator.

Remiro Brotóns, A. y. (1997). *Derecho Internacional*. Madrid: Mc Graw-Hill.

Roncagliolo Higuera, N. (26 de junio de 2021). El Perú y el mar: Hacia una Política Exterior Oceánica. *El Perú y el Mar: hacia una política exterior oceánica*.

Ruda Santolaria, J. J. (26 de Marzo de 2021). Los límites marítimos y la defensa jurídica del mar. *El Perú y el Mar: hacia una política exterior oceánica*.

Vargas Carreño, E. (1973). *América Latina y los Problemas Contemporáneos del Derecho del Mar*. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello.

EL CRIMEN DE AGRESION CONTRA UCRANIA

THE CRIME OF AGGRESSION AGAINST UKRAINE

Augusto Hernández Campos^{* **}

RESUMEN

El crimen de agresión, sucesor del crimen contra la paz del Estatuto del Tribunal Internacional de Nüremberg, constituye el mas grave de los crímenes internacionales. El cometimiento del crimen de agresion representa una amenaza *ipso facto* contra la paz internacional. El Tribunal de Nüremberg califico a la guerra de agresion en su sentencia: “Iniciar una guerra de agresión, por lo tanto, no es sólo un crimen internacional; es el crimen internacional supremo que sólo difiere de otros crímenes de guerra en que contiene en

^{*} Doctor en Derecho y Ciencia Política, *summa cum laude* (UNMSM) con una tesis sobre el crimen de agresion. Profesor Emérito del CAEN (Escuela de Postgrado del Centro de Altos Estudios Nacionales), Lima. Profesor Principal de Derecho Internacional Público de la UNMSM (Universidad de San Marcos). Profesor Principal de Derecho Internacional Publico de la URP (Universidad Ricardo Palma). Director del Instituto de Investigacion de la Facultad de Derecho de la URP. Profesor contratado de la USIL (Universidad San Ignacio de Loyola). Investigación Postdoctoral en la Universidad de Granada (UGR) y la Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Autor de los libros, inter alia: *El principio de solución pacifica de controversias internacionales y los conflictos internos*, *La Corte Penal Internacional y el crimen de agresión* (Fondo Editorial de la USIL, Lima, 2021).

^{**} Deseo agradecer el apoyo de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (UCM) para mi reciente estancia de investigación postdoctoral dentro de la cual he realizado de este trabajo.

Al fraile dominico Francisco de Vitoria, profesor de la catedra de Prima de Teologia de la Universidad de Salamanca desde 1526 y padre del Derecho Internacional.

sí mismo el mal acumulado del todo.” El crimen de agresion es asi una violacion gravisima de la Carta de la ONU y sus principios fundamentales. Tomando el caso de la invasion rusa contra Ucrania examinaremos como aquí se ha configurado el crimen de agresión conforme con la expresión mas actualizada y reciente del Derecho Penal Internacional que es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Palabras clave: Agresion contra Ucrania-Corte Penal Internacional-crimen de agresion-uso de la fuerza-legitima defensa-Carta de la ONU.

ABSTRACT:

The crime of aggression, the successor to the crime against peace of the Statute of the International Tribunal of Nuremberg, constitutes the most serious of international crimes. The commission of the crime of aggression represents an *ipso facto* threat to international peace. The Nuremberg Tribunal called the war of aggression in its judgment: “Starting a war of aggression, therefore, is not just an international crime; it is the supreme international crime that differs only from other war crimes in that it contains in itself the accumulated evil of the whole.” The crime of aggression is thus a serious violation of the UN Charter and its fundamental principles. Taking the case of the Russian invasion against Ukraine we will examine how the crime of aggression has been configured here in accordance with the most up-to-date and recent expression of International Criminal Law which is the Rome Statute of the International Criminal Court.

Keywords: Aggression against Ukraine-International Criminal Court-crime of aggression-use of force-self defense-UN Charter.

.

INTRODUCCION

La reanudación y agravamiento de la invasión rusa contra Ucrania dirigida por Vladimir Putin el 24 de febrero del 2022 ha completado el crimen de agresión (agresión iniciada en el 2014), conforme con el Derecho Internacional, y según se tipifica en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), artículo 8 *bis*. Esta guerra de agresión ha configurado una de las mayores amenazas a la paz global desde el fin de la Guerra Fria, representa un riesgo de guerra entre Rusia y el bloque occidental, y constituye la guerra mas grande desatada en Europa desde la Segunda Guerra Mundial. Esta guerra de agresión ha sido condenada por la sociedad internacional y por la opinión publica mundial expresada mediante resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

La finalidad de este ensayo es examinar los fundamentos jurídicos para tipificar la guerra de invasión rusa contra Ucrania como el crimen de agresión perpetrado por Putin conforme con el Derecho Penal Internacional, especialmente con el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Dentro de este marco, revisaremos algunos antecedentes y hechos relevantes respecto de la guerra de invasión a Ucrania realizada por la Rusia dirigida por Putin, así como el concepto de crimen de agresión del Estatuto de la Corte Penal Internacional se aplica al acto de agresión planificado y ejecutado por Rusia.

1. ANTECEDENTES Y LA INVASION DE UCRANIA

Ucrania integro la URSS hasta 1991 como un Estado federado, la RSS (Republica Socialista Sovietica de) Ucrania. Despues del colapso de la Union Sovietica en 1991, la RSS Ucrania adquiere independencia como Republica de Ucrania.

En el 2000, Vladimir Putin llega a jefe de Estado (presidente) y jefe de gobierno de Rusia, sucediendo a Boris Yeltsin, manteniendose en ese puesto hasta ahora (excepto en el periodo 2008-2012 cuando fue formalmente primer ministro, pero que igualmente controlaba el poder ejecutivo). Putin ha creado un sistema autoritario, reformando varias veces la constitución para reelegirse.

Siguiendo semanas de protestas en el marco de las protestas del movimiento euromaidan (21 noviembre 2013-23 febrero 2014),¹ la Revolucion de la Dignidad (18-23 de febrero del 2014) culmino el 22 de febrero con la destitución del presidente pro-ruso Victor Yanukovich, siendo sustituido por un gobierno pro-europeista. Desde entonces, Ucrania ha visto un empeoramiento de sus relaciones con Rusia. El nuevo gobierno pro-europeista ha impulsado el estrechamiento de relaciones con la Union Europea, la OTAN y con Occidente.

Este cambio interno del gobierno ucraniano motivo que Putin decidiera que Rusia invadiera y se anexara Crimea en febrero-marzo del 2014 (anexion proclamada por Rusia el 18 marzo del 2014).²

Ademas, Putin tomo la decisión de apoyar y organizar a los separatistas pro-rusos de Donetsk y Luhansk del Donbass que surgieron al mismo tiempo que la anexión rusa de Crimea. Proclamaron dichos separatistas sus “republicas” en Donetsk y Luhansk, respectivamente, el 7 y el 27 de abril del 2014. Rusia decidio defender la independencia de estas dos entidades bajo el sofisma de la defensa del principio de libre determinación de los pueblos, algo que no ha aplicado con Chechenia, por ejemplo. Así, con las citadas proclamaciones de independencia se inicio la Guerra del Donbass (7 de abril del 2014). Ocho años despues, el 21 de febrero del 2022, Rusia reconocio oficialmente a los 2 Estados *de facto* separatistas.³

¹ Estas protestas o movimiento (europeista) euromaidan (“europlaza”, se realizaron en la Plaza de la Independencia, o “Maidan Nezalezhnosti”, de Kiev; “maidan” del ucraniano, plaza) que se realizaron en gran escala y estallaron en respuesta a la decision del presidente Yanukovich de no firmar un acuerdo de asociacion con la UE y un acuerdo de libre comercio con la UE, eligiendo en su lugar vinculos mas estrechos con Rusia y la Zona (Union) Economica Euroasiatica. El euromaidan, o movimiento de protestas europeistas realizadas en la Plaza de la Independencia de Kiev, significo un profundo viraje en la politica de Ucrania.

² La ONU afirmo la posicion de la comunidad mundial al reconocer a Crimea como parte de Ucrania y al rechazar el referendum organizado por Rusia mediante la Resolucion 68/262 de la Asamblea General de las Naciones Unidas titulada *Integridad territorial de Ucrania*, aprobada el 27 de marzo del 2014.

³ Algunos Estados han otorgado reconocimiento a ambas entidades: Osetia del Sur el 18 (a Luhansk) y el 27 (a Donetsk) de junio del 2014, Abjasia el 25 de junio del 2022, Siria el 29 de junio del 2022. Recordemos que Abjasia y Osetia del Sur son regimenes *de facto* o

La guerra de agresión de Rusia contra Ucrania se inició el 26 de febrero del 2014, cuando sus fuerzas militares comenzaron la invasión de Crimea. A juicio de la CPI (Corte Penal Internacional), en esta misma fecha se iniciaría el conflicto armado internacional (entre Rusia y Ucrania) y se aplicaría automáticamente el Derecho de los Conflictos Armados Internacionales hasta hoy.⁴ En consecuencia, y desde que Crimea es territorio ocupado, se aplicaría el Derecho de Ocupación Beligerante.

El 18 de marzo del 2014, Rusia proclamó oficialmente la anexión de Crimea, anexión que no ha sido reconocida por las Naciones Unidas, ni por la sociedad internacional en su conjunto.

La Asamblea General de la ONU condenó la anexión rusa de Crimea mediante la Resolución 68/262 *Integridad territorial de Ucrania* del 27 de marzo del 2014, por la cual se condenaba la separación de Crimea, describía al referéndum que condujo a la anexión de Crimea por parte de Rusia como ilegal, y afirma el compromiso de la Asamblea General de las Naciones Unidas con la integridad territorial de Ucrania dentro de sus fronteras internacionalmente reconocidas.⁵

A su vez, y en el marco de la primera guerra ruso-ucraniana (febrero 2014-febrero 2015), Rusia organizó y apoyó a los separatistas de las regiones de Donetsk y Luhansk (que el 7 y 27 de abril del 2014 proclamaron su independencia, respectivamente), iniciando de este modo la Guerra del Donbass (en Ucrania Oriental). Asimismo, Rusia ocupó las dos regiones y finalmente las reconoció como Estados.

Importante es recordar que tres días antes de la invasión rusa de febrero del 2022, el 21 de febrero, Putin en un discurso televisado cuestionó la existencia de Ucrania como Estado y reconoció la independencia de Donetsk y Luhansk.⁶ También, había declarado que fue un error la desaparición de

Estados *de facto*, i.e. Estados no reconocidos.

⁴ CPI, *Report on Preliminary Examination Activities 2016* (14 de noviembre del 2016), párr. 158, p. 35.

⁵ Asamblea General de la ONU, Resolución 68/262 *Integridad territorial de Ucrania* (27 de marzo del 2014).

⁶ BBC News Mundo, “Rusia y Ucrania: el amenazante discurso de Putin en el que puso en duda la soberanía del país vecino”, 21 de febrero del 2022.

la URSS.⁷ Esta declaracion resulta ser muy peligrosa para el mantenimiento de la paz y representaria una amenaza al continente europeo desde que el amo de Rusia esta decidiendo que Estados tienen derecho a existir y cuales no. Siguiendo esta lógica de Putin, Hitler también podría haber decidido si Rusia tenia derecho a existir o no. Desde el punto de vista juridico esto es quebrantamiento grave del Derecho Internacional, concretamente la Carta de la ONU (art. 2, pars. 1, 3, 4, y 7). Por añadidura, la ambicion de restaurar a la antigua Union Sovietica y de defender su esfera de influencia exclusiva en su “extranjero próximo” significa una amenaza a la soberanía de los Estados vecinos a Rusia, incluyendo a Ucrania.

Despues, el 24 de febrero del 2022, Putin ordeno que Rusia, con la complicidad de su vecina Bielorrusia, lanzara una invasión en gran escala contra Ucrania (la invasión mas grande en Europa desde la Segunda Guerra Mundial). Esta guerra de invasión motiva sanciones económicas del bloque occidental y la condena mundial. De esta forma, la guerra ruso-ucraniana se recrudecio cuando Rusia lanzo esta invasión contra Ucrania, con el apoyo de Bielorrusia, desde sus bases en Crimea, Donbass (Ucrania ocupada), y Bielorrusia.

2. EL CRIMEN DE AGRESION EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Como nos afirmó el ilustre jurista Antonio Cassese, la agresión (el acto de agresión o guerra de agresión) de un Estado contra otro Estado en quebrantamiento de tratados internacionales como el Convenio de la Sociedad de las Naciones o el Pacto Briand-Kellogg estaba prohibido en el Derecho Internacional antes de la Segunda Guerra Mundial, lo que constituia un acto ilícito internacional y asi la responsabilidad internacional del Estado.⁸

⁷ *Ibid.*

⁸ *Vid.*, Antonio Cassese, *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 111. En el Pacto Briand-Kellogg de 1928, “La guerra agresiva fue declarada ilegal. Mas, aparece de los trabajos preparatorios que todas las partes se reservaban el derecho de ir a la guerra en autodefensa”. *Vid.*, Augusto Hernández, *La Corte Penal Internacional y la definicion del crimen de agresion* (Lima: Fondo Editorial de la USIL, 2020), p. 140.

Mas, la “Agresion fue vista por primera vez como un crimen internacional que involucraba la responsabilidad penal individual en el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 que creaba el TMI [Tribunal Militar Internacional de Nüremberg]”.⁹ De esta manera, el crimen de agresión en el Derecho Penal Internacional, que configura la responsabilidad individual, se había tipificado como *crimen contra la paz* en el proceso ante el tribunal internacional de Nüremberg de 1945 (Estatuto del TMI, art. 6, par. a). Esto fue reafirmado por la Resolucion 95-I de la Asamblea General de la ONU del 11 de diciembre de 1946 (“Los Principios de Nüremberg”), asi todos los Estados de las Naciones Unidas aprobaron tanto la definición de los crímenes contra la paz y su aplicación por el Tribunal de Nüremberg.

Despues de los juicios ante los tribunales de Nüremberg y de Tokio, el crimen contra la paz ya se había establecido en el derecho internacional. En opinión de William Schabas, “Debido a que se había procesado exitosamente en Nüremberg y en Tokio, no puede haber duda que el crimen de agresión forma parte del derecho internacional consuetudinario”.¹⁰

Despues, la definición del crimen de agresión logro convertirse en un crimen objeto de jurisdiccion en el Estatuto de la CPI (Corte Penal Internacional), art. 8 bis. Según Claus Kress, “[...] la definición sustantiva del crimen de agresión cubre solo un uso de la fuerza por un Estado que alcanza un alto nivel de intensidad y que es indudablemente ilegal”.¹¹

Una definición alcanzada señala que “El crimen de agresión es el crimen internacional *par excellence* porque, por un lado, implica una necesaria violación de la paz internacional, y, por otro lado, esta intrínsecamente vinculado a un conflicto interestatal”.¹²

⁹ *Vid.*, A. Cassese, *ibid.*

¹⁰ William Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), p. 148.

¹¹ Claus Kress, “On the Activation of ICC Jurisdiction over the Crime of Aggression”, en Pavel Sturma (ed.), *The Rome Statute of the ICC at Its Twentieth Anniversary* (Leiden: Brill-Nijhoff, 2019), p. 62.

¹² Elena Maculan, “El crimen de agresion”, en Alicia Gil Gil y Elena Maculan (dirs.), *Derecho Penal Internacional* (Madrid: Dykinson, 2019), p. 473.

Christian Henderson, Profesor Principal de Derecho Internacional de la escuela de derecho de la Universidad de Sussex, señaló: “Aunque la agresión existe posiblemente como crimen bajo el derecho internacional consuetudinario, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ahora, después de las enmiendas de Kampala del 2010, dispone que las “personas en una efectiva posición de ejercer el control directo de la acción política o militar de un Estado” pueden afrontar procesamiento en la Corte por el crimen de agresión”.¹³

3. EL CRIMEN DE AGRESION DE PUTIN CONTRA UCRANIA

El crimen de agresión en el Estatuto de la CPI

En el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), artículo 8 *bis*, párrafo 1 (artículo insertado en el Estatuto y que lo enmienda en el 2010),¹⁴ se considera que una persona comete crimen de agresión cuando como dirigente de un Estado conduce a dicho Estado a realizar un acto o guerra de agresión:

“1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un *acto de agresión* que [...] constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”.¹⁵

Acerca de la expresión *acto de agresión* del texto del art. 8 *bis*, pár. 1, en el siguiente párrafo 2 se proporciona la definición que indica lo que constituye el uso ilegal de la fuerza contra otro Estado o de forma incompatible con la Carta de la ONU. Esta definición reproduce el art. 2, par.

¹³ Christian Henderson, *The Use of Force and International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), p. 37.

¹⁴ El art. 8 *bis* fue una enmienda insertada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) de 1998 mediante la resolución RC/Res. 6, anexo I, del 11 de junio del 2010.

¹⁵ Estatuto de la CPI, art. 8 *bis*, pár. 1. La cursiva es nuestra.

4, de la Carta que establece el principio de prohibición del uso de la fuerza. La definición dada en el art. 8 *bis*, pár. 2, dice:

“2. A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.”¹⁶

La jurisprudencia del *caso del Canal de Corfu* de la CIJ aclara que la prohibición del uso de la fuerza de la Carta de la ONU, art. 2, par. 4, es absoluta,¹⁷ y no solo en sentido textual de dicho dispositivo (*i.e.*, solo contra la integridad territorial o la independencia de un Estado).

Una guerra de agresión constituye un acto ilícito internacional y conlleva la responsabilidad internacional del Estado, pues es quebrantamiento de la Carta de la ONU, art. 2, par. 4, que establece el principio de prohibición del uso de la fuerza. Pero ahora, el quebrantamiento de este principio se criminaliza de conformidad con el Estatuto de la CPI, art. 8 *bis*, convirtiéndose en un crimen de agresión lo que representaría la responsabilidad internacional penal del individuo.

De igual manera, con esta disposición nueva del art. 8 *bis* se ha conseguido la responsabilidad internacional del individuo, aparte de la ya establecida responsabilidad internacional del Estado, como consecuencia del quebrantamiento del citado art. 2, par. 4 de la Carta, lo que representa la criminalización por recurrir al uso ilegal de la fuerza.

Además, en este mismo art. 8 *bis*, párrafo 2, se enumeran los actos o hechos que constituyen **acto de agresión** (que reproduce la Resolución 3314 *Definición de la Agresión* de la Asamblea General de la ONU del 14 de diciembre de 1974):

“a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que

¹⁶ Estatuto de la CPI, art. 8 *bis*, par. 2.

¹⁷ *Caso del Canal de Corfú*, Sentencia del 9 de abril de 1949 (*ICJ Reports 1949*), pp. 34-35. Asimismo, debese recordar que la Carta, art. 2, par. 4, dice “[...] o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”.

resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;

b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.”¹⁸

La guerra de agresión contra Ucrania iniciada el 26 de febrero del 2014 y que recrudeció cuando Rusia lanzó una invasión en gran escala el 24 de febrero del 2022, representa ya un crimen de agresión según el Estatuto de la CPI, art. 8 *bis*, par. 2, inc. a, donde se afirma que es un acto de agresión: “a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado [...]”.¹⁹

¹⁸ Transcribe la Resolución 3314, Anexo, artículo 3 (donde se enumeran los actos que constituyen un *acto de agresión*).

¹⁹ Estatuto de la CPI, art. 8 *bis*, par. 2, inc. a.

Cuando Moscu ocupo Crimea, realizo un referendum *pro forma* y proclamo la subsiguiente anexion a Rusia (febrero-marzo 2014), ambos actos, la ocupacion y la anexion, tambien se puede decir que constituyen un acto de agresion, pues según el mismo dispositivo del Estatuto, un acto de agresion es: “[...] toda ocupacion militar, [...] toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado”.²⁰

En aras del respeto del principio de igualdad soberana, es necesario considerar el discurso publico de Putin sobre el cuestionamiento de Ucrania como Estado como un acto de agresion. Podria ser considerado un acto de agresion conforme con el Estatuto de la CPI, art. 8 *bis*, par. 1, que dice que una persona comete crimen de agresion cuando dicha persona “[...] planifica, prepara un acto de agresion [...]”. Este discurso constituiria una amenaza contra la paz, lo que equivaldria al crimen de conspiracion o complot contra la paz conforme con el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg de 1945, art. 6, pár. a:

“a) *Crímenes contra la paz*: A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados;”²¹

El apoyo que Rusia ha otorgado a los rebeldes de Donietsk y Luhansk, en organizarlos y armarlos, e incluso reconocerlos como Estados soberanos es otro acto de agresion contra la soberania de Ucrania conforme con el Estatuto de la CPI, art. 8 *bis*, par 2, inc. g. Ello constituiria una violacion del principio de no intervencion en asuntos internos de los Estados establecido en la Carta ONU, art. 2, par. 7.

Mencion aparte merece la responsabilidad del presidente de Bielorrusia, Alexander Lukashenko, en cometer crimen de agresion conforme con el art. 8 *bis*, par. 2, inc. f, cuando ha permitido que el territorio bielorruso sea utilizado por Rusia para lanzar su invasion contra Ucrania.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Estatuto del Tribunal Militar Internacional (de Nüremberg) de 1945, art. 6, pár. a.

Uso de la fuerza bajo la Carta de la ONU y el caso de la agresion rusa

Rusia ha recurrido al uso ilegal de la fuerza contra Ucrania desde febrero del 2014. Es ilegal pues dicho uso de la fuerza no se ajusta a lo estipulado por la tipologia del uso legitimo de la fuerza bajo la Carta de las Naciones Unidas.

El art. 51 de la Carta sobre *legitima defensa* no convalida las guerras de agresion y solo procede cuando un Estado es atacado militarmente por otro Estado. Dice el art. 51: “Ninguna disposicion de esta Carta menoscabara el derecho inmanente de legitima defensa [...] **en caso de ataque armado** contra un Miembro de las Naciones Unidas [...]”²² Esta disposicion de la Carta de las Naciones Unidas es respaldada juridicamente por otras normas de Derecho Internacional.

La noción del ataque armado es esclarecida con lo prescrito en la Resolucion 3314 *Definicion de la Agresion* de 1974 emitida por la Asamblea General de la ONU que dice *ad literam* en el anexo, art. 2: “El primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravencion de la Carta constituirá prueba *prima facie* de un acto de agresion [...]”. Como sabemos, Ucrania no ha efectuado un ataque armado contra Rusia, en realidad es todo lo contrario, pues desde el 26 de febrero del 2014 Rusia ha atacado e invadido Ucrania.

Bajo el art. 51, la legitima defensa solo procede frente a un ataque armado, y prohíbe accion o guerra preventiva. Este concepto se reafirma con la jurisprudencia del *caso Nicaragua*. En el *caso Nicaragua* de 1986, la CIJ señalo que la legitima defensa solo es permitida contra un *ataque armado*. La jurisprudencia de la Corte dice: “[...] las Partes se basan únicamente en el derecho de legitima defensa en el caso de un ataque armado que ya se ha producido, [...]”²³

Tal como expresa el art. 51, la legitima defensa debe representar la adopcion de medidas *provisionales* “[...] hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y

²² Carta de las Naciones Unidas, art. 51. La negrita es nuestra.

²³ Caso Actividades Militares y Paramilitares en contra Nicaragua (Nicaragua vs EEUU), sentencia, *ICJ Reports 1986 (Caso Nicaragua)*, p. 103, par. 194.

seguridad internacionales.”²⁴ Empero, en este caso Rusia no ha adoptado medidas provisionales, sino que ha llevado a cabo una invasión planificada y de conquista de toda Ucrania.

Ademas, la legitima defensa debe estar limitada por el principio de *proporcionalidad*, limitacion ya reconocida por el derecho consuetudinario, y esta implicito con el concepto de legitima defensa. La validez de la respuesta frente a la agresion “depende de la observancia de los criterios de la necesidad y de la proporcionalidad de las medidas tomadas en legitima defensa”.²⁵

En razon de los objetivos de la Carta, la legitima defensa del art. 51 debe limitar el uso de la fuerza permisible al principio del *minimo necesario*. Si no fuera asi, la legitima defensa permitiria desatar guerras ilimitadas, mundiales, o totales sólo como respuesta a ataques, choques, o conflictos fronterizos.²⁶ En consecuencia, la legitima defensa esta restringida a la restauracion del *status quo ante*, y los medios empleados en la legitima defensa tienen que ser medios necesarios y proporcionales a la violacion o ataque armado que provoco el ejercicio del derecho de la legitima defensa.²⁷

En la hipotesis que Ucrania hubiera atacado primero a Rusia, la “legitima defensa” rusa como respuesta ha sido desproporcionada y por supuesto no se basa en lo minimo necesario, porque los medios utilizados en la legitima defensa rusa no han sido los minimos medios necesarios, ni proporcionales a la supuesta agresion que motivo la citada legitima defensa, si es que en realidad hubo algun acto de agresion ucraniano contra el gigante ruso.

Esta regla refuerza la posición que una accion, ataque, o *guerra preventiva* es inadmisibile. Esto es debido a que no puede haber un ataque preventivo desde que no sera una respuesta proporcional a simples

²⁴ Brun-Otto Bryde, “Self-Defense”, en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4 (2000), p. 362.

²⁵ *Caso Nicaragua*, *ibid.*

²⁶ Brun-Otto Bryde, “Self-Defense”, en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4 (2000), p. 362.

²⁷ Bryde, *op. cit.*, p. 363.

preparativos. En el *caso del Canal de Corfu* de 1949, la CIJ que los metodos de autoproteccion o autoayuda no eran aceptados en el Derecho Internacional moderno.²⁸ Frente a la cuestion de la validez de la intervencion o de la autoproteccion, la Corte afirma en el *caso del Canal de Corfu*:

“La Corte sólo puede considerar al supuesto derecho de intervención como la manifestación de una política de fuerza, que ha dado lugar en el pasado a los abusos más graves y que no puede, cualesquiera que sean los defectos actuales en la organización internacional, encontrar un lugar en el derecho internacional. La intervención es quizás aún menos admisible en la forma particular que adoptaría aquí; porque por la naturaleza de las cosas, estaría reservada a los Estados más poderosos, y podría conducir fácilmente a pervertir la propia administración de justicia internacional.

El Agente del Reino Unido, en su intervención de respuesta, ha clasificado además la “Operación Retail” entre los métodos de autoprotección o autoayuda. La Corte tampoco puede aceptar esta defensa. Entre los Estados independientes, el respeto de la soberanía territorial es un fundamento esencial de las relaciones internacionales.”²⁹

Rusia ha desencadenado una guerra de agresion, sin respetar el principio de proporcionalidad, una guerra planificada en gran escala para conquistar toda Ucrania, con ofensivas general rusa en toda la frontera ruso-ucraniana e incluso desde territorio bielorruso. Si esto es una “guerra preventiva” entonces sera un uso ilegal de la fuerza.

Mientras, el uso de la fuerza bajo el *Consejo de Seguridad* (art. 42) tampoco procede desde que el Consejo de Seguridad de la ONU no ha ordenado ninguna medida coactiva respectiva contra Ucrania.

Lo que tampoco sucede con el uso de la fuerza por *Organismos Regionales* (art. 53, par. 1) desde que el Consejo de Seguridad no autorizo uso

²⁸ K.J. Skubiszewski, “Uso de la fuerza. Seguridad Colectiva. Derecho de Guerra y de Neutralidad”, en: Max Sorensen (ed.), *Manual de Derecho Internacional Publico* (Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1973), p. 701.

²⁹ Caso del Canal de Corfu (GB vs Albania), sentencia del 9 de abril de 1949, *ICJ Reports 1949*, p. 35.

de la fuerza a alguna Organización Regional contra Ucrania. Dice el art. 53, pár. 1: “[...] no se aplicarán medidas coercitivas en virtud de acuerdos regionales o por organismos regionales **sin autorización** del Consejo de Seguridad [...]”.³⁰

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE RUSIA

Con la guerra de invasión de Ucrania, Rusia ha incurrido en responsabilidad internacional del Estado por quebrantamiento de la Carta de las Naciones Unidas (ONU), art. 2, párrafos 1, 3, 4 y 7 (principios de igualdad soberana de los Estados, solución pacífica de controversias, prohibición del uso de la fuerza, y no intervención).

La invasión podría motivar una demanda de Kiev contra Moscú ante la CIJ (Corte Internacional de Justicia) por violación de la Carta de la ONU. Esto es debido a que Rusia ha quebrantado los principios establecidos en el art. 2 de la Carta: la soberanía de Ucrania con la agresión, no ha aplicado la solución pacífica de controversias internacionales con Kiev, ha recurrido ilegalmente al uso de la fuerza en la invasión a Ucrania, y ha intervenido ilegalmente en asuntos internos al reconocer a los Estados títere separatistas de Donetsk y Lugansk.

Asimismo, Rusia ha realizado esta guerra de agresión en violación de tratados internacionales que estaba obligada a cumplir, *i.e.*, principio *pacta sunt servanda* o de buena fe (Carta ONU, art. 2, par. 2). Entre los tratados quebrantados por Rusia con su invasión a Ucrania están:

El Acta Final de Helsinki (1 de agosto de 1975):

La URSS prometía no violar la “integridad territorial” de los demás signatarios (mediante la guerra y el uso de la fuerza).

La Declaración de Alma-Ata (21 de diciembre de 1991):

En la cual Rusia se compromete a reconocer y respetar “la integridad territorial y la inviolabilidad de las fronteras existentes” de Ucrania.

³⁰ *Ibid.*, art. 53, par. 1. La negrita es nuestra. La cuarta categoría del uso de la fuerza prevista por la Carta, el uso de la fuerza contra los *Estados enemigos* (Carta de la ONU, art. 53, par. 1), es anacrónica, y obviamente no es aplicable.

El Memorandum de Budapest sobre Garantías de Seguridad (5 de diciembre de 1994):

Según el cual Rusia (junto a EEUU y el Reino Unido) aceptaba “respetar la independencia y soberanía y las fronteras actuales de Ucrania”.

El Tratado de Amistad entre Ucrania y Rusia (31 de mayo de 1997):

Fue un tratado que reconocía la inviolabilidad de las fronteras existentes, y respeto por la integridad territorial y compromiso mutuo de no utilizar su territorio para perjudicar al otro. El tratado previene que una parte invada al otro. El tratado expiró el 31 de marzo del 2019 y no se renovó en vista de la agresión rusa de febrero del 2014.

Los dos Acuerdos de Minsk del 2014 y del 2015:

El Protocolo de Minsk del 5 de setiembre del 2014 y el Acuerdo de Minsk II del 12 de febrero del 2015, que son acuerdos de cese al fuego firmados por Rusia y Ucrania relacionados con el conflicto armado internacional iniciado en febrero del 2014.

Empero, Ucrania ya había demandado a Rusia ante la CIJ por violación de la Convención contra el Genocidio de 1948. En dicho caso, la Corte mundial había emitido una Orden el 16 de marzo del 2022 donde indica dos medidas provisionales exigiendo en la primera medida que: “(1) [...] La Federación Rusa suspenda inmediatamente las operaciones militares que inició el 24 de febrero del 2022 en el territorio de Ucrania [...]”.³¹

Mientras que en la segunda medida provisional, la Corte Internacional de Justicia exige que:

“(2) [...] La Federación Rusa se asegurara que todas las unidades armadas militares o irregulares que pueden estar dirigidas o apoyadas por ella, así como todas las organizaciones y personas que puedan estar

³¹ Caso *Alegatos de Genocidio bajo la Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio* (Ucrania vs. Rusia), Medidas provisionales, Orden del 16 de marzo del 2022, *ICJ Reports 2022*, p. 19, pár. 86.

sujetas a su control o direccion, no tomaran medidas para continuar las operaciones militares referidas en el punto 1 arriba”.³²

Acerca de los alegatos rusos

Huelga decir que el argumento ruso de guerra preventiva contra Ucrania (según Putin, Ucrania planeaba agredir a las “republicas” artificiales de Donitesk y Lugansk), no es aceptado por el Derecho Internacional. Esto se debe a que el art. 51 de la Carta de la ONU habla de *legítima defensa* frente a un ataque realizado, no ataques supuestos o futuros, mientras que la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en el *caso del Canal de Corfu* rechaza la validez de las guerras preventivas. En todo caso, los Estados títere del Donbass no son reconocidos y siguen formando parte de Ucrania.

Por otro lado, el alegato de Moscú que su intervención tiene por fin impedir el genocidio cometido por el gobierno de Kiev no es válida desde que el DI rechaza la intervención humanitaria como regla. La Carta de la ONU no la incluye. En todo caso, no existe tal genocidio. Pero en estos casos, Moscú debió haber recurrido al Consejo de Seguridad de la ONU o denunciado a Ucrania por violación de la Convención contra el Genocidio de 1948 ante la Corte Internacional de Justicia.

Otra postura rusa, como justificación para atacar Ucrania, indica que Kiev representa una amenaza a Rusia debido a que Kiev busca integrarse en la OTAN y en la UE (Unión Europea), y esta invasión es una respuesta a la expansión de la OTAN. Ergo, Moscú exige la desmilitarización de Ucrania. Sin embargo, conforme con el DI, la adhesión de un Estado a un tratado o una OI de defensa como la OTAN o de integración económica como la UE no constituye un acto ilícito internacional. En virtud del principio de soberanía, Ucrania tiene la libertad de suscribir o adherirse a los tratados internacionales que desee, sin amenaza del uso de la fuerza por cualquier otro Estado como Rusia.

Asimismo, un Estado no puede exigir a otro su desarme bajo amenaza del uso de la fuerza. Si Rusia exige a Ucrania su desmilitarización o desarme, Ucrania también podría exigir lo mismo a Rusia. Si Rusia desea tratar un

³² *Ibid.*

asunto de seguridad con Ucrania, debiera recurrir al principio de solución pacífica de controversias internacionales.

Rusia afirma que su guerra de invasión procede porque es legítima defensa preventiva. Empero, el art. 51 de la Carta de la ONU y el Derecho Internacional moderno no convalidan la guerra preventiva, y Moscú no puede alegar legítima defensa pues no ha habido agresión armada ucraniana que es su prerequisite.

También, Moscú afirma que es legítima defensa colectiva para defender a los “Estados” de Donetsk y de Luhansk. Es evidente que Rusia al reconocerlos como Estados el 21 de febrero del 2022 (mediante tratados de amistad y asistencia) lo hizo con la finalidad de legitimar o de facilitar la invasión a Ucrania el 24 de febrero bajo el pretexto de legítima defensa colectiva. A pesar que la legítima defensa debe respetar el principio de proporcionalidad.

Empero, los Estados creados por los rusos lo son como consecuencia de una guerra de agresión y constituyen territorio ucraniano ocupado por Rusia. Los “Estados” de Donetsk y de Lugansk no son más legítimos como Estados como lo fueron los Estados títere creados por los nazis de Eslovaquia y de Croacia durante la Segunda Guerra Mundial.

Rusia señaló que debido a que Ucrania cometía genocidio contra los rusos étnicos estaba realizando la intervención humanitaria. Sin embargo, no existe política gubernamental ucraniana de genocidio, ni Rusia ha probado su cometimiento; en todo caso, Moscú no ha presentado su denuncia ante los órganos principales de la ONU como el Consejo de Seguridad, la CIJ, o la Asamblea General.

La jurisdicción de la CPI en este caso

La CPI fue creada en 1998 mediante el Estatuto de Roma y, después de recibir las ratificaciones necesarias, entró en vigor en el 2002. Actualmente, tiene 123 Estados partes y 14 Estados solo lo han firmado.

Rusia firmó el Estatuto el 13 de setiembre del 2000, durante los primeros meses del flamante nuevo gobierno de Putin.

El 14 de noviembre del 2016, la CPI publicó un informe sobre su **investigación preliminar** acerca de la intervención militar rusa en Ucrania que concluyó que: “El derecho de los conflictos armados internacionales seguiría aplicándose después del 18 de marzo de 2014 [fecha de la anexión de Crimea por Rusia] en la medida en que la situación dentro del territorio de Crimea y Sebastopol equivale de hecho a un estado de ocupación en curso.”³³

Además, la CPI señaló que:

“Información adicional, como los bombardeos reportados por ambos Estados de posiciones militares del otro, y la detención de personal militar ruso por Ucrania, y viceversa, apunta a un compromiso militar directo entre las fuerzas armadas rusas y las fuerzas gubernamentales ucranianas que sugeriría la existencia de un conflicto armado internacional en el contexto de las hostilidades armadas en el este de Ucrania”.³⁴

En respuesta, el 30 de noviembre del 2016, el gobierno de Putin, en un comunicación dirigida al secretario general de la CPI, informaba “la intención de la Federación Rusa de no convertirse en parte del Estatuto de Roma”.

Por su parte, Ucrania firmó el Estatuto de la Corte Penal Internacional el 20 de enero del 2000. Empero, no ratificó el tratado, y no es parte del Estatuto de Roma. Sin embargo, de conformidad con las dos declaraciones (cumpliendo con lo requerido por el Estatuto de la CPI, artículo 12, párrafo 3), presentadas por el Gobierno de Ucrania el 17 de abril de 2014 y el 8 de septiembre de 2015, la Corte Penal Internacional puede ejercer jurisdicción sobre los crímenes del Estatuto de Roma cometidos en el territorio de Ucrania a partir del 21 de noviembre de 2013.

³³ CPI, *Report on Preliminary Examination Activities 2016* (14 de noviembre del 2016), pár. 158, p. 35.

³⁴ CPI, *Report on Preliminary Examination Activities 2016* (14 de noviembre del 2016), pár. 169, p. 37.

Condena internacional de la agresion contra Ucrania

La guerra de agresion rusa contra Ucrania ha recibido la condena mundial expresada inequívocamente por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Al respecto, la resolución 68/262 *Integridad territorial de Ucrania* de la Asamblea General del 27 de marzo del 2014 afirma: “La Asamblea General [...] 1. Afirma su compromiso con la soberanía, independencia política, unidad, e integridad territorial de Ucrania dentro de sus fronteras internacionalmente reconocidas”.³⁵

Mientras, en la Resolucion ES-11/1 *Agresion contra Ucrania* del 2 de marzo del 2022 de la Asamblea General de las Naciones Unidas declara que: “Deplora en los términos más enérgicos la agresión cometida por la Federación de Rusia contra Ucrania, en contravención del Artículo 2, párrafo 4, de la Carta”.³⁶

Asimismo, en esta misma Resolucion, la Asamblea General ha condenado la complicidad de Bielorrusia en esta invasion afirmando que: “Deplora la participación de Bielorrusia en este uso ilícito de la fuerza contra Ucrania y exhorta al país a que cumpla sus obligaciones internacionales”.³⁷ Por su participacion en el crimen de agresion contra Ucrania, el dictador bielorruso Alexandr Lukashenko (dictador de Bielorrusia desde 1994) ha incurrido tambien en responsabilidad internacional penal individual.

La guerra de agresion e invasion a gran escala contra Ucrania es la invasion mas grande y clara en decadas. Ha tenido condena de la Asamblea General de la ONU, Consejo de Europa y la UE, y casi todos los Estados del mundo.

³⁵ Asamblea General de la ONU, Resolucion 68/262 *Integridad territorial de Ucrania* (27 de marzo del 2014).

³⁶ Asamblea General de la ONU, Resolucion ES-11/1 *Agresion contra Ucrania* (2 de marzo del 2022).

³⁷ *Ibid.*

El crimen de agresión contra Georgia

De igual forma, Georgia podría plantear la misma demanda contra Rusia por el apoyo ruso a los separatistas en las guerras de Abjasia y Osetia del Sur, y por su apoyo a la declaración de independencia en julio de 1992. Después del reinicio de la guerra separatista de Abjasia en el 2006 y de Osetia del Sur en el 2008, Rusia decidió invadir y reconocer como Estados a Abjasia y Osetia del Sur el 26 de agosto del 2008 en la guerra ruso-georgiana del 2008.

Anteriormente, Georgia ya ha demandado a Rusia ante el máximo tribunal mundial por violación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Rusia también ha agredido a Georgia por la intención de este Estado de integrarse a la Unión Europea y la OTAN.

CONCLUSIONES

El crimen de agresión está firmemente establecido en el derecho internacional consuetudinario desde el proceso ante el Tribunal Militar Internacional de Núremberg de 1945. Mientras, que se ha establecido en el derecho internacional convencional con el Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 8 *bis*.

El restablecimiento de la paz global, el fin de la agresión contra Ucrania y el cese de una amenaza de una guerra mundial requiere que Rusia respete los principios establecidos en la Carta de la ONU y en la *Declaración sobre las Relaciones de Amistad entre los Estados* proclamados en la Resolución 2625 del 24 de octubre de 1970 de la Asamblea General de la ONU.

La guerra de agresión e invasión de Rusia contra Ucrania se inició el 26 de febrero del 2014 y prosigue hasta la actualidad. En parte de los territorios ucranianos ocupados, Rusia ha proclamado la anexión de Crimea y creado los Estados títere de Donetsk y Luhansk. Estos son actos que quebrantan el derecho internacional y que la comunidad internacional representada por la Asamblea General de las Naciones Unidas rechaza.

Por la guerra de agresión contra Ucrania, Rusia ha incurrido en responsabilidad internacional del Estado por violación de tratados internacionales. Mientras, por la misma guerra de agresión Vladimir Putin ha incurrido en responsabilidad penal internacional individual por cometer crímenes de agresión sea bajo el derecho internacional consuetudinario o el derecho internacional convencional. Alexandr Lukashenko, dictador de Bielorrusia, también ha incurrido en responsabilidad penal individual por complicidad en la guerra de invasión de Ucrania.

Respecto de los alegatos esgrimidos por el gobierno de Putin, como justificación a la invasión de Ucrania, debemos recordar que estos no tienen ningún fundamento en el derecho internacional. Alguien comentó que no se trata de la guerra de Rusia contra el mundo, sino de la guerra de Putin contra el Derecho Internacional.

ANEXO:

**RESOLUCION DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU
AGRESION CONTRA UCRANIA (2 DE MARZO DEL 2022)**

Resolución aprobada por la Asamblea General el 2 de marzo de 2022

ES-11/1. Agresión contra Ucrania

La Asamblea General,

Reafirmando la importancia fundamental de la Carta de las Naciones Unidas en la promoción del estado de derecho entre las naciones,

Recordando la obligación que incumbe a todos los Estados, con arreglo al Artículo 2 de la Carta, de abstenerse en sus relaciones internacionales de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas, y de arreglar sus controversias internacionales por medios pacíficos,

Recordando también la obligación prevista en el Artículo 2, párrafo 2, de la Carta, según la cual todos los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta,

Tomando nota de la resolución 2623 (2022) del Consejo de Seguridad, de 27 de febrero de 2022, en la que el Consejo convocó un período extraordinario de sesiones de emergencia de la Asamblea General para examinar la cuestión que figura en el documento S/Agenda/8979,

Recordando la resolución 377 A (V) de la Asamblea General, de 3 de noviembre de 1950, titulada “Unión pro paz”, y teniendo en cuenta que la falta de unanimidad entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad en su 8979ª sesión ha impedido al Consejo ejercer su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales,

Recordando también su resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, en la que aprobó la Declaración sobre los Principios de Derecho

Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, y reafirmando los principios que figuran en ella de que el territorio de un Estado no será objeto de adquisición por otro Estado derivada de la amenaza o el uso de la fuerza, y que todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un Estado o país o su independencia política es incompatible con los propósitos y principios de la Carta,

Recordando además su resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, en la que se define la agresión como el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta,

Teniendo presente la importancia de mantener y fortalecer la paz internacional basada en la libertad, la igualdad, la justicia y el respeto de los derechos humanos y de fomentar las relaciones de amistad entre las naciones, independientemente de las diferencias existentes entre sus sistemas políticos, económicos y sociales o sus niveles de desarrollo,

Recordando el Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, firmada en Helsinki el 1 de agosto de 1975, y el Memorando de Garantías de Seguridad en Relación con la Adhesión de Ucrania al Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (Memorando de Budapest), de 5 de diciembre de 1994,

Condenando la declaración hecha por la Federación de Rusia el 24 de febrero de 2022 de una “operación militar especial” en Ucrania,

Reafirmando que no se reconocerá como legal ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o el uso de la fuerza,

Expresando grave preocupación por los informes de ataques contra instalaciones civiles como residencias, escuelas y hospitales, y por las bajas civiles, en particular las de mujeres, personas mayores, personas con discapacidad y niños y niñas,

Reconociendo que las operaciones militares de la Federación de Rusia dentro del territorio soberano de Ucrania son de una magnitud que la

comunidad internacional no ha visto en Europa desde hace décadas y que se necesita una acción urgente para salvar a esta generación del flagelo de la guerra,

Haciendo suya la declaración del Secretario General de 24 de febrero de 2022 en la que recordó que el uso de la fuerza por parte de un país contra otro es la negación de los principios que todos los países se han comprometido a defender y que la actual ofensiva militar de la Federación de Rusia es contraria a la Carta,

Condenando la decisión de la Federación de Rusia de elevar el nivel de disponibilidad operacional de sus fuerzas nucleares,

Expresando grave preocupación por el deterioro de la situación humanitaria en Ucrania y sus alrededores, donde hay un número creciente de desplazados internos y refugiados que necesitan ayuda humanitaria,

Expresando preocupación también por las posibles repercusiones del conflicto en el aumento de la inseguridad alimentaria en todo el mundo, al ser Ucrania y la región una de las zonas más importantes del mundo en cuanto a las exportaciones de cereales y productos agrícolas, cuando millones de personas se enfrentan a una situación de hambruna, corren un riesgo inmediato de hambruna o experimentan inseguridad alimentaria grave en varias regiones del mundo, así como en la seguridad energética,

Acogiendo con beneplácito los continuos esfuerzos del Secretario General y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y otras organizaciones internacionales y regionales por contribuir a la distensión de la situación con respecto a Ucrania, y alentando la continuación del diálogo,

1. Reafirma su compromiso con la soberanía, la independencia, la unidad y la integridad territorial de Ucrania dentro de sus fronteras reconocidas internacionalmente, que se extienden a sus aguas territoriales;
2. Deplora en los términos más enérgicos la agresión cometida por la Federación de Rusia contra Ucrania, en contravención del Artículo 2 párrafo 4 de la Carta;

3. Exige que la Federación de Rusia ponga fin de inmediato al uso de la fuerza contra Ucrania y se abstenga de recurrir a cualquier otra forma ilícita de amenaza o uso de la fuerza contra cualquier otro Estado Miembro;
4. Exige también que la Federación de Rusia retire de inmediato, por completo y sin condiciones todas sus fuerzas militares del territorio de Ucrania dentro de sus fronteras reconocidas internacionalmente;
5. Deplora la decisión relativa al estatuto de determinadas zonas de las regiones ucranianas de Donetsk y Luhansk adoptada por la Federación de Rusia el 21 de febrero de 2022, que constituye una violación de la integridad territorial y la soberanía de Ucrania y es incompatible con los principios de la Carta;
6. Exige que la Federación de Rusia revierta de inmediato y sin condiciones la decisión relativa al estatuto de determinadas zonas de las regiones ucranianas de Donetsk y Luhansk;
7. Exhorta a la Federación de Rusia a que respete los principios establecidos en la Carta y en la Declaración sobre las Relaciones de Amistad;
8. Exhorta a las partes a que cumplan los acuerdos de Minsk y lleven a cabo en los marcos internacionales pertinentes, incluidos el formato de Normandía y el Grupo de Contacto Trilateral, una labor constructiva que conduzca a su plena aplicación;
9. Exige a todas las partes que permitan el paso seguro y sin restricciones a destinos fuera de Ucrania y que faciliten el acceso rápido, seguro y sin trabas de la asistencia humanitaria a quienes la necesitan en Ucrania, que protejan a la población civil, incluido el personal humanitario y las personas en situaciones de vulnerabilidad, como las mujeres, las personas mayores, las personas con discapacidad, los pueblos indígenas, los migrantes y los niños y las niñas, y que respeten los derechos humanos;
10. Deplora la participación de Belarús en este uso ilícito de la fuerza contra Ucrania y exhorta al país a que cumpla sus obligaciones internacionales;

11. Condena todas las violaciones del derecho internacional humanitario y las violaciones y los abusos de los derechos humanos, y exhorta a todas las partes a que respeten estrictamente las disposiciones pertinentes del derecho internacional humanitario, incluidos los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I, de 1977, según proceda, y a que respeten el derecho internacional de los derechos humanos, y, a este respecto, exige además que todas las partes garanticen el respeto y la protección de todo el personal médico y humanitario dedicado exclusivamente a funciones médicas, sus medios de transporte y su equipo, así como de los hospitales y otras instalaciones sanitarias;
12. Exige que todas las partes cumplan plenamente sus obligaciones en virtud del derecho internacional humanitario de no causar daño a la población civil ni los bienes de carácter civil, absteniéndose de atacar, destruir, sustraer o inutilizar bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, y respetando y protegiendo al personal humanitario y los envíos utilizados para las operaciones de socorro humanitario;
13. Solicita al Coordinador del Socorro de Emergencia que presente, 30 días después de que se haya aprobado la presente resolución, un informe sobre la situación humanitaria en Ucrania y sobre la respuesta humanitaria;
14. Insta a la inmediata solución pacífica del conflicto entre la Federación de Rusia y Ucrania mediante el diálogo político, las negociaciones, la mediación y otros medios pacíficos;
15. Acoge con beneplácito los continuos esfuerzos del Secretario General, los Estados Miembros, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y otras organizaciones internacionales y regionales por contribuir a la distensión de la situación actual, así como los esfuerzos de las Naciones Unidas, en particular del Coordinador de las Naciones Unidas para la Crisis en Ucrania, y de las organizaciones humanitarias por responder a la crisis humanitaria y de refugiados a que ha dado lugar la agresión cometida por la Federación de Rusia, e insta a que prosigan dichos esfuerzos;

16. Decide suspender temporalmente su undécimo período extraordinario de sesiones de emergencia y autorizar a su Presidencia a que lo reanude cuando lo soliciten los Estados Miembros.

1ª. sesión plenaria
2 de marzo de 2022

INTERNATIONAL COURTS AND ATROCITIES IN THE XXI CENTURY

CORTES INTERNACIONALES Y ATROCIDADES EN EL SIGLO XXI

*Juan Pablo Pérez-León Acevedo**

ABSTRACT

Mass atrocities perpetrated in the last years of the last century and those committed in the XXI century have received major attention from a wide arrange of actors. Indeed, these serious violations of human rights and international humanitarian law, which are constitutive of international crimes, have led to cases before supranational courts. The law and/or practice of international courts within their respective specific mandates demonstrate that there is an increasing international judicial engagement with rendering justice in scenarios of mass atrocities. In this context, the main research question addressed in this article is to identify some of the main contributions of international courts in mass atrocity cases in the XXI century. In this context, three supranational courts are taken into account:

* Researcher and lecturer, Faculty of Humanities and Social Sciences, University of Jyväskylä, Finland. Affiliated/visiting researcher, PluriCourts, Faculty of Law, University of Oslo, Norway. Visiting professor (*profesor visitante*), Universidad Tecnológica del Perú. Doctoral degree (Abo Akademi University, Finland); Master of laws (Columbia University, United States); Professional title of lawyer and bachelor of laws (Pontifical Catholic University of Peru).

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

the International Court of Justice, the International Criminal Court, and the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: International Court of Justice, International Criminal Court, Inter-American Court of Human Rights, atrocities, XXI century, serious violations of human rights and international humanitarian law, international crimes.

RESUMEN

Las atrocidades masivas perpetradas en los últimos años del siglo pasado y las cometidas en el siglo XXI han recibido gran atención por parte de una amplia variedad de actores. En efecto, estas violaciones serias de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, que constituyen crímenes internacionales, han originado casos ante cortes supranacionales. La ley y/o la práctica de estas cortes dentro de sus respectivos mandatos específicos demuestran que existe un creciente compromiso judicial internacional con la impartición de justicia en escenarios de atrocidades masivas. En este contexto, la principal pregunta de investigación que aborda este artículo es identificar algunas de las principales contribuciones de las cortes internacionales en casos de atrocidades masivas en el siglo XXI. Para esta finalidad, se tienen en cuenta tres cortes supranacionales: la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras claves: Corte Internacional de Justicia, Corte Criminal Internacional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, atrocidades, siglo XXI, graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, crímenes internacionales.

.

1. INTRODUCTION

Mass atrocities committed in the last years of the last century and those perpetrated in the XXI century have received major attention from a wide arrange of actors worldwide. In turn, these serious violations of human rights and international humanitarian law, which are constitutive of international crimes, have been litigated before supranational courts. The law and/or practice of international courts within their respective specific mandates show that there is an increasing international judicial engagement with the provision of justice in mass atrocity scenarios. This is illustrated by the ongoing crisis resulting from the Russian invasion of Ukraine, leading to supranational judicial proceedings.

Against such a background, the main research question addressed by this article is to identify *some* of the main contributions of international courts in mass atrocity cases in the XXI century. In order to deepen the analysis, three fundamental courts are selected. First, the International Court of Justice (ICJ), which is the main judicial body of the United Nations (UN) (see UN Charter, articles 92-96). During the XXI century, the ICJ has increasingly decided on cases involving mass atrocities in inter-state litigation. Second, the International Criminal Court (ICC), which was created in 1998 through the adoption of the Rome Statute of the ICC. The ICC Statute, however, only became effective on 1 July 2002 and the ICC started its operations in 2003. The ICC determines individual criminal responsibility for international crimes under its jurisdiction (see ICC Statute, articles 5-8*bis* and 25). Finally, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), which is the regional human rights court that can determine state responsibility for violations of the American Convention on Human Rights and other inter-American human rights treaties and order reparations for victims (see American Convention on Human Rights, articles 63 and 66-69). In the XXI century, the IACtHR has continued and largely expanded its robust jurisprudence on mass atrocities.

In order to unpack the main research question, the present article consists of three main sections: one per each of the three courts selected. Accordingly, section 2 corresponds to the ICJ. In turn, section 3 examines the ICC. Then, section 4 analyzes the IACtHR. In each of these sections, the

focus is the identification of the contributions of these supranational courts in mass atrocity cases, in particular their practice. Some attention is also drawn to criticism and challenges faced by these judicial institutions. The article finalizes with a general conclusion.

2. THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

As the “generalist” international court by excellence, the ICJ may eventually exercise its jurisdiction and provide important jurisprudential contributions to diverse areas of public international law (see, e.g., Chetail, 2003; Viñuales, 2008; Simma, 2012). During the previous century, however, the ICJ’s jurisprudence was mainly focused on territorial and maritime disputes between states (see, e.g., *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, 1992). The docket of the ICJ’s jurisprudence during the XXI century still and understandably has an important quota of these disputes and related case law (see, e.g., *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, 2014).

Yet, the XXI century has witnessed an increase in the number of ICJ cases and proceedings that concern serious violations of human rights and/or international humanitarian law. Such a trend arguably corresponds to what has been called to be a process of progressive humanization of public international law (see, e.g., Cançado Trindade, 2010). Indeed, this has been reflected in both the advisory jurisdiction and contentious jurisdiction of the ICJ. As for the former, the ICJ rendered its advisory opinion in *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (2004), where the ICJ *inter alia* referred to the existence of serious violations of human rights and grave breaches of international humanitarian law committed in the occupied Palestinian territories. Moreover, the said advisory opinion marked the first time that the ICJ explicitly invoked findings of the UN Human Rights Committee (*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 2004, paras. 109-110), which is the body that monitors the fulfillment of obligations of States Parties to the International Covenant on Civil and Political Rights.

In any event, the ICJ's growing shift towards the more "human" side of international law has been more clearly displayed in its contentious jurisdiction in inter-state litigation. During this century, the ICJ has increasingly rendered important jurisprudence on and/or has managed proceedings related to the determination of state responsibility and/or related remedies in cases of serious violations of human rights and/or international humanitarian law, constitutive of international crimes. These contentious jurisdiction cases have included:

- i) *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)* (2002);
- ii) *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (2007);
- iii) *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (2012);
- iv) *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)* (2015);
- v) *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (pending case); and
- vi) *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)* (pending case).

The first important point to remark on is that the ICJ has clarified the standard applicable to the attribution of an internationally wrongful act to a state in the international law of state responsibility. In other words, one of the constitutive elements of state responsibility for internationally wrongful acts (see International Law Commission, 2001, article 2). In *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (1986), the ICJ originally developed the so-called effective or strict control criterion to attribute violations of international law to a specific state for the determination of state responsibility:

“The Court has taken the view [...] that United States participation, even if preponderant or decisive, in the financing, organizing, training, supplying and equipping of the contras, the selection of its military or paramilitary targets, and the planning of the whole of its operation, is still insufficient in itself, on the basis of the evidence in the possession of the Court, for the purpose of attributing to the United States the acts committed by the contras in the course of their military or paramilitary operations in Nicaragua. All the forms of United States participation mentioned above, and even the general control by the respondent State over a force with a high degree of dependency on it, would not in themselves mean, without further evidence, that the United States directed or enforced the perpetration of the acts contrary to human rights and humanitarian law alleged by the applicant State. Such acts could well be committed by members of the contras without the control of the United States. For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed”. (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (1986), para. 115).

Nevertheless, the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), which had jurisdiction over international crimes committed in the former Yugoslavia during the 90s, adopted a different standard in 1999, namely, the overall control criterion:

“In order to attribute the acts of a military or paramilitary group to a State, it must be proved that the State wields overall control over the group, not only by equipping and financing the group, but also by coordinating or helping in the general planning of its military activity. Only then can the State be held internationally accountable for any misconduct of the group. However, it is not necessary that, in addition, the State should also issue, either to the head or to members of the group, instructions for the commission of specific acts contrary to international law”. (*Prosecutor v. Tadić*, 1999, para. 131).

In a good deal of the first decade of the current century, there was some misunderstanding or confusion about whether these two criteria addressed the same issue, namely, the attribution of an internationally wrongful act to

a state for determination of its responsibility, which would certainly reflect or exemplify the fragmentation of international law and its institutions. Nevertheless, most (if not all) of this confusion was laid to rest by the ICJ itself in *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (2007). The ICJ clearly stated that while the strict control criterion applies to the determination of state responsibility for internationally wrongful acts, the less demanding overall control standard corresponds to the degree of state involvement to internationalize an armed conflict:

“[...] the Court observes that the ICTY was not called upon in the *Tadic* case, nor is it in general called upon, to rule on questions of State responsibility, since its jurisdiction is criminal and extends over persons only. Thus, in that Judgment the Tribunal addressed an issue which was not indispensable for the exercise of its jurisdiction [...]

[...] Insofar as the “overall control” test is employed to determine whether or not an armed conflict is international, which was the sole question which the Appeals Chamber was called upon to decide, it may well be that the test is applicable and suitable.

[...] a State’s responsibility can be incurred for acts committed by persons or groups of persons — neither State organs nor to be equated with such organs — only if, assuming those acts to be internationally wrongful, they are attributable to it [...] This is so where an organ of the State gave the instructions or provided the direction pursuant to which the perpetrators of the wrongful act acted or where it exercised effective control over the action during which the wrong was committed”. (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, 2007, paras. 403-404, 406).

A second important ground in which the ICJ has made meaningful contributions to the legal field of atrocities is the determination of state obligations to investigate, prosecute, try, and sanction those individuals suspects or accused of international crimes regardless of the nationality of the perpetrator or the location of the crime, namely, the exercise of universal jurisdiction. In the dawn of the XXI century, the ICJ had the opportunity to clarify what was and arguably still is the state-of-the-art international law in

cases involving the exercise of national jurisdiction on universal jurisdiction grounds over a sitting senior foreign official who holds immunities but is accused of international crimes. In the context of this (apparent) conflict between the national prosecution of international crimes and the international law principle of respect of immunities of sitting senior officers, the ICJ in *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)* (2002) summarized the situation under customary international law as follows:

“[...] the immunities enjoyed under international law by an incumbent or former Minister for Foreign Affairs do not represent a bar to criminal prosecution in certain circumstances.

First, such persons enjoy no criminal immunity under international law in their own countries, and may thus be tried by those countries' courts in accordance with the relevant rules of domestic law.

Secondly, they will cease to enjoy immunity from foreign jurisdiction if the State which they represent or have represented decides to waive that immunity.

Thirdly, after a person ceases to hold the office of Minister for Foreign Affairs, he or she will no longer enjoy all of the immunities accorded by international law in other States. Provided that it has jurisdiction under international law, a court of one State may try a former Minister for Foreign Affairs of another State in respect of acts committed prior or subsequent to his or her period of office, as well as in respect of acts committed during that period of office in a private capacity.

Fourthly, an incumbent or former Minister for Foreign Affairs may be subject to criminal proceedings before certain international criminal courts, where they have jurisdiction. Examples include the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, and the International Criminal Tribunal for Rwanda [...], and the [...] International Criminal Court [...]”. (*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, para. 61).

Despite the powerful dissenting opinion of ICJ Judge ad hoc Christine Van den Wyngaert (*Dissenting opinion of Judge ad hoc Van den Wyngaert*, 2002) and some critical commentaries (see, e.g., Wirth, 2002), this decision

has had overall an important impact (see, e.g., Wouters and De Smet, 2003, p. 15). More recently, the ICJ has examined the international obligations held by states to exercise jurisdiction over a suspect of international crimes on *inter alia* universal jurisdiction grounds or to extradite him/her to a requesting state. This took place in *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (2012). This case involved the presence of the former Chadian dictator Hissène Habré in Senegal and the need for Senegal to exercise jurisdiction or extradite him/her to another state in accordance with Senegal's obligations as a state party to the UN Convention against Torture: Habré was accused of the commission of *inter alia* widespread and systematic torture during his term as a dictator in Chad. In this regard, the ICJ *inter alia* established that:

“[...] it notes that the performance by the State of its obligation to establish the universal jurisdiction of its courts over the crime of torture is a necessary condition for enabling a preliminary inquiry (Article 6, paragraph 2), and for submitting the case to its competent authorities for the purpose of prosecution (Article 7, paragraph 1). The purpose of all these obligations is to enable proceedings to be brought against the suspect, in the absence of his extradition, and to achieve the object and purpose of the Convention, which is to make more effective the struggle against torture by avoiding impunity for the perpetrators of such acts”. (*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, 2012, para. 74).

A third point to remark from ICJ proceedings related to atrocities committed in this century is, whether and to what extent, the international community and in particular its member states can remain inactive in the face of atrocities committed in other states. This issue is illustrated by the ongoing case *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*. It was brought by the Gambia under the Genocide Convention to which Myanmar is a state party (see *ibid.*, 2020), in particular, the ICJ's contentious jurisdiction clause contained in article IX of the Genocide Convention reads as follows: “Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfillment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or

for any of the other acts enumerated in article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of any of the parties to the dispute". This case importantly shows that inter-state litigation concerning atrocities may and should be triggered by any state provided that, certainly, the alleged responsible state has recognized the ICJ's contentious jurisdiction. Moreover, this ongoing case arguably demonstrates that the protection of victims of atrocities involves or should involve all the states rather than only the state(s) that may be directly affected. Indeed, article 48 ("Invocation of responsibility by a State other than an injured State") of the International Law Commission's Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA) lays down that: "1. Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if: (a) the obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group; or (b) the obligation breached is owed to the international community as a whole".

A fourth point to highlight is the increasing judicial cross-fertilization identified in the ICJ's case law on atrocities. Such a trend can be considered one of the most distinctive features of the said jurisprudence during this century. This is actually justified because the same atrocities may lead to both international state responsibility and individual criminal liability. Article 58 of the ARSIWA establishes that: "These articles are without prejudice to any question of the individual responsibility under international law of any person acting on behalf of a State". Thus, the ICJ in *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* and *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* has respectively invoked findings of the ICTY and the ICC. Concerning the ICJ cases on the Genocide Convention, the ICTY's jurisprudence has also been particularly useful for the ICJ in terms of the definition of the legal elements of the crime of genocide as such. Furthermore, judicial cross-fertilization in atrocity cases in the XXI century at the ICJ has not been restricted to references to the jurisprudence of other supranational courts but it has also included references to the case law of quasi-judicial international bodies. This is illustrated in, for example, *Questions relating to the Obligation to*

Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal) in which the Court invoked case law of the UN Committee against Torture (see para. 101).

A fifth point to highlight is the ICJ's emerging compensation/reparation jurisprudence in cases involving serious violations of human rights and humanitarian law, which was non-existent in the XX century. While the compensation judgment in *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* (2012) was the first time in which the ICJ ordered compensation against a state for violations of human rights of an individual (Mr. Diallo), it is in the recent reparations judgment in *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* (2022) where the ICJ ordered compensation against a state for several and serious violations of human rights and humanitarian law against large numbers of victims. This emerging jurisprudence on compensation to redress harm as a result of atrocities is a welcome and indeed necessary development. Moreover, scholars have increasingly paid attention to the law and practice of the ICJ on the said issue (see, e.g., McCarthy, 2020), which precisely began this century.

It has therefore been illustrated how the ICJ has meaningfully engaged with a series of matters concerning justice for atrocities leading to important developments during the last two decades. Furthermore, the following points should be mentioned. First, the ICJ's engagement with settling inter-state disputes and construing related jurisprudence on atrocities is particularly pressing and indeed necessary in those regions where there is no regional human rights court that can establish state responsibility for gross abuses. Already two decades into the XXI century, Asia and Oceania lack regional human rights courts and there is no clear indication that this situation would substantially change in the near future. Although some scholars have proposed the advisability of or the need for a UN/international human rights court (see Kozma, Nowak, and Scheinin, 2010; Nowak, 2018), the prospects for the materialization of such a project do not seem to be realistic in years to come. In this scenario, the ICJ to some extent and within its jurisdictional constraints may act as a sort of international "human rights" court.

Second, in terms of legitimacy and effectiveness, the ICJ's handling of cases on atrocities may potentially have comparative advantages *vis-à-*

vis other supranational courts. The ICJ's jurisprudence as the UN's main judicial body and embedded in the UN Charter arguably carries an aura of legitimacy and scope that is not necessarily present in regional (human rights) courts or courts created via much more recent multilateral treaties such as the ICC. Also, the ICJ may rely on the UN Security Council and the UN General Assembly to enforce its decisions or (at least) to put UN pressure (normally heavier than that of regional organizations) on states that defy the international rule of law by not observing the ICJ's binding decisions. Article 94(2) of the UN Charter establishes that: "If any party to a case fails to perform the obligations incumbent upon it under a judgment rendered by the Court, the other party may have recourse to the Security Council, which may, if it deems necessary, make recommendations or decide upon measures to be taken to give effect to the judgment".

Third, the ICJ's jurisprudence can have an important impact on the case law of other supranational courts and even the existence of some supranational mechanisms. The process of creation (2013) and later jurisprudence of the Extraordinary African Chambers in the Senegalese Courts, which convicted the former Chadian dictator Habré, exemplifies this. A key ground for establishing this hybrid criminal court (via an agreement between the African Union and Senegal) was precisely the ICJ's substantive and procedural law findings in *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*. The Extraordinary African Chambers (2016-2017) referred to *inter alia* the ICJ's jurisprudence in connection with the establishment of this hybrid criminal court (see *Le Procureur Général c. Habré*, 2016; *Le Procureur Général c. Habré*, 2017). More generally, supranational bodies within their respective mandates have paid close attention to and have invoked the ICJ's jurisprudence concerning crucial categories of international law such as the attribution of state responsibility in atrocity cases. Furthermore, supranational courts have invoked ICJ's findings where both the ICJ and another international court have exercised their respective jurisdictions over the same or overlapping contexts (the ICC in *Prosecutor v. Lubanga*, *Prosecutor v. Katanga*, and *Prosecutor v. Ntaganda*).

Notwithstanding the contributions of the ICJ's jurisprudence on atrocities, there are limitations and challenges. First, like other supranational

courts, the tools that the ICJ has at hand to get internationally responsible states to implement its decisions on atrocity cases are limited. This depends on several factors that exceed international law analyses. Yet, this relatively limited range of enforcement mechanisms of the ICJ and other supranational courts may negatively impact their effectiveness and legitimacy. In terms of effectiveness, authors have employed different criteria as applied to *inter alia* the ICJ such as goal-based assessments (see, e.g., Shany, 2014). In turn, other scholars have focused their analyses on the legitimacy of *inter alia* the ICJ (see, e.g., Grossman et al. (eds.), 2018).

Second, by definition, cases of mass atrocities have or should have individuals as the center of attention in international judicial proceedings. This is or should be a reflection of the increasing and progressive recognition of the human being as a proper subject of international law both in an active dimension to claim rights before supranational fora or in a passive dimension to potentially be found criminally responsible for international crimes by international or hybrid criminal courts (see, e.g., Cassese, 2005, pp. 142-152). Nevertheless, the ICJ by nature and mandate is a court that decides on inter-state litigation. Such a feature is certainly necessary to peacefully settle international disputes among two or more states. On the one hand, unlike the more “traditional” kind of ICJ cases such as territorial/maritime disputes or even environmental damages, mass atrocities first and foremost violate non-derogable rights of individuals. On the other hand, this conception and design of the ICJ as only dealing with inter-state disputes may plausibly be related to a more “classical” international law that was notoriously state-centric. This pre-dated what some scholars have referred to as the process of humanization of international law (see, e.g., Cançado Trindade, 2010). Thus, even in atrocity cases at the ICJ, the individuals lack the procedural status of a party.

Finally, that the ICJ’s compensation awards can be only ordered in favor of the complainant state (against the internationally responsible state) is correct within the ICJ’s mandate and framework. However, it leads to the outcome in which the most affected subjects of international law (the ones primarily affected), who are the individuals in mass atrocity cases, are not (at least formally speaking) the beneficiaries of the said award. Thus,

the ICJ in its reparation judgment in *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* (2022) ordered compensation against Uganda (respondent state) in favor of the Democratic Republic of Congo (complainant state) although an important deal of the damages found and calculated corresponded to harm inflicted on large numbers of individuals.

3. THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

By definition, the ICC is a judicial institution specialized in dealing with atrocities. Although the Rome Statute of the ICC was adopted in 1998, this multilateral treaty came into force on 1 July 2002 and the ICC has been operative since 2003. Thus, the ICC can be considered as a XXI century institution that delivers justice for atrocities at a global or international level.

An important contribution of the ICC as an institution is that the ICC Statute has meant the multilateral codification of substantive and procedural international criminal law and, crucially, the ICC has developed related jurisprudence in over 15 years now. In terms of the law of international crimes over which the ICC has jurisdiction (genocide, crimes against humanity, war crimes, and the crime of aggression), the ICC consolidates and expands the law and practice of previous international criminal tribunals as well as relevant customary and treaty international law sources (see, e.g., Cassese, 2103, pp. 105-108).

Concerning procedural criminal law, the ICC's procedural law and practice constitute a *sui generis* or mixed system that results from the amalgamation of the two major legal traditions and their respective procedural defining typologies, namely the common law tradition/adversarial system and the civil law tradition/inquisitorial system (see, e.g., Zappala, 2013, pp. 49-52). Moreover, the ICC Statute as complemented by the ICC Rules of Procedure and Evidence provides a very comprehensive regulation of the rights of the suspects (ICC Statute, article 55), the rights of the accused (ICC Statute, article 67), and the protection of the witnesses (ICC Statute, article 68). There is important related practice which has been studied by

authors (see, e.g., Schabas and McDermott, 2016, pp.1650-1680; Pérez-León-Acevedo, 2014, pp. 487-523).

In terms of its jurisprudence, the ICC has built on previous international criminal law sources and fleshed them out in a diverse range of matters, including among others:

- i) war crimes of enlistment, recruitment, and direct use of child soldiers in hostilities (e.g., *Prosecutor v. Lubanga*, 2012; *Prosecutor v. Katanga*, 2014; *Prosecutor v. Ongwen*, 2021);
- ii) war crimes of intentional destruction of historical and religious buildings and monuments (*Prosecutor v. Al Mahdi*, 2016);
- iii) discussion of the chapeaux or contextual legal elements of crimes against humanity (e.g., *Prosecutor v. Katanga*, 2014);
- iv) crimes against humanity of deportation and persecution (*Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, 2019);
- v) discussion of the legal elements of the crime of genocide (*Prosecutor v. Al Bashir*, 2009);
- vi) discussion of the legal elements of sexual violence crimes (e.g., *Prosecutor v. Bemba*, 2016);
- vii) adoption of the doctrine of control over an apparatus of power for attribution of individual criminal responsibility to senior leaders (e.g., *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, 2008);
- viii) development of the doctrine of command or superior responsibility (e.g., *Prosecutor v. Bemba*, 2016);
- ix) the relationship between domestic amnesties and the admissibility of cases at the ICC (e.g., *Prosecutor v. Gaddafi*, 2020);
- x) analysis of the immunities of a sitting head of a state versus state obligations to prosecute international crimes (*Prosecutor v. Al Bashir*, 2009); and

- xi) discussion of mental illness and duress as potential grounds for exoneration of individual criminal liability (*Prosecutor v. Ongwen*, 2021).

A second important feature and contribution of the ICC is its relationship with domestic jurisdictions. Unlike previous international criminal tribunals such as the ICTY and ICTR, the relationship between the ICC and national jurisdiction is of complementarity rather than primacy (see International Law Association, 2018, p. 1). The so-called principle of complementarity of the ICC *vis-à-vis* domestic jurisdictions is contained in article 17 of the ICC Statute which *inter alia* lays down that: “1. [...] the Court shall determine that a case is inadmissible where: (a) The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is *unwilling* or *unable genuinely* to carry out the investigation or prosecution [emphasis added]”.

Moreover, both inside and outside the ICC, diverse actors have considered that domestic accountability needs to be promoted in a direct manner, which has been known as “positive complementarity” (see International Law Association, 2018, p. 4). Indeed, the ICC’s Office of the Prosecutor originally adopted the positive complementarity approach in order to encourage states to undertake proceedings concerning investigation, prosecution, and trials of international crimes (see ICC’s Office of the Prosecutor, 2006) as well as providing assistance for this (see International Law Association, 2018, p. 4). Although the ICC’s Assembly of States Parties later endorsed positive complementarity, it emphasized that states should be the ones assisting each other (see ICC’s Assembly of States Parties, 2010). Thus, the principle of complementarity developed in the law and practice of the ICC has been overall considered to be a catalyst for the compliance of international criminal law around the world (see De Vos, 2020).

A third important contribution of the law and practice of the ICC is the status of victims of atrocities in international (criminal) law. At other international criminal tribunals that preceded the ICC, the procedural role of victims was limited to that of mere witnesses. Nevertheless, article 68(3) of the ICC Statute explicitly recognizes that:

“Where the personal interests of the victims are affected, the Court shall permit their views and concerns to be presented and considered at stages of the proceedings determined to be appropriate by the Court and in a manner which is not prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial. Such views and concerns may be presented by the legal representatives of the victims where the Court considers it appropriate, in accordance with the Rules of Procedure and Evidence”.

This means that victims can be participants to express their own views and concerns and not only be witnesses that render testimony upon the call of one of the parties (normally the Prosecutor). Moreover, in the post-conviction reparation stage, victims are properly speaking parties to the reparation proceedings and, thus, can claim reparations against the convicted person to redress the harm inflicted on them (see *Prosecutor v. Lubanga*, 2012, para. 67; Pérez-León-Acevedo, 2014, pp. 678-693; Safferling and Petrossian, 2021, p. 269). Under, Article 75(2) (“Reparations to victims”) of the ICC Statute: “The Court may make an order directly against a convicted person specifying appropriate reparations to, or in respect of, victims, including restitution, compensation and rehabilitation”. As examined by diverse authors (see, e.g., Pena and Carayon, 2013), the procedural status of victims of mass atrocities as participants and reparation claimants at the ICC adds an important restorative justice dimension to criminal proceedings which are primarily driven by retributive and deterrent justice paradigms.

A fourth aspect to consider is the impact of the ICC’s law and practice on the jurisprudence of diverse supranational courts. In terms of both substantive and procedural law, the ICC law has been taken into account to a larger or lesser extent when the instruments of hybrid criminal courts such as the Extraordinary African Chambers in the Senegalese Courts, the Special Tribunal for Lebanon, and the Special Central-African Republic Chambers have been adopted in this century as well as the law of the prospective African Court of Justice and Human and Peoples’ Rights. Furthermore, the jurisprudence of the ICC has been considered by *inter alia* the ICJ (*Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, 2022) as well as international hybrid criminal tribunals such as the Extraordinary African Chambers in the Senegalese Courts (e.g., *Le*

Procureur Général c. Habré, 2016), the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (e.g., *Case 001*, 2012), and the Special Tribunal for Lebanon (e.g., *Prosecutor v. Ayyash et al.*, 2020).

Notwithstanding the ICC's important contributions to justice for mass atrocities worldwide, it has also faced several challenges and received criticism. Major global powers, namely, the United States, Russia, and China, are not parties to the ICC Statute. Indeed, they have overall shown skepticism about the ICC, even they have been hostile towards the Court. Authors have examined how global and regional powers have interacted with or opposed the ICC (see, e.g., Becker, 2010; Bais, 2016). The complex and tense relationship between the United States and the ICC illustrates this as several academics have examined (see, e.g., Rhea, 2012; Sadat and Drumbl, 2016; Robb and Patel, 2020). Fewer scholars have explored the involvement of major powers in international criminal law beyond the ICC (see, e.g., Esakov, 2017; Zhu, 2017). At a more general level, the relationship between the ICC and major powers is related to the concept of "power" and international criminal courts and tribunals, which has been studied by diverse authors (see, e.g., Bergsmo et al. (eds.), 2020).

The ICC has also been challenged by both African states as such or by the African Union, ending up in some (attempted) withdrawals or threats of withdrawals from the ICC Statute and the creation of the International Criminal Law Section within the prospective African Court of Justice and Human Peoples' Rights, which is related to claims of alleged neocolonialism levied against the ICC due to its almost exclusive focus on Africa (see, e.g., Werle et al., 2014; Ssenyonjo, 2017; Jalloh and Bantekas, 2017). Other critical remarks have to do with allegedly poor prosecutorial discretion choices, delayed or lengthy ICC proceedings, closure of ICC trials due to several evidentiary problems, limited mechanisms to enforce the ICC's decisions, and issues to fully respect the rights of the defendants at the ICC (see, *inter alia*, Cryer et al., 2019, pp. 169-171). All of this has had a negative impact on the legitimacy of the ICC among different stakeholders ranging from States Parties to the ICC Statute to victims and their communities.

4. THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

As authors have examined (see, e.g., Goldman, 2009), Latin America endured mass atrocities committed in the context of dictatorships and/or internal armed conflicts that affected several countries in South and Central America such as Chile, Argentina, Brazil, Honduras, Colombia, Peru, Nicaragua, Guatemala, El Salvador, and Uruguay mainly during the last decades of the last century. The XXI century meant the transition or continuation of transitional processes from the contexts of armed and/or dictatorial violence and saw the end of the extensively protracted armed conflict in Colombia. However, the last years have also seen an increase in serious violations of human rights in Venezuela. In this challenging regional context, a common feature that has characterized the IACtHR is its progressive jurisprudence on different substantive and procedural law matters related to mass atrocity cases, starting all the way back to its very first judgment in *Velásquez Rodríguez v. Honduras* (1987). In the first two decades of the current century, the IACtHR has developed seminal jurisprudential contributions in cases involving atrocities committed during the last century or the present one as illustrated in the following paragraphs.

During this century, the IACtHR's first fundamental jurisprudential development concerning justice for atrocities arguably took place in *Barrios Altos v. Peru* (2001) in which the IACtHR was the first supranational court that declared null and void two self-amnesty laws adopted during Fujimori's autocratic regime to block investigations and prosecutions of those suspects or accused of serious violations of human rights constitutive of international crimes. In the IACtHR's own words:

"This Court considers that all amnesty provisions, provisions on prescription and the establishment of measures designed to eliminate responsibility are inadmissible, because they are intended to prevent the investigation and punishment of those responsible for serious human rights violations such as torture, extrajudicial, summary or arbitrary execution and forced disappearance, all of them prohibited because they violate non-derogable rights recognized by international human rights law". (*Barrios Altos v. Peru*, 2001, para. 41).

Barrios Altos v. Peru set a sort of precedent which paved the way to subsequent decisions of the IACtHR concerning amnesties or other similar exception measures such as pardons or statutes of limitations in cases of mass atrocities. The IACtHR has not explicitly declared again amnesties laws completely void since *Barrios Altos v. Peru*. Nevertheless, the IACtHR has still remained very skeptical about the compatibility of amnesties and other similar measures such as pardons and statutes of limitations with state obligations to investigate, prosecute, try, and punish serious violations of human rights. The IACtHR has generally found international state responsibility for violations of the American Convention on Human Rights and other inter-American human rights treaties as well as it has ordered reparations in favor of victims of atrocities. The amnesty/pardon jurisprudence of the IACtHR has included:

- i) *La Cantuta v. Peru* (2006), concerning the same self-amnesties laws applied in *Barrios Altos v. Peru*;
- ii) *Almonacid Arellano v. Chile* (2006) and *García Lucero et al. v. Chile* (2013), concerning blanket amnesty laws adopted during the Pinochet's dictatorship;
- iii) *Gomes Lund et al. ("Guerrilha do Araguaia") v. Brazil* (2010), regarding amnesty legislation adopted during the Brazilian dictatorship; and
- iv) *Gelman v. Uruguay* (2011), regarding amnesty legislation applicable to atrocities committed during the Uruguayan dictatorship.

In the last decade, the IACtHR arguably has to some extent relaxed or nuanced its strict approach to amnesties provided that *inter alia* they are necessary to transition towards peace and democratic regimes rather than be used as impunity instruments (see, e.g., *El Mozote and surrounding areas v. El Salvador*, Concurring Opinion of Judge Diego García-Sayán, 2012). Indeed, the IACtHR has seemingly expanded the margin of state discretion when national authorities have to decide on the compatibility of amnesties with international state obligations as long as domestic authorities closely follow the IACtHR's jurisprudence and guidelines (see *Barrios Altos and La Cantuta v. Peru*, 2018).

Some scholars have critically referred to the IACtHR's approach to amnesties and pardons as being interventionist or exercising excessive control (see, e.g., Contesse, 2019), especially when amnesties are adopted by democratic regimes following referenda as happened in *Gelman v. Uruguay* (see, Gargarella, 2013; Gargarella, 2015). In this context, some scholarship has positively evaluated the more nuanced or calibrated approaches to amnesties and pardons adopted by the IACtHR in recent years (see, Contesse, 2019; Cornejo Chavez, Pérez-León-Acevedo, and Garcia-Godos, 2019, 348; Pérez-León-Acevedo, 2020, 685).

Be that as it may, authors have overall welcomed the IACtHR's jurisprudence on amnesties and pardons (see Binder, 2011; Mallinder, 2016). Furthermore, the IACtHR's case law on amnesties and pardons has proven to be very influential and it has been well received by a number of (the) high(est) national courts across Latin America, with some exceptions (see Mallinder, 2016).

A second important element is how the IACtHR has conceived the relationship between supranational courts such as the IACtHR and domestic systems (principle of subsidiarity) and, more generally, the relationship between international human rights law and domestic law in mass atrocity cases and the IACtHR's jurisprudence in general. In this regard, the IACtHR has developed its control of conventionality doctrine, in particular during the XXI century. In *Almonacid Arellano v. Chile* (2006), which concerned amnesties for serious violations of human rights committed during Pinochet's dictatorial regime, the IACtHR indeed explicitly crafted the control of conventionality in the following terms:

"The Court is aware that domestic judges and courts are bound to respect the rule of law, and therefore, they are bound to apply the provisions in force within the legal system. But when a State has ratified an international treaty such as the American Convention, its judges, as part of the State, are also bound by such Convention. This forces them to see that all the effects of the provisions embodied in the Convention are not adversely affected by the enforcement of laws which are contrary to its purpose and that have not had any legal effects since their inception. In other words, the Judiciary must exercise a sort of "conventionality

control” between the domestic legal provisions which are applied to specific cases and the American Convention on Human Rights. To perform this task, the Judiciary has to take into account not only the treaty, but also the interpretation thereof made by the Inter-American Court, which is the ultimate interpreter of the American Convention”. (*Almonacid Arellano v. Chile*, 2006, para. 124).

Although the control of conventionality doctrine explicitly was first formulated in a mass atrocity case, the IACtHR has applied such doctrine in its general jurisprudence. Moreover, as the IACtHR itself has later clarified, the control of conventionality is expected to be conducted not only by domestic judges but also by all national authorities (see, e.g., *Gelman v. Uruguay*, 2013, para. 66). Scholars have extensively studied the control of conventionality doctrine. Some have adopted a critical approach to it (e.g., Contesse, 2017). However, others have welcomed such doctrine (e.g., Cançado Trindade, 2001, pp. 386-387). The IACtHR’s control of conventionality doctrine, especially but not only in mass atrocity cases, differs from the approach adopted by the European Court of Human Rights.

The latter has adopted the so-called margin of appreciation or discretion doctrine, which comparatively and very broadly speaking provides more room to a state when taking its decisions (see e.g., Arai-Takahashi, 2002). Be that as it may, the IACtHR’s control of conventionality doctrine is a defining jurisprudential feature of the IACtHR mainly developed in the XXI century first in mass atrocity cases but then quickly used in the whole IACtHR’s case law. Furthermore, this doctrine has had a major impact across Latin American courts and legal systems (see generally, e.g., von Bogdandy et al., 2017).

As a third dimension in the field of mass atrocities, the remarkable contribution of the IACtHR to international jurisprudence on reparations needs to be noted. Since its early jurisprudence, which has been largely consolidated in the XXI century, the IACtHR has developed robust case law on reparations in atrocity cases. As extensively studied by authors (see, e.g., Rubio-Martin and Sandoval, 2011; Pérez-León-Acevedo, 2016), the IACtHR’s reparation jurisprudence in mass atrocity cases has been pivotal in terms of: i) expanding the scope of claimants and beneficiaries

of reparations; ii) the provision of not only individual but also collective awards; iii) criteria for the determination and calculation of material, physical, and psychological damages; and iv) the development of a series of reparation measures that go well beyond compensation to include measures such as symbolic reparations, comprehensive rehabilitation measures, and broad guarantees of non-repetition.

As a specific feature of the IACtHR's jurisprudence reparations in atrocity cases during this century, it is possible to identify a sort of judicial review or assessment of domestic reparation programs or national reparative measures when the IACtHR has to decide on the scope of beneficiaries and types of reparation measures. As some scholars have examined (see, e.g., Sandoval, 2020; Ochoa Sánchez, 2021; Salmón and Pérez-León-Acevedo, 2022, pp. 1332-1336), the IACtHR has calibrated the contents of its reparation awards depending on *inter alia* the degree of implementation of the respective domestic reparation programs or national reparation measures involving victims of atrocities (see, *inter alia*, *Operation Genesis v. Colombia*, 2013, paras. 465-471).

Last but not least, the IACtHR's atrocity jurisprudence has influenced the practice of diverse supranational courts that also deal with mass atrocities in both substantive and procedural matters in the first two decades of the XXI century. The following examples illustrate such an impact. The IACtHR's case law on amnesties and similar measures has been referred to by the European Court of Human Rights (e.g., *Lexa v. Slovakia*, 2008) and the Special Court for Sierra Leone (see *Prosecutor v. Kallon and Kamara*, 2004), a hybrid criminal tribunal established via an agreement between the UN and Sierra Leone.

In turn, the IACtHR's solid reparation jurisprudence has been invoked by the ICC (e.g., *Prosecutor v. Lubanga*, 2015) and the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (e.g., *Case 001*, 2012). On the other hand, the IACtHR's jurisprudence has relied on international humanitarian law and international criminal law sources as interpretative sources for a better application of the American Convention on Human Rights (and other inter-American human rights treaties) in mass atrocity cases (see, e.g., Pérez-León-Acevedo, 2008; Salmón, 2020).

Despite its important jurisprudence on mass atrocities, the IACtHR and the inter-American system of human rights protection as a whole have faced noticeable challenges. For different reasons, some actors and groups within the Latin American region have opposed the practice or findings of the IACtHR. Moreover, states or governments with poor democratic and human rights records have been hostile toward the IACtHR. Venezuela indeed withdrew from the IACtHR's contentious jurisdiction. At the other end of the spectrum, two of the largest democracies in the Americas, namely, the United States and Canada, are not parties to the American Convention on Human Rights and they do not recognize the IACtHR's contentious jurisdiction. Actually, out of the 35 states that are members of the Organization of American States, 23 states are parties to the American Convention, and only 20 currently recognize the IACtHR's contentious jurisdiction. All of this limits the IACtHR's scope to potentially deal with cases involving serious violations of human rights.

5. CONCLUSION

This article has arguably demonstrated that international courts have been very significant institutions that provide legal answers to mass atrocities in the XXI century. Within their respective specific mandates, the practices of the ICJ, the ICC, and the IACtHR have produced truly meaningful contributions to the development of what may be called the international law of mass atrocities in the last two decades. Despite the important challenges and limitations that these supranational judicial institutions have faced, these three courts overall speaking have proven their credentials in addressing and deciding on a number of substantive, procedural, and institutional matters related to the international law that tackles atrocities, especially in the current century. In order to continue and potentially enhance their work, it would be advisable that there is an increasing cross-fertilization and judicial dialogue among these three international courts as well as other supranational courts.

Furthermore, in those scenarios of mass atrocities that have led to proceedings before two or more of these international courts, it is advisable or arguably even necessary institutional synergies, which are somehow so far missing totally or partially. Scenarios of mass atrocities that are litigated

and examined by more than one supranational court, within the respective mandate of the court in question, have been increasing in recent years as the protracted scenario of armed conflicts in the Democratic Republic of Congo or the humanitarian crisis affecting the Rohingya people in Myanmar/Bangladesh illustrate, both of which leading to respective cases and/or decisions at the ICJ and the ICC. The Russian invasion of Ukraine has also triggered proceedings at more than one supranational court, namely, the ICJ, the ICC, and the European Court of Human Rights, within the respective mandate of each international judicial institution. Moreover, the potential creation of a special tribunal with jurisdiction over the crime of aggression related to the said Russian invasion has been proposed, sparking debate about the pros and cons of such an institutional project (see Heller, 2022; McDougall, 2022). Thus, more comprehensive and integrated approaches to the work of international courts as judicial mechanisms dealing with mass atrocities are necessary.

BIBLIOGRAPHY

- Arai-Takahashi, Y. (2002). *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Intersentia.
- Bais, D. (2016). India and the International Criminal Court. *Policy Brief Series* No. 54, Torkel Opsahl Academic EPublisher. <https://www.toaep.org/pbs-pdf/54-bais/>
- Becker, S. (2010). The objections of Larger Nations to the International Criminal Court. *Revue Internationale de Droit Pénal*, 81(1-2), 47-64.
- Bergsmo, M. et al. (Eds.). (2020). *Power in International Criminal Justice*. Torkel Opsahl Academic EPublisher.
- Binder, C. (2011). The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights. *German Law Journal*, 12(5), 1203-1229.
- Cançado Trindade, A. (2001). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile.

Cançado Trindade, A. (2010). *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*. Martinus Nijhoff Publishers.

Cassese, A. (2005). *International Law* (2nd ed.). Oxford University Press.

Cassese, A. (2013). *International Criminal Law* (3rd ed.). Oxford University Press.

Chetail, V. (2003). The Contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law. *International Review of the Red Cross*, 85, 235-269.

Contesse, J. (2017). The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: A critique of the conventionality control doctrine. *The International Journal of Human Rights*, 22(9), 1168-1191.

Contesse, J. (2019). Case of Barrios Altos and La Cantuta v. Peru. *American Journal of International Law*, 113(3), 568-574.

Cornejo Chavez, L., Pérez-León-Acevedo, J.P., and García-Godos, J. (2019). The Presidential Pardon of Fujimori: Political Struggles in Peru and the Subsidiary Role of the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Transitional Justice*, 13(2), 328-348.

Cryer, R. et al. (Eds.). (2019). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (4th ed.). Cambridge University Press.

De Vos, C. (2020). *Complementarity, Catalysts, Compliance: The International Criminal Court in Uganda, Kenya, and the Democratic Republic of Congo*. Cambridge University Press.

Esakov, G. (2017). International Criminal Law in Russia: Missed Crimes Waiting for a Revival. *Journal of International Criminal Justice*, 15(2), 371-392.

Gargarella, R. (2013). No Place for Popular Sovereignty? Democracy, Rights, and Punishment in Gelman v. Uruguay. SELA papers https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1123&context=yls_sela

Gargarella, R. (2015). The Constitutionalization of International Law in Latin America Democracy and Rights in Gelman v. Uruguay. *American Journal of International Law Unbound*, 109, 115-119.

Goldman, R. (2009). History and Action: the Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights. *Human Rights Quarterly*, 31(4), 856-887.

Grossman, N. et al. (Eds.). (2018). *Legitimacy and International Courts*. Cambridge University Press.

Heller, K. (2022, March 7). Creating a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine Is a Bad Idea. *Opinio Juris*, <https://opiniojuris.org/2022/03/07/creating-a-special-tribunal-for-aggression-against-ukraine-is-a-bad-idea/>

Jalloh, C. and Bantekas, I. (Eds.). (2017). Introduction. In C. Jalloh and I. Bantekas (Eds.), *The International Criminal Court and Africa* (pp. 1-9). Oxford University Press.

Kozma, J., Nowak, M., and Scheinin, M. (2010). *A World Court of Human Rights: consolidated draft statute and commentary*. Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Recht, Studienreihe des Ludwig Boltzmann Instituts für Menschenrechte.

Mallinder, L. (2016). The End of Amnesty or Regional Overreach?: Interpreting the Erosion of South America's Amnesty Law. *International and Comparative Law Quarterly*, 65(3), 645-680.

McCarthy, C. (2020). Reparation for Gross Violations of Human Rights Law and International Humanitarian Law at the International Court of Justice. In C. Ferstman and M. Goetz (Eds.), *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity: Systems in Place and Systems in the Making* (2nd ed.) (pp. 350-378). Brill.

McDougall, C. (2022, March 15). Why Creating a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine is the Best Available Option: A Reply to Kevin Jon Heller and Other Critics. *Opinio Juris*, <https://opiniojuris.org/2022/03/15/why-creating-a-special-tribunal-for-aggression-against-ukraine-is-the-best-available-option-a-reply-to-kevin-jon-heller-and-other-critics/>

Nowak, M. (2018). A World Court of Human Rights. In G. Oberleitner (Ed.), *International Human Rights Institutions, Tribunals, and Courts* (pp. 271-290). Springer.

Ochoa Sánchez, J. (2021). Review by the Inter-American Court of Human Rights and Domestic Reparation Programmes. *International Journal of Human Rights*, 25(6), 895-924.

Pena, M. and Carayon, G. (2013). Is the ICC Making the Most of Victim Participation?. *International Journal of Transitional Justice*, 7(3), 518-535.

Pérez-León-Acevedo, J.P. (2008). International criminal law sources in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. Some Comparative Considerations. Center for Human Rights of Nuremberg. http://www.menschenrechte.org/wp-content/uploads/2009/12/Inter_am_syst_paper.pdf

Pérez-León-Acevedo, J.P. (2014). *Victims' Status at International and Hybrid Criminal Courts: Victims' Status as Witnesses, Victim Participants / Civil Parties and Reparations Claimants*. Abo Akademi University Press.

Pérez-León-Acevedo, J.P. (2016). The Situation of Reparations in the Inter-American Human Rights System and Other International Regimes. *American Society of International Law Insights*, 20. <https://www.asil.org/insights/volume/20/issue/15/situation-reparations-inter-american-human-rights-system-analysis-and>

Pérez-León-Acevedo, J.P. (2020). The Control of the Inter-American Court of Human Rights over Amnesty Laws and Other Exemption Measures: Legitimacy Assessment. *Leiden Journal of International Law*, 33(3), 667-687.

Rhea, H. (2012). *The United States and International Criminal Tribunals*. Intersentia.

Robb, K. and Patel, S. (2020). The United States, the International Criminal Court, and Afghanistan. *International Criminal Law Review*, 20(6), 1068-1107.

Rubio-Martin, R. and Sandoval, C. (2011). Engendering the reparations jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: The promise of the Cotton Field judgment. *Human Rights Quarterly*, 33(4), 1062-1091.

Sadat, L. and Drumbl, M. (2016). The United States and the International Criminal Court: A Complicated, Uneasy, Yet at Times Engaging Relationship.

St. Louis Legal Studies Research Paper Series. <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1504&context=wlufac>

Safferling, C. and Petrossian, G. (2021). *Victims Before the International Criminal Court: Definition, Participation, Reparation*. Springer.

Salmón, E. (2014). Institutional approach between IHL and IHRL: Current Trends in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 5(1-2), 152-185.

Salmón, E. and Pérez-León Acevedo, J.P. (2022). Reparations for Victims of Grave Violations of International Humanitarian Law: New Developments. *International Review of the Red Cross*, 104, 1315-1343

Sandoval, C. (2020). International Human Rights Adjudication, Subsidiarity, and Reparation for victims of Armed Conflicts. In C. Correa et al. (Eds.), *Reparation for Victims of Armed Conflict* (179-264). Cambridge University Press.

Schabas, W. and McDermott, Y. (2016). Article 67. Rights of the Accused. In O. Triffterer and K. Ambos (Eds.). *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (3rd ed.) (pp. 1650-1680) C.H. Beck / Hart / Nomos.

Shany, Y. (2014). *Assessing the Effectiveness of International Courts*. Oxford University Press.

Simma, B. (2012). Mainstreaming Human Rights: The Contribution of the International Court of Justice. *Journal of International Dispute Settlement*, 3 (1), 7-29.

Ssenyonjo, M. (2017). African States Failed Withdrawal from the Rome Statute of the International Criminal Court: From Withdrawal Notifications to Constructive Engagement. *International Criminal Law Review*, 17(5), 749-802.

Viñuales, J. (2008). The Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Environmental Law: A Contemporary Assessment. *Fordham International Law Journal*, 32 (1), 232-258.

Von Bogdandy, A. et al. (Eds.) (2017). *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*. Oxford University Press.

Werle, G. et al. (2014). Introduction. In G. Werle et al. (Eds.) *Africa and the International Criminal Court* (pp. 1-12). Springer.

Wirth, S. (2002). Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in the Congo v. Belgium Case. *European Journal of International Law*, 13(4), 877-893.

Wouters, J. and De Smet, L. (2003). The ICJ's Judgment in the Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000: Some Critical Observations. Institute for International Law Working Paper No. 27, K.U. Leuven Faculty of Law. <https://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/working-papers/WP27ed2e.pdf>

Zappala, S. (2013). Comparative Models and the Enduring Relevance of the Accusatorial-Inquisitorial Dichotomy. In G. Sluiter et al. (Eds.). *International Criminal Procedure: Principles and Rules* (pp. 44-54). Oxford University Press.

Zhu, D. (2017). China, Crimes Against Humanity and the International Criminal Court. *Journal of International Criminal Justice*, 16(5), 1021-1041.

Jurisprudence and legal documents

European Court of Human Rights, *Lexa v. Slovakia*, Judgment, Application 54334/00, Judgment, 23 September 2008.

Extraordinary African Chambers, *Le Procureur Général c. Habré*, Arrêt, Trial Chamber, 30 May 2016.

Extraordinary African Chambers, *Le Procureur Général c. Habré*, Arrêt, Appeals Chamber, 27 April 2017.

Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, *Case 001*, Appeal Judgment, Appeals Chamber, 3 February 2012.

IACtHR, *Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Preliminary Objections. Judgment of June 26, 1987. Series C No. 1.

IACtHR, *Case of Barrios Altos v. Peru*. Merits. Judgment of March 14, 2001. Series C No. 75.

IACtHR, *Case of Almonacid Arellano et al. v. Chile*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 26, 2006. Series C No. 154.

IACtHR, *Case of La Cantuta v. Peru*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 29, 2006. Series C No. 162.

IACtHR, *Case of Gomes Lund et al. ("Guerrilha do Araguaia") v. Brazil*. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of November 24, 2010. Series C No. 219.

IACtHR, *Case Gelman v. Uruguay*. Merits and Reparations. Judgment of February 24, 2011 Series C No. 221.

IACtHR, *Case of the Massacres of El Mozote and surrounding areas v. El Salvador*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of October 25, 2012. Series C No. 252, Concurring Opinion of Judge Diego García-Sayán.

IACtHR, *Case of Gelman v. Uruguay*, Monitoring Compliance with Judgment, Order of March 20, 2013.

IACtHR, *Case of García Lucero et al. v. Chile*. Preliminary Objection, Merits and Reparations. Judgment of August 28, 2013. Series C No. 267.

IACtHR, *Case of the Afro-descendant Communities displaced from the Cacarica River Basin (Operation Genesis) v. Colombia*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 20, 2013. Series C No. 270.

IACtHR, *Case of Barrios Altos and La Cantuta v. Peru*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Supervisión de cumplimiento de sentencia – Obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar, 30 de mayo de 2018.

ICC's Assembly of States Parties, Resolution ICC-ASP/8/Res.9, adopted at the 10th plenary meeting, on 25 March 2010, by consensus, Annex 4 'Stocktaking of International Criminal Justice: Complementarity', Appendix: Report of the Bureau on Stocktaking: Complementarity: Taking Stock of the Principle of Complementarity: Bridging the Impunity Gap.

ICC, *Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04-01/07-717, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I, 14 October 2008.

ICC, *Prosecutor v. Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-3, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, 4 March 2009.

ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2842, Trial Chamber I, 5 April 2012.

ICC, *Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, Trial Chamber II, 7 March 2014.

ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Order for Reparations, ICC-01/04-01/06-3129-AnxA, Appeals Chamber, 3 March 2015.

ICC, *Prosecutor v. Ongwen*, ICC-01/05-01/08-3343, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber III, 21 March 2016.

ICC, *Prosecutor v. Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15-171, Judgment and Sentence, Trial Chamber VIII, 27 September 2016.

ICC, *Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19-27, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, Pre-Trial Chamber III, 14 November 2019.

ICC, *Prosecutor v. Gaddafi*, ICC-01/11-01/11-695, Judgment on the appeal of Mr Saif Al-Islam Gaddafi against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Decision on the "Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute"' of 5 April, Appeals Chamber, 9 March 2020.

ICC, *Prosecutor v. Ongwen*, ICC-02/04-01/15-1762-Red, Trial Judgment, Trial Chamber IX, 4 February 2021.

ICC's Office of the Prosecutor, "Report on Prosecutorial Strategy", 14 September 2006, at https://www.iccpi.int/NR/rdonlyres/D673DD8C-D427-4547-BC69-2D363E07274B/143708/ProsecutorialStrategy20060914_English.pdf

ICJ, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Merits, Judgment, 11 September 1992.

ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, 14 February 2002.

ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Dissenting opinion of Judge ad hoc Van den Wyngaert*, 14 February 2002.

ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 July 2004.

ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment, 26 February 2007.

ICJ, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Compensation Judgment, 19 June 2012.

ICJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, 20 July 2012.

ICJ, *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, Merits, Judgment, 27 January 2014.

ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Merits, Judgment, 3 February 2015.

ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Order, 23 January 2020.

ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Reparations Judgment, 9 February 2022.

ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-A, Appeals Chamber, Judgment, 15 July 1999.

International Law Commission, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001”, Report on the work of its fifty-third session (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001), General Assembly Official Records, Fifty-fifth Session, Supplement No. 10 (A/56/10).

International Law Association, “Complementarity in International Criminal Law”, Sidney Conference, 2018, at: <https://www.ila-hq.org/index.php/committees>

Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Kallon and Kamara*, Decisions on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, Appeals Chamber, 13 March 2004.

Special Tribunal for Lebanon, *Prosecutor v. Ayyash et al.*, STL-11-01/T/TC, Judgment, Trial Chamber, 18 August 2020.

UN General Assembly, “Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law”, Resolution 60/147 of 16 December 2005.

LA MEDIACION NORUEGA EN LA CRISIS INTERNA VENEZOLANA COMO UN UNICO PROCEDIMIENTO DEL 2019 A LA ACTUALIDAD

THE NORWEGIAN MEDIATION IN THE VENEZUELAN INTERNAL CRISIS AS
A SINGLE PROCEDURE FROM 2019 TO THE PRESENT

*Alexander Antialón Conde**

RESUMEN

El presente artículo explora algunos aspectos teóricos y procedimentales de la mediación noruega en la crisis interna venezolana. Asimismo, intenta demostrar que no se trata de una mediación del 2019 y otra del 2021, sino que consiste en una sola mediación con una suspensión, una interrupción y una reanudación. Esta mediación (término jurídico) o facilitación (término político) se viene llevando a cabo hasta la fecha, con sede en México y con los Países Bajos y Rusia como países acompañantes.

Palabras clave: mediación, facilitación, Noruega, Venezuela, oficialismo, oposición, suspensión, interrupción y reanudación.

ABSTRACT

This article explores some theoretical and procedural aspects of the Norwegian mediation in the Venezuelan internal crisis. Likewise, it tries to

* Candidato a Doctor en Derecho y Ciencia Política (UNMSM). Magister en Ciencia Política y Gobierno con mención en Relaciones Internacionales (PUCP). Abogado (UIGV).

demonstrate that it is not a mediation of 2019 and another of 2021, but that it consists of a single mediation with a suspension, an interruption and a resumption. This mediation (legal term) or facilitation (political term) has been carried out to date, based in Mexico and with the Netherlands and Russia as accompanying countries.

Keywords: mediation, facilitation, Norway, Venezuela, ruling party, opposition, suspension, interruption and resumption.

.....

1. LA TRADICIÓN MEDIADORA DE NORUEGA

Javier Fabra (2012), en su tesis *La ética de la pacificación. Estudio de la mediación noruega en conflictos armados*, nos explica que ese papel mediador de Noruega es una pieza fundamental en su política exterior, lo que contribuye significativamente a reforzar su estrategia de diplomacia pública y su poder blando. En ese sentido, nos comenta que existe una suerte de profesionalización de la práctica de mediación noruega, que se hace evidente en las capacidades mediadoras dentro del mismo Ministerio de Asuntos Exteriores con la creación de la *Sección de Paz y Reconciliación* y *NOREF* (Centro Noruego de Recursos para la Construcción de la Paz), el *Oslo Forum* o los acuerdos con organizaciones como el *Centre for Humanitarian Dialogue*. (Pág. 215)

Fabra afirma, asimismo, que, el Ministerio de Asuntos Exteriores de Noruega es la entidad pública de mayor tamaño de ese país, en cuanto a áreas de trabajo y personal, contando con un departamento para las *Naciones Unidas*, *Paz y Asuntos Humanitarios*, el mismo que a su vez cuenta con la *Sección de Paz y Reconciliación (SPR)*, que se enmarca en una corriente hacia la profesionalización de la práctica de la mediación, reduciendo la dependencia de la externalización y reforzando el control y la coordinación desde el Ministerio de Asuntos Exteriores (Fabra, 2012, pp. 88-89). Y, con el fin de mejorar la práctica de facilitación en conflictos y el conocimiento de los mismos en los que Noruega contribuye a los procesos de paz, la SPR

destina una parte de su presupuesto a la investigación, financiando a centros de investigación noruegos así como extranjeros, como por ejemplo el *Centre for Humanitarian Dialogue*, el *International Peace Institute* y el *Centre on International Cooperation* (Fabra, 2012: pp. 90).

Asimismo, la tesis de Fabra revela que existen similitudes en el desenvolvimiento mediador de Noruega en los distintos procesos de paz en los que ha intervenido, por lo que algunos denominan el *modelo noruego*. Estas características son las siguientes: 1) Compromiso a largo plazo; siendo la paciencia fundamental (lo que quizá no tengan las grandes potencias) y si algo requiere diez años o más, pues se invertirá en ese tiempo de trabajo; se trata, pues, de una política estable a prueba de cambios en el gobierno, gracias al alto grado de acuerdo interno en materia de política exterior, incluyendo ayuda al desarrollo y políticas para la paz. 2) Voluntad de hablar con todas las partes. 3) Recursos financieros y humanos para ayudar, no sólo durante la fase de negociación sino también en la implementación del acuerdo y la consolidación de la paz. 4) Experiencia en facilitación de procesos de paz. 5) Buenas relaciones con actores internacionales clave, tales como los Estados Unidos, la Unión Europea, Rusia o India; la contribución a las Naciones Unidas y la ayuda al desarrollo le da credibilidad en la comunidad internacional. 6) Ausencia de un pasado colonial; lo cual ayuda a que no existan intereses secundarios, políticos o económicos, en sus esfuerzos por la paz. 7) Compromiso con la propiedad local del proceso y la no imposición de una paz dictada. 8) Estrecha colaboración con organizaciones noruegas de la sociedad civil. (Fabra, 2012, pp. 82-83)

Esta tradición noruega para mediar, se dejó apreciar satisfactoriamente en su participación en las negociaciones entre Israel y Palestina que generaron los denominados Acuerdos de Oslo de 1993, en los que se aprobó la retirada de las fuerzas israelíes de la franja de Gaza y Cisjordania así como la creación de una autoridad palestina; su membresía en el Grupo de Amigos por Guatemala que facilitó las conversaciones entre las partes, la firma del acuerdo de paz de 1996 y su implementación, colaborando con una significativa ayuda diplomática, académica, logística y económica; su relevante colaboración diplomática, académica y económica como parte del grupo de amigos o troika (junto con los EEUU y el Reino Unido) para apoyar la facilitación liderada por la *Inter-Governmental Authority on*

Development – IGAD (organización regional para el Cuerno de África) en las negociaciones entre Sudán y Sudán del Sur que logró el acuerdo de paz del año 2005 y su implementación; y, su elogiada participación en el diálogo entre el gobierno de Colombia y el grupo guerrillero denominado Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC-EP), que conllevaron a la firma del Acuerdo de Paz en noviembre del 2016; entre otras mediaciones.

Como vemos, Noruega es el país que mejor ha desarrollado el concepto de mediación, tanto a nivel interno a través de la profesionalización de su Cancillería, como hacia fuera, con la exportación y ejecución de tal desarrollo a favor de los distintos países de la comunidad internacional y aplicar su mediación para asuntos de carácter interestatal como intraestatal. Los resultados le han sido favorables y mantiene el prestigio de buen mediador que descansa en su imparcialidad, efectividad y aparente buena fe.

2. LA MEDIACIÓN DE NORUEGA EN VENEZUELA: SUSPENSIÓN E INTERRUPCIÓN

Venezuela venía atravesando una grave crisis de gobernabilidad que se manifestaba en el duro enfrentamiento político entre el oficialismo representado por Nicolás Maduro y la oposición parlamentaria encabezada por Juan Guaidó Márquez.

Recordemos que el 20 de mayo de 2018, se llevaron a cabo las elecciones presidenciales en Venezuela en las que Nicolás Maduro fue reelegido para un segundo mandato (y asumiría el 10 de enero de 2019), en unos comicios que fueron calificados de ilegítimos, tanto por la oposición como también por actores externos. El denominado Grupo de Lima, *verbi gratia*, en su comunicado del 21 de mayo de 2018, no reconoció la reelección de Maduro:

Los gobiernos de Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Guyana, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú y Santa Lucía, expresan lo siguiente:

1. No reconocen la legitimidad del proceso electoral desarrollado en la República Bolivariana de Venezuela que concluyó el pasado 20 de

mayo, por no cumplir con los estándares internacionales de un proceso democrático, libre, justo y transparente... (Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, 2018)

De otro lado, el 5 de enero del 2019, la Asamblea Nacional eligió a su nuevo presidente, resultando electo Juan Guaidó, y, el 22 de enero, desconociendo a Maduro como presidente de Venezuela, la Asamblea Nacional, en un procedimiento también cuestionado, decidió asumir los poderes del ejecutivo.

Al día siguiente, el 23 de enero, fue la juramentación de Guaidó como presidente interino de Venezuela, habiendo entonces dos líderes que se reclamaban la presidencia de ese país. Adriana Boersner (2020) nos lo comenta de la siguiente forma:

Al día siguiente, frente a una multitud pública en Caracas y miembros de la Asamblea Nacional, Guaidó afirmó que las elecciones de mayo habían dejado vacante el cargo de presidente y que Maduro no era el presidente legítimo de Venezuela. Por lo tanto, según la Constitución de 1999, el segundo en la línea, el Presidente de la Asamblea Nacional, debe ser declarado Presidente interino de Venezuela mientras se organizan nuevas elecciones. El 23 de enero, Guaidó fue juramentado como presidente interino de Venezuela. (Págs. 541-542)

Desde el 23 de enero del 2019 habían dos presidentes de Venezuela, lo que agravó más la crisis política y la comunidad internacional se dividió respecto al reconocimiento como presidente o de Maduro o de Guaidó. Alrededor de 50 países, entre ellos el Perú, reconocieron a Guaidó como presidente de Venezuela. A nivel interno, había protestas y manifestaciones de uno y otro lado y, por supuesto, generó la represión en el control del orden. Hubo también excesos en el uso de la fuerza, detenciones arbitrarias y, en general, violaciones a los derechos humanos que vienen hasta la fecha siendo investigados y sancionados, conforme lo ha señalado la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michel Bachelet, durante una actualización oral que analiza la situación de las garantías fundamentales en Venezuela (Noticias ONU, 2022).

Asimismo, a medida que transcurrían los días de esta crisis, aumentaban los niveles de hiperinflación, la escasez de alimentos, medicinas

y combustibles, y, la migración de venezolanos. Es en ese contexto que se conoce de la iniciativa noruega para mediar en el enfrentamiento entre el oficialismo y la oposición.

El acercamiento noruego para ayudar a las partes en Venezuela a encontrar una solución al conflicto interno comenzó en el 2018, conforme así se indica en la página web de su Cancillería; sin embargo, ésta se hizo evidente recién en el mes de mayo y hasta el mes de agosto del 2019, tiempo en el que Noruega facilitó las negociaciones entre las delegaciones de Nicolás Maduro y Juan Guaidó, llevadas a cabo en Oslo y en Barbados. (Ministerio de Asuntos Exteriores de Noruega, 2022, párrafo 2)

En efecto, fue recién el 16 de mayo de 2019 cuando los medios de prensa dieron a conocer la presencia de enviados venezolanos a Noruega, información que fue corroborada por Nicolás Maduro, presidente de Venezuela, Jorge Valero, representante venezolano ante la Organización de las Naciones Unidas en Ginebra y por Juan Guaidó, líder de la oposición venezolana.

En una nota de prensa del 17 de mayo de 2019, el Ministerio de Asuntos Exteriores de Noruega (2019a), señaló lo siguiente:

Noruega anuncia que ha tenido contactos preliminares con representantes de los principales actores políticos de Venezuela, como parte de una fase exploratoria, con el objetivo de contribuir a encontrar una solución a la situación en el país. Noruega encomia a las partes por sus esfuerzos. Reiteramos nuestra voluntad de seguir apoyando la búsqueda de una solución pacífica para el país. (Párrafo 1)

Cabe indicar que por parte del gobierno noruego, el delegado principal en la realización de las reuniones para la mediación fue el diplomático Dag Halvor Nylander, quien fue el gestor primordial de los Acuerdos de Paz entre el gobierno colombiano y las FARC-EP.

Los representantes del gobierno venezolano fueron el Ministro de Comunicaciones, Jorge Rodríguez y el gobernador de la provincia de Miranda, Héctor Rodríguez; mientras que por el lado de la oposición los representantes fueron Fernando Martínez, ex Ministro de gobierno, Gerardo Blyde, ex diputado del Parlamento y constitucionalista y Stalin González,

segundo vicepresidente de la Asamblea Nacional de Venezuela. (BBC, 2019, sección “Misión importante”)

Los delegados de la oposición se presentaron en Oslo con puntos que representaban un cumplimiento obligatorio, entre los que figuran la salida de Maduro del poder, la reforma del Consejo Nacional Electoral y la realización de elecciones democráticas; mientras que los representantes oficialistas aseguraron “llegar a las negociaciones con la agenda abierta, pero sin contemplar la celebración de elecciones presidenciales” (Lozano y Santander, 2019, párrafo 5), puesto que para ellos, la elección de Maduro como presidente fue totalmente transparente y legítima.

Los delegados venezolanos de ambas partes aseguraron que recibieron invitaciones separadas de parte del gobierno noruego, por lo que las reuniones se realizaron de manera independiente, así representantes del oficialismo y la oposición no tuvieron contacto directo en las primeras rondas de diálogo.

Asimismo, el 29 de mayo la Cancillería noruega destacó lo siguiente:

Anunciamos que esta semana se han realizado reuniones en Oslo entre representantes de los principales actores políticos de Venezuela. Los partidos han demostrado su voluntad de avanzar en la búsqueda de una solución consensuada y constitucional para el país, que incluya asuntos políticos, económicos y electorales. Con el fin de preservar un proceso que puede conducir a resultados, se pide a las partes que muestren su máxima cautela en sus comentarios y declaraciones con respecto al proceso. Noruega reitera su reconocimiento de los esfuerzos de las partes, afirma la Ministra de Asuntos Exteriores de Noruega, Ine Eriksen Søreide. (Ministerio de Asuntos Exteriores de Noruega, 2019b)

En junio no hubo reunión entre las partes, hubo una suspensión en el procedimiento. Esto puede haber sido motivado por las declaraciones previas en contra de la mediación por parte del secretario general de la OEA, Luis Almagro, y la portavoz del departamento de estado de los EE.UU., Morgan Ortagus.

Hasta aquí no hubo acuerdos ni negociaciones concretas, tampoco pudo conocerse a fondo los temas tratados, puesto que, como corresponde,

Noruega instó a las partes a mantener los diálogos en estricta confidencialidad a fin de evitar injerencias externas.

Las negociaciones se retomaron en julio y ya no en Oslo, sino en Barbados, según se desprende de este comunicado de prensa del 7 de julio:

Anunciamos que los representantes de los principales actores políticos en Venezuela han decidido continuar el proceso de negociación facilitado por Noruega. Las partes se reunirán esta semana en Barbados para avanzar en la búsqueda de una solución acordada y constitucional para el país. Las negociaciones se llevarán a cabo de manera continua y eficiente. Noruega reitera su reconocimiento de los esfuerzos de las partes y su espíritu de cooperación, dice la Ministra de Asuntos Exteriores de Noruega, Ine Eriksen Søreide. (Ministerio de Asuntos Exteriores de Noruega, 2019c)

Esta etapa -la de Barbados- se caracterizó por tener una estructura predeterminada, propuesta por los delegados noruegos, la cual constó de “cinco fases: conversaciones exploratorias, establecimiento de la agenda, negociación, acuerdos y monitoreo de los acuerdos” (Smilde y Ramsey, 2020, p. 12).

Los delegados de ambos países pudieron establecer la agenda con seis puntos a discutir, entre los que figurarían, según informó la prensa: un cronograma electoral para un máximo de nueve meses, elecciones con nuevo Consejo Nacional Electoral, el cese de la Asamblea Constituyente, la reincorporación del chavismo a la Asamblea Nacional y el levantamiento de sanciones que afectan a la economía. (Amaya, 2019, párrafo 4).

Es importante destacar que en los comunicados de prensa del 11 de julio (Ministerio de Asuntos Exteriores de Noruega, 2019d) y 18 de julio, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Noruega insistió a las partes a mantener la reserva y confidencialidad de los avances. Así, en este último comunicado señaló lo siguiente:

Subrayamos la necesidad de que las partes muestren la máxima cautela en sus comentarios y declaraciones sobre el proceso, cumpliendo con las directrices establecidas. En beneficio de las negociaciones, es importante que se proporcione a las partes el espacio necesario

para avanzar en un entorno constructivo y que la confidencialidad del proceso sea respetada por todos. (Ministerio de Asuntos Exteriores de Noruega, 2019e)

Asimismo, el 2 de agosto, el citado Ministerio reiteró la importancia de la confidencialidad e invocó a otros actores a apoyar en el objetivo:

Destacamos la importancia de que las partes respeten las pautas establecidas para el proceso, y que sean prudentes en sus acciones y declaraciones con el fin de permitir que las negociaciones puedan llegar a resultados. También reiteramos el llamado, a todos aquellos quienes puedan contribuir en este sentido, a que se les dé a las partes el espacio necesario para poder avanzar en un ambiente constructivo. (Ministerio de Relaciones Exteriores de Noruega, 2019f)

Luego de este comunicado, las negociaciones se interrumpieron o entramparon. Al respecto, Morales (2019) nos ofrece el siguiente resumen:

El 7 de agosto de 2019, Maduro levantó a sus representantes de las negociaciones en rechazo al congelamiento de todos los activos de Venezuela en Estados Unidos, dictado por el gobierno de Donald Trump, dos días antes. De ese modo, la ronda de conversaciones prevista para los días 8 y 9 de agosto, cuando la oposición esperaba la respuesta de la delegación oficialista a la propuesta de conformar un Consejo de Gobierno sin Guaidó y sin Maduro, que avanzara en la convocatoria a elecciones, nunca se dio. El proceso quedó suspendido por varias semanas hasta que la oposición lo dio por agotado el 13 de septiembre. (Sección “¿Hasta dónde llegó la mediación de 2019?”)

En efecto, después de tres rondas de conversaciones entre las partes y encontrándose en la fase de negociación, el 7 de agosto el gobierno venezolano, a través de su Ministro de Comunicación, Jorge Rodríguez, emitió el siguiente comunicado:

A pesar de que la delegación de la oposición designada por el diputado Juan Guaidó se encuentra ya en Barbados para la ronda de conversaciones previstas para esta semana, el Presidente Nicolás Maduro Moros ha decidido no enviar a la delegación venezolana en esta oportunidad, en razón de la grave y brutal agresión perpetrada

de manera continuada y artera por parte de la administración Trump contra Venezuela, que incluye el bloqueo ilegal de nuestras actividades económicas, comerciales y financieras; al mismo tiempo los venezolanos hemos notado con profunda indignación que el jefe de la delegación de la oposición, Juan Guaidó, celebra, promueve y apoya estas acciones lesivas de la soberanía de nuestro país, y de los derechos humanos más elementales de sus habitantes. En consecuencia, hemos tomado la decisión de no asistir a las reuniones pautadas para los días jueves 8 y viernes 9 de agosto en el marco del diálogo facilitado por el gobierno del Reino de Noruega. Venezuela se dispone a revisar los mecanismos de ese proceso a fin de que su continuación sea realmente efectiva y armónica con los intereses de nuestro pueblo. (Rodríguez, 2019)

Con motivo de tal situación, representantes noruegos viajaron a Caracas para reunirse por separado con los delegados oficialistas y de oposición, buscando reanudar las conversaciones. Sin embargo, Noruega no logró su cometido. La reacción del oficialismo de suspender las negociaciones se sustentó en la frustración de la expectativa que le generó la agenda de los 6 puntos a discutir que establecieron las partes, específicamente el punto sobre “el levantamiento de sanciones que afectan a la economía” y, la actitud de Juan Guaidó de celebrar y apoyar las sanciones contra Venezuela.

Semanas después, el 15 de setiembre, Guaidó señaló mediante un comunicado, que el proceso de diálogo con el régimen venezolano se había agotado y quienes usurpan el poder han bloqueado una salida pacífica. Señaló, asimismo, que la decisión se produce porque el régimen de Maduro abandonó el proceso de negociación con excusas falaces, además que 40 días pasaron desde que Maduro decidió parar las negociaciones y por esa razón la oposición decidió levantarse de la mesa. (Guaidó, 2019)

Posteriormente y pese a la interrupción de la mediación noruega, el gobierno y un sector de la oposición venezolanos realizaron diálogos directos, a partir de la segunda quincena de setiembre. Maduro decidió convocar a un sector de oposición conformado por cuatro partidos políticos del parlamento, para entablar un diálogo directo. De dichas conversaciones surgió el Acuerdo de la Mesa de Diálogo Nacional por la Paz y la Convivencia de Venezuela, en el que se pactó instalar una mesa electoral para discutir la creación de un

nuevo Consejo Nacional Electoral y la garantía de elecciones transparentes; la liberación de ciertos presos políticos; y, el regreso del Partido Socialista Unido de Venezuela al Parlamento.

Esto significó un progreso considerable pero al mismo tiempo momentáneo o temporal, debido a que las conversaciones no incluyeron a toda la oposición y, además, que los cuestionamientos tanto internos y externos continuaron en contra del gobierno de Nicolás Maduro.

Finalmente, cabe reconocer que el diálogo directo entre el oficialismo y ese sector de la oposición, fue producto de los esfuerzos que venía realizando Noruega en su rol mediador.

3. REANUDACIÓN DE LA MEDIACIÓN

Noruega, conforme a su tradición mediadora y a la paciencia que hidalga como una de sus principales cualidades en el proceso, continuó tomando el pulso a las partes a fin de reanudar las conversaciones.

Así, el 2 de diciembre del 2019, el Ministerio de Asuntos Exteriores de Noruega emitió un comunicado oficial en el que instó a las partes a llegar a una solución de manera urgente e hizo hincapié en que se trata de resolver una crisis política con importantes impactos humanitarios y que un gran número de personas se fueron de Venezuela ejerciendo una presión considerable sobre otros países de la región.

Como recordaremos, en marzo del 2020 inició la pandemia de la covid-19, que sucumbió al mundo entero en la viralización letal del coronavirus, obligando a los países, incluyendo a Venezuela, a priorizar el enfrentamiento de la misma.

En pleno contexto de la crisis sanitaria mundial, Noruega no renunció a su compromiso de mediador entre el oficialismo y la oposición. Sobre el particular, Morales (2020) nos informa que hubo una visita noruega a Caracas el 23 de julio de 2020:

Tras la suspensión de las negociaciones formales entre representantes de la oposición y el oficialismo con el auspicio del Reino de Noruega, en agosto de 2019, el pasado jueves 23 de julio una delegación del

país nórdico arribó a Caracas para “actualizarse” sobre la situación sanitaria y política del país. (Párrafo 2)

Asimismo, el mismo Morales nos indica que hubo reacción a esa visita por parte de la oposición:

El gobierno encargado que encabeza Juan Guaidó y que cuenta con el respaldo de la Asamblea Nacional y los partidos principales de oposición emitió un comunicado el 24 de julio en el que reiteran que “el proceso de mediación que realizó el Reino de Noruega finalizó el año pasado cuando la dictadura se negó a que se celebren elecciones presidenciales y parlamentarias libres y justas”. Y agrega: “No existe en este momento ningún proceso de negociación y le reiteraremos a la delegación noruega que solo elecciones libres y justas son la solución a la crisis y no procesos fraudulentos con un CNE ilegítimo”. (Morales, 2020, párrafo 6)

Cabe señalar, además, que por parte del oficialismo no hubo ningún pronunciamiento o declaraciones, respecto a la visita noruega (Morales, 2020, párrafo 9).

El tema de la pandemia fue escalando en la atención de los países y eso llevó a que el congelamiento de las conversaciones se prolongue hasta el siguiente año. Por supuesto, Noruega nunca bajó los brazos.

En marzo del 2021, Noruega retomó el diálogo con las partes. Así lo señaló en un comunicado:

Las conversaciones exploratorias entre las dos partes a partir de marzo de 2021 dieron como resultado el lanzamiento de un nuevo proceso de negociación el 13 de agosto en la Ciudad de México. Allí, las partes firmaron un Memorando de Entendimiento, en el que se establecen las visiones, el formato y el programa para las negociaciones integrales. Noruega es el facilitador de las negociaciones. México es la nación anfitriona, mientras que las partes han designado a dos países acompañantes: los Países Bajos y Rusia. (Ministerio de Asuntos Exteriores de Noruega, 2022)

Entendemos que cuando Noruega señala que se ha iniciado “un nuevo proceso de negociación”, significa que se ha dado un nuevo impulso en la

mediación que viene llevando a cabo desde el 2019, sólo que esta vez en otro escenario: sin Guaidó como presidente de la Asamblea Nacional, con cambio de sede de las negociaciones y superada la peor etapa de la pandemia; sin embargo, se trata del mismo proceso de mediación emprendido por Noruega el 2019 para resolver la crisis entre oficialismo y oposición de Venezuela. Se trata entonces de un proceso único.

El proceso de mediación que viene llevando actualmente Noruega (2022), no ha iniciado recién el 2021, sino que viene desde el 2018 con una planificación-exploración noruega, que se materializó e hizo público desde mayo del 2019.

En esta etapa 2019-2021, la oposición era representada principalmente por el presidente de la Asamblea Nacional y “presidente encargado de Venezuela” Juan Guaidó. En la presente etapa 2021-actualidad, Guaidó ya no detenta de dichos cargos, puesto que el 5 de enero del 2021 inició funciones una nueva Asamblea Nacional producto de los comicios previos del 6 de diciembre, que dicho sea de paso también fueron cuestionados por el Grupo de Lima en su declaración del 5 de enero, y, con ello se extinguió la encargatura presidencial a favor de Guaidó.

Podemos concluir, entonces, que se trata de un mismo proceso de mediación, un proceso único, que se dividió en dos etapas: 2019-2021 y 2021-actualidad. No tomamos en cuenta el 2018 pues aquí sólo tuvo lugar una planificación o estudio unilateral a cargo de Noruega. La mediación como mecanismo de solución pacífica de controversias, sólo se aprecia propiamente a partir de mayo del 2019.

CONCLUSIONES

1. La mediación así como los otros medios diplomáticos o políticos para la solución pacífica de controversias previstos por el derecho internacional para aplicarse en controversias entre dos o más Estados, también pueden ser aplicados con efectividad a las crisis internas, como es el caso de la crisis entre oficialismo y oposición en Venezuela.

2. Noruega es el país que mejor ha desarrollado el concepto de mediación, tanto a nivel interno a través de la profesionalización de su Cancillería, como hacia fuera, con la exportación y ejecución de tal desarrollo a favor de los distintos países de la comunidad internacional y aplicar su mediación para asuntos de carácter interestatal como intraestatal. Los resultados le han sido favorables y mantiene el prestigio de buen mediador que descansa en su imparcialidad, efectividad y aparente buena fe.
3. El procedimiento de la mediación noruega en Venezuela ha presentado una suspensión en junio del 2019 y una interrupción desde agosto de ese año y hasta marzo del 2021 en que se reanuda la mediación. Se trata de un único procedimiento que viene del 2019 y se desarrolla hasta la actualidad.
4. Tanto la suspensión como la interrupción del procedimiento fueron motivadas, entre otras posibles razones, por factores externos.
5. Es vital para la mediación que además de insistir con la confidencialidad de la misma, haya un compromiso de la comunidad internacional de no intervención o injerencia sobre el procedimiento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amaya, V. (2019). *Noruega negocia elecciones en Venezuela en 2020 sin Maduro de candidato*. La Razón, 10 de julio de 2019. <https://www.larazon.es/internacional/el-chavismo-y-la-oposicion-negocian-unas-elecciones-sin-maduro-KD24148772/>

BBC News. (2019). *Crisis en Venezuela: representantes del gobierno y de la oposición viajan a Noruega para posible diálogo de paz*. 16 de mayo de 2019. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-48296372>

Boersner, A (2020). *Venezuela 2019: A Tale of Two Presidents*. Revista de Ciencia Política, volumen 40, N° 2, 2020, pp. 539-565. <https://www.scielo.cl/pdf/revcipol/v40n2/0718-090X-revcipol-S0718-090X2020005000118.pdf>

Fabra, J (2012). *La ética de la pacificación. Estudio de la mediación noruega en conflictos armados*. Tesis doctoral. Universitat Jaume I Instituto

Interuniversitario de Desarrollo Social y Paz. Castellón-España, agosto de 2012. https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/669339/2012_Tesis_Fabra%20Mata_Javier.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Guaidó, J. [@Presidencia_VE]. (2019, 16 de setiembre). Mensaje del Gobierno Legítimo de Venezuela al pueblo, la Fuerza Armada Nacional y la comunidad internacional, tras el abandono [Tweet]. Twitter. https://twitter.com/Presidencia_VE/status/1173376340189417473?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1173376340189417473%7Ctwgr%5E%7Ctwcon%5Es1_&ref_url=https%3A%2F%2Fwww.ntn24.com%2Famerica-latina%2Fvenezuela%2Fel-mecanismo-de-barbados-se-agoto-guaido-finaliza-dialogo-con-el-regimen

Lozano, D. y Santander, D. (16 de mayo de 2019). El Grupo de Contacto europeo y Noruega adelantan las negociaciones entre el chavismo y la oposición. *El Mundo*. <https://www.elmundo.es/internacional/2019/05/16/5cdd1e38fdddfde908b4624.html>

Ministerio de Asuntos Exteriores de Noruega

(2019a, 17 de mayo). Declaración sobre Venezuela. Comunicado de Prensa. <https://www.regjeringen.no/en/historical-archive/solbergs-government/Ministries/ud/news1/2019/statement-on-venezuela/id2645675/>

(2019b, 29 de mayo). Anuncio sobre Venezuela. Comunicado de Prensa. https://www.regjeringen.no/en/historical-archive/solbergs-government/Ministries/ud/news1/2019/uttalelse_venezuela/id2652785/

(2019c, 7 de julio). Anuncio sobre Venezuela. Comunicado de Prensa. <https://www.regjeringen.no/en/historical-archive/solbergs-government/Ministries/ud/news1/2019/announcement-venezuela070719/id2662993/>

(2019d, 11 de julio). Anuncio sobre Venezuela. Comunicado de Prensa. <https://www.regjeringen.no/en/historical-archive/solbergs-government/Ministries/ud/news1/2019/announcement-venezuela110719/id2663176/>

(2019e, 18 de julio). Anuncio sobre Venezuela. Comunicado de Prensa. https://www.regjeringen.no/en/historical-archive/solbergs-government/Ministries/ud/news1/2019/release_venezuela0718/id2663310/

(2019f, 2 de agosto). Anuncio sobre Venezuela. Comunicado de Prensa. <https://www.regjeringen.no/en/historical-archive/solbergs-government/Ministries/ud/news1/2019/statement-on-venezuela-2-august-2019/id2663576/>

(2022). El proceso de negociación venezolano. https://www.regjeringen.no/en/topics/foreign-affairs/peace-and-reconciliation-efforts/norways_engagement/venezuela_negotiations/id2674295/

Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. (2018, 21 de mayo). Declaración del Grupo de Lima. Comunicado. <https://www.gob.pe/institucion/rree/noticias/4569-declaracion-del-grupo-de-lima>

Morales, M. (2020). *Delegación de Noruega se reunió con la oposición y el oficialismo y se marchó*. Crónica Uno. 27 de julio de 2020. <https://cronica.uno/delegacion-noruega-reunio-oposicion-oficialismo-marcho/>

Noticias ONU – Organización de Naciones Unidas. (2022, 17 de marzo). *Venezuela: Bachelet ve “pasos prometedores”, pero observa todavía deficiencias en justicia y libertad de información*. <https://news.un.org/es/story/2022/03/1505772>

RODRIGUEZ J. [@jorgerpsuv]. (2019, 8 de agosto). *Atención al pueblo de Venezuela!! Nuestro Pdte @NicolasMaduro ha decidido que nuestra delegación no asista a las reuniones de diálogo* [Tweet]. Twitter. https://twitter.com/jorgerpsuv/status/1159255328241999873?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1159255328241999873%7Ctwgr%5E%7Ctwcon%5Es1_&ref_url=https%3A%2F%2Fwww.infobae.com%2Famerica%2Fvenezuela%2F2019%2F08%2F07%2Fel-regimen-de-nicolas-maduro-se-retiro-del-dialogo-con-la-oposicion-en-barbados%2F

Smilde, D. y Ramsey, G. (2020). Los esfuerzos internacionales de construcción de la paz en el inextricable conflicto de Venezuela. Fundación Carolina. Documentos de trabajo 25[es] 2020, (12-15). https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2020/01/DT_FC_25_es.pdf

MÁS ALLÁ DEL POSITIVISMO EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL: BIANCHI Y EL ENFOQUE LÚDICO DE LA INTERPRETACIÓN

BEYOND THE POSITIVISM IN THE PHILOSOPHY OF INTERNATIONAL LAW: BIANCHI AND THE LUDIC APPROACH OF INTERPRETATION

Pablo César Rosales Zamora * **

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad explorar la consideración científica del derecho internacional desde el positivismo, para sostener que la posición postmoderna que pone énfasis en la labor interpretativa es la que resulta más adecuada para explicar el fenómeno jurisdiccional del derecho de gentes actual, sobre todo por la presencia de múltiples tribunales internacionales permanentes. Para esta investigación, se ha considerado a Kelsen y a Bianchi como representantes, respectivamente, de ambos abordajes epistemológicos. En ese sentido, se examina la postura de Bianchi sobre la interpretación, la

* Profesor de Derecho Internacional Público de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato a Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magistrado suplente del Tribunal Administrativo de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2608-7995>

** El autor desea destacar el valioso apoyo de María Ambrocio Gil.

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

cual considera que la interpretación es una actividad *lúdica*, por poseer un objetivo, un contexto definido, reglas, jugadores, y estrategias.

Palabras clave: positivismo, Kelsen, postmodernismo, interpretación, Bianchi, derecho internacional

ABSTRACT

The present work has as aim exploring the scientific consideration of international law from the positivism, to hold the postmodern position that emphasizes the importance of interpretative role is the more adequate to explain the jurisdictional phenomenon of contemporary international law, above all by the presence of multiple permanent international tribunals. For this research, it has considered Kelsen and Bianchi as representative of both epistemological approaches, respectively. In this sense, the article examines the Bianchi's approach on interpretation, which considers interpretation as a *ludic* activity to own an objective, a specific context, rules, players and strategies.

Keywords: positivism, Kelsen, postmodernism, interpretation, Bianchi, international law

.....

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas de la literatura peruana en derecho internacional ha habido una preocupación predominante por temas ligados a la aplicación del derecho internacional, y, en menor medida, por averiguar aspectos ligados a su razón de ser. Esto probablemente se deba a las inquietudes técnicas que emergen constantemente y que requieren soluciones urgentes desde el derecho internacional y sus subespecialidades.

Esta situación lleva urgentemente a destinar esfuerzos para llenar tal vacío de la literatura y, por esa misma razón, en esta ocasión me gustaría presentar algunas ideas relativas a la filosofía del derecho internacional, seleccionando dos autores que parten de premisas opuestas: Kelsen y

Bianchi. Esta investigación, por lo tanto, no tiene un afán omnicompreensivo de la filosofía del derecho internacional, sino concreto, situando esta problemática en el contraste de las ideas sostenidas por estos autores.

La filosofía del derecho internacional supone, inmediatamente, la atención de serias interrogantes sobre la esencia de esta materia: ¿Es realmente derecho, el derecho internacional?, ¿Puede sostenerse una ciencia jurídica del derecho internacional como tal?, ¿Qué enfoque doctrinario y qué métodos corresponden ser utilizados para aproximarse al derecho internacional?, etcétera.

La preocupación filosófica y epistemológica sobre el derecho internacional, por lo tanto, iría más allá de las preguntas inmediatas para resolver un determinado caso concreto y buscaría atender los aspectos más fundamentales del derecho internacional, sin que deje de haber consecuencias de las asunciones teóricas en los asuntos prácticos. Esta tarea se vuelve esencialmente necesaria si estamos ante una rama jurídica que presenta características particulares (Kolb 2021), que no tiene una sola forma de ser entendida (Bianchi 2016), y que no es aceptada de modo pacífico (Walz 1943).

En este contexto, uno de los debates clásicos del derecho internacional se ha centrado en determinar si se trata o no de una rama jurídica propiamente dicha. En ese sentido, la discusión sobre su carácter normativo ha supuesto una participación de un sinnúmero de autores (Walz 1943), los cuales se pueden clasificar entre los que sostienen la juridicidad del derecho internacional y los que la niegan (Pastor 2016: pp. 36 y ss.; Rosales 2020a).

La discusión ha terminado por convertirse en una torre de Babel: las razones por las que se considera derecho al derecho internacional son innúmeras y variadas, y lo mismo se puede decir de quienes descartan su carácter jurídico.

Como advierte Bennouna (2016, pp. 25 - 40), este debate no se encuentra del todo superado, incluso en nuestros días. Ahora bien, a pesar de la aparición de nuevos cuestionamientos sobre su existencia, sea políticos – como los nacionalismos (Dupuy 2020) – o doctrinales – como el negacionismo de Koskeniemi (2011, p. v) –, se puede sostener,

inicialmente, que el derecho internacional es aquella rama jurídica que regula las interacciones de los sujetos que componen la sociedad internacional (Pellet, Dallier y Forteau 2009). A partir de esta definición, se examinará, *prima facie*, algunos cuestionamientos sobre la existencia del derecho internacional a superar, para luego tratar el tema de fondo.

2. CUESTIONAMIENTOS AL DERECHO INTERNACIONAL

Un silogismo categórico es un tipo de argumento deductivo que se compone de dos premisas, una mayor y una menor, y de una conclusión (Copi, Cohen 2011, pp. 259 – 261). Cuando la conclusión se desprende de la relación entre la premisa mayor y la premisa menor, se sostiene que el razonamiento es válido (Copi, Cohen 2011, p. 266). Cuando no existe una consecución de tales premisas con la conclusión, se estaría ante un razonamiento inválido. Es importante precisar que, incluso siendo válido el argumento desde un punto de vista formal, el error puede provenir de la falsedad de una premisa menor o mayor en el silogismo.

La ilustración de los cuestionamientos del derecho internacional a través de silogismos ayuda a identificar cómo operan tales razonamientos y también cómo pueden ser deconstruidos. Se procede a denominar a tales esquemas argumentativos a examinar, de la manera siguiente:

- a) El silogismo del derecho interno
- b) El silogismo de la jerarquía
- c) El silogismo de la centralización de poderes

A continuación, se procede a explicar cada uno de estos razonamientos y también a identificar en qué radica su inexactitud.

2.1. El silogismo del derecho interno

Este falso silogismo podría plantearse del modo siguiente:

Premisa mayor: El derecho interno es un sistema jurídico

Premisa menor: El derecho internacional no es derecho interno

Conclusión: El derecho internacional no es un sistema jurídico

Fuente: elaboración propia

En la definición expuesta líneas atrás se ha admitido que el derecho internacional es un sistema jurídico como tal, lo cual supone superar la noción de que el único sistema jurídico posible es el estatal o de derecho interno. La falacia del derecho interno supone pensar que, dado que este es un sistema jurídico, entonces, el derecho internacional, al ser distinto al derecho interno, escaparía a esa definición.

Este razonamiento es erróneo: que el derecho interno sea un sistema jurídico, no significa que pueda ser el único sistema jurídico posible. No es aceptable que el género “sistema jurídico” se reduzca a una especie “derecho interno”. En efecto, no parece razonable admitir que el derecho interno sea la única manera de ser del derecho. Esto porque, por un lado, sería una afirmación arbitraria que desconoce que las sociedades son diversas y, por otro lado, porque los derechos internos varían entre sí (Yasuaki 2017, pp. 12 -13). Afirmar que solo los derechos internos son sistemas jurídicos parece más una decisión, que un argumento. Esto puede deberse a una educación centrada en la aplicación de la norma nacional, que no parece mirar más allá del propio sistema jurídico interno. Con todo esto, paradójicamente, parece haber un olvido trágico del apotegma *ubi societas, ibi ius* y su adaptabilidad a diversas realidades: Si una sociedad es distinta a otra, cada una merece tener su propia regulación, sin que necesariamente los sistemas jurídicos de cada sociedad coincidan entre sí. De ello se desprende que negar la juridicidad del derecho internacional, sería también negar la existencia de la sociedad internacional.

Respecto al segundo aspecto, la idea de derecho interno, contrariamente a lo que normalmente se asume, no es unívoca. Dentro de este término, se esconden varias posibilidades de regulación y concreciones (Yasuaki 2017, p. 13). Por citar un ejemplo, el funcionamiento de un ordenamiento jurídico unitario difiere de uno federal. En efecto, las dinámicas y lógicas del derecho interno que pertenece a la tradición del *common law* no son las mismas que las del *civil law*, e incluso es posible hallar diferencias en medio de una misma tradición. Esto nos llevaría a sostener que, si cualquiera de estos escenarios es derecho, pese a sus notorias diferencias, sería bastante difícil negarle carácter jurídico al derecho internacional por el hecho de ser diferente.

2.2. El silogismo de la jerarquía

El derecho internacional difiere de los derechos internos en que estos últimos se basan, esencialmente, en el principio de jerarquía: las normas se construyen unas a otras con base a la premisa que una norma superior sustenta la validez de una inferior. En el caso del ordenamiento jurídico peruano, la Constitución aparece como la norma básica, lo cual supone que las normas inferiores a esta no pueden contradecirla¹.

En el derecho internacional, por el contrario, la jerarquía no se erige como principio constitutivo o central; sino que, por el contrario, esta rama se caracteriza por ser *esencialmente*² horizontal, por lo que sus fuentes (el tratado, la costumbre, los principios generales del derecho³, entre otras) tienen la misma validez: el tratado y la costumbre son jerárquicamente iguales, compartiendo el mismo valor que los principios generales del derecho (Dupuy 1998, pp. 16-18).

¹ Ver el artículo 138 de la Constitución Política del Perú.

² El “esencialmente” aquí requiere ser precisado en la perspectiva de que ciertas normas internacionales escapan de la lógica horizontal, como las normas de *ius cogens* (Rosales 2020b). El carácter jerárquico de estas normas ha sido sostenido así por la Comisión de Derecho Internacional (2006) y por el Relator Especial en la materia (2017), aunque ello no sea pacífico en la doctrina ni a nivel político.

³ Ver el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

La jerarquía entre normas ha sido uno de los elementos más destacados en la explicación que ofrece el positivismo y, más especialmente, en el enfoque kelseniano, para sostener que los derechos internos son, en esencia, jurídicos. Implícitamente para este acercamiento, sin tal jerarquización, parece que no hubiera posibilidad de derecho. En ese sentido, se estaría construyendo el siguiente razonamiento falaz:

Premisa mayor: Todo ordenamiento jurídico es jerárquico

Premisa menor: El derecho internacional no es jerárquico

Conclusión: El derecho internacional no es un ordenamiento jurídico

Fuente: elaboración propia

En el cuadro mostrado, la premisa menor es falsa, porque aunque no sea similar al derecho interno, el derecho internacional posee algún grado de jerarquía normativa.

En efecto, la horizontalidad del derecho internacional no impediría que puedan hallarse ciertas normas que están por encima de otras, como ocurre con las normas de *jus cogens*⁴, las cuales se caracterizan, fundamentalmente, por ser inderogables⁵. Por lo tanto, la premisa menor expuesta en el cuadro (“El derecho internacional no es jerárquico”) no es aceptable. Por ello, se postula la precisión de una horizontalidad esencial pero no definitiva en derecho internacional.

⁴ Ver el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Cabe precisar que, a partir de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se positivizó el concepto de norma de *jus cogens*. Las normas que se agrupan bajo esta categoría se caracterizan por su inderogabilidad, la cual ha sido considerada por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (2006: párrafo 365) como una manifestación de una cierta jerarquía en el derecho internacional.

⁵ La doctrina latinoamericana se ha inclinado por suponer que el hecho de que estas normas sean inderogables supone que son jerárquicamente superiores al resto de normas del derecho internacional. Esto, sin embargo, no es una posición unánime a nivel global.

2.3. El silogismo de la centralización de poderes

Sin embargo, incluso si ello se admite así, el derecho internacional parece seguir difiriendo fenomenológicamente del que se registra a nivel de los sistemas jurídicos internos, porque hay una razón adicional que se arguye para su negación como derecho, que es la descentralización de sus poderes. La jerarquía conduce a un escenario de poderes unificados y obligatorios. En ese sentido, al lado del falso silogismo de la jerarquía, se encuentra otro no menos cuestionable silogismo de la centralización de poderes:

Premisa mayor: Todo ordenamiento jurídico tiene órganos centralizados de poder

Premisa menor: El derecho internacional carece de órganos centralizados de poder

Conclusión: El derecho internacional no es un ordenamiento jurídico

Fuente: elaboración propia

La falsedad radica en la premisa mayor: ¿Por qué todo ordenamiento jurídico ha de tener órganos centralizados de poder?

A diferencia de los ordenamientos internos que poseen un órgano judicial centralizado, en el derecho internacional contemporáneo se observa una *multiplicación de tribunales internacionales*, la cual es consecuencia de la indicada horizontalidad normativa, pudiéndose afirmar que el derecho internacional actual experimenta un fenómeno de “jurisdiccionalización”. Como ha indicado el memorable Cançado Trindade (2010, párrafo 28) en un voto separado a la opinión consultiva “Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo” de la Corte Internacional de Justicia (CIJ):

“After all, ours is the age of the reassuring multiplication of international tribunals, bearing witness of the acknowledgement of the

primacy of law over force. Ours is the age of the “jurisdictionalization” of international law and relations, bearing witness of the improvements in the modalities of peaceful settlement of disputes. Ours is the age of the expansion of international jurisdiction, bearing witness to the advances of the idea of an objective justice.”

El pluralismo normativo alimenta al pluralismo jurisdiccional. El aumento de los núcleos normativos en el plano internacional conduce a la aparición de nuevos tribunales. Si se compara, en ese sentido, la presencia de tribunales internacionales a comienzos del siglo XX con la de nuestros días, cabe atisbar que, en aquel momento, básicamente se contaba con pocos tribunales internacionales (la Corte Permanente de Arbitraje, la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Centroamericana de Justicia).

Actualmente, existen tribunales permanentes de carácter general⁶, como la Corte Internacional de Justicia, y otros con competencias en temas más específicos, como el derecho de integración (v.gr. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Administrativo de la Asociación Latinoamericana de Integración); derecho marítimo (v.gr. Tribunal Internacional de Derecho del Mar); derecho comercial internacional (v.gr. Órgano de apelación de la Organización Mundial del Comercio); derecho internacional de derechos humanos (v.gr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Africana de Derechos Humanos); derecho penal internacional (v.gr. Corte Penal Internacional); etc.

Aunque no se niegue con esto la posibilidad de la tesis relativa a la unidad del derecho internacional (Rosales 2021), cabe advertir que los tribunales internacionales se pronuncian sin buscar aparentemente una uniformización total de pareceres entre sí. En ese sentido, para una misma materia, es factible que los tribunales internacionales pueden tener pronunciamientos distintos, como lo ha identificado la Comisión de Derecho Internacional (2006).

⁶ Alter (2014: capítulo 1) ha identificado, al menos, un total de veinticuatro tribunales internacionales de carácter permanente.

En virtud de este fenómeno de diversos tribunales internacionales, entre los cuales no existe jerarquía y que tienen cada uno su propio estatuto o tratado y, por ello, su propio mandato y competencias, con la consecuente jurisprudencia variada y no uniforme, un positivista podría seguir el silogismo de la centralización de poderes y descartar que se esté ante un sistema jurídico. Sin embargo, es necesario ir más allá de esta afirmación y responder a la pregunta: ¿Cómo lograr explicar que el derecho internacional sea Derecho si tiene varios tribunales internacionales que producen jurisprudencia propia?

De este modo se observa que para desentrañar la esencia jurídica del derecho internacional, con el objetivo de sostener que es derecho, no basta con sostener que es un sistema jurídico, porque esta tesis peca de estatismo. Es necesario ir más allá e identificar la dimensión dinámica del derecho internacional, la cual reside en la interpretación.

En ese sentido, este carácter esencialmente horizontal del derecho internacional y la consiguiente multiplicación de tribunales internacionales hace que se plantee la duda de si, en el caso del derecho internacional, el acercamiento y comprensión positivista es suficiente, o si cabe otra clase de enfoque que reconozca, con mayor exactitud la realidad prolífica de tribunales internacionales que se encuentran en la sociedad internacional y sus especiales circunstancias que conducen a potenciales pareceres no coincidentes.

En la discusión epistemológica del derecho internacional, hasta este punto se ha cuestionado algunas falsas hipótesis sobre esta rama jurídica. En ese contexto, cabe determinar si es posible sostener una epistemología del derecho internacional que se aproxime mejor al fenómeno jurídico que se observa hoy en día y este se encuentra innegablemente impregnado de interpretación. La importancia de esta operación intelectual en derecho internacional la descubrimos en la ya comentada presencia múltiple de tribunales internacionales, pero también en el hecho que los artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 representan un triunfo célebre en la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, puesto que reciben una aceptación unánime en el plano de la jurisprudencia internacional y poseen un carácter consuetudinario por ese nivel tan alto de aceptación (Novak 2013, Kolb 2016, Rosales 2021).

Por ello, en el presente artículo, se acude a examinar la postura del profesor Bianchi, quien, en *“Interpretation in International Law”* (2015), enfatiza el rol de la interpretación en derecho internacional, donde cada tribunal plantea sus propias exigencias a los actores que juegan los roles de interpretación. Esta aproximación sería afín a la teoría de la argumentación y que ha sido difundida, en idioma español, *inter alia*, por Atienza (2013). Pero antes de acercarse a la visión bianchiana, conviene comprender la postura kelseniana y sus limitaciones en la comprensión de la jurisdiccionalización actual en derecho internacional.

3. EL ENFOQUE DE KELSEN EN DERECHO INTERNACIONAL

Para efectos de retratar mejor la posición de Bianchi, se ha considerado preferible acudir a una de las visiones más clásicas y difundidas del positivismo en nuestro medio, que es la de Hans Kelsen⁷. En este apartado, se destacan solo algunos puntos de su pensamiento jurídico.

Conforme a Ouedraogo (2010, pp. 524 – 528), el derecho positivo es una noción ambivalente, pudiéndose destacar tres concepciones sobre el mismo. En primer lugar, su equiparación con las fuentes del derecho; en segundo lugar, el derecho positivo como voluntad creadora, especialmente, la estatal; y, en tercer lugar, como “realidad efectiva de orden factual”. La presencia de estas miradas da lugar a dos tipos de positivismo, uno legalista, que se podría denominar normativista, y otro factual, basada en el “hecho social” (Ouedraogo 2010, p. 529). Estos tipos de positivismo se traducen en el voluntarismo y el objetivismo en derecho internacional, respectivamente (Ouedraogo 2010, p. 531).

Kelsen, cuya comprensión del Derecho se centra en la norma, se inscribiría en el primer tipo de positivismo en derecho internacional. En su *magnum opus*, “Teoría Pura del Derecho”, comienza señalando que su finalidad reside en la construcción de “una teoría general del derecho y no

⁷ En una próxima publicación, trataré acerca de la historia del positivismo en derecho internacional, pasando por autores como Anzilotti, Triepel, Oppenheim.

una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional” (Kelsen 2009/1960, p. 19).

Frente a autores como Von Kirchmann (1999) que negaban la científicidad de lo jurídico, el formalismo kelseniano sostiene el carácter científico del derecho, partiendo de su diferenciación con otras disciplinas que también se relacionan con el plano normativo, pero que no serían intrínsecamente jurídicas. La preocupación constante de Kelsen es conseguir la capacidad de la ciencia jurídica para explicar el fenómeno jurídico, frente a cualquier otra disciplina. El derecho se convierte, de este modo, en método y finalidad.

Contrastando entre el derecho positivo y el derecho natural, Kelsen (2009/1960, p. 40) arguye que la ciencia del derecho solo puede ser del primer tipo y no del segundo, por lo cual descarta el carácter científico del derecho natural, admitiendo que el paradigma científico es normativo, “ya sea que se trate de un derecho particular o del derecho internacional”, porque el derecho natural es una “metafísica del derecho” (2009/1960, p. 41). Esto le permite sostener, además, que el derecho no es inmutable, sino que evoluciona conforme a un determinado lugar y época (2009/1960, p. 53).

Kelsen abandona, de este modo, la aproximación valorativa y sustancial de la norma, para adoptar un enfoque normativista, lo que identifica como una ciencia que sea puramente jurídica (Kelsen 2009/1960, p. 19). En ese sentido, como sostiene Lell (2014, p. 36), Kelsen busca “elevar el estudio del derecho al rango de ciencia diferenciada de la moral, de la política y de las ciencias naturales”. Su propósito es encontrar que el derecho se justifique a sí mismo, sin recurrir a nada fuera de él (Gianelli 2020, pp. 42 – 43).

Según Kelsen (2009/1960, pp. 20 y 22), la ciencia jurídica formula reglas de derecho. Estas reglas están básicamente estructuradas sobre el criterio de imputación (*Zurechnung*), bajo el cual a un determinado comportamiento se le imputa una sanción, escapando así de la búsqueda de causalidad entre estas dos conductas⁸. En este marco, el formalismo

⁸ En este punto, debe distinguirse para mayor claridad entre “regla de derecho” y “norma jurídica”. La primera surge del pensamiento del jurista y se destina a la comprensión del

kelseniano (2009/1960, p. 31) considera la validez de una norma como el modo particular de su existencia.

Para identificar el fundamento de tal validez, el profesor austriaco (2009/1960, p. 35) manifiesta que “la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentre en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece”. En ese sentido, el proceso de fundamentación de la validez normativa “es ascendente hasta arribar al tope del ordenamiento jurídico piramidal” (Lell 2014, p. 36). La norma hipotética fundamental no es positiva, sino un supuesto gnoseológico que “señala que debe obedecerse al constituyente originario” (Lell 2014, p. 36).

Este andamiaje conceptual Kelsen lo traslada al derecho internacional, considerando que esta rama es de carácter primitivo por carecer de órganos centralizados de poder (Shaw 2014, p. 36) y por acudir a la autotutela como método de solución de controversias (Kolb 2021); sin embargo, por ello no dejaría de ser jurídico. No constituye una negación acérrima de su ontología jurídica, sino de afirmar que el derecho internacional es un derecho que quedó en un estadio no tan avanzado.

Por ello, así como en el caso del derecho interno que tiene una norma gnoseológica que fundamenta todo el sistema jurídico, Kelsen (2013/1952, p. 326) sostiene que la fuerza jurídica de los tratados se sustenta en una costumbre internacional básica, que funcionaría como la *Grundnorm* del derecho de gentes, la cual es el *consuetudo est servanda* (Gianelli 2020, p. 48; Shaw 2014, p. 36). Es esta norma el fundamento de la juridicidad del derecho internacional desde la perspectiva kelseniana.

Por otro lado, cabe considerar que Kelsen manifiesta que en el derecho internacional tampoco deberían caber los aspectos valorativos o extrajurídicos, sino que, desde una verdadera ciencia del derecho, el derecho internacional debería ser capaz de ser explicado desde un punto de vista normativo y, específicamente, desde la noción del acto ilícito:

fenómeno jurídico; constituye un juicio hipotético, por lo que puede ser verdadera o falsa. En cambio, la segunda, regula conductas, configurándose como un enunciado categórico, de carácter imperativo. (Kelsen 2009/1960, pp. 37 – 39).

“[e]s opinión comúnmente aceptada la de que en el derecho internacional existe el acto ilícito, esto es, una conducta del Estado que se considera ilegal, contraria al derecho internacional y, por ende, como violación del derecho internacional. Ello es consecuencia del hecho que el derecho internacional es considerado como un sistema de normas que prescriben o permiten a los Estados una determinada conducta” (Kelsen 2013/1952, p. 13).

La postura kelseniana no ha estado libre de críticas. Aquí basta resaltar las que están directamente ligadas con la evolución actual del derecho internacional, que ya se expusieron en la introducción del presente trabajo y en un artículo de mi autoría en esta Revista (Rosales 2022).

En primer lugar, la tarea de la epistemología jurídica parece no poder resolverse desde las categorías jurídicas como tales, porque estas “(...) no poseen *a priori* una función analítica, sino una función normativa” (Noreau 2011, p. 688). Es difícil hallar en el derecho la autosuficiencia para su propia explicación, como sí ocurre en otras disciplinas. En segundo lugar, hay un problema en la construcción de la teoría kelseniana: su razonamiento de la *Grundnorm* se basó en las características de los derechos domésticos y no del derecho internacional; sin embargo, como ya lo hemos explorado, no todos los sistemas jurídicos son similares entre sí y menos si provienen de sociedades diferentes. En tercer lugar, para Kelsen, todo ordenamiento jurídico supone la distinción entre comportamientos lícitos e ilícitos, donde estos últimos deben ser sancionados (Sánchez 2012). La sanción de comportamientos ilícitos se halla todavía en el estadio de autotutela en derecho internacional. Esto último explica que el profesor austríaco vea que el derecho internacional sea considerado un ordenamiento primitivo, por carecer de un órgano universal encargado de la sanción de los comportamientos ilícitos. Si se parte de una idea predeterminada como la de las características que tiene el derecho interno, es posible arribar a la conclusión del carácter primitivo del derecho internacional.

A estas críticas se añade una que conviene resaltar aquí: Kelsen se concentra en el fenómeno normativo, básicamente, como si la norma

internacional fuese interpretable desde un único punto de vista⁹ y, en último término, como si se tratase de un fenómeno estático. Esto se podría explicar por el hecho que la obra suya titulada “Principios de derecho internacional público” fue publicada en 1952 y, para ese entonces, no se había experimentado el fenómeno de jurisdiccionalización actual¹⁰. Sin embargo, la posición kelseniana no parece permitir una reflexión más profunda del rol de la interpretación en el derecho internacional.

Asimismo, es criticable que Kelsen haya tenido que fundamentar el orden jurídico internacional en el *consuetudo est servanda*, como base gnoseológica de todo el sistema jurídico internacional. Y resulta un punto de cuestionamiento porque su pretensión era abandonar lo metafísico; sin embargo, con un mandato circular de “obligarse porque se está obligado”, paradójicamente, se vuelve a ese terreno.

Actualmente, la práctica internacional y, en especial, la actividad judicial internacional, parecen no reflejar una preocupación por encontrar algún tipo de fundamento metafísico del derecho internacional, lo admiten como elemento implícito o previo. La inquietud reside en resolver los problemas que se plantean en un caso. Pero ello, en vez de conducirnos solo a la búsqueda de la técnica en derecho internacional, hace que sea necesario indagar una aproximación capaz de explicar esa diversidad sin perder de vista la unidad de esta disciplina. Es necesario conseguir una conexión entre la teoría y la realidad, para ello es necesaria una teoría que parta de la práctica existente (Pellet 2021).

Con esto no se pretende sostener, en términos absolutos, que la doctrina haya abandonado, decididamente, las premisas positivistas en el estudio del

⁹ La postura de Kelsen sobre interpretación se puede encontrar, entre otros trabajos, en el paper “*On the theory of interpretation*” (originalmente, “*Zur Theorie der Interpretation*”), en el cual afirma que la interpretación acompaña el proceso de creación jurídica en el marco de una estructura jerárquica (que va de la norma superior a la norma inferior) y que esta operación intelectual no supone, necesariamente, un resultado correcto (Kelsen 1990: p. 127 y 130).

¹⁰ De la revisión del capítulo IV del libro citado, en específico del punto B.3, Kelsen (2013, pp. 295-312) solo hace alusión a la Corte Permanente de Arbitraje, la Corte Permanente de Justicia Internacional, y la Corte Internacional de Justicia, explicándolas desde sus estatutos o normas, pero no desde el ángulo de su jurisprudencia.

derecho internacional. Sigue siendo un lugar común para la explicación de esta materia, pero eso no impide que vayan apareciendo nuevos fenómenos que el positivismo no cubre completamente en su explicación. Curiosamente, un positivista como Anzilotti (1902, p. 23) sostendrá “*che il valore di una costruzione giuridica è, in sostanza, l’attitudine a comprendere e spiegare i rapporti esistenti*”.

4. POSTMODERNIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL: LA INTERPRETACIÓN

En el plano de la explicación científica del derecho, la postmodernidad agrupa a aquellas posturas que buscan superar las posiciones epistemológicas que se habían alcanzado en la modernidad. Así, el positivismo kelseniano, corriente de esta etapa previa, fue cuestionado duramente, por un lado, por aproximaciones como la del neoconstitucionalismo y la de la teoría de la argumentación jurídica y, por otro lado, por la autopoietica (Hernando 2009, p. 40).

Existen razones para decantarse por las aproximaciones postmodernas para explicar la jurisdiccionalización del derecho internacional.

En primer lugar, el positivismo se concentra en la estructura normativa jerarquizada y única, olvidando que el derecho internacional carece de un aparato legislativo y un órgano judicial centralizado. Si nuestra rama cuenta con varios centros normativos de producción y varios tribunales internacionales, eso no la hace menos jurídica, sino que se requiere una explicación de otro tipo.

En ese sentido, el positivismo resulta insuficiente porque, al enfatizar su objeto en la explicación del sistema jurídico normativo, olvida que el derecho internacional presenta un dinamismo vivo, cuya causa reside, en gran parte, en los diversos contextos jurisdiccionales del derecho internacional, donde la interpretación resulta ser el elemento central que explica tal dinamismo.

En segundo lugar, dado el sitio que ahora ocupan tales contextos jurisdiccionales, se necesita una aproximación teórica adecuada y que reconozca como punto de partida al jurista práctico, antes que el teórico,

no perdiendo de vista la importancia del juez y lo que involucra un proceso internacional. En ese sentido, no se renuncia a la construcción de una aproximación que explique el derecho internacional, sino que se acepta que una buena teoría no debe olvidar las consecuencias prácticas de sus postulados.

La opción por la teoría de la argumentación jurídica se produce, no solo por la carencia de énfasis del positivismo sobre las construcciones argumentativas en los contenciosos a nivel internacional, sino también porque aquella postura no es que excluya, finalmente, al positivismo, al realismo (sociología jurídica) o al iusnaturalismo – corrientes todas de la modernidad –, sino que las presupone y las unifica (Atienza 2013, p. 19), bajo la mirada de que son los actores procesales y los jueces los que utilizan este material previo en la preservación de sus intereses: las partes procesales, en el sostenimiento de su posición, y los jueces, en la defensa del *rule of law*.

El derecho internacional en un sentido dinámico es más que sus normas, constituye el descubrimiento de su sentido. Y ese trabajo de interpretación se produce de la manera más jurídica posible que es el proceso judicial internacional. Sin tales escenarios de discusión en la búsqueda de la defensa de las pretensiones de dos partes en controversia internacional, no sería posible concebir el actual derecho internacional. En esa medida es posible sostener que el día que desaparezcan tales tribunales y tal actividad jurídica de producción de sentido, habrá dejado de existir el derecho internacional. La interpretación es el corazón del derecho internacional.

Se trata, entonces, de revalorizar una de las principales operaciones, por no decir la más importante, que realizan los tribunales internacionales, la cual es la interpretación, para fines de la explicación del derecho internacional. Tal camino de construcción opera sobre necesidades reales y pretensiones que se defenderán con todos los recursos que la argumentación puede proveer.

A continuación, se procederá a explicar el fenómeno de la multiplicación de los tribunales internacionales desde la actividad interpretativa, acogiendo la tesis de la teoría de la argumentación jurídica y, en especial, la posición del profesor Bianchi sobre el particular.

En primer lugar, la interpretación en el derecho internacional consiste en una operación y en un producto. Respecto al primer aspecto, refiere a un proceso intelectual de comprensión de una disposición o de un acto (o hecho) para desentrañar sus efectos jurídicos. En cuanto al segundo aspecto, es el resultado de tal proceso (Alland 2014, pp. 59 y ss.; Rosales 2021). En ese sentido, la interpretación, en cuanto a su objeto, no se limita a la determinación del significado jurídico de una disposición escrita, sino que abarca a cualquier fenómeno susceptible de generar consecuencias jurídicas. Asimismo, como lo sostiene Kolb (2016, pp. 128-129), y contrariamente a lo que por intuición se podría suponer, la interpretación tampoco se circunscribe a aquellas disposiciones o actos que puedan revestir dificultad en la determinación de su significado, sino que los comprende a todos, impliquen simpleza o dificultad en su discernimiento.

Por eso, la interpretación, ha sido considerada como la “llave” del derecho internacional (Alland 2014, pp. 79-82), porque la aplicación de sus normas se haya subordinada a tal proceso intelectual de decodificación de su alcance. No es posible que se produzca la aplicación de las normas, sin que hayan sido previamente interpretadas.

Un punto a tratar importante aquí es que, si se abriga la idea que la interpretación no se limita única y exclusivamente a los asuntos difíciles, esto supone admitir una suerte de descentralización en la determinación de cómo se cumple un determinado tratado u otra obligación internacional, puesto que cada Estado parte será el que directamente solucione la aplicación de un tratado, cuando esta no revista una controversia internacional. No obstante, cuando sí se configure una controversia, los tribunales internacionales cumplen un rol innegable en fijar la claridad sobre el sentido que pueda tener una determinada disposición. Esto porque se sabe que los tribunales internacionales tienen *auctoritas* con relación a su pronunciamiento: su interés no es proteger un interés de un Estado por encima del otro, sino lograr una sentencia que se exprese en justicia. En ese sentido, la presencia de los tribunales internacionales en el contexto internacional brinda la juridicidad que se requiere en un contexto descentralizado y el hecho que los Estados

acudan a tales tribunales refleja el interés que estos tienen en que el derecho internacional les sea aplicable¹¹.

Si tal centralidad ocupa los tribunales internacionales, es conveniente acercarse al fenómeno de la interpretación de estos. Prestar atención a la interpretación supone abrazar a la versión de la teoría de la argumentación jurídica denominada “estándar”, bajo la cual se sostiene que para comprender el derecho se requiere de recursos más allá de la lógica en sentido estricto (Atienza 2013, pp. 30-31). En ese sentido, cabe explicar el enfoque que aporta Bianchi sobre la interpretación en un sentido lúdico. Este *approach* ofrece una explicación bastante cercana a cómo funciona la dimensión jurisdiccional del derecho internacional.

4.1. Bianchi y el enfoque lúdico de la interpretación

La interpretación como operación de comprensión del derecho internacional es una herramienta que puede ser apreciada, según Bianchi (2015, pp. 34-60), como un juego en el que se tiene una finalidad (*telos*), reglas, jugadores, contextos, y estrategias. Respecto a la dimensión teleológica del juego, Huizinga (2000/1938) nos dirá lo siguiente:

“Desde já encontramos aqui um aspecto muito importante: mesmo em suas formas mais simples, ao nível animal, o jogo é mais do que um fenómeno fisiológico ou um reflexo psicológico. Ultrapassa os limites da atividade puramente física ou biológica. É uma função significativa, isto é, encerra um determinado sentido. No jogo existe alguma coisa “em jogo” que transcende as necessidades imediatas da vida e confere um sentido à ação. Todo jogo significa alguma coisa.”

Todo juego posee un sentido determinado, no se juega por jugar. El juego no carece de valor; por el contrario, su relevancia es provista por aquellos quienes se encuentran jugando. Como afirma Bianchi (2015, p. 34 – 36), el juego es un concepto metafórico que sirve para explicar un proceso judicial internacional. Desde ese punto de vista, la interpretación es una actividad

¹¹ Tanto es su influjo que, luego, en el ejercicio mismo de la *self-interpretation* del Estado, los asesores jurídicos suelen tomar en cuenta tales pronunciamientos de los tribunales internacionales.

lúdica porque persigue una finalidad, que es dotar de sentido una determinada disposición o hecho. Interpretar adquiere relevancia para quienes intentan producir la interpretación en el marco de un proceso judicial internacional.

Para el caso de las reglas, estas pueden encontrarse, en el caso de la interpretación de un tratado, en los artículos 31 al 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Estas disposiciones, que alcanzan un carácter consuetudinario, van más allá del Estado porque han sido utilizadas por los propios tribunales internacionales para sustentar sus argumentos, sin que para estos hayan sido realmente vinculantes (Rosales 2021). Es pertinente recordar que las reglas de interpretación de esta Convención de Viena son solo las herramientas para interpretar, no son en sí la interpretación.

Los jugadores generalmente vienen a ser los Estados que someten una controversia ante un tribunal internacional. Estos son los principales jugadores y para ellos están diseñados los *juegos*, confiando en que los jueces sean capaces de dictar una sentencia acorde a Derecho. Puede haber otros jugadores dependiendo de si las reglas del tribunal admiten la presencia de otra clase de jugador.

Los contextos son aquellos espacios donde se desenvuelven los jugadores (Bianchi 2015, p. 36). Tales contextos pueden ser comprendidos como los escenarios en los que estos sostienen sus argumentos. Perelman sostenía que más que la validez formal del argumento importa la capacidad persuasiva del argumento para con la audiencia a la cual se dirigía, y que se buscaba convencer (García et al. 2009, p. 84).

Los escenarios donde se produce la controversia internacional no comparten, necesariamente, fundamentos similares; por el contrario, pueden diferir en los modos de aproximarse a un mismo problema. En ese sentido, un tribunal de derechos humanos dará predilección a la protección de la dignidad del ser humano; en cambio, esto no ocurrirá en un escenario procesal puramente interestatal.

Así, se puede contrastar la posición del juez Cançado Trindade respecto a la posición asumida en la sentencia de la CIJ relativa al caso Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados entre Alemania e Italia:

Mientras que el referido tribunal sostuvo que una norma de *ius cogens* del derecho internacional humanitario no prevalecía sobre las inmunidades del Estado alemán (CIJ 2012, párrafos 92 - 97), para este el jurista brasileño ocurría el efecto contrario (Cançado Trindade 2012, párrafos 288 - 299, 306). Sobre este punto de debate, habría que reconocer que el argumento de Cançado Trindade va en sintonía con su línea de carrera como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), antes que como juez de la CIJ.

En ese sentido, los contextos en los que se producen los procesos judiciales internacionales que *juegan* los Estados exigen estrategias distintas: no se podrá utilizar argumentos estatocéntricos con la misma asertividad que argumentos en derechos humanos ante un tribunal especializado en estos últimos; por oposición, es probable que cale más un argumento que se aproxime a una racionalidad estatal en el marco de la CIJ, que ante un tribunal como la Corte IDH.

Esto hace que, para la comprensión del *ethos* de un tribunal internacional, sea necesario saber las reglas, los tipos de jugadores y las estrategias que estos emplean en el escenario de su proceso internacional. Pero más aún, es importante saber que el tribunal internacional entra también como un elemento dirimente en el juego y, es más, su personalidad se va a definir por una racionalidad que se genera a partir de su jurisprudencia. En ese sentido, mientras más se conoce la jurisprudencia de un tribunal internacional, más se sabrá sobre el *modus operandi* de este. Y entender la jurisprudencia es entender, desde un punto de vista atómico, las líneas de interpretación que un tribunal utiliza para resolver un caso.

En ese sentido, la aproximación bianchiana muestra una opción, más allá del positivismo, para entender acerca del funcionamiento de los tribunales internacionales en el derecho internacional contemporáneo. Apremiar el rol de un tribunal internacional requiere la revisión de su argumentación. Entender su modo de interpretar las normas que están bajo su competencia es una guía que resulta más razonable que la sola mirada normativista del derecho internacional.

5. APRECIACIÓN FINAL

La sociedad internacional actual pasa por diversos procesos, de los cuales, uno de los más importantes, porque explica lo particular de sus dinámicas, es la presencia de una serie de ejes normativos especializados que cuentan con tribunales internacionales permanentes, que no guardan entre sí ningún tipo de jerarquía. Se ha afirmado, en ese sentido, que el derecho internacional es esencialmente horizontal. Esta multiplicación de núcleos normativos ha dado lugar a la multiplicación de tribunales internacionales, a la cual se le ha denominado como el proceso de “jurisdiccionalización”, rasgo esencial del derecho internacional contemporáneo.

Una de las posturas a la que se le presta especial énfasis para explicar el carácter científico del derecho es el positivismo, el cual se muestra insuficiente para la comprensión de la multiplicación de los tribunales internacionales. Esto porque el positivismo, en la postura de Kelsen, tiene como objeto de su explicación a la norma internacional, olvidándose que, con la “jurisdiccionalización”, la interpretación ha venido a adquirir un carácter preponderante en el derecho internacional contemporáneo, por lo que se propone un giro epistemológico respecto a la explicación de la juridicidad del *ius gentium*: del positivismo a la teoría de la argumentación, en específico, la postura del profesor Bianchi.

A diferencia del positivismo kelseniano, la teoría de la argumentación se preocupa por el proceso de argumentación de los actores que participan en la creación y aplicación del derecho. En ese sentido, la teoría de la argumentación resulta ser una opción epistemológica más adecuada para explicar al derecho internacional actual, porque los tribunales internacionales producen una incontable jurisprudencia cuya racionalidad se comprende a partir de la identificación de los argumentos que se emplean por aquellos.

En el marco de la teoría de la argumentación, cabe destacar el enfoque particular del profesor Bianchi, quien ha sostenido que la interpretación es un proceso performativo similar al de un juego con reglas, objetivos, contextos, jugadores y estrategias. En ese sentido, la teoría lúdica de la interpretación resulta ser adecuada para comprender qué es lo que ocurre en cada proceso

judicial internacional, donde las partes procesales participan tratando de convencer a los jueces y eso lo logran actuando según el contexto en el cual se insertan, empleando estratégicamente argumentos que se condigan con las interpretaciones sostenidas por el tribunal internacional que esté resolviendo el caso.

Esta postura no supone la negación de la norma ni de las fuentes del derecho internacional, sino que llama la atención al objeto del dinamismo propio y actual de la jurisdiccionalización del derecho internacional, la cual se produce con la presencia de los tribunales internacionales y su capacidad generativa de argumentos, bajo las diversas líneas de interpretación que estos sostienen.

6. BIBLIOGRAFÍA

Alland, D. (2014). *L'interprétation de droit international public*. En: *Recueil des cours*, vol. 362.

Alter, K. (2014). *The New Terrain of International Law. Court, Politics, Rights*. Princeton: Princeton University Press.

Anzilotti, D. (1902). *Teoria generale della responsabilità dello stato nel diritto internazionale (Parte prima: il problema della responsabilità di diritto internazionale)*, Firenze: F. Lumachi Libraio-Editore.

Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta.

Bennouna, M. (2016). *Le droit international entre la lettre et l'esprit. Cours général de droit international public*. En: *Recueil des cours*, vol. 383.

Bianchi, A. (2016). *International Law Theories. An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford: Oxford University Press.

Bianchi, A. (2015). *The Game of Interpretation in International Law: The Players, the Cards, and Why the Game is Worth the Candle*. En: Bianchi, A.; Peat, D.; Windsor, M. *Interpretation in International Law*, Oxford: Oxford University Press.

Cançado Trindade, A. (2010). Voto separado. En: Corte Internacional de Justicia. Opinión consultiva relativa a la Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo.

Cançado Trindade, A. (2012). Voto disidente. Corte Internacional de Justicia. Sentencia sobre el caso de Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania vs. Italia/intervención de Grecia).

Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (2006). Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification, United Nations, Doc. A/CN.4/L.682, (Report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskenniemi).

Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (2017). Segundo informe sobre el *ius cogens* presentado por Dire Tladi, Relator Especial, A/CN.4/706.

Copi, I.; Cohen, C. (2011). Introducción a la lógica, México: Limusa.

Corte Internacional de Justicia. (2012). Sentencia sobre el caso de Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania vs. Italia/intervención de Grecia).

Dupuy, P.M. (1998). Droit international public, París: Dalloz.

Dupuy, P.M. (2020). Intergenerational Reflections on International Law: An Essay from Pierre Marie Dupuy. En: EJIL: Talk! (Blog of the European Journal of International Law).

Hernando, E. (2009). ¿Cómo ver el Derecho aquí y ahora? En: Themis, n.º 57, pp. 33-44.

Huizinga, J. (2000). Homo ludens (J. Monteiro, Trad., 4º Ed.), Brasil: Perspectiva (Obra original publicada en 1938).

García, P. et al. (2009). Los casos difíciles como colisión entre premisas. Un intento de explicación desde la teoría de la argumentación jurídica, Jurídicas, 6 (1), pp. 79 – 96.

Gianelli, A. (2020). Origins and Challenges of a Positivist Approach to International Law, Gaetano Morelli Lectures Series, vol. 3, pp. 39 – 64.

Kelsen, H. (1990). On the Theory of Interpretation. En: Legal Studies, vol. 10, n.º 2, pp. 127 – 135.

Kelsen, H. (2009). Teoría Pura del Derecho (M. Nilve, Trad., 4ta. Ed.), Buenos Aires: Eudeba (Obra original publicada en 1960).

Kelsen, H. (2013). Principios de derecho internacional público (H. Caminos; E. Hermida, Trad., 1ª. Ed.). En: Colección Crítica del derecho. Granada: Comares (Obra original publicada en 1952).

Kolb, R. (2016). The Law of Treaties: An Introduction. Cheltenham/Northampton: Elgar.

Koskenniemi, M. (2011). The Politics of International Law, Oxford: Hart Publishing.

Lell, H. (2014). Tres concepciones en torno a la científicidad del Derecho: negación por su variabilidad, erradicación semántica e incorporación de la interpretación. En: Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas, vol. 4, n.º 1, pp. 31 - 43.

Noreau, P. (2011). L'épistémologie de la pensée juridique : de l'étrangeté...à la recherche de soi, Les Cahiers de droit, 52 (3-4), pp. 687-710.

Ouedraogo, A. (2010). Le positivisme en droit international : fondement épistémologique d'un paradigme mécaniciste, Revue générale de droit, 40(2), pp. 505-540.

Pastor, J.A. (2016). Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, Madrid: Tecnos.

Pellet, A. (2021). Le droit international à la lumière de la pratique : l'introuvable théorie de la réalité. Cours général de droit international public, Recueil des cours, pp. 9 – 547.

Rosales, P. (2022). Algunos cuestionamientos a la enseñanza del derecho internacional público en el contexto peruano, Revista Peruana de Derecho Internacional, Tomo LXXII, Enero-Abril 2022, n.º 170, pp. 57 – 78.

Rosales, P. (2021). El empleo de métodos de interpretación por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y su contribución a la unidad del derecho internacional, *Revista Ius Inter Gentes*, n.º 2, pp. 11 – 38.

Rosales, P. (2020a). El debate sobre el carácter jurídico del derecho de gentes en Hispanoamérica durante el siglo XIX: La contraposición entre José Silva Santisteban y Andrés Bello, *Revista Peruana de Derecho Internacional*, tomo LXX, Enero-Abril 2020, pp. 117 – 144.

Rosales, P. (2020b). Avances de la Comisión de Derecho Internacional en torno a la definición e identificación de las normas de “ius cogens”. En: Parthenon.pe.

Sánchez, V. (Director) (2012). *Derecho Internacional Público*, Barcelona: Huygens.

Shaw, M. (2014). *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

Von Kirchmann, J. (1999). El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho. En: Palomino Manchego, J. *Discusión sobre el carácter anti-científico del derecho: (de Kirchmann a la discusión epistemológica actual)*, España: Grijley.

Walz, G. (1943). *Derecho internacional y crítica de sus negadores*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

Yasuaki, O. (2017). *Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional*. Brasil: Arraes Editores.

INDECOPI COMO PROTAGONISTA ACTIVO DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU RELACIÓN CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR EL PERÚ EN MATERIA DE PI.

INDECOPI AS AN ACTIVE PROTAGONIST IN THE PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY AND ITS RELATIONSHIP WITH THE INTERNATIONAL TREATIES SIGNED BY PERU IN IP MATTERS.

Julián Fernando Palacín Gutiérrez*

RESUMEN

El presente año el INDECOPI cumple 30 años desde su creación, a través de los cuales ha reafirmado la voluntad de apoyar la proliferación de un sistema internacional de propiedad intelectual junto a los planteamientos de la OMPI. En este sentido, expondremos cómo el progresivo fortalecimiento

* Presidente Ejecutivo del Indecopi (Perú). Presidente del Consejo Nacional de Protección del Consumidor del Perú órgano de trabajo interinstitucional del Perú para la integración del marco normativo local y nacional sobre protección del consumidor; Vicepresidente de OriGIN, la alianza internacional más importante para la defensa y difusión de las Denominaciones de Origen e Indicaciones Geográficas. Presidente pro tempore de la Red Latinoamericana de Propiedad Intelectual y Género de la OMPI 2022-2023. Abogado especialista en Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual, Seguros, Reaseguros, Derecho Aeronáutico, Aviación Comercial, Derecho Empresarial y de Protección al Consumidor.

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

del INDECOPI se inscribe dentro de esta corriente internacional, a través de la adhesión a diversos tratados internacionales, simplificando y ampliando aquellos mecanismos necesarios para un desarrollo equilibrado, accesible y contribuyente al desarrollo económico.

Palabras clave: propiedad intelectual, tratados, organización mundial de la propiedad intelectual, INDECOPI, desarrollo económico, registro, protección.

ABSTRACT

It has been 30 years since the creation of the Peruvian antitrust law institution INDECOPI, a period where it has reaffirmed its support for an international Intellectual Property system along with the WIPO's approach. We shall expose the progress and strengthening of INDECOPI, mimicking international tendencies through the signing of various treaties; thus, leading to a simplification of mechanisms seeking to achieve sustainable development, accessible and ultimately leading to economic progress.

Keywords: Intellectual property, treaties, World Intellectual Property Organization, INDECOPI, economic progress, registration, protection.

.....

1. ANTECEDENTES

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) fue creado en noviembre de 1992, mediante el Decreto Ley N° 25868.

Tiene como funciones la promoción del mercado y la protección de los derechos de los consumidores. Además, fomenta en la economía peruana una cultura de leal y honesta competencia a través de la Eliminación de Barreras Burocráticas, Fiscalización de la Competencia Desleal, Fiscalización de Dumping y Subsidios, Procedimientos concursales;

resguardando todas las formas de propiedad intelectual: desde los signos distintivos y los derechos de autor hasta las patentes y la biotecnología. El INDECOPI es un Organismo Público Especializado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros del Perú, con personería jurídica de derecho público interno. En consecuencia, goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa y se rige por su Ley de Organización y Funciones del Indecopi (LOF) Decreto Legislativo No 1033 y su Reglamento de Organización y Funciones (ROF) vigente.

Como cuestión previa, al respecto podemos empezar mencionando que, durante mi gestión, la cual goza de un periodo de 5 años hasta setiembre del año 2026, hemos priorizado por cuestión de orden y estrategia nacional el trabajo de redacción análisis e implementación de las Políticas Nacionales de nuestras principales competencias, que nos den un norte y/o especie de brújula a seguir con visión a futuro hasta el año 2050. En ese sentido, desarrollaremos la hoja de ruta en materia de la Propiedad Intelectual, Libre Competencia y Defensa de los Derechos del Consumidor.

En el presente artículo académico, abordaremos un tema relacionado a una de nuestras siete competencias: la Propiedad Intelectual (PI), esta materia profesional técnica del derecho especializado, se divide en tres direcciones al interior del Indecopi¹: a) Dirección de Signos

¹ Ver (LOF) INDECOPI

CAPITULO III DE LAS DIRECCIONES DEL ÁREA DE PROPIEDAD INTELECTUAL
Artículo 35.- De las Direcciones. -

35.1 El Área de Propiedad Intelectual está conformada por las siguientes Direcciones:

- a) La Dirección de Signos Distintivos.
- b) La Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías.
- c) La Dirección de Derecho de Autor.

35.2 Al interior de cada Dirección habrá una Comisión, órgano colegiado que tendrá autonomía funcional respecto del Director correspondiente.

35.3 El Director podrá emitir Lineamientos sobre temas funcionales, caso en el cual la Comisión podrá solicitar a la Sala de Propiedad Intelectual correspondiente que revise y, eventualmente, modifique, dichos lineamientos.

35.4 El Consejo Directivo podrá desconcentrar en las Oficinas Regionales del INDECOPI aquellas funciones de las Direcciones de la Propiedad Intelectual de la sede Central mencionadas en el numeral 35.1 que no requieran el ejercicio de competencia a nivel nacional.

Distintivos² b) Dirección de Innovación y Nuevas Tecnologías³ c) Dirección de Derechos de Autor.

Dentro del área de estudios de marcas y signos Distintivos podemos destacar que el Perú actualmente cuenta con diez (10) Denominaciones de Origen (DO); y además en noviembre del 2021 se aprobó el Reglamento del Régimen de Protección de las Especialidades Tradicionales Garantizadas (ETG) y del Régimen de las Indicaciones Geográficas (IG)⁴, el cual resulta vital para fortalecer los derechos de Propiedad Industrial a favor de los agentes económicos del sector gastronómico y turismo, este reglamento va relacionado directamente con el Acta de Ginebra del Arreglo de Lisboa, uno

² Ver LOF INDECOPI

Artículo 36.- De la Dirección de Signos Distintivos. -

36.1 Corresponde a la Dirección de Signos Distintivos proteger los derechos otorgados sobre marcas, lemas comerciales, nombres comerciales, marcas colectivas, marcas de certificación y denominaciones de origen, así como administrar los registros correspondientes.

36.2 En la protección de los derechos referidos en el párrafo anterior, la Dirección de Signos Distintivos otorga, reconoce, declara, anula, cancela o limita tales derechos, luego de un debido procedimiento. Igualmente, registra, controla y protege los derechos otorgados, reconocidos o declarados, mediante procedimientos adecuados que incluyen mecanismos y procedimientos de solución de controversias.

³ Ver LOF INDECOPI

Artículo 37.- De la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías. -

37.1 Corresponde a la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías proteger los derechos otorgados sobre patentes de invención, patentes de modelos de utilidad, diseños industriales, esquemas de trazado de circuitos integrados y certificados de obtentor de variedades vegetales, así como cualquier otro derecho que la legislación sujete a su protección. Adicionalmente, está encargada de proteger los derechos sobre los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, de conformidad con las normas de la materia, y de promover y difundir el uso de la información contenida en los documentos de patentes como fuente de información tecnológica. 37.2 En la protección de los derechos referidos en el párrafo anterior, luego de un debido procedimiento, la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías otorga, declara, anula, limita y declara la caducidad de tales derechos. Igualmente registra, controla y protege los derechos otorgados o declarados, mediante procedimientos adecuados de solución de controversias.

⁴ Ver Decreto Supremo 170-2021-PCM

de los tratados internacionales al cual el Perú fue adherido como miembro y/o parte, el cual es administrado por el Organismo Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI)⁵, organismo intrínseco de las Naciones Unidas (ONU), que reúne a un total de 193 Estados Miembros.

En el presente artículo académico, abordaremos la adhesión más reciente de Perú, a través del INDECOPI, a los últimos cinco (5) tratados internacionales depositados en mi gestión, y que son administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), de un total de 26 tratados internacionales de Propiedad Intelectual que administra este organismo internacional.

Bajo esta perspectiva, estudiaremos cómo el INDECOPI ha reafirmado un continuo apoyo y alineamiento con respecto a las políticas impulsadas por la OMPI; las cuales buscan un desarrollo equilibrado del sistema internacional de propiedad intelectual.

En primer lugar, haremos un sobrevuelo es decir una aproximación a los cinco tratados internacionales firmados y depositados el día 18 de julio del 2022, con la finalidad de exponer la importancia de cada uno de estos tratados.

Finalmente, quiero agregar que en mi calidad de Presidente Ejecutivo del Indecopi, hago de conocimiento publico que en los próximos meses es posible que el Perú se adhiera al convenio de La Haya relacionado a la materia de Patentes, específicamente a Dibujos y Modelos Industriales, asimismo venimos trabajando en una mesa técnica en donde estamos recabando información nacional e internacional desde el punto de vista económico, del derecho y del comercio internacional, en lo relativo a la internacionalización de marcas nacionales y la apertura del mercado con nuevas marcas extranjeras no domiciliadas en el Perú, lo que generaría mayor competencia, mayor oferta y demanda en el mercado, mayor empleo y trabajo en el Perú que se traduce en mayor oportunidades de negocios y

⁵ Miembro de la Junta de los Jefes Ejecutivos del Sistema de las naciones Unidas para la coordinación (JJE), Organismo Especializado y Autónomo cuya labor es coordinada por el Consejo económico y Social (En el plano intergubernamental) ver Organigrama del Sistema de Naciones Unidas.

mejores ofertas en el mercado para los consumidores con la finalidad de analizar la posibilidad de que el Perú se adhiera en el transcurso del 2022 al 2023 al Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid en el marco de las competencias de la Presidencia Ejecutiva de acuerdo a ley.

A manera de referencia y para que los lectores puedan tener un panorama general, a continuación, detallamos el presente cuadro, donde indicamos los veintiséis (26) tratados que administra la OMPI de los cuales el Perú para Setiembre de 2022 se ha adherido a diecinueve (19).



* El Arreglo de Lisboa considera dos adhesiones (el Arreglo preliminar y la ratificación)

2. CINCO (05) TRATADOS INTERNACIONALES ADMINISTRADOS POR OMPI ADHERIDOS POR PERÚ EN EL AÑO 2022.

De acuerdo con la reunión estipulada entre el INDECOPI y el representante de la OMPI Daren Tang, el Perú continúa la línea ejecutoria en

cuanto a la ampliación y armonización de políticas relativas a los derechos de autor, patentes, diseños y protección de marcas. Dicho proceso se manifiesta a través de los *Acuerdos de Locarno, Estrasburgo, Niza, Viena, el Arreglo de Niza y el Acta de Ginebra*; herramientas para fortalecer una política de propiedad intelectual y posteriormente desarrollo económico esencial en un contexto posterior al Covid 19.

Vale recalcar que el dominio de acción en términos de Propiedad Intelectual del Indecopi compete el sistema de derechos sobre marcas, inventos, nombres, lemas comerciales, denominaciones de origen, indicaciones geográficas, diseños industriales, entre otras modalidades de protección. Dicha institución desarrolla estas competencias de manera interna, a partir de la implementación de políticas nacionales y, en el ámbito externo, trabaja juntamente con instituciones internacionales a través de tratados según la función que estos cumplan. Podemos dividir tales tratados en aquellos relativos a la *Clasificación* (Locarno, Estrasburgo, Niza y Viena) y al *Registro* (Ginebra-Lisboa); estas variables son necesarias para el desarrollo logístico y de las capacidades en materia de Propiedad Intelectual, una de las 7 competencias adheridas al INDECOPI y las cuales regula en su totalidad. Por consiguiente, se puede deducir que dichos tratados, refuerzan uno de los núcleos principales del funcionamiento del INDECOPI como organismo técnico especializado, acompañando con el seguimiento correspondiente y herramientas proporcionadas por la OMPI en diferentes campos, los cuales mencionaremos más adelante.

- 2.1 *El Arreglo de Locarno*: Establece una Clasificación Internacional para los Dibujos y Modelos Industriales (diseños industriales), cuyos números correspondientes a clases y subclases, deberán aparecer en los documentos de registro. De igual manera a través de este tratado, el INDECOPI podrá incrementar su importancia en la escena internacional de propiedad intelectual, ya que contará con la capacidad de ser parte de un comité de expertos con capacidad de modificación de diferentes tipos de clasificación internacionales.
- 2.2 *El Arreglo de Estrasburgo*: Establece una Clasificación Internacional de Patentes. Divide a la tecnología en aproximadamente 80.000 subdivisiones, esencial para recuperar los documentos de patente

durante la búsqueda técnica. Esta clasificación CIP, conlleva beneficios tales como tener calidad de miembro en la Asamblea de la Unión de Estrasburgo y la participación tanto en talleres y seminarios relativos como en comités y grupos de índole similar. Independientemente de la aplicación de dichas patentes, utilizados ya por un centenar de oficinas de patentes pese a tener 64 estados parte, dicho Tratado nos dota de legitimidad y de voz en una arena crucial para concertar una política de propiedad intelectual globalizada.

- 2.3 *Arreglo de Niza*: Este acuerdo establece una clasificación de productos y servicios para registrar marcas de fábrica o de comercio, la cual deberá ser aplicada como sistema principal o subsidiario. Siguiendo la ya mencionada lógica de armonización de políticas de propiedad intelectual, este sistema permite a los países parte, facilitar el registro en otros países firmantes del tratado internacional como para la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO). Dicha adhesión resulta beneficiosa al proporcionar mayor seguridad y confianza en el sistema institucional al incrementar el alcance de la marca concernida en todos los países que son parte.
- 2.4 *Acuerdo de Viena*: Establece una clasificación para marcas que consisten o contengan elementos figurativos para facilitar el registro de marcas durante un proceso de internacionalización. Para dicho proceso podemos evocar una codificación particular para cada una de las características propias de la marca registrada según la división o sección de acuerdo con la categoría.
- 2.5 *Acta de Ginebra del Arreglo de Lisboa*: incorpora el Perú en un grupo selecto de países que protegen y valoran el desarrollo de sus comunidades productivas a partir de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas, estableciendo un estándar internacional. La adhesión será beneficiosa para el Perú, ya que nos servirá para potenciar el sistema de reconocimiento y protección de las futuras indicaciones geográficas peruanas en el extranjero. Es importante considerar que una indicación geográfica, sirve para agregar valor a productos originarios de una zona geográfica específica y facilitar la

penetración de tales productos en mercados externos; como es el caso de aquellos que provienen de productores artesanales y agrícolas.

3. ALINEAMIENTOS DE LA OMPI

3.1 Digitalización y cooperación mundial

Según los planteamientos establecidos por OMPI en el informe anual de 2022, un crecimiento acelerado y desarrollo sostenible va de la mano con inversión en la innovación, entendiendo esta última como la comercialización de nuevos productos, con marcas y patentes. Para lograr esta mejora en un contexto de globalización, debe existir un proceso de adaptación tanto de parte de la comercialización de las marcas como del desarrollo institucional encargado de la protección y defensa de la propiedad intelectual, en nuestro caso el INDECOPI. Todo actor involucrado en este proceso debe dejar atrás un funcionamiento bilateral y optar en su defecto por uno multilateral con ayuda de una organización como la OMPI, facilitando la comunicación e interacción para el objetivo de protección intelectual.

Bajo la óptica de proveedor de recursos para los procesos de clasificación relativas a la propiedad intelectual, podemos hacer énfasis en la importancia de la suscripción al acuerdo de Lisboa. La línea lógica y el accionar de la OMPI se ven favorecidos a través de la organización y participación en actividades de sensibilización y promoción. Formalizando una diferenciación en economías con un peso cultural como la nuestra, las denominaciones de origen e indicaciones geográficas pueden ser un incentivo bien aprovechado para continuar con una óptima reactivación económica. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual toma en consideración todo tipo de asistencia jurídica, técnica y asesoramiento para adherirse ya sea al sistema estipulado en el Arreglo de Lisboa-Acta de Ginebra o cualquier otro tipo de tratado internacional que le competa.

Desde un punto de vista más técnico y en un contexto de proliferación de las dinámicas globales, las nuevas tecnologías y digitalización ocupan un lugar importante en el podio de necesidades institucionales; los alineamientos de la OMPI precisan en qué medida pueden mejorar la productividad y

calidad de sus servicios a través de la tecnología e intercambio digital i.e. Clasificación de marcas con respecto a una base de datos digitalizada y accesible a todos los estados parte.

3.2 Reactivación económica

De igual manera según la orientación de las mociones y vinculaciones institucionales de la OMPI, el fortalecimiento de una política nacional e internacional con respecto a la propiedad intelectual conllevaría a un próspero desarrollo social, económico y cultural. En efecto, fueron los micro y pequeños emprendedores, aquellos más afectados por la pandemia, sin embargo, el desarrollo e implementación de tecnologías digitales abrirían nuevas puertas para las dinámicas de funcionamiento de nuevos *entrepreneurs*.

Por consiguiente, en un contexto de reactivación económica y de recuperación post Covid-19, tomando como punto de referencia el restablecimiento comercial, ha de ser necesario un énfasis en la política de propiedad intelectual a la cual el INDECOPI suscribe de manera impetuosa. Es así como a través de un paquete de respuesta contra el Covid 19, aprobado en octubre 2021, la OMPI establece 3 pilares prioritarios junto a un continuo diálogo con los Estados miembros.

- a) Mejora en cuanto a la propagación y concientización de la utilidad de la Propiedad intelectual para mejorar la calidad de vida y dinámicas de crecimiento
- b) Reagrupar a la comunidad internacional para hacer frente a los desafíos relativos a PI, innovación y creatividad
- c) Proveer servicios de calidad, conocimiento y data de manera accesible para todos los usuarios a escala global.

Gracias a este set de herramientas a disposición de aquellos que las requieran, la adhesión al Acta de Ginebra Tratado de Lisboa permitirá un auge de la protección nacional e internacional de denominaciones de origen e indicaciones geográficas para ciertos productos. De igual manera podemos evocarlo como herramienta del *Soft Power* nacional, empleando riquezas nacionales y propias de comunidades nativas y pequeños emprendedores de productos *sui generis*.

4. EL PROTOCOLO DE MADRID Y EL ARREGLO DE LA HAYA, VISIÓN INTERNACIONAL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL EN EL PERÚ.

Una vez depositados los 5 tratados ya mencionados en julio de este año 2022 en el marco de las Asambleas Generales de la OMPI, vemos la necesidad de continuar trabajando en pro del desarrollo de la PI bajo los estándares internacionales de la OMPI, en ese sentido nos encontramos evaluando la posibilidad de nuestra adhesión al *Sistema de Madrid y al Arreglo de la Haya*, como parte de los objetivos establecidos por el plan de respuesta Covid-19 de la OMPI, para ello desarrollaremos un extracto a lo relacionado al Sistema de Madrid.

El Sistema de Madrid para el Registro Internacional de Marcas (en adelante “el Sistema de Madrid”) establece un procedimiento que permite solicitar la protección de una marca en hasta 128 países mediante la presentación de una solicitud internacional. Asimismo, permite la gestión de los derechos adquiridos por medio de un registro internacional. El Sistema de Madrid se rige por el Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas (en adelante “el Protocolo de Madrid”), un tratado adoptado en 1989⁶, y por su Reglamento. El Sistema de Madrid es administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

4.1 Descripción del Procedimiento Internacional

El titular cuya marca haya sido registrada o sea objeto de una solicitud de registro en una Parte Contratante del Protocolo de Madrid y que, además, tenga una conexión con el territorio de dicha Parte Contratante puede presentar una solicitud internacional para obtener protección en las demás Partes Contratantes de dicho tratado.⁷

⁶ El Protocolo cuenta con 112 Partes Contratantes, incluyendo la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI) y la Unión Europea (UE), y abarca 128 países.

⁷ Ser nacional de dicha Parte Contratante o contar con domicilio o establecimiento industrial o comercial efectivo y real en el territorio de la referida Parte Contratante.

La solicitud internacional debe designar a las Partes Contratantes en las que se desea obtener protección. La OMPI examina la solicitud internacional para confirmar que cumple con los requisitos formales establecidos en el Protocolo y su Reglamento, registra la marca en el Registro Internacional, la publica en la Gaceta de la OMPI y notifica a las Partes Contratantes que el solicitante ha designado. Las Partes Contratantes designadas deberán tratar la referida notificación como una solicitud presentada directamente, examinarla de conformidad con su legislación y comunicar a la OMPI si conceden o no protección a la marca.

Esta decisión será inscrita en el Registro Internacional. Si las Partes Contratantes designadas conceden protección a la marca, esta gozará de la misma protección que una marca registrada en dichas Partes Contratantes. En caso contrario, el titular del registro internacional tendrá el derecho a interponer los recursos previstos en la legislación aplicable. El registro internacional deviene en una cartera de derechos nacionales. El titular podrá gestionar los derechos adquiridos (ej., solicitar la renovación o la inscripción de un cambio de nombre, dirección o titularidad) presentando una sola petición ante la OMPI.

4.2 Principales ventajas del Sistema de Madrid

El Sistema de Madrid podría ser más económico que la vía directa, vale decir, que la presentación de una solicitud en cada país en donde se requiere protección. Dependiendo de los países, en la vía directa podría ser necesario incurrir en gastos de traducción, legalización de documentos o constitución de un apoderado local, en distintas monedas.

En el Sistema de Madrid no es necesario incurrir en dichos gastos y las tasas se abonan en una sola moneda. Asimismo, la gestión centralizada de la renovación e inscripción de cambios genera ahorros durante todo el ciclo de vida de la marca. El Sistema de Madrid es más conveniente que la vía directa. En la vía directa, el titular debe cumplir con diversos y distintos requisitos formales para presentar solicitudes y peticiones de inscripción en los países en donde se requiere protección. En el Sistema de Madrid, una solicitud internacional presentada cumpliendo los requisitos prescritos en el Protocolo y en Reglamento, en español y pagando las tasas que

correspondan, en una sola moneda, equivale a una solicitud debidamente presentada en cada una de las Partes Contratantes que se haya indicado en la solicitud internacional. Lo mismo se aplica a las peticiones para gestionar los derechos adquiridos.

Finalmente, el Sistema de Madrid es flexible porque permite que el titular solicite la extensión del alcance geográfico del registro internacional a Partes Contratantes que no fueron designadas en la solicitud internacional, con efectos a partir de la fecha en que se inscriba esta extensión, sin que sea necesario presentar una nueva solicitud internacional. De ese modo, el Sistema de Madrid permite que el titular adapte fácilmente el alcance geográfico del registro internacional según se presenten oportunidades de negocios en nuevos mercados.

4.3 Conveniencia de una posible adhesión al Protocolo

Un estudio, elaborado en 2016, efectuó un análisis cuantitativo de diversos indicadores como, por ejemplo, la exportación peruana de productos diferenciados y la evolución de las solicitudes de marcas por millón de habitantes desde el Perú hacia otros países. El estudio estimó que “empresas que representan entre una cuarta parte y la mitad de las exportaciones del Perú se beneficiarían de la adhesión al Protocolo de Madrid (o, de manera más pesimista, que estas empresas resultan perjudicadas mientras que el Perú no se adhiera al Protocolo de Madrid).”⁸ El estudio subraya la probabilidad de que los beneficios que supondría una adhesión a este tratado para unos grupos económicos compensarían las pérdidas que sufrirían otros.

El mencionado estudio, usando como ejemplo las redes en la industria de telefonía móvil, afirma que “los acuerdos internacionales como el Protocolo de Madrid se caracterizan por el llamado ‘efecto red’, que describe aquellas situaciones en las que el valor de un producto o servicio se incrementa cuanto mayor es el número de usuarios.” En los últimos años, el Protocolo de Madrid se ha consolidado en la región de América Latina, en particular en los países de la región que son los principales mercados de

⁸ De Rassenfossen, Gaetán, *Perspectiva Política Sobre la Adhesión del Perú al Protocolo de Madrid*, p. 19

exportación de los productos diferenciados peruanos y en donde las empresas peruanas presentan el mayor número de solicitudes para el registro de sus marcas. En consecuencia, el efecto red al que alude el citado estudio podría ser más intenso y generar más beneficios de adherirse el Perú a este tratado.

En efecto, 68 por ciento de las solicitudes presentadas en el exterior por empresas peruanas se presenta en países de la región. Brasil, Chile, Colombia, Cuba y México son miembros del Protocolo de Madrid. También son Miembros del Protocolo de Madrid China, los Estados Unidos de América y la Unión Europea, tres de los mercados más atractivos para los empresarios peruanos. En este momento, 52 por ciento de las solicitudes presentadas por empresas peruanas en el extranjero son presentadas en países que son miembros del Protocolo de Madrid. Cabe notar que, a pesar de los contratiempos económicos suscitados por la pandemia de la COVID 19, no menos de 105 empresas peruanas registraron sus marcas en el extranjero en 2020. Estas son las empresas que podrían beneficiarse de una posible adhesión del país al Protocolo de Madrid.

Finalmente, cabe recordar que, según el Anuario Mundial de Competitividad 2021, que contiene recomendaciones de CENTRUM, Pontificia Universidad Católica del Perú, uno de los principales desafíos del Perú es la reactivación económica mediante el incremento de la productividad y de la competitividad.⁹ En una economía integrada económicamente como la economía peruana y considerando que las principales economías de la región y los principales socios comerciales del Perú ya son parte del Protocolo de Madrid, la adhesión del Perú a este tratado sería el siguiente paso lógico para mantener su competitividad, en general y relativa a los demás países de la región, y atraer inversión privada extranjera y nacional.

Estos postulados al respecto del Protocolo de Madrid han sido expuestos a mi persona por el Dr. Juan Rodríguez, Consejero Jurídico Principal de la División Jurídica de Madrid del Registro de Madrid, parte del Sector de Marcas y Diseños de la Organización Mundial de Propiedad

⁹ Institute of Management Development, World Competitiveness Ranking 2021, available at: <https://worldcompetitiveness.imd.org/countryprofile/PE/wcy> (accessed on November 30, 2021).

Intelectual, dicho abogado de nacionalidad peruana ha sintetizado estos aspectos conceptuales concernientes al Protocolo y su importancia para el Perú, siendo además ex funcionario de Indecopi años atrás.

Adicionalmente, existe un documento de trabajo de 43 páginas realizado por el Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), donde José Tavera y Angelo Cozzubo desarrollan el “Sistema de Madrid y la Redacción de los Costos de Transacción: Una Evaluación Econométrica”, explicando con información estadística de manera objetiva que aquellos países que se adhieren al Sistema de Madrid presentan un diferencial en el aumento de las solicitudes de registros de marcas. Los autores mencionan que este es un resultado consistente con la teoría económica que indica que se observa un mayor comercio cuando existen menores costos de transacción.¹⁰

4.3.1 Los Intereses particulares de Personas Naturales y Asociaciones Civiles para la no Adhesión del Perú al Protocolo de Madrid

En los viajes oficiales internacionales que he realizado a la sede de la OMPI en Ginebra durante el año 2021 y 2022, he contado con la colaboración de la Misión Permanente de Perú en Ginebra para el desarrollo de reuniones bilaterales y multilaterales con titulares de PI del mundo. En este espacio, hemos podido intercambiar información y experiencias respecto a sus adhesiones al Protocolo de Madrid, por ejemplo, con países como México y Colombia (miembros del Protocolo de Madrid hace 10 años aproximadamente) y Chile (desde el presente año 2022), países que forman parte de la Alianza del Pacífico, al igual que el Perú.

Por parte de México y Colombia se manifestó que la experiencia es positiva, mostrando números realmente optimistas; por ello, se comprometieron a compartir información relevante de su experiencia. Asimismo, mencionaron algo que sucedió en sus países y que se repite en el Perú: los Estudios de Abogados que tienen como giro de negocio el registro de marcas, subcontratan o tercerizan con Estudios de Abogados en países

¹⁰ PUCP (2019) “El Sistema de Madrid y la Redacción de los Costos de Transacción: Una Evaluación Econométrica” Disponible en: <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/176213/DDD473.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

extranjeros para el registro de marcas nacionales en otros países y viceversa, lo cual encarece los costos para el solicitante del registro.

Además, al manifestar en notas de prensa institucionales del Indecopi, como Presidente Ejecutivo, el interés del Perú en adherirse a este Protocolo Internacional, los primeros en oponerse fueron los Abogados, Asociaciones Civiles que representan los intereses de estos Estudios Jurídicos que tienen esta materia en particular como su giro de negocio. Lamento que en gestiones anteriores no hayan tomado una decisión que apertura el mercado, que traiga desarrollo económico en materia de marcas, tanto para el crecimiento de marcas nacionales, posicionamiento y crecimiento de estas en mercados extranjeros (128 países miembros). Por otro lado, si se considera la adhesión al Protocolo de Madrid muchas marcas extranjeras de los países miembros podrían aplicar directamente desde sus países de origen con el pago de una única tasa en un solo procedimiento.

Con la llegada de más marcas extranjeras registradas en el Perú, se abren nuevas oportunidades para que estas marcas establezcan sucursales y/o personería jurídica en el Perú, lo que se traduce en más puestos de trabajo, así como mayor oferta y demanda que beneficie a los consumidores. No obstante, con relación a la afectación del negocio algunos despachos jurídicos tienen que tener en consideración que se van a abrir otras oportunidades de negocio, ya que a mayor cantidad de marcas extranjeras registradas bajo el protocolo de Madrid en el Perú, se podría lograr una mayor cantidad de oposiciones y tachas que se traduce en clientes potenciales para su rubro de trabajo especializado.

En ese sentido, dejamos abierto el debate para los académicos y técnicos profesionales nacionales e internacionales que forman parte del sistema de propiedad intelectual y afines, con el propósito de poder recoger sus puntos de vista, tomando en consideración información relevante de la OMPI con relación a este Protocolo, tomando en cuenta además una evaluación Econométrica actualizada del Sistema de Madrid y su reducción de costos de Transacción y además, la experiencia internacional de Colombia, México y Chile. Es importante tener una perspectiva transversal de este tema y no dejarse llevar por opiniones sesgadas sin sustento técnico y jurídico legal.

En este sentido, los StakeHolders del Indecopi como OMPI, UNCTAD, Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, el Ministerio de la Producción, Ministerio de Relaciones Exteriores, ADEX, Sociedad Nacional de Industrias, IPAE, Cámara de Comercio de Lima y la sociedad civil en general, formarán parte de esta mesa técnica multidisciplinaria que instalaremos en los próximos meses para poder escuchar y recoger la información de diferentes sectores, para así tener una visión transversal que fusione la apertura del mercado con la libre y leal competencia, protegiendo los derechos e intereses legítimos de los consumidores, incluyendo de manera horizontal los beneficios económicos para el Perú que conlleva el registro de marcas a través del Protocolo de Madrid.

5. ARREGLO DE LA HAYA PARA EL REGISTRO INTERNACIONAL DE LOS DIBUJOS Y MODELOS INDUSTRIALES (DISEÑOS INDUSTRIALES)

El Arreglo de La Haya sobre el registro internacional de dibujos y modelos industriales (diseños industriales), permite la protección de diseños industriales en aquellos Estados Contratantes presentando una solicitud única internacional ante la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, permitiendo la protección en distintos países.

Esta visión compartida por 94 países continuaría con la visión y planteamientos de armonización de una política nacional globalizada a la cual Perú eventualmente pertenecería, o. De tal manera, aquellos diseñadores peruanos lograrían aprovechar una mejor protección para en el extranjero, así como una modernización en cuanto a costos y registros.

6. REFLEXIONES FINALES.

- a) La suscripción de los diferentes tratados administrados por la OMPI, de los cuales nuestro país es parte, expresan el interés y compromiso por promover un ecosistema favorable para el desarrollo de la innovación, el emprendimiento y la creatividad.

- b) En materia de invenciones y nuevas tecnologías, los Tratados en los que se encuentra adherido el Perú, nos han permitido brindar mejores servicios a los innovadores nacionales, ya sea a través de la posibilidad de proteger inventos en el extranjero como es el caso del Tratado PCT, o mejorar la gestión de las solicitudes por parte de la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías con los Arreglos sobre las clasificaciones.
- c) En el ámbito del derecho de autor la suscripción de los diferentes Tratados administrados por la OMPI ha respondido a la necesidad de ir generando las bases hacia un adecuado sistema de protección de las obras y contenidos protegido por el derecho de autor y los derechos conexos en un entorno tecnológico cada vez más dinámico y cambiante.
- d) La reciente adhesión a tratados sobre clasificación en el ámbito de marcas tendrán -sin duda- un impacto positivo en los usuarios nacionales y extranjeros, en la medida que se adopta un sistema único de clasificación en todos los países que son parte de los acuerdos, lo cual facilita los procedimientos de registro. Por otro lado, la adhesión al Acta de Ginebra reafirma nuestro compromiso en la protección de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas.
- e) Dentro de los próximos meses esperamos como País poder concretar la Adhesión al Arreglo de La Haya para la protección de los diseños industriales, con el interés de brindar a los diseñadores peruanos la posibilidad de proteger sus creaciones estéticas en el extranjero y dinamizar el otorgamiento de diseños industriales en nuestro país.
- f) Podemos concluir que el INDECOPI sigue adhiriéndose a aquellos planteamientos y lógica globalizada de la OMPI a través de aquellos tratados internacionales firmados, así como una visión próxima bajo el sistema de Madrid (Protocolo de Madrid) y Arreglo de La Haya, permitiendo profundizar más dentro de las dinámicas internacionales relativas a la propiedad intelectual.
- g) De igual manera, podemos definir estos procesos cooperativos como adyuvantes a la ya mencionada competencia de Propiedad Intelectual de INDECOPI y a su regulación tanto dentro como fuera del Perú.

7. REFERENCIAS:

OMPI (2013) *Global Innovation Index 2013: The Local Dynamics of Innovation* Cornell University, INSEAD

Disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/economics/gii/gii_2013.pdf

OMPI (2019) *Informe mundial sobre la propiedad intelectual 2019 La geografía de la innovación: núcleos locales, redes mundiales*. OMPI N.º 944S/19 ISBN 978-92-805-3097-1

Disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_944_2019.pdf

OMPI (2019) *Presupuesto por programas de 2020/21*. Quincuagésima novena serie de reuniones Ginebra, 30 de septiembre a 9 de octubre de 2019

Disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/es/a_59/a_59_8.pdf

OMPI (2022) *Peru Joins the Geneva Act of the Lisbon Agreement*. News Articles. Disponible en: https://www.wipo.int/lisbon/en/news/2022/news_0003.html

OMPI (2022) *COVID-19 response package*. Briefing for Permanent Missions in Geneva and IP Offices. Disponible en : <https://www.wipo.int/export/sites/www/covid-19/en/pdf/wipo-covid-19-response-package-summary.pdf>

OMPI (2022) *Reseña del Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas (1891) y del Protocolo Concerniente a ese Arreglo (1989)*. Tratados administrativos por la OMPI. Disponible en: https://www.wipo.int/treaties/es/registration/madrid/summary_madrid_marks.html

GOB.PE (2022) *El Perú se adhiere a otros 5 tratados internacionales administrados por la OMPI para la protección y defensa de la propiedad intelectual* Nota de Prensa.

Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/632514-el-peru-se-adhiere-a-otros-5-tratados-internacionales-administrados-por-la-ompi-para-la-proteccion-y-defensa-de-la-propiedad-intelectual>

INDECOPI (2012) *Denominacion de origen: guía informativa* Disponible en: https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4686/1014_CID_Guia_20121200_denominacion_origen.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=As%C3%AD%20por%20ejemplo%2C%20actualmente%20contamos,de%20Lambayeque%2C%20y%20Maca%20Jun%C3%ADn.

¿LA LICENCIA OBLIGATORIA DE LAS PATENTES DE INVENCION COMO RESPUESTA A LA PANDEMIA DE COVID-19? EL CASO DE LA COMUNIDAD ANDINA

**COMPULSORY LICENSING OF PATENTS AS A RESPONSE TO THE
COVID-19 PANDEMIC? THE CASE OF THE ANDEAN COMMUNITY**

María Ángela Sasaki Otani*

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto abordar, desde el punto de vista de la integración regional, algunos de los problemas emergentes de la pandemia

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), especialista en Integración Regional por la Universidad de Buenos Aires (Argentina), magíster en Derecho Internacional Económico por la Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador), becaria del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Alemania) y doctora en Derecho Internacional por la Universidad Complutense de Madrid (España). Actualmente, es profesora de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la PUCP, asesora en el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, y miembro titular y vicepresidenta del Tribunal Administrativo de la Asociación Latinoamericana de Integración (Aladi). Correo electrónico: sasaki.ma@pucp.edu.pe

Las opiniones expresadas en este artículo representan únicamente los puntos de vista personales de la autora y no manifiestan los puntos de vista de las instituciones con las que ella está asociada.

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

de COVID-19 con el objetivo de imaginar un nuevo camino o derrotero a seguir. Para ello, en el marco de la Comunidad Andina (CAN), rescatamos los objetivos específicos y las funciones principales del Organismo Andino de Salud (Oras-Conhu). Además, nos enfocamos en el acceso a la salud de los ciudadanos andinos a la luz del derecho comunitario andino, analizando la figura de la licencia obligatoria de las patentes de invención como posible respuesta a la pandemia de COVID-19.

Palabras clave: Comunidad Andina, integración regional, COVID-19, acceso a la salud, propiedad intelectual, patente de invención, licencia obligatoria.

ABSTRACT

The purpose of this article is to address, from the point of view of regional integration, some of the problems emerging from the COVID-19 pandemic with the aim of imagining a new path or route to follow. To this end, within the framework of the Andean Community (CAN), we recall the specific objectives and main functions of the Andean Health Organization (ORAS-CONHU). In addition, we focus on the access to health of Andean citizens in the light of the Andean Community Law, analyzing the figure of compulsory licensing of invention patents as a possible response to the COVID-19 pandemic.

Keywords: Andean Community, regional integration, COVID-19, access to health, intellectual property, invention patent, compulsory license.

.....

1. INTRODUCCIÓN

Hace más de cincuenta años, el 26 de mayo de 1969, se puso en marcha el Pacto o Grupo Andino, conocido luego como Comunidad Andina (CAN), cuyo objeto y fin es

el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano [...] disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes [...] con] la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión (Acuerdo de Cartagena, 1969, art. 1).

Actualmente, sus países miembros son Bolivia, Colombia, Ecuador y el Perú.

La actual crisis sanitaria exige que los países andinos estén más unidos que nunca. La pandemia de COVID-19¹² está generando mucho sufrimiento e incertidumbre en la población, que se hace cada vez más vulnerable y pobre²³. Ante este panorama cada vez más difuso, ¿acaso no nos convendría explorar soluciones regionales para enfrentar la pandemia desde la CAN?

El objetivo del presente artículo es brindar posibles respuestas a la pregunta «¿Cómo enfrentar este tipo de pandemias desde la CAN?», sobre todo desde los aspectos del acceso a la salud y la innovación farmacéutica, ambos relacionados a la protección de la propiedad intelectual.

2. LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA CAN

La CAN cuenta con cuatro regímenes comunes sobre los derechos de propiedad intelectual³, los cuales resguardan los intereses de los creadores e inventores al concederles derechos de exclusiva en relación con sus

¹ El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud determinó que el COVID-19 puede caracterizarse como una pandemia.

² Según datos del Banco Mundial para el año 2021, el número de personas en pobreza extrema habrá aumentado en ciento cincuenta millones a causa de la pandemia de COVID-19.

³ El régimen común de propiedad industrial (Decisión 486 y sus modificatorias, 2000), el régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos (Decisión 351), el régimen de protección de los derechos de los obtentores vegetales (Decisión 345) y el régimen común sobre acceso a los recursos genéticos (Decisión 391).

creaciones e invenciones. Estos incluyen el *ius prohibendi*, que es, en otras palabras, el derecho de prohibir o impedir a terceros no autorizados el realizar actos de explotación comercial. En particular, nos enfocaremos en el «régimen común sobre propiedad industrial» (Decisión 486, 2000)⁴, el cual ha contribuido —en una subregión que presenta un deficitario Estado de derecho en los cuatro países andinos— a la construcción regional de un Estado de derecho eficaz en propiedad intelectual.

Alter *et al.* (2009) miden la eficacia de este régimen común a través de tres aspectos:

Primero, el sistema normativo y el litigio andino han creado derechos privados de propiedad valorables económicamente y exigibles. Segundo, las providencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) han mejorado notablemente los procedimientos para la toma de decisiones en las agencias administrativas nacionales en propiedad intelectual (PI) [...] *aumentado su sujeción al Estado de derecho, y equilibrando los derechos de propiedad intelectual frente al interés público*. Tercero, el TJCA ha proporcionado un mecanismo para los particulares, los funcionarios andinos y para las agencias nacionales de PI, mediante el cual hacen frente a los países miembros que buscan eludir el enfoque distintivo de la región en cuanto a la protección de PI (p. 46)⁵.

En efecto, la protección de la propiedad intelectual en la CAN destaca y resalta sobre otras subregiones de América Latina en dos dimensiones:

Externamente, el sistema regional de PI ha preservado sus elementos sustanciales distintivos, [...] *el TJCA ha ayudado a los países andinos a resistirse frente a la presión de Estados Unidos para expandir la protección en PI en relación con las empresas extranjeras*. Internamente, las más de mil cuatrocientas decisiones del Tribunal han contribuido a establecer *una isla de Estado de derecho en propiedad intelectual* (Alter *et al.*, 2009, p. 46)⁶.

⁴ Para mayor detalle, véase Sasaki Otani (2014, pp. 67 y ss.).

⁵ Énfasis añadido.

⁶ Énfasis añadido.

Según las estadísticas, la materia de propiedad intelectual representa prácticamente el 90 % de los procesos jurisdiccionales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA)⁷, la tercera corte internacional más activa del mundo, luego del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)⁸. En ese sentido, la jurisprudencia andina ha venido reforzando de manera sistemática la interpretación y la aplicación uniforme de esta materia en todos los países andinos, contribuyendo a instaurar una verdadera «isla de jurisdicción internacional eficaz y un Estado de derecho de la propiedad intelectual» (Alter *et al.*, 2009, pp. 46-47) en el proceso de integración andino⁹.

Dentro del ámbito de la protección de la propiedad intelectual, nos enfocaremos en las patentes de invención por ser las pertinentes a efectos del presente trabajo. Las patentes de invención están reguladas en la Decisión 486 (2000) de la siguiente manera:

Artículo 14.- Los países miembros otorgarán patentes para las invenciones, sean de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial. [...]

Artículo 50.- La patente tendrá un plazo de duración de 20 años contado a partir de la fecha de presentación de la respectiva solicitud en el país miembro.

Como podemos observar, las patentes protegen los intereses de los inventores al ofrecerles derechos de exclusiva durante veinte años; es decir, se genera un monopolio exclusivo y excluyente que favorece al inventor durante todo ese tiempo. Por consiguiente, en tiempos de pandemia nos enfrentamos al desafío de buscar un equilibrio armónico entre los derechos de los titulares de patentes y las necesidades de salud pública. El desarrollo de nuevos medicamentos o vacunas requiere de grandes inversiones e investigación a largo plazo, así como de pruebas clínicas costosas y

⁷ Al respecto, véase Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2016, pp. 71-75; 2018, p. 10).

⁸ Compárese con Alter *et al.* (2009, p. 2).

⁹ Sobre el particular, véase Alter *et al.* (2009, pp. 2-3). También puede consultarse Otero Lastres (2011, pp. 85 y ss.).

procedimientos de aprobación reglamentarios. A causa de ello, el derecho exclusivo que confiere una patente es uno de los incentivos que llevan a los creadores de nuevos medicamentos o vacunas a invertir para investigar¹⁰. Sin embargo, en el caso de la vacuna contra el COVID-19, cabe cuestionarse qué sucede cuando, por el contrario, la mayor parte de la inversión en investigación científica e innovación ha corrido por cuenta de los Estados.

En aras de resguardar el interés público, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Adpic, 1994, art. 31) incluyó tres medidas de flexibilización a las patentes: las importaciones paralelas, la excepción bolar y las licencias obligatorias. Si bien las flexibilidades mencionadas podrían aumentar significativamente el acceso a los medicamentos esenciales, son pocos los Estados que las autorizan por miedo a las represalias de los países desarrollados, que defenderán los intereses de las empresas farmacéuticas (Martínez Piva & Tripo, 2019, pp. 72-73). A efectos del presente artículo, nos enfocaremos en la medida excepcional de las licencias obligatorias.

3. LAS LICENCIAS OBLIGATORIAS DE LAS PATENTES DE INVENCIÓN

Grosso modo, la licencia obligatoria es una autorización brindada por la autoridad administrativa competente a un tercero para usar y explotar una patente sin el consentimiento del titular, pero otorgándole una compensación económica adecuada. El Adpic permite las licencias obligatorias que, aplicadas de manera temporal y selectiva, podrían ser fundamentales ante situaciones de emergencia y catástrofe (Gurry, 2020)¹¹.

La búsqueda de un equilibrio entre el derecho a la salud y el acceso a los medicamentos llevó a la adopción de la Declaración de Doha (2001), la cual

¹⁰ En la página web oficial de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (www.wipo.int) se pueden encontrar estos datos y numerosos documentos de trabajo que contienen información valiosa sobre el particular.

¹¹ Datos tomados de la página web oficial de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (www.wipo.int), consultada el 15 de enero de 2022, donde se pueden encontrar numerosos documentos de trabajo que contienen información valiosa sobre el particular.

posibilita que los Estados otorguen licencias obligatorias en circunstancias de emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia¹². Ello permite la concesión de licencias de fabricación a productores distintos a los titulares de la patente sin la autorización de estos últimos. Tomando en cuenta que la pandemia de COVID-19 constituye una emergencia mundial real, el sistema de patentes parece proporcionar una ventana de oportunidad necesaria ante la urgencia de los Estados (Von Bogdandy & Villarreal, 2020, pp. 21-22).

3.1. En el ámbito internacional

A nivel internacional, una alianza de Estados —encabezada por India y Sudáfrica— ha planteado a la Organización Mundial del Comercio (OMC) que se permita que los fabricantes de medicamentos genéricos puedan comenzar a producir las vacunas. Por su parte, Costa Rica ha impulsado en el seno de la Organización Mundial de la Salud (OMS) la iniciativa de «crear un conjunto de derechos para pruebas, medicamentos y vacunas, con acceso gratuito o licencias, en términos razonables y asequibles para todos los países» (Solano Suárez, 2020); mientras que Alemania aplicó, excepcionalmente, una suspensión temporal de los efectos de las patentes.

Si bien la OMS ha respaldado inicialmente estas diferentes propuestas, ha sido frenada en los hechos por la oposición de Estados Unidos de América y los países europeos, cuyas farmacéuticas aseveran que la protección plena de las patentes es el fundamento de la innovación (Apuzzo & Gebrekidan, 2021).

En palabras de Corredor Castellanos (2021),

la fortaleza del multilateralismo es justamente la de servir como incubadora de soluciones de largo plazo a problemas complejos, los cuales tarde o temprano encuentran su *momentum* para ser examinadas con criterio técnico y lograr ser resueltas por las organizaciones internacionales en beneficio de la comunidad global.

¹² Datos tomados de la página web oficial de la OMC (www.wto.org), consultada el 28 de enero de 2022.

En ese sentido, queda por determinar hasta qué punto la OMC o la OMS, en su calidad de foros de discusión multilateral, podrán generar las condiciones de cooperación necesarias para concretar las medidas de flexibilización a las patentes respecto de la «prevención, contención o tratamiento» del COVID-19¹³.

Como hemos visto, las licencias obligatorias pueden ser decretadas para abastecer de medicamentos genéricos al mercado interno, más aún cuando se trata de una pandemia global. A manera ilustrativa, citamos ejemplos que vale la pena rescatar:

- i) El caso de los antirretrovirales contra el VIH/SIDA: en 1999, Brasil probó que las licencias obligatorias son una estrategia legítima y eficaz para enfrentar el costoso precio de las medicinas. Ante la amenaza de establecer licencias obligatorias, la farmacéutica decidió *motu proprio* abaratar el precio de los antirretrovirales¹⁴.
- ii) El caso del ántrax (o carbunco), enfermedad infecciosa grave provocada por la bacteria *Bacillus anthracis*: en 2001, Estados Unidos de América apremió a Bayer con ordenar una licencia obligatoria de ciprofloxacino (Cipro). Ante dicha amenaza, la empresa alemana decidió abaratar el precio de dicho medicamento.
- iii) El caso de los antirretrovirales lopinavir y ritonavir, medicamentos eficaces (en combinación) para el tratamiento del COVID-19. En 2020, Tailandia dispuso su licenciamiento obligatorio (Indacochea, 2020).

A nivel interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) adoptó la Resolución 1/2020, «Pandemia y Derechos Humanos en las Américas», donde se estableció que «la atención y contención de la pandemia deben tener como centro el pleno respeto de los derechos humanos».-

¹³ Datos tomados de la página oficial de la OMC (www.wto.org), consultada el 12 de enero de 2022.

¹⁴ Al respecto, véase el asunto planteado por Estados Unidos de América en contra de Brasil ante el Órgano de Solución de Diferencias por medidas que afectan a la protección de las patentes (2000), Documento G/L/454 IP/D/23/Add.1 WT/DS199/4.

Posteriormente, la CIDH adoptó la Resolución 1/2021, «Las vacunas contra el COVID-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de Derechos Humanos», donde de manera explícita estableció que los países de origen de las empresas que producen, distribuyen o comercializan vacunas tienen la obligación de regular, supervisar, prevenir o investigar la conducta de las empresas domiciliadas en su territorio que pueda dañar la protección de los derechos humanos fuera del mismo. La CIDH concluyó: «Las omisiones o acciones por parte de los Estados [...] pueden tener efectos en su responsabilidad internacional».

Asimismo, la CIDH indicó que

es urgente que los Estados tomen las medidas necesarias para alcanzar la adecuación de las flexibilidades y excepciones previstas [...] cuando la salud pública se encuentra en riesgo [...] la CIDH se suma al llamado [...] de la ONU en favor de la exención temporal de algunas de las disposiciones del acuerdo ADPIC¹⁵ para vacunas y tratamiento para el COVID-19 que algunos Estados han planteado ante la OMC, instando a los Estados Americanos a favorecer su pronta adopción (Resolución 1/2021, 2021).

Finalmente, la CIDH hizo un llamado a los Estados para

evitar el nacionalismo sanitario [...] promoviendo acciones que permitan eliminar los obstáculos para la adquisición de insumos, tecnología médica y vacunas, que impidan el acceso para los países de ingresos medios y bajos [...] Se deben adoptar medidas preventivas mediante la aplicación de cláusulas de flexibilidad relacionadas con el régimen de patentes (Resolución 1/2021, 2021).

En armonía con las recomendaciones de la CIDH y las directrices de la OMS sobre cobertura sanitaria universal, una estrategia más coherente con los derechos humanos debería garantizar que las vacunas sean gratuitas, dar prioridad a los más desfavorecidos y asegurar que estas sean asignadas en un proceso transparente, participativo y responsable (Sekala & Perehudoff, 2021, pp. 1-8). Según la CIDH, los Estados pueden y deben

¹⁵ El Adpic es un instrumento multilateral que establece los pisos mínimos de protección que cada Estado ha de brindar a la propiedad intelectual.

considerar la activación de cláusulas de flexibilidad o excepción que eviten los precios excesivos de medicinas y vacunas, el abuso del uso de patentes o la protección exclusiva a los datos de prueba.

3.2. En el ámbito andino

En la CAN, las licencias obligatorias se encuentran reguladas en el artículo 61 de la Decisión 486 (2000):

Vencido el plazo de tres años contados a partir de la concesión de la patente o de cuatro años contados a partir de la solicitud de la misma, el que resulte mayor, la oficina nacional competente, a solicitud de cualquier interesado, otorgará una licencia obligatoria [...] sólo si en el momento de su petición la patente no se hubiere explotado [...] o si la explotación de la invención hubiere estado suspendida por más de un año. [...] Sólo se concederá licencia obligatoria cuando quien la solicite hubiere intentado previamente obtener una licencia contractual del titular de la patente, en términos y condiciones comerciales razonables, y este intento no hubiere tenido efectos en un plazo prudencial¹⁶.

Según la misma normativa, en cualquier momento se podrá autorizar una licencia obligatoria, previa declaratoria de la existencia de razones de interés público. En dicho supuesto, la oficina nacional competente otorgará la licencia que se le solicite y establecerá el alcance o la extensión de la misma, especificando el periodo por el cual se concede, el objeto de la licencia, el monto y las condiciones de la respectiva compensación económica. La concesión de una licencia obligatoria por razones de interés público no menoscaba el derecho del titular a seguir explotando su patente (Decisión 486, 2000, art. 65), de tal manera que esta concesión no supone «exclusividad» en la explotación de la patente objeto de la licencia obligatoria ni tampoco será gratuita, puesto que el licenciatario tiene la obligación de compensar de manera adecuada al titular de la misma.

En líneas generales, la Decisión 486 establece cuatro modalidades de licencia obligatoria de patente:

- i) Por falta de explotación de la patente (art. 61).

¹⁶ Énfasis añadido.

- ii) Por la existencia de razones de interés público, de emergencia o de seguridad nacional (art. 65).
- iii) Por la presencia de conductas anticompetitivas, especialmente el abuso de la posición de dominio (art. 66).
- iv) Cuando el titular de una patente requiere para explotarla necesariamente del empleo de otra patente (art. 67).

Vale destacar que el 16 de marzo de 2021, mediante el Proceso 144-IP-2019¹⁷¹⁸, el TJCA estableció por primera vez los criterios jurídicos para la concesión de licencias obligatorias de patentes farmacéuticas por razones de interés público, emergencia o seguridad nacional.

El TJCA ha señalado que una emergencia sanitaria constituye una razón válida para otorgar licencias obligatorias, las cuales configuran «limitaciones» al derecho del titular de la patente. El Tribunal también ha precisado que el otorgamiento de una licencia obligatoria requiere que el Estado evidencie y fundamente de forma adecuada y suficiente las razones de interés público, emergencia o seguridad nacional que justifican que resulta indispensable concederla. Además, la duración de la licencia dependerá del tiempo durante el que las razones de interés público se mantengan vigentes en la realidad.

Según el Tribunal de Quito, la concesión de una licencia obligatoria —como cualquier otra medida estatal que restringe derechos— debe cumplir los presupuestos del test de razonabilidad; es decir, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad. En otras palabras, no debe existir otra medida menos gravosa que alcance de manera satisfactoria dicho objetivo y la autorización de la licencia debe presentar más beneficios que costos.

Por consiguiente, cuando existan otras medidas menos gravosas (por ejemplo, una licencia facultativa de la patente), deberán implementarse

¹⁷ Consultante: Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Cantón Guayaquil de la República del Ecuador. Los datos han sido tomados de la página web oficial de la CAN (www.comunidadandina.org), consultada el 28 de enero de 2022, donde se pueden encontrar numerosos documentos de trabajo que contienen información valiosa sobre el particular.

dichas disposiciones. Si no existen medidas menos gravosas, entonces sí cabría, como *ultima ratio*, la concesión de una licencia obligatoria. En otras palabras, es una condición que se haya intentado previamente negociar con el titular de la patente en términos comerciales razonables y en un tiempo prudencial, excepto en casos de emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia.

Ante la consulta del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil sobre si la razón de interés público —o cualquier otra causal para el otorgamiento de una licencia obligatoria— puede ser declarada de manera general por «decreto ejecutivo»¹⁸ y «para todos los medicamentos con patente», o si solo puede ser declarada de manera particular —es decir, caso por caso y conforme a las circunstancias específicas que justifiquen su concesión—, el TJCA aclaró que una licencia obligatoria por razones de interés público se concede mediante resolución administrativa y caso por caso, individualizando, justificando y acreditando dichas razones para cada circunstancia particular. En efecto, la autoridad competente deberá necesariamente explicar y fundamentar de forma adecuada y suficiente las razones de interés público, emergencia o seguridad nacional, y por qué existe la necesidad de adoptar dicha medida. Además, tiene que acreditar debidamente la razonabilidad de la medida (léase, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad), lo que significa que dicha situación no podría ser debidamente atendida sin el otorgamiento de la licencia obligatoria.

Si el titular de la patente impugna la licencia obligatoria, el recurso que se conceda no tiene efectos suspensivos, de tal manera que los efectos jurídicos de la concesión se mantienen en tanto la autoridad que va a resolver dicho recurso no se pronuncie.

La autorización para ejercer los derechos vinculados a las licencias obligatorias debe establecer de manera imprescindible un plazo que bajo

¹⁸ El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) aprobó los lineamientos para autorizar la emisión de licencias obligatorias en el Perú (Resolución N° 2706-2019/DIN-INDECOPI, 2019). Se trata de una autorización dada por la autoridad de patentes —en este caso, la Dirección de Inventiones y Nuevas Tecnologías (DIN)— a un tercero para que este explote una patente sin contar con el permiso del titular, pero otorgándole una compensación adecuada.

ningún supuesto podrá establecerse como indefinido. En ese sentido, corresponde a la autoridad nacional competente precisar el plazo sujeto a la vigencia de las razones que motivaron su concesión. Es importante destacar que el titular de la patente debe recibir una compensación o remuneración adecuada (es decir, razonable, suficiente y justa), y conservar el derecho a seguir explotando su patente.

Sea como fuere, los titulares de patentes de invención que se hayan visto afectados injustificadamente por la concesión o el mal uso de licencias obligatorias se encuentran facultados para demandar por daños y perjuicios al país infractor. La cuantía por concepto de la indemnización será fijada en función del daño emergente (pérdida patrimonial sufrida de manera directa como consecuencia de la vulneración de un derecho) y el lucro cesante (lo que habría percibido el actor si es que no se hubiese cometido la infracción) (Sasaki Otani, 2018, pp. 43-72).

En aras de promover una sinergia positiva entre los sectores público y privado se debe buscar, en primer lugar, agotar la vía previa de la negociación de las licencias facultativas de las patentes¹⁹ antes de activar las obligatorias, dado que estas restringen los derechos de los titulares de las patentes y ello podría generar el grave riesgo de desincentivar la investigación científica y la innovación que, precisamente, han hecho posible la creación de las vacunas contra el COVID-19 (y en tiempo récord). Asimismo, como hemos visto en casos anteriores, ante la simple amenaza de concesión de licencias obligatorias, muchas farmacéuticas han decidido *motu proprio* abaratar el precio de los medicamentos. En segundo lugar, se podría favorecer una alianza público-privada tal como ha sucedido en Estados Unidos de América y Europa, donde se apoyó a los productores de vacunas con miles de millones de fondos públicos para el desarrollo de las vacunas, puesto que los riesgos se disipan cuando existe el respaldo de ese tipo de fondos (Gómez Apac, 2021).

En definitiva, resultaría oportuno que los países miembros y el Organismo Andino de Salud - Convenio Hipólito Unanue (Oras-Conhu) trabajen en conjunto para impulsar las licencias, sean estas facultativas u

¹⁹ Véase el artículo 57 de la Decisión 486 (2000).

obligatorias, respecto de las patentes farmacéuticas —de conformidad con la Decisión 486 y el Adpic— de manera que las vacunas, medicamentos, pruebas y dispositivos patentados estén disponibles para todos los ciudadanos andinos, como veremos a continuación.

3. A LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES REGIONALES: SOBRE LA NECESIDAD DE ACTIVAR DE MANERA CONJUNTA EL MECANISMO DE LAS LICENCIAS EN LA CAN COMO RESPUESTA A LA CRISIS SANITARIA DE LA PANDEMIA DE COVID-19

Pocos conocen que en el seno de la CAN existe el Oras-Conhu, donde participan Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela. Además, también intervienen como países observadores Argentina, Brasil, Cuba, España, Guyana, Panamá, Paraguay, Uruguay y República Dominicana.

Esta institución fue creada, justamente, a propuesta del Perú mediante el Convenio Hipólito Unanue (1971)²⁰ con el objetivo de que la salud sea un espacio de integración regional para: i) implementar acciones coordinadas ante los problemas comunes y ii) apoyar a los Estados a garantizar el derecho a la salud. Desde 1998, el Convenio Hipólito Unanue forma parte del Sistema Andino de Integración (SAI)²¹, bajo la dirección de la Reunión de Ministros de Salud del Área Andina (Remsaa) y la Secretaría Ejecutiva, cuya sede se encuentra en Lima.

El Convenio Hipólito Unanue (1971) sobre cooperación en salud de los países del área andina establece que:

²⁰ Hipólito Unanue fue un ilustre médico y político peruano.

²¹ Datos tomados de la página oficial del Organismo Andino de Salud (www.orasconhu.org), consultada el 1 de febrero de 2022, donde se pueden encontrar numerosos documentos de trabajo que contienen información valiosa sobre el particular, entre ellos los «Términos de la Adscripción del Convenio Hipólito Unanue al Sistema Andino de Integración y Reglamento de Organización y Funciones del Convenio Hipólito Unanue» (Decisión 449, 1999). Asimismo, véase la Decisión 528, «Designación del Convenio Hipólito Unanue sobre Cooperación en Salud de los Países del Área Andina como “Organismo Andino de Salud - Convenio Hipólito Unanue”», dada el 7 de julio de 2002.

Los Gobiernos darán carácter prioritario a la solución de los problemas que en forma semejante, afectan a los países del área, entre los cuales se encuentran: Los fronterizos de salud, especialmente los vinculados con las enfermedades transmisibles y con las migraciones poblacionales [...]. Los relacionados con casos de desastre, los cuales requieren de la complementación subregional para hacer más rápida y efectiva la cooperación de los países (art. 2)²².

El artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio Hipólito Unanue (1974) indica que su objetivo principal es el de «mejorar las condiciones de salud en los países del área andina con el fin de elevar el nivel de vida de los habitantes de esta subregión». Tomando en consideración la similitud de los problemas que aquejan a nuestros países, las partes del Convenio se comprometieron, además, a seguir los siguientes objetivos específicos:

- i) Cooperar con las instituciones nacionales e internacionales, públicas y privadas, en asuntos de la salud tales como la fabricación, la comercialización, el consumo y el control de calidad de los productos farmacéuticos.
- ii) Desarrollar en conjunto investigación en las ciencias y tecnologías de la salud.
- iii) Intercambiar estudios, así como proyectos de infraestructura sanitaria y de atención médica, entre otros, que faciliten la toma de decisiones y la ejecución rápida de los programas (Protocolo Adicional al Convenio Hipólito Unanue, 1974, art. 1).

Entre las funciones principales del Oras-Conhu queremos destacar las siguientes:

- i) Apoyar las acciones que implementan los Estados, individual o colectivamente, para el mejoramiento de la salud de sus pueblos.
- ii) Armonizar políticas, propiciar espacios de intercambio y responder a los problemas comunes.

²² Énfasis añadido.

- iii) Cooperar e impulsar el desarrollo de sistemas y metodologías subregionales.
- iv) Establecer relaciones técnicas y de cooperación con el sector privado nacional e internacional con el objetivo de cumplir los acuerdos de la Remsaa (Reglamento de Organización y Funciones del Convenio Hipólito Unanue, 1999, art. 28).

Entre sus logros, debemos resaltar que el Oras-Conhu creó la Semana Andina de Vacunación (2003), realizó la primera Negociación Conjunta de Medicamentos Antirretrovirales (2003) y dirigió el Proyecto de Tuberculosis en veinte países de América Latina (2017). Sin embargo, en tiempos de pandemia, los países de América Latina han preferido ingresar a la carrera por la compra de la vacuna en solitario y de manera individual. En otras palabras, no han acudido a los mecanismos de integración regional para intentar una negociación y compra conjunta o colectiva de las vacunas, ni han conformado bloques para mejorar su posición negociadora.

En palabras de Tanaka (2021):

En esta nueva etapa de implementación de planes masivos de vacunación, [...] el riesgo es que la injusticia en la distribución mundial y la ineficacia en la implementación dentro de algunos Estados pueda llevar a un ciclo interminable de difusión del virus de unas regiones y países hacia otros. Nuevamente, urge una respuesta global al problema. Pasado el frenesí nacionalista, ¿será posible esta vez?²³.

En respuesta a dicha interrogante, creemos que nunca es tarde para ensayar una respuesta regional al problema. En ese sentido, resultaría oportuno que los países andinos trabajen en conjunto una «agenda sanitaria común» —con el apoyo del Oras-Conhu— que incluya una iniciativa de

²³ En esa misma línea, Oswaldo de Rivero (2021) destacó que el «acaparamiento [...] de la vacuna [...] ha hecho que los países desarrollados, que hoy constituyen tan solo el 16 % de la población mundial, acapare el 60 % de la vacuna, mientras que los países en desarrollo, cuyas poblaciones son más del 70 % de la humanidad, han recibido poca o ninguna vacuna. [...] geopolíticamente, la inmunización [...] se ha concentrado en el hemisferio norte».

negociación y adquisición conjunta de vacunas, medicamentos, dispositivos médicos y otros bienes de interés sanitario, así como programas de vacunación.

Respecto de las vacunas, cabe advertir que América Latina tiene la cuarta parte de los decesos globales; sin embargo, a mediados de 2021, contaba con menos del 3 % de las vacunas administradas a nivel mundial. Según Lago y Petherick (2021), los países de América Latina deben trabajar en conjunto para evitar que las desigualdades preexistentes de la región no se agudicen en materia de salud, tomando en cuenta, al mismo tiempo, que no es una vacuna, sino «los programas de vacunación [los que] salvan vidas».

Para controlar la pandemia, la CAN tiene que enfrentarse a las desigualdades tanto internas como externas y fortalecer la cooperación como bloque regional. En ese sentido, es necesario y conveniente redoblar esfuerzos —como un bloque— ante el Fondo de Acceso Global para Vacunas COVID-19 (más conocido como Covax, por sus siglas en inglés)²⁴.

4. CONSIDERACIONES FINALES

El presente trabajo tuvo por objeto abordar algunos de los problemas emergentes de la pandemia de COVID-19 desde el punto de vista de la integración regional. Partiendo de una perspectiva crítica y propositiva, nos enfocamos en el acceso a la salud desde el ámbito de la propiedad intelectual para impulsar las licencias de las patentes de invención —sean facultativas u obligatorias— en el marco de la lucha contra el COVID-19.

La propuesta de «solución regional» incluye, como alternativa de *ultima ratio*, activar de manera conjunta el mecanismo de licencias obligatorias en la CAN. Una vía posible podría ser la «comunitarización» de la viabilidad de determinadas licencias obligatorias mediante resoluciones y

²⁴ Covax es una alianza promovida por actores públicos y privados con la finalidad de garantizar el acceso equitativo a las vacunas contra el COVID-19. Hoy en día, forman parte de esta alianza ciento noventa Estados, tal como indica la página web oficial de Covax (<https://www.gavi.org>), consultada el 1 de febrero de 2022, donde se pueden encontrar numerosos documentos de trabajo que contienen información valiosa sobre el particular.

acuerdos del Oras-Conhu, lo que podría darse a través de un rol más activo de la Remsaa, en conjunto con el apoyo de los órganos administrativos encargados del registro de la propiedad industrial de los países miembros. En particular, es la autoridad de patentes de cada país miembro quien autoriza la licencia obligatoria —mediante resolución administrativa y caso por caso— a un tercero (cualquier persona, natural o jurídica, del sector privado o público) para que explote una patente sin contar con el permiso del titular, pero otorgándole una compensación económica adecuada.

Al respecto, cabe advertir que, para producir estos productos farmacéuticos, no basta con obtener la licencia obligatoria de la patente, pues sobre todo se necesita la capacidad de producción, la (transferencia de) tecnología y la infraestructura, así como los ingredientes necesarios para poder fabricarlos. Es verdad que no todos los países de la región tienen esta capacidad de producción, pero quizás Argentina, Brasil, Colombia²⁵ o Chile sí cuenten con ella. Por ejemplo, AstraZeneca y Novavax tienen un acuerdo con el Instituto Serum de India, lo mismo Johnson & Johnson con Aspen Pharmacare en Sudáfrica, para fabricar y distribuir sus vacunas a los países en desarrollo y menos adelantados. A mayor abundamiento, gracias a que Moderna especificó que no haría cumplir los derechos de patente de su vacuna, Sudáfrica pudo fabricar su propia versión de la vacuna en Ciudad del Cabo con el apoyo financiero de la OMS (BBC News Mundo, 2022).

Por otro lado, tenemos el caso excepcional de la vacuna Corbevax, la primera vacuna sin patentes contra el COVID-19; es decir, libre para que cualquiera la puede replicar. Asimismo, necesita de un proceso de producción mucho más sencillo y económico en comparación con las de ARN mensajero de Pfizer o Moderna. Actualmente, el hospital Baylor College donde trabajan sus creadores, María Elena Bottazzi y Peter Hotez, ha hecho una alianza con Biological E. de India. Lo cierto es que, en diciembre de 2021, India autorizó la vacuna Corbevax para su uso de emergencia y encargó trescientos millones de vacunas a Biological E. Al mismo tiempo,

²⁵ En febrero de 2022, en Medellín empieza la construcción de la primera planta con capacidad de producción de cien millones de vacunas al año. Asimismo, Colombia anunció que en la CAN se está trabajando para la adopción de un «carné estandarizado de vacunación» que permita el tránsito de personas (Diario La Libertad, 2022).

en marzo de 2022, la vacuna Corbevax iba a ingresar al mecanismo Covax, con el que la OMS busca una distribución más equitativa de las vacunas entre los países menos desarrollados (Serrano, 2022).

En ese sentido, proponemos que la CAN, junto a sus países miembros y asociados (Chile y los países miembros del Mercosur), puedan trabajar en conjunto para impulsar que las vacunas, los medicamentos, las pruebas y/o los dispositivos médicos, patentados o no, estén disponibles para todos los ciudadanos sudamericanos, no solo en el marco de la lucha contra el COVID-19, sino también contra otras enfermedades o los posibles nuevos patógenos que puedan presentarse en el futuro.

Adicionalmente, este esfuerzo regional y común podría estar direccionado a iniciativas de cooperación técnica; investigaciones conjuntas en torno al COVID-19; mejoramiento de la tecnología sanitaria (por ejemplo, producción de respiradores) (Kahatt, 2021, pp. 107-108)²⁶; y, en especial, a los intercambios de experiencias y buenas prácticas entre los ministerios de salud de la región, tomando como referencia los indicadores clave de salud pública y el desempeño de los sistemas de salud de los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), así como de los países candidatos y socios.

Con la certeza de que es mejor trabajar unidos que separados, es imperativo que nuestros países desplieguen toda su capacidad para superar juntos esta pandemia que, dada su dimensión global, no podrá ser resuelta por ninguno de ellos en solitario.

²⁶ En Estados Unidos de América existe una norma que autoriza al Estado a dirigir la producción industrial: el Acta de Producción para la Defensa de 1950. Por ejemplo, a causa de la pandemia, se exigió que empresas privadas nacionales (que producen electrodomésticos) comiencen a producir ventiladores clínicos.

BIBLIOGRAFÍA

Alter, K., Helfer, L. R., & Guerzovich, F. (2009). Islands of effective international adjudication: Constructing an intellectual property rule of law in the Andean Community. *The American Journal of International Law*, 103(1), 1-47

Apuzzo, M., & Gebrekidan, S. (2021, 1 de febrero). Los acuerdos secretos por las vacunas. *New York Times*. Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2021/02/01/espanol/vacunas-secretos.html>

BBC News Mundo. (2022, 5 de febrero). *Covid: Sudáfrica fabrica su propia versión de la vacuna de Moderna*. https://www.bbc.com/mundo/noticias-60274558?at_medium=custom7&at_custom1=%5Bpost+type%5D&at_campaign=64&at_custom3=BBCT+News+Mundo&at_custom4=782B295A-86B4-11EC-8AE3-70B8923C408C&at_custom2=facebook_page&fbclid=IwAR3O5JhMg2IvMD8MsFelwYrR4K-A5y_EyrGlhx5c6ActDC7-dR17EBIQE8

Corredor Castellanos, G. R. (2021, 26 de enero). De crisis globales y por qué no desesperarse con el multilateralismo. *Blog de Derecho Económico*. Disponible en: <https://derechoeconomico.uexternado.edu.co/crisis-mundial/de-crisis-globales-y-por-que-no-desesperarse-con-el-multilateralismo/>

De Rivero, O. (2021). Geopolítica de la vacuna: la concentración de la vacuna en el hemisferio norte no matará al virus. *Contexto*. <https://www.contexto.org/post/geopolitica-de-la-vacuna-la-concentracion-de-la-vacuna-en-el-hemisferio-norte-no-matara-al-virus>

Diario La Libertad. (2022, 28 de enero). *Colombia con la Comunidad Andina para estandarizar un carné único de vacunación*. <https://diariolalibertad.com/sitio/2022/01/28/colombia-trabaja-con-la-comunidad-andina-para-estandarizar-un-carne-unico-de-vacunacion/>

Gómez Apac, H. (2021, 16 de junio). Licencia obligatoria de patente por razón de interés público. *Pólemos*. Disponible en: <https://polemos.pe/licencia-obligatoria-de-patente-por-razon-de-interes-publico/>

Gurry, F. (2020, 24 de abril). Consideraciones en torno a la propiedad intelectual, la innovación, el acceso y el COVID-19. *World Intellectual*

Property Organization. https://www.wipo.int/about-wipo/es/dg_gurry/news/2020/news_0025.html

Indacochea, J. M. (2020, 22 de abril). Los tratamientos para el COVID-19 y los recursos que nos ofrece el derecho de patentes. *Pólemos*. Disponible en: <https://polemos.pe/los-tratamientos-para-covid-19-y-los-recursos-que-ofrece-el-derecho-de-patentes/>

Kahhat, F. & Camacho, G. (2021). *Pandemias, dragones y muertos vivos: la ciencia política en lugares insospechados*. Lima: Planeta.

Lago, M., & Petherick, A. (2021, 16 de febrero). América Latina, es momento de trabajar juntos para vencer la pandemia. *New York Times*. Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2021/02/16/espanol/opinion/vacunacion-america-latina.html>

Martínez Piva, J. M., & Tripo, F. (2019). *Innovación y propiedad intelectual: el caso de las patentes y el acceso a medicamentos (LC/MEX/TS.2019/13)*. Ciudad de México: Cepal.

Otero Lastres, J. M. (2011). La propiedad intelectual, papel dentro del proceso de integración comunitario: tres casos, *pipeline*, patentes de segundo uso y datos de prueba. En *II Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del MERCOSUR*. Quito: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Sasaki Otani, M. A. (2014). El régimen común sobre propiedad industrial en la Comunidad Andina tras la adopción de la Decisión 689: ¿Integración regional o acuerdos bilaterales? En Evelyn Téllez Carvajal y Rafael Oliveira do Prado (coords.), *Derecho Internacional en la Práctica Latinoamericana* (pp. 67-85). Ciudad de México: Colección UNAM, Tirant lo Blanch.

Sasaki Otani, M. A. (2018). El régimen de responsabilidad patrimonial de los países miembros de la Comunidad Andina frente a los particulares por daños derivados del incumplimiento del Derecho comunitario. En *Anuario de Investigación del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ-PUCP) 2017* (pp. 45-72). Lima: PUCP.

Sekalala, S., Pehudoff, K., Parker, M., Froman, L., Rawson, B., & Smith, M. (2021). An intersectional human rights approach to prioritising access to COVID-19 vaccines. *BMJ Global Health*, 6(2), 1-8.

Serrano, C. (2022, 12 de enero). Cómo es Corbevax, la primera vacuna sin patentes contra el COVID-19 desarrollada por una científica hondureña. *BBC News Mundo*. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-59958832>

Solano Suárez, Yusmidia. (2020, 21 de abril). La economía activa es la de los cuidados. *Periódico UNAL*. <https://unperiodico.unal.edu.co/pages/blog/detail/la-economia-activa-es-la-de-los-trabajos-de-los-cuidados/>

Tanaka, M. (2021, 9 de febrero). La política, economía y diplomacia de las vacunas. *El Comercio*.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA). (2016). *Informe de Labores de la Gestión 2015* (pp. 71-75). Quito.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA). (2018). *Informe de Labores de la Gestión 2017*. Quito.

Von Bogdandy, A., & Villarreal, P. A. (2022). *International law on pandemic response: A first stocktaking in light of the coronavirus crisis*. MPIL Research Paper Series N° 2020-07. Heidelberg: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.

Normativa, jurisprudencia y otros documentos legales

Acta de Producción para la Defensa (EE. UU., 1950).

Acuerdo de Cartagena (Gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, 26 de mayo de 1969).

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (OMC, 1994).

Asunto planteado por Estados Unidos de América en contra de Brasil ante el Órgano de Solución de Diferencias por medidas que afectan a la protección de las patentes (2000), Documento G/L/454 IP/D/23/Add.1 WT/DS199/4.

Convenio Hipólito Unanue y su Protocolo Adicional (CAN, 18 de diciembre de 1971 y 29 de noviembre de 1974, respectivamente).

Decisión 345, «Régimen de protección de los derechos de los obtentores vegetales» (CAN, 21 de octubre de 1993).

Decisión 351, «Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos» (CAN, 17 de diciembre de 1993).

Decisión 391, «Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos» (CAN, 2 de julio de 1996).

Decisión 449, «Términos de la Adscripción del Convenio Hipólito Unanue al Sistema Andino de Integración y Reglamento de Organización y Funciones del Convenio Hipólito Unanue» (CAN, 26 de febrero de 1999).

Decisión 486 y sus modificatorias (CAN, 14 de septiembre del 2000).

Decisión 528, «Designación del Convenio Hipólito Unanue sobre Cooperación en Salud de los Países del Área Andina como “Organismo Andino de Salud - Convenio Hipólito Unanue» (CAN, 7 de julio de 2002).

Declaración de Doha (OMC, 14 de noviembre de 2001).

Protocolo Adicional al Convenio Hipólito Unanue (Gobiernos de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela, 1974).

Reglamento de Organización y Funciones del Convenio Hipólito Unanue (Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de la CAN, 26 de febrero de 1999).

Resolución 1/2020, «Pandemia y Derechos Humanos en las Américas» (CIDH, 2020). <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

Resolución 1/2021, «Las vacunas contra el COVID-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de Derechos Humanos» (CIDH, 2021). <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-21-es.pdf>

Resolución N° 2706-2019/DIN-INDECOPI (Indecopi [Perú], 19 de septiembre de 2019).

Sentencia recaída dentro del Proceso 144-IP-2019 (TJCA, 16 de marzo de 2021). <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204188.pdf>

PRONUNCIAMIENTOS

PRONUNCIAMIENTO DE LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO INTERNACIONAL CON OCASIÓN DE LA CONMEMORACIÓN DE LOS 70 AÑOS DE LA COMISIÓN PERMANENTE DEL PACÍFICO SUR.

PRONUNCIAMIENTO SPDI N°008-2022

El Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, como institución académica especializada desea realizar el siguiente pronunciamiento:

1. Al crearse la Comisión Permanente del Pacífico Sur en 1952, por Ecuador, Chile y Perú, se constituyó un mecanismo operativo destinado a hacer cumplir los objetivos de la “Declaración sobre Zona Marítima de 200 millas”. Este hecho no significa desconocimiento de las necesarias limitaciones al ejercicio de la soberanía y jurisdicción establecidas por el Derecho Internacional en favor del paso inocente e inofensivo, a través de la zona señalada para las naves de todas las naciones.
2. Esta fue una nueva forma de concebir al mar; ya no como un espacio militarizado o de seguridad, como había sido por más de 2000 años, sino con un clarísimo concepto socioeconómico donde lo relevante ya no eran las aguas en sí mismas, sino sus recursos.
3. El Gobierno de Colombia se adhirió más tarde al Sistema del Pacífico Sudeste y, la Comisión Permanente del Pacífico Sur estableció el Plan de Acción para la Protección del Medio Marino y Áreas Costeras del Pacífico Sudeste, integrado, además, por la República de Panamá.
4. Este plan, que cuenta con el apoyo financiero del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, tiene como objetivo proteger y preservar a la región contra todo tipo y fuente de contaminación reconociendo el valor económico, social y cultural del mar.

5. La Convención del Mar se negoció y aprobó durante la guerra fría, mientras que su entrada en funcionamiento fue a mediados de la década de 1990. Ello coincidió con el fenómeno de la multiplicación de tribunales internacionales, sometiendo sus controversias a medios judiciales, hito antes no presenciado en el derecho internacional por lo que no existe la opción de excluir al sistema de arreglo de controversias del resto de las disposiciones del tratado.
6. Por ello, la denominada “Constitución de los Océanos”, la llamada “Convención del Mar”, es considerada uno de los tratados más importantes de la historia desde la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas.
7. La Comisión Permanente del Pacífico Sur ha puesto especial énfasis en la preservación del medio marino, en el ordenamiento de la pesca y en el aprovechamiento sostenible de los recursos vivos marinos, tanto en las áreas bajo la jurisdicción de los Estados ribereños del Pacífico Sudeste, como en la alta mar adyacente.
8. Se ha constituido en un sistema marítimo regional, en una alianza política y operativa en el Pacífico Sudeste y en una opción estratégica. Ello consolida la presencia de los países ribereños en dicha área geográfica y su proyección en la Cuenca del Pacífico.
9. La Comisión Permanente del Pacífico Sur, este año cumple 70 años de funcionamiento continuo y de existencia ininterrumpida, continuará en su tarea de coordinar y fomentar las políticas marítimas de sus Estados miembros, para la conservación y uso responsable de los recursos naturales en beneficio del desarrollo integral y sustentable de sus pueblos.

La Sociedad Peruana de Derecho Internacional expresan su satisfacción y orgullo al conmemorar setenta años de la Declaración de Santiago de 1952, que consagró el principio de las doscientas millas marinas como base del moderno derecho del mar.

6 de setiembre de 2022

PRONUNCIAMIENTO DE LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO INTERNACIONAL RELATIVO A LA REPÚBLICA ÁRABE SHARAHUI DEMOCRÁTICA (RASD)

PRONUNCIAMIENTO SPDI N° 009-2022

El Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional (SPDI), como institución académica especializada, en desarrollo de lo manifestado por el pronunciamiento N° 003-2021 efectuado el 09 de setiembre de 2021, considera expresar lo siguiente:

1. De acuerdo con la Resolución S/RES/2602 (2021), concerniente a la situación sobre el Sáhara Occidental del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, se reconoce la importancia de la aplicación de los principios de la libre determinación de los pueblos y el arreglo pacífico de controversias como ejes fundamentales para la solución de la problemática en cuestión y se exhorta a que las partes involucradas resuelvan la discusión sobre el citado territorio tomando en consideración los mencionados preceptos.
2. Los principios relievados en la citada Resolución y su aplicación en este caso en particular, resultan ser fundamentales para alcanzar una solución política viable, justa y duradera que la población demanda. En ese sentido y con la finalidad de evitar que se reanuden las hostilidades entre los actores involucrados, la comunidad internacional ha continuado alentando el restablecimiento de las mesas de diálogo y la participación en ellas de Marruecos, el Frente Polisario, Argelia y Mauritania, apelando a la aplicación del sentido de realismo y espíritu de avenencia en estas conversaciones para asegurar un resultado satisfactorio y legítimo.

3. Con respecto al reconocimiento internacional de los actores involucrados en esta discusión, es menester mencionar nuevamente que, en virtud del principio de soberanía y de acuerdo con lo que se establece en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, un Estado puede mantener relaciones con todo Estado o sujeto de Derecho Internacional, salvo que esta actuación contradiga alguna política expresa de la ONU. Sin embargo, las Resoluciones adoptadas tanto en la Asamblea General como en el Consejo de Seguridad relativas a la controversia invocada, no establecen impedimento alguno para establecer relaciones diplomáticas con cualquiera de los actores involucrados en la situación del Sáhara Occidental.
4. La política exterior del Estado peruano es respetuosa de los principios de derecho internacional establecidos en la Carta de las Naciones Unidas, especialmente en este caso en particular, del principio de libre determinación de los pueblos y el arreglo pacífico de controversias como un garante de la paz y seguridad internacionales. Además de ello, el Perú, en su interrelación con otros sujetos de derecho internacional, ha tenido a bien aplicar el principio de reciprocidad internacional, aplicando las mismas condiciones otorgadas a nivel bilateral y permitiendo el establecimiento de relaciones internacionales y misiones diplomáticas con sus pares de la comunidad internacional, sin que ello suponga una violación al derecho internacional.
5. Debido a lo expuesto, la Sociedad Peruana de Derecho Internacional considera que la actuación del Estado peruano, en este caso en particular, debe continuar desarrollándose de manera neutral en concordancia con los principios de la libre determinación de los pueblos, la solución pacífica de controversias contenida en el artículo 33 de la Carta de la ONU y el principio de reciprocidad internacional como ejes fundamentales de nuestra bicentenaria política exterior. Asimismo, alienta el restablecimiento de las mesas de diálogo entre los actores involucrados en la controversia del Sáhara Occidental, con la finalidad de alcanzar una solución pacífica y duradera en virtud de lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas.

Lima, 17 de setiembre de 2022

PRONUNCIAMIENTO DE LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO INTERNACIONAL CON RELACIÓN AL TERRITORIO UCRANIANO Y SU SOBERANÍA

PRONUNCIAMIENTO SPDI N° 010-2022

Ante la decisión del gobierno Ruso de anexar las provincias ucranianas de Lugansk, Donetsk, Zaporíyia y Jersón, a partir de un cuestionado e ilegítimo proceso de pseudos referenda en las citadas locaciones que incluyen denuncias de amenazas de muerte a los ciudadanos, la Sociedad Peruana de Derecho Internacional manifiesta lo siguiente:

1. El respeto a la soberanía e integridad territoriales son objetivos sustanciales del derecho internacional y de obligatorio cumplimiento por parte de los sujetos de la comunidad mundial. Este fundamental principio se enmarca en lo expresado en el artículo 2, inciso 4, de la Carta de las Naciones Unidas, prohibiendo la amenaza o uso de la fuerza contra la independencia política de cualquier Estado, incentivando la solución pacífica de controversias.
2. Saluda con beneplácito el Comunicado Oficial 007-22 del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú mediante el cual se reitera el respaldo nacional a la soberanía e integridad territorial de Ucrania, alertando sobre la ilegitimidad del proceso ruso de anexión de las provincias mencionadas, condenando estas acciones y renovando su llamado a las partes involucradas a cesar las hostilidades e iniciar sendas negociaciones con la finalidad de alcanzar una paz duradera y estable, conforme a la Carta de las Naciones Unidas.
3. Recuerda que el Estado peruano respeta la integridad y soberanía de Ucrania conforme con la Resolución 68/262 “Integridad territorial

de Ucrania” de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 27 de marzo del 2014, la cual proclama que “La Asamblea General ... Afirma su compromiso con la soberanía, independencia política, unidad e integridad territorial de Ucrania dentro de sus fronteras internacionalmente reconocidas”; y la Resolución ES-11/1 “Agresión contra Ucrania” de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 2 de marzo del 2022.

2 de octubre de 2022

BIOGRAFÍA CONMEMORATIVA

EDWARD ALLAN WAGNER TIZÓN

Nació en la ciudad de Lima el 7 de febrero de 1942. Su padre fue don Carlos Adolfo Wagner Vizcarra y su madre, doña María Antonieta Tizón Ponce.

Posteriormente, contrajo nupcias con la dama Julia de la Guerra Urquiaga. A la edad de 7 años, en 1949 y hasta 1953 estudió la primaria en el colegio Maristas “San Isidro”, en Lima. Años después, inició el nivel secundario en el Colegio Nacional “Ignacio Merino”, en Talara, desde 1954 hasta 1958. A la edad de 17 años, tomó la decisión de iniciar una carrera universitaria, por lo que decidió ingresar a la Universidad Nacional de Trujillo donde cursó estudios en Ingeniería Química (parcial), que también llevó en la Universidad Nacional de Ingeniería en Lima entre 1959 y 1962. Al año siguiente llevó algunos cursos complementarios y revalidó diversas materias habiéndose trasladado a la Facultad de Letras, de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), motivado por el creciente interés por la política internacional y las relaciones mundiales, proyectando así seguir la carrera diplomática.

En 1965, tomó la importante decisión de ampliar sus conocimientos y optar por una experiencia distinta en otro continente, por lo que viajó a Europa, en específico a la ciudad de Ginebra, donde se especializó en el Curso de Política Comercial, Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Las experiencias obtenidas y la formación recibida en los últimos años, lo motivaron a iniciar la carrera en el Servicio Diplomático de la República, por lo que a los 24 años, ingresó a la Academia Diplomática del Perú. También participó en el Ciclo de Perfeccionamiento, de la Academia Diplomática del Perú (1975-1977), y años después desarrolló el Curso de Capacitación para Conciliadores, Centro CONCILIUM (1999). Estas experiencias son, finalmente, las que forjarían una excelente y exitosa

carrera al servicio por la política exterior del Perú y de los peruanos en general.

Además, a los títulos y estudios previamente mencionados, el embajador Wagner ostenta distintas distinciones académicas tales como la de Doctor Honoris Causa de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), de la Universidad San Ignacio de Loyola (USIL) y de la Universidad Nacional de Trujillo (UNT). Asimismo, la de exalumno distinguido de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estas merecidas y justicieras distinciones, no sólo se otorgan a raíz de sus logros académicos, sino que fueron entregadas como reconocimiento a su excelencia como profesional y como persona que lo han destacado a través de los años y lo han situado como un diplomático de prestigio y un peruano respetable y respetado.

Su carrera en el Ministerio de Relaciones Exteriores se inició cuando se incorporó por concurso a la citada entidad como Ayudante Quinto, el 2 de mayo de 1963. Posterior a ello, durante los siguientes 5 años en actividad se desempeñó como Asistente en el Departamento de Información y Dirección Comercial (1963-1964) y Responsable de Asuntos del GATT en la Dirección de Asuntos Económicos (1965-1967). Dicho año, ingresó a la Academia Diplomática del Perú donde destacó como el mejor alumno al ingresar y al egresar del Alma Mater de la Diplomacia Peruana.

Durante cuatro años, hasta 1971, fue Representante Alterno del Perú ante la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) en la ciudad de Montevideo en Uruguay. Como Primer Secretario fue Jefe del Departamento Económico de la Embajada del Perú en los Estados Unidos de América (1972-1974). A su vez, ocupó el cargo de Director de Cooperación Técnica y Financiera Internacional (1975-1976) y, posteriormente, como Consejero, fue Director de Relaciones Económicas Latinoamericanas e Integración y Representante Alterno ante la Comisión del Acuerdo de Cartagena (1976-1977) y Jefe del Departamento Político de la Embajada del Perú en Chile (1978-1979).

A nivel internacional se desempeñó como Jefe de Relaciones Externas, de la Junta del Acuerdo de Cartagena (JUNAC) (1980-1981), después continuó su ascenso en la carrera diplomática como Ministro

Consejero, siendo designado como Jefe de Gabinete del Viceministro y Secretario General de RR.EE (1982) y Director del Gabinete del Ministro de Relaciones Exteriores (1982-1983). Adicionalmente a los prestigiosos cargos que ostentó, fue designado como Jefe de Cancillería y Encargado de Negocios a.i. de la Embajada del Perú en los Estados Unidos de América (1983-1985). Gracias a su extraordinaria labor e impecable trayectoria, en julio de 1985 fue nombrado Ministro en el Despacho de Relaciones Exteriores durante el primer gobierno de Alan García, sin haber alcanzado aún el rango de Embajador, cargo que ocuparía hasta mayo de 1988, velando por los máximos intereses nacionales con sus pares a nivel regional e internacional. Posterior a dicha designación, fue destinado como Embajador del Perú en España (1988-1990) y Embajador del Perú en Venezuela (1991-1992).

Se desempeñó como Director de Desarrollo y Asesor Especial de la Secretaría Permanente del Sistema Económico Latino Americano (SELA), en Caracas (1992-1998), luego trabajó como Asesor de la Secretaría General de la Comunidad Andina para la Política Exterior Común (2000-2001), y fue designado como Embajador del Perú en los Estados Unidos de América (2001-2002). Sin embargo, la experiencia obtenida durante los últimos años, le servirían para ser convocado, por segunda vez, como Ministro de Relaciones Exteriores durante el gobierno de Alejandro Toledo, cargo que ostentó en el periodo comprendido entre julio del 2002 y diciembre del 2003. Una vez concluido con dicha designación, fue elegido como Secretario General de la Comunidad Andina entre enero del 2004 y julio del 2006.

En el segundo gobierno de Alan García fue designado como Ministro de Defensa desde julio de 2006 hasta diciembre del 2007, siendo que, al año siguiente fue designado Embajador del Perú ante el Reino de los Países Bajos (2008-2014), cargo que desempeñaría a la par con su labor de Agente Diplomático del Perú ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya para el caso sobre delimitación marítima con Chile. Su notable participación a la cabeza del equipo peruano, junto a los Embajadores José Antonio García Belaunde y Jorge Chávez Soto como Co-Agentes y aunando esfuerzos como juristas nacionales como, el Dr. Roberto Mac Lean Ugarteche, el Dr. Juan Vicente Ugarte del Pino, el Embajador Manuel Rodríguez Cuadros, y el Dr. Eduardo Ferrero Costa, juristas internacionales tales como el Prof. Allain Pellet, el Dr. Rodman Bundy, el Dr. Michael Wood, el Dr. Tullio Treves y el

Dr. Vaughan Lowe, permitió una notable y férrea defensa peruana, a través de una sustentación sólida que fue argumentada a través de una estrategia inteligente, pero sobre todo, respetuosa con el derecho internacional y la concordancia con los instrumentos jurídicos reconocidos.

Finalmente, desde febrero hasta julio del 2021, se desempeñó por última vez como Ministro de Relaciones Exteriores durante el gobierno de transición y de emergencia del ex presidente Francisco Sagasti.

También ha sido Director de la Academia Diplomática del Perú “Javier Pérez de Cuellar”, Miembro del Directorio de la Universidad San Ignacio de Loyola, Presidente de la Asociación Civil Transparencia, institución con la que aún mantiene un vínculo importante al ser miembro activo; y, Presidente del Capítulo Peruano de la Cámara Internacional de Comercio. Actualmente, el Embajador Wagner es Miembro Titular e integrante del Consejo de Honor de la centenaria institución que tengo el honor de presidir, la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, así como también es miembro de la Sociedad Fundadores de la Independencia y Defensores Calificados de la Patria y Vencedores del 2 de mayo de 1866.

Su labor como educador se ha visto bien desarrollada, pues ha sido profesor de la Academia Diplomática del Perú (1999-2001, 1975-1978); profesor de la Facultad de Integración, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sucre (2000); profesor de la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Central de Venezuela (1996); profesor de la Maestría de Gobernabilidad, Instituto de Gobierno, Universidad San Martín de Porres (2006-2007) y profesor de la Escuela de Posgrado de la Universidad San Ignacio de Loyola (2014).

Finalmente, ha sido condecorado por el Perú con las grandes cruces de la Orden del Sol, la Orden al Mérito por Servicios Distinguidos, la Orden al Mérito Diplomático José Gregorio Paz Soldán, la Orden Militar de Ayacucho, la Medalla de Honor el Congreso de la República y la Orden de la Justicia, entre otras condecoraciones nacionales y extranjeras como lo es la condecoración de Ciudadano Andino Honorífico por parte de la Comunidad Andina, a la par que diversas preseas de numerosos gobiernos.

Allan Wagner no es sólo un excelente profesional con un vasto registro académico, sino también una persona que ha sabido impregnar la impronta del diplomático a través de la excelencia en cada encargo, misión o labor designada por las más altas autoridades. En su calidad de Ministro de Relaciones Exteriores, siempre impulsó una política exterior arraigada en nuestra histórica postura por el respeto al derecho internacional, la paz y la seguridad mundiales, no sólo por un deber con los más altos estándares que la investidura ostenta, sino como una muestra de respeto a sus maestros, y a los distinguidos diplomáticos que forjaron su carácter y su amor por el país, que, naturalmente se origina en el hogar de sus padres y en la axiología que ha sabio acrecentar con su conducta pública y familiar.

La figura de Wagner refleja un ejemplo icónico de lo que es el Diplomático y el servidor o funcionario público, pues todos sus actos son motivados por argumentos o bases axiológicas, morales y éticos que son la impronta que muestra en su vasta trayectoria profesional. Sin duda, que para las nuevas generaciones es una personalidad inspiradora y motivadora que ha sabido liderar en su generación, por lo que al celebrar durante el presente año el octogésimo aniversario de su natalicio, hemos querido a través de esta breve remembranza resaltar, una vez más, sus calidades y cualidades ya que, por cierto, expresa, lo que se califica que es la mayor jerarquía a la que puede aspirar un colega, esto es, de ser diplomático ontológico, por su compromiso, pertenencia e identidad con el Servicio Diplomático de la República, y su intrínseca vocación por servir a su patria, a los intereses nacionales; y, su trascendencia a la paz regional, hemisférica y mundial.

Óscar Maúrtua de Romaña

HOMENAJE

AUGUSTO ARZUBIAGA ROSPIGLIOSI

(1918-2010)

SUS INICIOS

Don Augusto Arzubiaga Rospigliosi nació en el Callao, un 24 de noviembre de 1918. Orgulloso hijo de Augusto Mario Arzubiaga Garibotto y Zenobia Julio-Rospigliosi y Gómez Sánchez. Se casó con Edith Scheuch Hernández con quien tuvo 4 hijos: María del Carmen Arzubiaga Scheuch, Augusto Arzubiaga Scheuch, Edith Arzubiaga Scheuch y María del Pilar Arzubiaga Scheuch.

Inició su prometedora carrera académica y profesional estudiando la carrera de Letras en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, para luego, enrumbar su camino como jurista en la carrera de Derecho y Doctoral de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos que le serviría para, años más tarde, publicar su obra “Derecho Internacional Privado. Parte General Simplificada.” Publicada por la editorial de la prestigiosa Universidad Complutense de Madrid.

Tras haber conseguido el grado de Bachiller en Derecho, tomó la importante decisión de iniciar su brillante carrera diplomática en la Cancillería peruana. Fue su amor por el Perú y la vocación de servicio y compromiso con la política exterior lo que lo alentó a tomar dicho rumbo con la finalidad de alcanzar un puesto en el Servicio Diplomático. Es así como, durante la estadía de Augusto en la Academia, recibió la formación académica y profesional necesaria que más adelante terminaría consolidándolo como un importante y respetado funcionario en el Ministerio de Relaciones Exteriores

SU CARRERA EN EL SERVICIO DIPLOMÁTICO DE LA REPÚBLICA

Ingresó al Ministerio de Relaciones Exteriores el 16 de marzo de 1947 como Primer Secretario, coincidiendo con una serie de vicisitudes internacionales importantes producto del fin de la Segunda Guerra Mundial. Dicho contexto, en el aspecto internacional, demandaba que la política exterior peruana se consolide y se tome una posición frente a los distintos cambios en los paradigmas internacionales. Este reto, exclusivo para los funcionarios del Servicio Diplomático, lo motivaron a mantener su convicción en dicha carrera.

Siendo Primer Secretario, le encomendaron a ser Jefe de la Sección de Nacionalización del Departamento de Extranjería en el año 1947. Dicha oportunidad lo acercó al rubro migratorio y de nacionalidad, el cual, siguió con entusiasmo durante los años venideros y repotenciaron su formación desde una nueva perspectiva.

Eventualmente, fue promovido a Consejero el 1 de abril de 1957, tras haber demostrado su potencial en el Departamento de Extranjería. Es así que, como Consejero, se le fue encargado la conducción de la Oficina de Nacionalización del Departamento de Extranjería. Cargo que se mantuvo incluso luego de ser promovido a Ministro el 1 de enero de 1959.

Fue en el año 1964 que, siendo Ministro, tuvo su primer cargo en el exterior al ser nombrado Cónsul General del Perú en Liverpool. Una oportunidad que no fue desaprovechada por Arzubíaga, quien poco a poco, iba ganando el respeto de quienes laboraron con él y su visión fue apreciada durante varios años. Por tal motivo, en su regreso al Perú, ocupó una plaza como profesor de Derecho Internacional en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Cátedra que incluso hoy en día, se recuerda con mucho aprecio y cariño por quienes fueron sus alumnos.

Posteriormente, en el año 1969, fue designado Director de Asuntos Consulares, lo que le permitió afianzar sus conocimientos y formación, así como de aplicar su experiencia como Cónsul General del Perú en Liverpool. Sin embargo, el auge de su carrera llegaría un año después, cuando fue promovido a Embajador el 1 de enero de 1970.

A partir de ese momento, Arzubiaga emprendió distintas labores de Subsecretario de Administración, Asesor Legal y Director General de Protocolo durante el periodo comprendido entre 1970 y 1974. Durante dichos años, pudo afianzar sus capacidades de gestión administrativa y legal en Cancillería, fortaleciendo sus virtudes sostenidas en el tiempo y alcanzando nuevos estándares de perfección en su labores profesionales y académicas.

Ingresó a la Sociedad Peruana de Derecho Internacional en calidad de Asociado el 30 de junio de 1977, lo que afianzaría su calidad como profesional y académico al formar parte de tan prestigiosa sociedad académica.

En 1980 alcanzó el cargo de Director General de Protocolo y miembro del Consejo Consultivo de la Academia Diplomática del Perú. Un cargo que lo llevó a reconectarse con sus inicios y su paso en la Academia, retribuyendo lo aprendido a partir del esfuerzo y dedicación que siempre empeñó en su carrera y permitiendo afianzar su legado no solamente con la política exterior, sino con la formación de nuevos funcionarios y funcionarias del Servicio Diplomático que, como él, guiados por la vocación del servicio, optaron por la defensa de los intereses nacionales en el exterior.

En 1981 fue promovido a Embajador Extraordinario y Plenipotenciario del Perú en Austria, así como también, de Representante Permanente del Perú ante el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) y simultáneamente como Representante del Perú ante la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en la sede de Viena. Dichas designaciones se realizaron en el marco del reconocimiento de su extraordinaria carrera y con la finalidad de llevar la postura del Estado peruano en dichas organizaciones de vital importancia para los intereses nacionales. Su extensa y marcada carrera como jurista y diplomático sembraron los resultados más altos y que se consolidaron con esta designación, la cual, continuó con el profesionalismo que lo caracterizaba hasta su paso al retiro en el año 1983.

PRINCIPALES CONDECORACIONES INTERNACIONALES

Augusto Arzubiaga no solo recibió un reconocimiento constante por su profesionalismo en Cancillería, sino que también, recibió distintos premios y condecoraciones a nivel internacional que han enaltecido su nombre, legado y memoria en quienes lo pudimos conocer y sus familiares. Es así, que Augusto recibió los siguientes reconocimientos:

- Gran Oficial de la Orden Nacional Cruzeiro Do Sul – Brasil
- Orden de Águila Azteca Banda de Primera Clase en el Grado de Gran Cruz, México
- Orden de Boyaca en el Grado de Gran Cruz, Colombia
- Orden de la Corona en el Grado de Gran Cruz, Bélgica
- Orden de Mayo al Mérito en el Grado de Gran Cruz, Argentina
- Orden de Vasco Núñez de Balboa en el Grado de Gran Cruz, Panamá
- Orden Francisco de Miranda en el Grado de Gran Cruz, Venezuela.
- Orden José Cecilio del Valle en el Grado de Gran Cruz, Honduras
- Orden Nacional de José Matías Delgado en el Grado de Gran Cruz, El Salvador
- Orden Nacional Do Cruzeiro Do Sul en el Grado de Gran Cruz, Brasil

Dichos reconocimientos hacen gala de la visión y el respeto que Augusto Arzubiaga Rospigliosi obtuvo a partir de su importante y respetada carrera. Dicho legado ha sido tomado por su hijo, Augusto Arzubiaga Scheuch, quien también ha respondido a la vocación del Servicio Diplomático y se encuentra participando activamente en la política exterior del Estado peruano.

SU PARTIDA

Don Augusto Arzubiaga Rospigliosi partió a la casa del padre un 16 de agosto de 2010 en Lima, dejando atrás una exitosa carrera como

Diplomático al servicio del país. Hasta el día de hoy, sus familiares y quienes tuvieron la suerte de conocerlo, recordamos sus enseñanzas y su predisposición al servicio del Perú, el cual, muchos de nosotros, a modo de honra, mantenemos presente en nuestro día a día y es el motivo de nuestra excelencia como profesionales, académicos e hijos del Perú.

Oscar Maúrtua de Romaña

BIBLIOGRAFÍA:

Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú (2011) *Informe anual del Servicio Diplomático de la República*.

Ñique de la Puente, J.A (2004) *El Humanismo Jurídico en San Marcos: 1951-2003*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Arzubiaga Rospigliosi, A. (1980) *La nacionalidad. Elementos para artículos constitucionales. (I Parte)*. Revista Peruana de Derecho Internacional. Tomo XXXII, N° 78, p. 52, año 1980.

Antialón Conde, A. (2014) *Cronología de la Historia de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional (1913-2012)*. Revista Peruana de Derecho Internacional. Tomo LXIV, N° 151, pp. 39-261, año 2014.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Gamero Kinosita, Javier (2022). *Amenazas y Desafíos a la Política de Seguridad del Siglo XXI*. Editado por el grupo empresarial SWISS PERÚ, 765 páginas.

En esta ocasión me complace poder presentar una reseña sobre el libro “Amenazas y Desafíos a la Política de Seguridad del Siglo XXI”, escrito por el señor D. Javier Gamero Kinosita, oficial de policía (r), jurista, criminólogo y traductor jurídico; experto en defensa, seguridad, inteligencia y política criminal; miembro de la Sociedad Suiza de Derecho Penal, el Forum Seguridad Suiza y la Sociedad Europea de Criminología.

La obra de Gamero Kinosita constituye un compendio de artículos publicados previamente por el autor a lo largo de 30 años de trabajo en el ámbito de la seguridad, vale decir 3 décadas de análisis, que reflejan su conocimiento de la evolución de los desafíos internacionales en esta materia, y rescatan los saberes y reflexiones del autor, a fin de contribuir a la construcción de una cultura de seguridad en el seno de la sociedad moderna. Se trata de un trabajo de casi toda una vida dedicada al estudio de los distintos desafíos geopolíticos, ecológicos, tecnológicos y demográficos que enfrenta la sociedad, así como los retos que aquello plantea para la política criminal internacional, dada la evolución de amenazas, como el terrorismo, la corrupción, la delincuencia organizada, entre otros.

Esta voluminosa obra cuenta con 765 páginas, en las cuales se analiza a profundidad y con espíritu la evolución de los referidos desafíos y los riesgos que se ciernen sobre las sociedades contemporáneas, teniendo en cuenta que la globalización es un fenómeno que incluye también la mundialización de los problemas y acontecimientos sociales, lo que implica la necesidad de la gestación de una mirada holística e integradora para enfrentarlos satisfactoriamente. Así, dentro de los factores de estrés del mañana, el autor nos señala que la civilización humana deberá enfrentarse a múltiples retos en los ámbitos de la demografía, las nuevas tecnologías, el cambio climático y la geopolítica.

Sobre la cuestión demográfica, el autor recoge la opinión de expertos que señalan que al 2050, la población mundial crecerá de 7 a 9 mil millones

de habitantes, previéndose que al 2100, la humanidad alcanzará de 10 a 11 mil millones de habitantes, lo que asegura tendrá una masiva repercusión en la vida del planeta, sobretudo en el uso y distribución de sus recursos.

Con respecto a las nuevas tecnologías, el autor deja entrever que aquellas son una bendición y una maldición a la vez, ya que pese a su efecto disruptivo en la vida de las personas y a la facilitación del quehacer humano que ello ha conllevado, cada día es más difícil para el Estado poder controlar estas tecnologías, entrañándose por tanto nuevos peligros para la seguridad.

En relación al cambio climático, el autor reliva al proceso de transición hacia una economía verde como un proceso quizá más importante que la revolución industrial, debido a su influencia determinante para el futuro de la humanidad, ya que permitirá garantizar la sostenibilidad del planeta, gracias a su potencial de preservación de recursos naturales para las futuras generaciones.

En lo que concierne a la geopolítica, habida cuenta que las relaciones de poder son volátiles, el autor nos explica la existencia de constantes desplazamientos de poder a nivel global, identificando las dinámicas internacionales que hoy en día determinan un escenario de competencia entre las naciones que procuran para sí mismas un mejor posicionamiento en el ordenamiento internacional que se empieza a gestar.

De otro lado, el valioso trabajo del señor Gamero Kinosita, nos permite ser conscientes de la magnitud de la conflictividad contemporánea, dentro de la cual no solo se reconoce la existencia de conflictos violentos y no violentos, sino también conflictos dinámicos, estáticos, manifiestos, latentes, simétricos, asimétricos, informales, formales, catalizadores del progreso social, entre otros.

Dentro de las inminentes guerras del futuro se han identificado la Guerra Helada producto del cambio climático, la guerra por las materias primas, la guerra por las proteínas en el Atlántico Norte, la guerra por los tubérculos en el Mar del Norte, la guerra por la alimentación mundial, la guerra por el espacio interplanetario, la guerra por las nuevas tecnologías, la guerra por la tecnología de la información, la guerra producto de la migración y las pandemias.

En ese sentido, el autor nos adelanta que el siglo XXI exige una seguridad sostenible, que abarque 4 planos, el de la seguridad global, la seguridad de estado, la seguridad de las instituciones y la seguridad de las personas. Las diversas tendencias mundiales exigen nuevos enfoques integrales y estrategias transversales que analicen las causas del escenario de seguridad del siglo XXI, determinen los riesgos existentes, aprovechen las oportunidades que trae consigo y mitiguen todo tipo de amenaza.

Adicionalmente, considerando la reciente experiencia mundial de la pandemia del COVID-19, Gamero nos detalla las vulnerabilidades que ésta ha develado: A) Vulnerabilidades políticas (falta de liderazgo, avivamiento de las tensiones Norte-Sur, cierre de fronteras unilaterales); B) Vulnerabilidades militares (paralización de las misiones de paz, falta de operatividad por temor al contagio, aplazamiento de maniobras y descuido de otros peligros); C) Vulnerabilidades económicas (desocupación, endeudamiento, redirección del gasto público en los sectores de salud y socioeconómico en detrimento de la política exterior); D) Vulnerabilidades sociales (polarización de la población, efectos psicológicos desestabilizadores de la población, falta de confianza en las instituciones públicas y auge de los nacionalismos); E) Vulnerabilidades de información (falta de anticipación ante la desinformación, los *fake news*, desconfianza ante la información oficial y pérdida de respeto a la legalidad); y, F) Vulnerabilidades de infraestructura (falta de autonomía estratégica en el ámbito de sanidad y farmacia, dependencia de terceros países, ruptura de cadenas de suministro y control de servicios críticos por terceros). Todo ello invita a una profunda reflexión sobre los esfuerzos que desde el sector público, el privado, la academia, y la sociedad civil deberán desplegarse hacia adelante.

En esa línea, el autor intenta dar respuesta a una de las más grandes interrogantes respecto a la prospectiva postpandemia, relacionada a la recuperación de la normalidad preexistente, en especial debido al impulso que ha tomado el debate en torno al Estado nación vs. globalización; escenario frente al cual Gamero Kinoshita considera que contrariamente a las perspectivas desglobalizantes, los problemas globales requieren soluciones globales, que desde una mirada transdisciplinaria y bajo distintas lecturas, permitan contribuir a la construcción de una nueva forma de gobernanza global inclusiva, enfocada en el bienestar de la humanidad.

Por otra parte, el autor relievra el rol de la seguridad ciudadana en el estado de derecho moderno de América Latina, en donde se enfatiza la concepción democrática del rol desarrollado por la policía, el servicio de carácter y naturaleza civil de los cuerpos policiales, y la evolución de esta institución hacia un modelo de proximidad ciudadana inspirada en valores democráticos y la protección de los derechos humanos.

En cuanto a la política criminal internacional, el libro nos muestra el giro que se ha dado desde una lógica de represión reactiva a una de prevención proactiva. Hoy, pese al costo social que determinados mecanismos y dispositivos de prevención involucran, la utilización de los mismos se ha vuelto cada vez más frecuente, requiriendo urgentemente de un marco regulatorio adecuado que evite la vulneración de la privacidad y la autonomía de las personas.

Desde una mirada regional, Gamero también desarrolla una suerte de diagnóstico situacional de la seguridad ciudadana en América Latina, a la cual caracteriza como la región más violenta del mundo por sus niveles de mortandad vinculados a la comisión de homicidios. Además, se señala que la política de seguridad en la región aún es de carácter reactivo, enfatizando la importancia de dotarla de una inteligencia preventiva. Sobre el particular, el autor reconoce el momento actual como un momento de inflexión histórica en el que tenemos la oportunidad de transformar la respuesta regional, armonizando las políticas institucionales en la región a estándares internacionales.

Finalmente, la reflexión que nos ofrece esta obra radica en la concientización del lector en torno a la profunda interdependencia de la sociedad global, lo que conlleva a la rápida internacionalización no solo de tendencias positivas sino también de problemas, conflictos y sus repercusiones; concluyendo por tanto, que en el referido contexto, es imprescindible una consciencia global de seguridad que permita la armonización de las esferas pública, privada y del mercado, y la conjunción de reflexiones sobre la centralización y la descentralización, el ser humano y la naturaleza, el hombre y la mujer, el Norte y el Sur, el derecho nacional e internacional y las políticas de derecha y de izquierda, cuestiones alrededor de las cuales la sociedad del siglo XXI enfrenta nuevos desafíos que demandan la existencia de una nueva arquitectura de seguridad.

Trabajo serio, con ánimo descriptivo y afán escudriñador de nuestro futuro mundial.

*Óscar Maúrtua de Romaña**

* Canciller y jurista. Graduado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) como bachiller en Humanidades. Licenciado en Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), así como Licenciado en Relaciones Internacionales de la Academia Diplomática del Perú. Premio Nacional de Cultura 1968. Postgrados de las Universidades de Oxford, John Hopkins y Comité Jurídico Interamericano de la OEA. Secretario General de la Presidencia de la República (1980-1985). Embajador del Perú en Canadá, Comisionado General ante Expo 86 Vancouver, Columbia Británica, Canadá; Bolivia, Tailandia; Vietnam, Laos; Representante ante ESCAP (Comisión Económica y Social Asia Pacífico); así como en Ecuador. Magíster en Gestión Pública por la Universidad Tecnológica del Perú (UTP) (2017). Director de la Academia Diplomática del Perú (ADP). Ex Viceministro y Secretario General de Relaciones Exteriores; y ex Canciller de la República (2005-2006/ 2021-2022). Representante de la OEA en México (2006-2011). Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional (SPDI) (2017). Rector del Instituto Internacional de Gobierno (IGOB) (2017) y Miembro Fundador de CITME (Centro de Investigación para la Transformación y Modernidad Estratégica) (2019). Actual Embajador del Perú en el Reino de España, Concurrente ante el Principado de Andorra y Representante Permanente del Perú ante la Organización Mundial del Turismo (OMT). Conduce la Red Mundial de Sociedades de Derecho Internacional.

APUNTES INSTITUCIONALES

Y

CALENDARIO DE SUCESOS INTERNACIONALES

APUNTES INSTITUCIONALES
(Período setiembre-diciembre 2022)

La sección de Apuntes Institucionales, puede ser consultada en nuestro Blog Institucional: <https://sociedadperuanadederechointernacional.blogspot.com/>

* * *

CALENDARIO DE SUCESOS INTERNACIONALES
(Período setiembre-diciembre 2022)

La sección de *Calendario de Sucesos Internacionales*, puede ser consultada en nuestro Blog Institucional: <https://sociedadperuanadederechointernacional.blogspot.com/>

Marko Vásquez Rojas

* * *

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

TELÉFS. 424-8104 / 424-3411

NOVIEMBRE 2022 LIMA - PERÚ

