

17

Ana María Arrarte & Daichi Yano

CUANDO LOS COSTOS, CUENTAN

Carlos Rios

ALGUNAS NOTAS (E INTERROGANTES) SOBRE
LAS NUEVAS REGLAS CIADI PARA MEDIAR
DISPUTAS ENTRE ESTADOS E INVERSIONISTAS

Oscar Pazo

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN
CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DE LOS
DERECHOS DE LA MUJER

Silvio Mezarina & Pablo Rosales

LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO Y EL DERECHO
INTERNACIONAL PÚBLICO: ORDEN PÚBLICO
INTERNACIONAL, ORDEN JURÍDICO
INTERNACIONAL Y DERECHOS HUMANOS



FORSETI

© DERUP Editores, Lima, 2023
Av. Salaverry 2020, Oficina B-302-A
Jesús María, Lima, Perú
ISSN: 2312-3583
www.forseti.pe / <https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/index>

El contenido de los artículos publicados en FORSETI - Revista de Derecho es responsabilidad exclusiva de los autores.

FORSETI autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y utilice para fines académicos.

2023-I
Asociación DERUP Editores
Consejo Directivo

Nicolás Ayala Badillo (Presidente y Director de Comercialización)
Renata Figueroa Sebastián (Vicepresidenta y Directora de Gestión de Talento)
Hanna Paulino Ramos (Directora de Eventos)
Jean Inti Aguilar (Director de Finanzas)
Bernardeth Quijano Rodríguez (Directora de Edición)
Genaro Ríos Díaz (Subdirector de Eventos)
Maryangel Nisiama Zaki (Subdirectora de Comercialización)
Thais Arroyo Campos (Subdirectora de Finanzas)
Josué Ochoa García (Subdirector de Edición)

Comisión de Comercialización

Fiorella Fulchi Leo
Leslie Hernández Montoya
Angie Mamani Ccallo
Sol Morachimo Quiroz
Vanessa Quezada Soto

Comisión de Finanzas

Joel Lima Quiroz
Octavio Fernández Távora
Britney Panti López
Nadir Quivio Jiménez

Comisión de Gestión de Talento

Mariana Loyola Duarte
Alisson Mijichich Vila
Camila Morales Rola
Diego Valencia Guevara

Comisión de Edición

Luis Alonso Blanco Vásquez
Francesca Chocano Villanueva
Carlos Chuquilín Vásquez
Débora Graciano Chávez
Luis Martín Iturrizaga Torres
Luciana Moreno Manrique
Fabricio Neyra Quijandría
Diego Ríos Derteano

Comisión de Eventos

Rina Chanco Sucso
Cesia Esparza Polo
Jeslie Lavado Albino
Andrea Lobatón Suárez
Daniela Mañanes Meléndez
Sandro Olivera García
Allison Saldamando Egoávil
Aniuska Segura Ríos
Estefania Quiroz Lozano
César Yupari Chaccha

SOBRE EL PRESENTE NÚMERO

Tenemos el agrado de presentarles el nuevo número de la Revista FORSETI, primero del año 2023, abocado al Arbitraje, el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional.

Nos complace empezar la edición 2023-1 con un tema relevante pero poco abordado: los costos derivados del arbitraje. Los autores enfatizan en el alto valor monetario que conlleva el acceder a un mecanismo de resolución de disputas de calidad y en diversos conceptos relacionados como la responsabilidad de los costos, los límites que los mismos abarcan, entre otros. Así, se puntualiza en las decisiones de los tribunales arbitrales y la necesidad de que interioricen en el análisis con respecto a los costos en los que se incurran.

Seguidamente, indagaremos en un análisis sobre el nuevo conjunto de reglas emitido por el CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) acerca de la mediación. De esta manera, el autor enfatiza en los principales cambios, con respecto a las anteriores reglas, sobre aquella forma de resolución de conflictos. Además, se explican los principales aportes de las nuevas reglas del CIADI y las mejoras que aquello implicaría en la relación entre el Estado e Inversionistas cuando se encuentren inmersos en una disputa.

Por otra parte, nos adentraremos en una revisión acerca de la protección de los derechos fundamentales de la mujer y su evolución con el paso del tiempo. En este artículo, el autor expresa, desde una mirada que abarca acontecimientos históricos, los principales motivos que condujeron a la discriminación y postergación de las mujeres. Asimismo, se abarca el reconocimiento de los derechos en diversos ámbitos, lo cual da paso a entender las medidas introducidas progresivamente para incentivar un trato similar respecto de los hombres.

Por último, concluimos con una investigación acerca de la conexión entre diversos conceptos vinculados al derecho internacional público y el derecho internacional privado. Entre los mismos, los autores se concentran en la influencia del orden jurídico internacional sobre el orden público internacional, así como también en los alcances involucrados. Así, la explicación previa toma lugar en el plano de la relación entre los dos ámbitos del derecho mencionados en el comienzo. En esta ocasión, el análisis añade un estudio de la legislación interna peruana acerca de la materia.

En nombre del equipo FORSETI, deseamos expresar nuestro más profundo agradecimiento a todos los autores y a quienes fueron partícipes de nuestro proceso de revisión de pares. Esperamos que esta edición sea de su agrado.

Comisión de Edición

Índice

Cuando los costos, cuentan

por Ana María Arrarte & Daichi Yano 07

Algunas notas (e interrogantes) sobre las nuevas reglas CIADI para mediar disputas entre estados e inversionistas

por Carlos Ríos 37

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

por Oscar Pazo 63

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público: orden público internacional, orden jurídico internacional y derechos humanos

por Silvio Mezarina & Pablo Rosales 81

Quando los costos, cuentan

Ana María Arrarte*

Daichi Yano**

Resumen. - Este trabajo busca abordar un tema relevante pero muy poco tratado en materia arbitral: los costos. La percepción común es que los Tribunales Arbitrales no dedican una parte importante de su análisis a la distribución y recuperabilidad de los costos arbitrales, pese a que esta decisión es una parte fundamental del Laudo y una herramienta esencial para emitir una decisión justa.

Abstract. - This paper seeks to address a relevant but little discussed topic in arbitration: costs. The common perception is that Arbitral Tribunals do not devote an important part of their analysis to the distribution and recoverability of arbitration costs, despite the fact that this decision is a fundamental part of the Award and an essential tool for rendering a fair decision.

Palabras clave. - Arbitraje - Costos - Laudo arbitral - Reglas del arbitraje

Keywords. - Arbitration - Costs - Arbitration award - Arbitration rules

* Socia Principal del Estudio Echecopar asociado a Baker Mckenzie Internacional. Líder del Área de Solución de Controversias del Estudio Echecopar. Abogada por la Universidad de Lima. Árbitro en diversas instituciones arbitrales.

** Asistente legal del Estudio Echecopar asociado a Baker Mckenzie Internacional. Miembro del Área de Solución de Disputas del Estudio Echecopar. Bachiller en Derecho por la Universidad del Pacífico. Ex Presidente del Consejo Directivo de Forseti–Revista de Derecho.

I. Introducción

Terminadas todas las actuaciones y estando cerca de laudarse, toca lo feo. Sacar las cuentas, distribuir lo debido y pagar los costos derivados del arbitraje. El arbitraje es un mecanismo de resolución de disputas que ofrece una solución de alta calidad para los litigios complejos y de alto valor. Es innegable señalar que el arbitraje no es barato -de hecho- en la encuesta sobre arbitraje internacional del 2018 de la Queen Mary University se señaló que la peor característica del arbitraje son los costos¹ y es que, en el arbitraje, a diferencia de los procesos judiciales, las partes internalizan todos los costos. Se pagan los honorarios de los árbitros, los costos administrativos del centro de arbitraje, los gastos en los que tengan que incurrir los árbitros, además de los costos de representación de las partes y los honorarios de los expertos.

Los costos en el arbitraje son un tema sumamente relevante pues en muchos de los casos -por no decir la mayoría- la suma discutida en los costos resulta significativa, considerando los montos en disputa. A pesar de su importante impacto en la práctica, no es un tema que se suele abordar con mucho detenimiento o sobre el cual exista abundante literatura². Coincidimos con DE TRAZEGNIES cuando señala que "Los aspectos relacionados con los costos del arbitraje y su distribución suelen ser de los más olvidados por los tribunales arbitrales. Típicamente, los tribunales arbitrales no dedican una parte importante de su análisis a la responsabilidad de las partes respecto del pago de los costos o gastos del arbitraje. La trascendencia de estos aspectos es frecuentemente subestimada."³ La decisión sobre los costos no es un asunto que se pueda tomar a la ligera, en estricto, podemos afirmar que ni siquiera puede sostenerse que es un tema "accesorio", una simple consecuencia de lo resuelto respecto de la controversia. Una condena de pago de costos o el rechazo al pago de ciertos conceptos lleva implícita una decisión que trasciende a los conceptos: "el que pierde paga" o "cada parte asume sus costos", como vamos a intentar demostrar en este artículo.⁴

Por ello, los árbitros -en el marco del pacto de las partes y las reglas aplicables al arbitraje- deben evaluar la complejidad del caso, el resultado de la disputa, los

¹ Queen Mary University. 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration. P. 2. Disponible en web: [https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF)

² De hecho, BORN señala que "Most awards of costs in international arbitration either rely exclusively on grants of discretion (or other standards) pursuant to applicable institutional rules, or simply award a "reasonable" or "appropriate" amount. Given this general lack of analysis, some commentators have concluded that "[t]he awarding of arbitration costs and attorney's fees in international arbitrations is often arbitrary and unpredictable." BORN, Gary. *International Commercial Arbitration* (Third Edition). Kluwer Law International, 2021, pp. 3350.

³ DE TRAZEGNIES, Carolina. Art. 70.- Costos. En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje (Tomo I)*. IPA, 2011. Pp . 785.

⁴ "Given the potential magnitude of costs in international arbitration, the standards for making awards of costs of legal representation and related expenses are of considerable practical importance." BORN, Gary. *International Commercial Arbitration (Third Edition)*. Kluwer Law International, 2021, p. 3340.

recursos que requirieron las partes y su comportamiento durante el arbitraje para poder tomar una decisión adecuada y justa. En ese sentido, es propósito de este artículo aclarar -desde un punto de vista práctico- en qué consisten los costos en un arbitraje, quiénes los deben asumir, qué normas se deben observar al momento de emitir una decisión sobre los costos, cuál es el procedimiento para decidir este asunto y cuáles son los costos sobre los que recae la decisión. Asimismo, consideramos pertinente reflexionar sobre la utilidad de la decisión sobre los costos como herramienta "de sanción" con la que cuentan los árbitros para no dejar impunes ciertas conductas de las partes que resulten contrarias a la buena fe.

II. Los costos en un arbitraje

En el transcurso de un arbitraje, todos los involucrados en el proceso (Tribunal Arbitral, Centro de Arbitraje y Partes) incurren en una serie de desembolsos que -razonablemente- están relacionados a la disputa. Como bien señalan REDFERN & HUNTER: "A claim in respect of the costs incurred by a party in connection with an international arbitration is, in principle, no different from any other claim, except that it usually cannot be quantified until the end of the arbitral proceedings."⁵. Estos costos y gastos son uno de los temas más importantes que recoge el Laudo Final, pero ¿en qué consisten estos costos?

De acuerdo a las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, "CCI"):

Los costos del arbitraje incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y los gastos administrativos de la CCI fijados por la Corte, de acuerdo con el tarifario vigente al momento del inicio del arbitraje, así como los honorarios y gastos de los peritos nombrados por el tribunal arbitral y los gastos legales y de otro tipo razonables incurridos por las partes para el arbitraje. (El énfasis es nuestro).

Por otro lado, las reglas de arbitraje de la London Court of International Arbitration (en adelante, "LCIA") definen a los costos como:

Los costos del arbitraje distintos de los gastos legales o de otro tipo en que incurran las partes (los "Costos del Arbitraje") serán determinados por la Corte de la LCIA de acuerdo con el arancel de costos. Las partes serán solidariamente responsables ante la LCIA y el Tribunal Arbitral de dichos Costos del Arbitraje." (El énfasis es nuestro).

Conforme a las reglas de arbitraje del Hong Kong International Arbitration Centre (en adelante, HKIAC):

⁵ BLACKABY, Nigel, *et. al. Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)*. Oxford University Press, 2015, p. 532.

Cuando los costos, cuentan

- 34.1 El tribunal arbitral determinará los costos del arbitraje en una o varias órdenes o laudos. El término "costos del arbitraje" incluye únicamente:
- (a) los honorarios del tribunal arbitral, determinados de conformidad con el artículo 10;
 - (b) los gastos razonables de viaje y otros gastos incurridos por el tribunal arbitral;
 - (c) los costos razonables del asesoramiento de expertos y de otra asistencia requerida por el tribunal arbitral, incluyendo los honorarios y gastos de cualquier secretario del tribunal;
 - (d) los gastos razonables de representación legal y de otra asistencia, incluidos los honorarios y gastos de cualquier testigo y perito, si dichos gastos se reclaman durante el arbitraje; y
 - (e) la Tasa de Registro y las Tasas Administrativas a pagar a HKIAC de acuerdo con el Anexo 1, y cualquier gasto a pagar a HKIAC." (El énfasis es nuestro).

El Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, "CCL"), prevé de manera similar que:

Los costos del arbitraje incluyen los siguientes conceptos:

- a) los honorarios y los gastos de los árbitros;
- b) los gastos administrativos determinados por el Centro de conformidad con la Tabla de Aranceles vigente en la fecha de inicio del arbitraje;
- c) los honorarios y los gastos de los peritos nombrados por el Tribunal Arbitral, si los hubiere; y
- d) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje." (El énfasis es nuestro).

De lo desarrollado en las reglas de estos centros de arbitraje se desprende que los costos en un arbitraje consisten normalmente en: (i) Los gastos administrativos del arbitraje (P.e. costos del centro); (ii) Los Honorarios del Tribunal Arbitral; (iii) Los gastos incurridos por el Tribunal Arbitral (P.e. viáticos si las audiencias se llevan a cabo presencialmente en un foro distinto al de los árbitros); (iv) los costos de asesoramiento y asistencia requerida por el Tribunal Arbitral; (v) los gastos de

Cuando los costos, cuentan

representación legal; y (vi) otras asistencias requeridas por cada parte (P.e. Peritos y Testigos). Estos gastos pueden ser agrupados de la siguiente forma⁶:

| | |
|--|---|
| "Costos procedimentales" o "Costos del Arbitraje" | Los gastos administrativos del arbitraje |
| | Los Honorarios del Tribunal Arbitral |
| | Los gastos incurridos por el Tribunal Arbitral |
| | Los costos de asesoramiento y asistencia requerida por el Tribunal Arbitral |
| "Costos de las partes" o "Costos Legales" | Los gastos de representación legal |
| | Otras asistencias requeridas por cada parte |

Los costos procedimentales son aquellos costos administrativos que sirven para que el arbitraje se lleve a cabo. Estos son aquellos en los que las partes tendrán que incurrir necesariamente al acudir al arbitraje, no hay mayor controversia al respecto y usualmente son determinados por el centro de arbitraje (en caso estemos ante un arbitraje institucional) o el propio Tribunal Arbitral (en caso estemos ante un arbitraje ad hoc).

Los costos de las partes, por otro lado, son aquellos en los que incurre cada una para preparar y presentar su posición. Estos son costos no comunes entre las partes puesto a que cada parte incurre en los costos que considera necesarios para llevar a cabo la defensa de sus intereses. Ello dependerá de su posición, la complejidad de su caso, lo que tengan que probar y, ciertamente, de su capacidad económica para afrontarlos, entre otras cosas. Estos costos son comunicados al Tribunal Arbitral hacia el final del arbitraje junto con los alegatos finales o en la oportunidad que el Tribunal Arbitral lo indique. Por ello y porque usualmente los costos de las partes son los montos más elevados, en comparación con los costos procedimentales, estos costos suelen ser controvertidos en la medida en que se puede cuestionar su razonabilidad y -en esa línea- su recuperabilidad.

Una vez que concluya el espacio correspondiente al sustento y absolución de los costos presentados por las partes, el Tribunal Arbitral podrá emitir su decisión sobre los costos arbitrales, que constará en la forma de un laudo (parcial o final), en la cual resolverá: (i) quién asume los costos del arbitraje de acuerdo con el pacto de las partes, las normas aplicables y los principios aplicables a la distribución de costos (Sección III); y (ii) cuáles son los costos razonables incurridos por las partes

⁶ "Costs related to arbitration can be divided into two main groups: arbitration costs and legal costs." LEW, Julian, *et. al. Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003. p. 653.

que pueden ser recuperados (Sección IV). Nos dedicaremos a estos puntos en las siguientes secciones.

III. ¿Quién paga los costos? ¿Qué debemos observar?

Para decidir sobre el tema de quién debe asumir los costos del arbitraje es necesario saber cuáles son las reglas aplicables a esta materia. Al respecto, debemos señalar que la Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, la "Ley Modelo") no reguló en su propuesta disposiciones relacionadas a los costos derivados del arbitraje y su distribución⁷. En ese sentido, independientemente de que la mayoría de las legislaciones arbitrales modernas tienen base en la Ley Modelo, cada jurisdicción ha tenido que abordar el asunto de los costos de forma particular (en los casos en los que se haya decidido regular).

La mayoría de las legislaciones arbitrales han decidido dar libertad a las partes para que puedan regularlo en su convenio arbitral en virtud del principio de autonomía privada, siendo una excepción Inglaterra donde las partes están prohibidas de pactar previamente al arbitraje que será solo una de ellas la que pagará todos los costos independientemente del resultado⁸. En ese sentido, resulta importante revisar primero la regulación que las partes hayan pactado al respecto contenida en su convenio arbitral.

Coincidimos con FALLA cuando señala que las partes pueden atender directamente la regulación de estos costos, estableciendo parámetros en el convenio arbitral (P.e. estableciendo topes) o indirectamente remitiendo su determinación a los propios árbitros o a la regulación contenida en los reglamentos arbitrales (P.e. reglas sobre lo costos contenidas en los reglamentos de los centros de arbitraje)⁹.

⁷ **"The UNCITRAL Model Law does not expressly address the question of the costs of the arbitration or of legal representation in the arbitration.** There were proposals during the drafting of the Model Law for a provision that would have authorized the arbitrators to request a deposit from the parties for the tribunal's fees and expenses, and to fix the amount of such fees and expenses. **Even these relatively limited proposals were not pursued, and the Model Law's final text, and its 2006 Revisions, are silent on the entire subject of the allocation of the costs of the arbitration.**

Nonetheless, there is no question but that, absent contrary agreement, the Model Law does not preclude arbitrators from making awards of the costs of the arbitration and legal costs. (...)" (Énfasis agregado) BORN, Gary. *International Commercial Arbitration (Third Edition)*. Kluwer Law International, 2021, p. 3341.

⁸ **"virtually all developed legal regimes give effect to the parties' agreement with regard to awards of legal costs in international arbitration.** That is true where the parties agree that the arbitrators shall have the power to make such awards, as well as where they agree to exclude the possibility of such awards. This is simply an **application of the broader principle of party autonomy in the context of international arbitration and should raise no questions of enforceability.** (One limited exception is England, where parties are precluded from agreeing, prior to the dispute arising, that one party pay "the whole or part of the costs of the arbitration in any event," regardless of the outcome.)" BORN, Gary. *International Commercial Arbitration (Third Edition)*. Kluwer Law International, 2021, p. 3341.

⁹ FALLA, Alejandro. Art. 69.- "Libertad para determinar costos". En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje (Tomo I)*. IPA, 2011. p. 777.

Por ello, consideramos que al momento de emitir una decisión sobre los costos se debe revisar (a) el pacto de las partes (por si las partes pactaron una regulación particular al respecto); (b) el reglamento arbitral (por si las partes regularon indirectamente el asunto mediante referencia a un conjunto de reglas); (c) los principios generales que rigen la distribución de costos en el arbitraje (usualmente recogidos dentro de los criterios establecidos por los reglamentos arbitrales); y (d) la Ley de Arbitraje de la Sede y la Ley de Arbitraje del lugar de ejecución (para verificar la existencia de limitaciones al pacto o a la decisión sobre los costos del arbitraje).

i. Pacto sobre costos en el convenio arbitral

Como hemos señalado, la mayoría de legislaciones arbitrales permite a las partes regular los temas relativos a los costos arbitrales en el convenio arbitral. No obstante, dicha libertad, los árbitros también están en aptitud de evaluar un comportamiento abusivo en su regulación que, de alguna manera, limite el derecho a recurrir al arbitraje¹⁰. Por ejemplo, un pacto que señale que el demandante siempre asumirá los costos; ello, considerando los altos costos de un arbitraje, podría desincentivar a las partes económicas más débiles de activar este mecanismo de solución de controversias. De este modo se estaría estableciendo desincentivos económicos a iniciar un arbitraje lo cual, en la práctica, limitaría el derecho de acceso al mecanismo jurisdiccional pactado. En estos supuestos, el Tribunal Arbitral podría desestimar la sección del pacto que limita el ejercicio del derecho de acción de dicha parte, por cuanto se trataría de un pacto nulo.¹¹

Si bien hemos desarrollado brevemente la libertad que tienen la partes para regular los asuntos sobre los costos del arbitraje en el convenio arbitral, ello no es algo común en la práctica. Los convenios arbitrales son "pactos de medianoche"¹², las partes no dedican mayores esfuerzos ni recursos a su redacción pues suelen ser -aun cuando no debería- cláusulas que se firman luego de haber terminado una negociación, convirtiéndose en el "cierre formal", de lo que en ese momento y bajo el ánimo de voluntad común de llevar adelante un negocio, ambas partes consideran "que no va a ocurrir", pues el escenario litigioso no está sobre la mesa, de allí que se les suele denominar "*champagne clauses*". Las partes terminan recurriendo al uso de cláusulas modelo que, como podremos ver a continuación, no tienen un desarrollo pormenorizado relativo a los costos del arbitraje:

¹⁰ "(...) pactar los costos del arbitraje con anterioridad puede favorecer al parte con una mayor capacidad económica (deep pockets) debido a que pueden intimidar y eventualmente desincentivar a las partes económicamente más débiles de iniciar un proceso arbitral (si se pactan costos elevados) (...)" FALLA, Alejandro. Art. 69.- "Libertad para determinar costos". En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje (Tomo I)*. IPA, 2011. p. 777.

¹¹ Si bien esto podría depender en cada jurisdicción de acuerdo a la naturaleza jurídica del arbitraje adoptada en cada una, debido a la extensión del presente artículo, este asunto será desarrollado en otro trabajo.

¹² KREINDLER, Richard. "Practical Issues in Drafting International Arbitration Clauses". En *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*. Kluwer Law International, 1997. p. 47.

Cuando los costos, cuentan

- **Cláusula modelo de la CCI:**

Todas las controversias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento.

- **Cláusula modelo de la Cámara de Comercio Americana del Perú (en adelante, "Amcham Perú"):**

Las controversias que se deriven de este acto jurídico o que tengan relación con él, incluidas las relativas a su existencia, validez, eficacia, ejecución o terminación, así como las vinculadas al presente convenio arbitral, serán resueltas mediante arbitraje de derecho, bajo la organización y administración del Centro de Arbitraje de AmCham Perú, conforme a su Estatuto y Reglamento, a los cuales las partes se someten incondicionalmente. El laudo será definitivo e inapelable.

- **Cláusula modelo para arbitrajes internacionales de la American Arbitration Association (en adelante, la "AAA"):**

Any controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach thereof, shall be determined by arbitration administered by the International Centre for Dispute Resolution in accordance with its International Arbitration Rules.

Es por ello que, en la práctica, las partes y los árbitros terminan teniendo que recurrir a las reglas arbitrales como un segundo nivel de análisis para determinar las reglas relativas a los costos arbitrales.

ii. Regulación sobre los costos en las reglas

Como bien señala BORN:

The overriding object of most institutional rules is to grant the arbitral tribunal broad powers to award legal costs, according to standards established principally by the arbitrators; the exercise of these powers is left largely to the arbitrators, with only limited and general references to the degree of a party's success on its claims and the reasonableness of a party's legal expenses. All leading institutional rules also expressly confirm the arbitrators' authority to "apportion" legal costs, allowing awards of less than 100% of a party's reasonable costs.¹³

La mayoría de reglamentos arbitrales regula de forma bastante general los siguientes asuntos sobre los costos: (i) la competencia de los árbitros para fijar los costos y decidir sobre su distribución; (ii) los conceptos que componen los costos

¹³ BORN, Gary. *International Commercial Arbitration (Third Edition)*. Kluwer Law International, 2021, p. 3347.

a fijar por el Tribunal Arbitral; y (iii) los factores que se deberán tomar en cuenta para emitir la decisión sobre la distribución de los costos.

Centros de Arbitraje como la CCI, la CCL y Amcham Perú, establecen en sus Reglamentos que los costos procedimentales del arbitraje (Gastos Administrativos del Centro y Honorarios del Tribunal Arbitral) serán fijados por el mismo Centro¹⁴, mientras que los árbitros se encargan de la decisión sobre los costos de las partes y la distribución de costos.

Asimismo, los reglamentos arbitrales regulan de manera bastante general que los conceptos que componen los costos de las partes serán aquellos que sean (i) vinculados al arbitraje y (ii) razonables de acuerdo a las circunstancias de cada caso (como indicamos en la Sección II).

Por otro lado, para la distribución de costos, los reglamentos arbitrales recogen criterios existentes como "el perdedor paga" y "cada parte asume sus costos" dando un margen al Tribunal Arbitral para que pueda ajustar sus decisiones sobre la base de las circunstancias del caso y el comportamiento de las partes¹⁵. Desarrollaremos más sobre estos principios en la siguiente sección III.c.

Ahora, los reglamentos arbitrales no son las únicas reglas que se deben tomar en consideración, también es importante tener en cuenta las reglas del arbitraje que

¹⁴ Artículo 38 del Reglamento de la CCI

"1. Los costos del arbitraje incluirán los honorarios y los gastos de los árbitros, así como los gastos administrativos de la CCI determinados por la Corte de conformidad con los aranceles vigentes en la fecha de inicio del arbitraje, los honorarios y los gastos de los peritos nombrados por el tribunal arbitral y los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje. (...)

3. En cualquier momento del procedimiento arbitral, el tribunal arbitral podrá tomar decisiones sobre costos, distintos de aquéllos fijados por la Corte, y ordenar su pago."

Artículo 41.1 del Reglamento de la CCL

"1. La Secretaría General fija la provisión para gastos del arbitraje. Esta provisión cubre los honorarios y los gastos de los árbitros cuando corresponda, así como los gastos administrativos del Centro correspondientes a la Solicitud de arbitraje y a la Respuesta con reclamaciones presentadas por las partes. Para tal efecto, aplica la Tabla de Aranceles del Centro sobre la base del contenido económico de la controversia, o los decide a su discreción, si el monto en controversia fuere indeterminado."

Artículo 46 del Reglamento de Amcham Perú

"1 Los gastos arbitrales comprenden los honorarios del tribunal arbitral y los gastos administrativos del Centro y se determinan aplicando la Tabla de Aranceles vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje.

2 Corresponderá exclusivamente al Centro determinar la provisión de gastos arbitrales teniendo en consideración la estimación económica de la controversia, su complejidad o cualquier otra circunstancia que considere relevante."

¹⁵ "The ICC Rules not only refer to 'the reasonable legal and other costs incurred by the parties', but also indicate that the tribunal may consider such circumstances as it considers relevant (including the extent to which each party has conducted the arbitration in an expeditious and cost-effective manner) before making a decision on the amount of costs to be awarded. A similar provision has been introduced in the 2014 version of the LCIA Rules. The UNCITRAL Rules adopt a more conservative approach: while recognising that the arbitral tribunal may take into account the circumstances of the case when allocating costs between the parties, they do not explicitly mention cooperative or disruptive behaviour of the parties as a factor." BLACKABY, Nigel, *et. al. Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)*. Oxford University Press, 2015, pp. 532.

se pactan comúnmente, una vez constituido el Tribunal Arbitral. En estas reglas, existe un margen para que las partes acuerden con los árbitros qué reglas aplicarán para la distribución de los costos y, en caso no se acuerde que cada uno asuma sus costos, qué conceptos se consideraran recuperables. De hecho, para que exista predictibilidad sobre lo que se decidirá en la asunción de costos arbitrales, consideramos una buena práctica que se acuerden en las reglas del arbitraje si es que no se hubiese pactado ya en el convenio arbitral. Ello le daría predictibilidad a las partes y al Tribunal sobre los conceptos que se deben distribuir en la decisión y, por ende, sobre los que tienen que presentar comprobantes. Coincidimos con LEW, MISTELIS Y KRÖLL cuando señalan que un Tribunal Arbitral podría abordar este tema en una audiencia preliminar:

An arbitration tribunal may wish to deal with the scope of costs at a preliminary hearing. This would avoid any dispute over the extent of the jurisdiction of the tribunal to award costs at the end of the proceedings. Inevitably, the authority of the tribunal to award costs is always subject to the agreement of the parties at any time¹⁶.

iii. Reglas existentes sobre el pago de los costos del arbitraje

Como bien señalamos anteriormente, los reglamentos arbitrales de los centros de arbitraje recogen ciertas reglas para la distribución de costos. Estas disposiciones, a las cuales nos hemos referido en la sección anterior, recogen principios desarrollados en el arbitraje internacional. Ahora, si bien las reglas establecen ciertos parámetros para la decisión sobre la distribución de los costos, la mayoría de reglamentos arbitrales dan discrecionalidad a los árbitros para aplicar los criterios que consideren para la distribución de los costos¹⁷. En ese sentido, corresponde que expliquemos los principios aplicables a la distribución de costos que son recogidos por los reglamentos arbitrales y que incluso aplicarían si el reglamento no regulase dichos aspectos. Estos son las reglas de: "el perdedor paga" y "cada parte asume sus costos". Adicionalmente, consideramos pertinente abordar en esta sección el asunto sobre la distribución de los costos en virtud de la conducta de las partes.

A. "Cada parte paga sus costos"¹⁸

El principio de que "cada parte paga sus costos" consiste precisamente en lo que indica su nombre, los costos del procedimiento se distribuyen equitativamente entre las partes y cada una asume los costos que asumió para su defensa. La finalidad de esta regla es salvaguardar el derecho de las

¹⁶ LEW, Julian, *et. al. Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003. pp. 653.

¹⁷ "Unless the parties have made some other agreement, arbitration rules typically give the power to tribunals to determine in their discretion the proportions of fees and costs of the arbitration that should be paid and by which party." HYDER, Arif, *et. al. "Chapter 8: Costs and Fees"*. En *The International Arbitration Rulebook: A Guide to Arbitral Regimes*. Kluwer Law International, 2019. pp. 459.

¹⁸ Por su predominante uso en Estados Unidos, esta regla también es conocida como la "regla americana".

partes a acceder a la justicia y evitar que se vean disuadidas de plantear reclamaciones o defensas por el riesgo de tener que soportar los costos de la parte contraria, en caso el laudo le sea adverso. Se ha argumentado que la aplicación de esta regla reduciría los costos y el tiempo empleado en los procedimientos arbitrales, ya que las partes estarían exentas de fundamentar las reclamaciones relacionadas con los costos y los árbitros no tendrían que identificar a la parte vencedora ni determinar los costos recuperables en contenido y cuantía¹⁹.

A pesar de ello, en el arbitraje comercial internacional, los Tribunales Arbitrales no suelen adoptar este principio. Esto se debe al hecho de que un número importante de reglamentos de arbitraje -como hemos indicado en las secciones anteriores- permiten expresamente la asignación de los costos sobre la base del principio de "el perdedor paga". Como señala ABDEL, "This practice emphasizes the fact that "this approach [the American rule] is probably considered as contrary to the preference of parties in most contemporary international commercial arbitrations"".

Independientemente de lo señalado, consideramos que, a pesar de la tendencia actual de los reglamentos arbitrales de recoger en sus disposiciones la regla de "el perdedor paga", sujeta a consideraciones del Tribunal, ordenar que cada parte asuma sus costos es algo que el Tribunal Arbitral puede hacer dentro de las facultades derivadas del convenio arbitral y la mayoría de reglamentos de los centros arbitrales.²⁰

B. "El perdedor paga"

El principio "el perdedor paga", como indica su nombre, establece que la parte perdedora soportará, además de sus propios costos, los costos que haya incurrido la parte vencedora del arbitraje. Esta regla -en principio- disuadiría a las partes de plantear demandas frívolas, ya que la parte que obtuvo una decisión adversa soportaría los costos derivados del arbitraje. Como señalamos en la sección anterior, esta es la regla general de mayor aplicación en el arbitraje comercial internacional.

Algunos Tribunales han considerado que bajo este principio también se encuentra la regla "el ganador se lo lleva todo". Así, la parte perdedora sería condenada a soportar todos los gastos incurridos en el procedimiento arbitral. Sin embargo, en la mayoría de los casos, los Tribunales Arbitrales

¹⁹ ABDEL, Mohamed. "Costs in International Arbitration: Navigating Through the Devil's Sea". En *ICCA Congress Series No. 20 (Sydney 2018): Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration*. Kluwer Law International, 2019. pp. 492.

²⁰ "Nuestra posición, sin embargo, es que no obstante que la regla general contenida en el artículo 73º de la LA sea que "A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida", el Tribunal mantiene la potestad de decidir que cada parte asuma sus propios costos del proceso." EZCURRA, Huáscar. Art. 73.- Asunción o distribución de costos. En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje (Tomo I)*. IPA, 2011. pp. 811-812.

adoptan un enfoque menos estricto, en el que la asignación de los costos se basa en los éxitos y fracasos relativos de las pretensiones demandadas y defensas planteadas por cada parte, así como en la conducta de las partes durante el procedimiento arbitral. De este modo, los Tribunales Arbitrales adoptan como punto de partida el principio de que "el perdedor paga" y luego ajustan el principio teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso particular.²¹

En ese sentido, el Tribunal podría tomar en consideración la proporción del monto demandado que se ha otorgado al demandante en el Laudo para plantear un prorrateo de los costos que le serán reembolsados. Por ejemplo, un caso en el que el monto demandado sea de US\$ 10'000,000.00 y se declara fundada parcialmente la pretensión de la demanda concediendo únicamente US\$ 8'000,000.00, el Tribunal podría considerar -de acuerdo a las circunstancias del caso- que al ganador le corresponde que el 80% de sus costos le sean reembolsados por la contraparte en tanto es respecto de esa proporción que es la parte "vencedora". También podría tomar en consideración las pretensiones planteadas por las partes y el éxito de las mismas en el Laudo. Por ejemplo, en un arbitraje en el que se discutan únicamente pretensiones declarativas, el Tribunal podría considerar el número de pretensiones y la complejidad de cada una para ordenar el pago de los costos derivados de la discusión de cada pretensión al "ganador" de cada una de ellas.

C. Condena de costos como mecanismo de sanción

Como bien desarrollamos en los puntos precedentes, el Tribunal Arbitral podrá evaluar las características de cada caso para determinar cómo va a distribuir los costos arbitrales. Claro, ello en un supuesto en el que las partes se hubieran comportado con la corrección y buena fe que se espera.

Los reglamentos recogidos en el presente trabajo no desarrollan expresamente la posibilidad de sancionar a las partes por su conducta y sus alcances. La facultad de los árbitros de sancionar es un tema muy controvertido, sin embargo, consideramos que la evaluación de la conducta, en sí misma, como uno de los criterios que serán utilizados para la determinación de costos, es una herramienta imprescindible para desincentivar comportamientos desleales que hacen ineficiente el arbitraje²². En efecto, si bien puede ser un tema no pacífico que los árbitros puedan

²¹ ABDEL, Mohamed. "Costs in International Arbitration: Navigating Through the Devil's Sea". En *ICCA Congress Series No. 20 (Sydney 2018): Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration*. Kluwer Law International, 2019. pp. 488.

²² "The allocation of costs can be a useful tool to encourage efficient behaviour and discourage unreasonable behaviour." En *ICC Commission Report Controlling Time and Costs in Arbitration*, 2018. pp. 4.

imponer sanciones²³, sí está fuera de toda discusión que los árbitros pueden evaluar la conducta de las partes, y que -además- deben asignar los costos que deberán ser asumidos por cada una de ellas, por lo que, nada obsta que éste sea uno de los criterios que sirva para la determinación de quién y en qué proporción se deberán asumir los costos.

En el caso en que un Tribunal Arbitral quisiera tener la posibilidad de optar por este mecanismo -que indirectamente se podría considerar una "sanción"- consideramos que se debe informar a las partes de esta posibilidad de manera oportuna. Ello se podría hacer en la audiencia preliminar en la que se discuten las reglas, en la primera orden procesal o en la primera oportunidad en la que resulte pertinente advertir a las partes de las consecuencias de un mal comportamiento. Asimismo, es importante informar a las partes que no solo se tomará en consideración el resultado del arbitraje para la decisión de la distribución de los costos sino también su comportamiento a lo largo de este.

Consideramos que ésta es una forma de distribución de los costos del arbitraje que surge independientemente de las reglas generales de "el perdedor paga" y "cada parte paga sus costos". Una parte bien podría tener la razón en el arbitraje, pero ha actuado de mala fe, ha dilatado las actuaciones y -en general- ha vuelto ineficiente el arbitraje; un Tribunal razonablemente podría considerar que dicha conducta de mala fe amerita una sanción por la que asumiría todos los costos del arbitraje independientemente del resultado.²⁴

¿Podría un Tribunal Arbitral "sancionar" a una de las partes por un comportamiento desleal cuando existe un pacto sobre cómo se debe realizar la distribución de los costos? Este es un tema controvertido pues consideramos si bien en el arbitraje el rol de la voluntad de las partes es medular, también es un "valor entendido" que las partes deben actuar con probidad y lealtad procesal. Así, existen decisiones como en el caso *ReliaStar Life Insurance Co v. EMC National Life Co* en el que en el año 2009 el Segundo Circuito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos decidió que al momento de celebrar el acuerdo, las partes se encuentran en un contexto de buena fe; en ese sentido, no sería efectivo limitar la autoridad inherente que tienen los árbitros para sancionar un actuar de mala fe en el arbitraje.²⁵

D. Ley de arbitraje y ley del lugar de la ejecución

Un elemento que consideramos importante tener en consideración, sobre todo para la parte demandante y la que plantea una reconvencción, es la ley

²³ KREINDLER, Richard, *et. al.* "Conduct and Costs: How Should the Tribunal Sanction the Parties in Costs?". En *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*. Sweet & Maxwell, 2014. pp. 389-390.

²⁴ *Ibid.*, pp. 390.

²⁵ *Ibid.*, pp. 391.

de la sede del arbitraje y la ley del lugar de ejecución. Como hemos señalado puede ocurrir que existan disposiciones legales respecto de ciertos pactos para la distribución de costos, y de cómo éstos podrían ser recuperados en la decisión que emita el Tribunal al respecto. Ello podría representar una contingencia importante para la ejecución del laudo o su reconocimiento en una jurisdicción que tenga alguna restricción expresamente establecida.

IV. ¿Qué costos se pueden recuperar? ¿Cuáles son estos?

Como se puede advertir de las secciones anteriores, la regla de que "el perdedor paga", no suele ser un criterio absoluto en la distribución de los costos. Tampoco lo es respecto de los conceptos que entran a esta distribución. Como se desprende de la lectura de extractos de los reglamentos arbitrales previamente recogidos, los costos que se distribuirían por decisión del Tribunal son aquellos que se consideren razonables y que hayan sido incurridos por las partes para su defensa; solo estos costos serán recuperables. Pero, ¿cómo se determina cuáles costos son razonables?

El criterio de razonabilidad dependerá de las características de cada caso, en razón del monto en controversia, la complejidad, el número de partes, entre otras cosas. Por ello, estimamos de utilidad dar una mejor idea de los criterios a tomar en consideración, por lo que pasaremos a desarrollar brevemente los conceptos que comúnmente asumen las partes para su defensa y su recuperabilidad sobre la base de consideraciones nacidas en la práctica.

i. Costos comúnmente incurridos en el Arbitraje Internacional

A. Honorarios de abogados

Los costos en los que se incurre por la defensa legal, en particular el pago a los abogados que representan a las partes en el arbitraje, es una suma sustancial. Lo usual en el arbitraje es que este tipo de costos sea recuperable, claro, en la medida en que sea razonable. Pero, para estos conceptos ¿Qué sería lo razonable?

En un arbitraje seguido ante el Tribunal de Reclamaciones Irán - Estados Unidos, el juez Holtzmann desarrolló un test de razonabilidad en el cual interpretó que constituyen elementos objetivos el tiempo destinado por los abogados y la complejidad del caso.

The classic test of reasonableness is not, however, an invitation to mere subjectivity. Objective tests of reasonableness of lawyers' fees are well known. Such tests typically assign weight primarily to the time spent and complexity of the case. In modern practice, the amount of time required to be spent is often a gauge of the extent of the complexities involved. Where the Tribunal is presented with copies of bills for services, or other appropriate evidence, indicating the time spent, the hourly billing rate, and a general description of the professional services rendered, its task need be neither onerous nor

mysterious. The range of typical hourly billing rates is generally known and, as evidence before the Tribunal in various cases including this one indicates, it does not greatly differ between the US and countries of Western Europe, where both claimants and respondents before the Tribunal typically hire their outside counsel. Just how much time any lawyer reasonably needs to accomplish a task can be measured by the number of issues involved in a case and the amount of evidence requiring analysis and presentation. While legal fees are not to be calculated on the basis of the pounds of paper involved, the Tribunal by the end of a case is able to have a fair idea, on the basis of the submissions made by both sides, of the approximate extent of the effort that was reasonably required. Nor should the Tribunal neglect to consider the reality that legal bills are usually first submitted to businessmen. The pragmatic fact that a businessman has agreed to pay a bill, not knowing whether or not the Tribunal would reimburse the expenses, is a strong indication that the amount billed was considered reasonable by a reasonable man spending his own money, or the money of the corporation he serves²⁶. (El énfasis es nuestro).

Así, sobre la base de los comprobantes que se presenten (horas cargadas a cada asunto) y los entregables elaborados por los abogados (escritos), a la luz de la complejidad del caso y el criterio del Tribunal para determinar cuánto razonablemente se debió dedicar a esta controversia o al entregable en cuestión, se podrá determinar la razonabilidad del monto planteado. Independientemente de ello, debemos tener en consideración el hecho de que los costos de representación, en principio, fueron estimados razonables por el cliente que los pagó y que hizo este análisis en función a su caso concreto al contratar a su defensa legal.

B. Honorarios de éxito

Un pacto usual dentro de los honorarios de la defensa legal son los honorarios de éxito. Este concepto está dentro de los honorarios de los abogados y está sujeto al cumplimiento de una condición que es -usualmente- que se obtenga una decisión favorable. A diferencia de los honorarios descritos en el punto anterior (también llamados honorarios fijos), respecto de este concepto (honorarios de éxito) no es pacífica su aceptación como algo recuperable.

Sobre este punto ABDEL señala que este tipo de pactos no son uniformemente aceptados. Así, estos estarían prohibidos en ciertas jurisdicciones por considerarlos contrarios al orden público, por lo que si éstas son sede del arbitraje, los Tribunales Arbitrales no los considerarán en

²⁶ BLACKABY, Nigel, *et. al. Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)*. Oxford University Press, 2015, pp. 535-536.

los costos a reconocer, en tanto existe un riesgo creíble de que el laudo pueda ser anulado o denegada su ejecución.²⁷²⁸

Independientemente de las jurisdicciones donde exista una prohibición expresa, consideramos que, en términos generales, no habría justificación para rechazar la recuperación de cualquier honorario de éxito, pues implicaría privar a una parte de su derecho a recuperar los honorarios pagados a sus abogados, basándose en el hecho de que dichos honorarios dependían del resultado del caso.

Creemos que, finalmente, este asunto también dependerá del momento en el que se presenten los pedidos y discusiones sobre los costos. Así, si se plantean antes de la emisión del Laudo, razonablemente, ninguna de las partes debería haber incurrido en dicho costo pues está sujeto al éxito del caso²⁹³⁰, sería distinto si se discuten los costos luego del laudo³¹. Sin embargo, si las partes presentan sus pactos de honorarios además de los comprobantes de los honorarios pagados a fin de acreditar sus costos y se advierte que ambas partes pactaron un honorario de éxito con sus abogados, consideramos que ello generaría un consenso entre las partes de que este concepto es recuperable.

C. Costos de la propia parte

Los costos de la propia parte son aquellos en los que éstas incurren a propósito del arbitraje. Estos pueden comprender los costos del tiempo que

²⁷ "Arbitral tribunals may refuse to award such fees if there is a credible risk that the award may be annulled or refused to be enforced, especially if the *lex loci arbitri* or *lex loci executionis* prohibits such fees on account of champerty." ABDEL, Mohamed. "Costs in International Arbitration: Navigating Through the Devil's Sea". En *ICCA Congress Series No. 20 (Sydney 2018): Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration*. Kluwer Law International, 2019. pp. 474.

²⁸ "Contingency fees are specifically prohibited and considered null and void in Austria, Bahrain, Iraq, Ireland, Morocco, Oman and Qatar. In French domestic proceedings contingency fees are prohibited where they are based solely on the outcome of the case; they are not prohibited in international arbitration. In Mexico they are prohibited in one code of ethics but regarded as admissible by another, provided the lawyer does not draw greater benefit than the client. In Guatemala, although not prohibited, such arrangements are contrary to ethical rules applicable to lawyers." International Chamber of Commerce. ICC COMMISSION REPORT DECISIONS ON COSTS IN INTERNATIONAL ARBITRATION. ICC Dispute Resolution Bulletin 2015, Issue 2. pp. 44.

²⁹ Ello podría depender del tipo de honorario de éxito que se haya acordado porque si se pactó un honorario de éxito sobre un laudo parcial que ya se emitió y ya fue devengado o el éxito sobre el otorgamiento de una medida cautelar, ello podría entrar a los honorarios que una de las partes puede pretender reconocer.

³⁰ International Chamber of Commerce. ICC COMMISSION REPORT DECISIONS ON COSTS IN INTERNATIONAL ARBITRATION. ICC Dispute Resolution Bulletin 2015, Issue 2. pp. 13-14.

³⁰ Ello podría depender del tipo de honorario de éxito que se haya acordado porque si se pactó un honorario de éxito sobre un laudo parcial que ya se emitió y ya fue devengado o el éxito sobre el otorgamiento de una medida cautelar, ello podría entrar a los honorarios que una de las partes puede pretender reconocer.

³¹ Normalmente el Tribunal Arbitral pierde su competencia luego de emitido el laudo final. Sin embargo, bajo algunas reglas arbitrales y leyes arbitrales es posible que se emita una decisión sobre los costos mediante un laudo adicional.

le ha tenido que dedicar cierto personal a asistir a los abogados externos contratados para la defensa legal, reuniones con abogados y el tiempo de los propios abogados *in house* que podrían llevar todo o parte del caso.³²

Al respecto, sobre los dos primeros ejemplos, consideramos que son gastos que son parte de los costos normales de la empresa y que sería irrazonable considerarlos como costos recuperables del arbitraje. Ahora, existen casos en los que los propios abogados *in house* adoptan un rol protagónico en la disputa por no decir los casos en los que ellos mismos llevan el arbitraje sin la necesidad de contratar una asesoría legal externa. Consideramos que en este tipo de casos no habría razón por la cual tratar distinto este tipo de costos de aquellos en los que se incurrirían por pagar los honorarios de una defensa legal externa. Sin embargo, para ello, dichas horas dedicadas al arbitraje deberán ser debidamente registradas en un asunto específico para el arbitraje. Ello pues no se puede esperar -tampoco- que una parte recupere los sueldos de los abogados *in house* responsables del arbitraje por los meses que duró el arbitraje. En estos supuestos recomendamos un correcto registro de las horas dedicadas pues lo recuperable serían únicamente esas horas y ante la posibilidad de desagregarlas un Tribunal Arbitral podría simplemente desestimar la recuperación de este concepto.

Finalmente, e independientemente de lo señalado, somos de la opinión de que, si ambas partes están buscando recuperar costos de reunión y horas dedicadas a asistir a la defensa legal externa, consideramos que existe predictibilidad sobre el tema de que, en el caso uno pierda el arbitraje, se le podría solicitar el pago de estos costos en tanto habría asumido que su contraparte los pagaría de ser contrario el fallo.

D. Costos de testigos, peritos y otros asesores

No es inusual que dentro de un arbitraje las partes contraten a peritos y expertos a fin de sustentar su posición. Tampoco es inusual que las partes paguen por los gastos de los testigos que presentan. Estos costos son usualmente recuperables, pero -al igual que los conceptos anteriores- lo serán en la medida en que sean razonables. Consideramos que al igual que respecto de los honorarios de los abogados, la razonabilidad de estos costos también debe ser evaluada a la luz de la complejidad del caso. Podría ocurrir que -por ejemplo- se contrate a un perito cuya participación fuera intrascendente para la decisión del Laudo, en ese supuesto sería cuestionable la recuperabilidad de dicho desembolso³³.

³² Abdel, Mohamed. "Costs in International Arbitration: Navigating Through the Devil's Sea". En *ICCA Congress Series No. 20 (Sydney 2018): Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration*. Kluwer Law International, 2019. pp. 475-476.

³³ International Chamber of Commerce. ICC COMMISSION REPORT DECISIONS ON COSTS IN INTERNATIONAL ARBITRATION. ICC Dispute Resolution Bulletin 2015, Issue 2. pp. 13.

Ahora, consideramos importante advertir en esta sección que existen ocasiones que una parte contrata a un experto legal que podría terminar haciendo las veces de la defensa legal cuando ya existe un grupo de abogados contratados para ello. En este tipo de casos es importante que el Tribunal evalúe el rol que está desempeñando y si nos encontramos ante un mayor gasto por la defensa legal que podría ser considerado irrazonable.

E. Costos de actos previos al arbitraje

Antes de iniciar un arbitraje, las partes incurren en una serie de costos para estar habilitados de plantear su posición, elaborar su defensa y presentar su demanda ante un Tribunal Arbitral. Estos incluyen opiniones legales sobre la posibilidad de iniciar un arbitraje sobre el asunto en cuestión, negociaciones, *dispute boards*, mediaciones, etc.

Uno podría considerar que estos costos no podrían ser recuperables dentro del arbitraje pues se incurren antes de este y la competencia de los árbitros para laudar sobre estos conceptos podría ser cuestionada. No obstante, consideramos que estos conceptos merecen un análisis caso por caso.

ABDEL propone un análisis que consiste en evaluar 3 dimensiones: (i) el consentimiento y predictibilidad; (ii) la proximidad al procedimiento arbitral; y (iii) la razonabilidad.³⁴

Así, si las partes hubiesen acordado que se pueden recuperar estos conceptos en la decisión sobre los costos, no habría problema sobre el consentimiento y predictibilidad. Lo mismo consideramos que pasaría si ambas partes reclaman esos costos.

Ahora, no es ajeno a la realidad que las partes pacten cláusulas escalonadas a fin de intentar solucionar su controversia mediante negociaciones o mediación antes de recurrir al arbitraje como una última instancia. Los costos de llevar a cabo estos mecanismos muchas veces son indispensables para que se pueda dar el arbitraje, de lo contrario una demanda podría no ser admitida, por lo que las partes saben que van a tener que incurrir en ellos desde antes del inicio de un arbitraje.

Teniendo en cuenta los dos primeros puntos, un Tribunal podría decidir sobre la posibilidad de que estos costos sean recuperables o no, pero adicionalmente debe analizar la razonabilidad de estos pues no todos los conceptos son recuperables en su totalidad. Así, será imprescindible que se

³³ Ello podría depender del tipo de honorario de éxito que se haya acordado porque si se pactó un honorario de éxito sobre un laudo parcial que ya se emitió y ya fue devengado o el éxito sobre el otorgamiento de una medida cautelar, ello podría entrar a los honorarios que una de las partes puede pretender reconocer.

³⁴ ABDEL, Mohamed. "Costs in International Arbitration: Navigating Through the Devil's Sea". En *ICCA Congress Series No. 20 (Sydney 2018): Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration*. Kluwer Law International, 2019. pp. 471.

analice su pertinencia en consideración a la complejidad del asunto y las acciones que se deben llevar a cabo para cumplir con estos asuntos previos al arbitraje.

F. Costos de preparación

Cuando nos referimos a los costos de preparación, nos referimos a la práctica cada vez más frecuentemente adoptada hoy en día sobre la preparación para las audiencias, interrogatorios y otras actuaciones dentro del arbitraje. Hoy esto puede consistir en *mock arbitrations*, preparación de peritos y testigos, entre otras cosas. Consideramos que las técnicas de preparación son un tema que podría abordarse ampliamente en un trabajo independiente y por la extensión abordaremos brevemente la preparación de peritos y testigos y los *mock arbitrations* que consideramos los conceptos más comunes dentro de los existentes hoy en día³⁵.

Ahora bien, en la práctica cada vez más sofisticada del arbitraje es frecuente la preparación de los abogados, peritos y testigos para afrontar una audiencia y los interrogatorios que se podrían llevar a cabo. En ese sentido, los implicados en estas actuaciones suelen dedicarle tiempo y recursos a ensayos y reuniones. Consideramos que los costos de este tipo de preparaciones son frecuente, razonable y, bajo el estándar de la práctica arbitral contemporánea, necesario, a fin de plantear una buena defensa de la posición, por lo que no cuestionamos su recuperabilidad en la medida en que los costos incurridos para ello no escapen del criterio de razonabilidad desarrollado a lo largo del presente artículo. Asimismo, consideramos difícil en la práctica separar estos conceptos porque usualmente están incluidos en los honorarios de los abogados y los peritos.

Por otro lado, están los *mock arbitrations*. Este tipo de preparación es menos frecuente que la desarrollada en el párrafo precedente, pero es cada vez más utilizado hoy en día. Los *mock arbitrations* permiten tener una experiencia más cercana a lo que sería una audiencia o un interrogatorio en un arbitraje y es útil para recabar puntos débiles de la posición, preguntas complicadas y la impresión que la posición podría generar en el Tribunal Arbitral. A pesar de la utilidad de esta práctica, no consideramos razonable su traslado a la contraparte, en tanto es parte de una preparación que bien podría ser considerada como no indispensable para la defensa legal.

Independientemente de ello, consideramos que, si ambas partes solicitan el reembolso de estos costos al momento de la decisión sobre los costos arbitrales, el Tribunal Arbitral podría considerar que no existe controversia sobre su reconocimiento como costos recuperables.

³⁵ *Ibid.*, pp. 477-478.

G. Costos de ejecución y anulación de Laudos y costos de procedimientos paralelos o relacionados al arbitraje

Los costos de la anulación y ejecución de laudos arbitrales usualmente no son considerados como costos del arbitraje pues usualmente ocurren luego de que el Tribunal Arbitral ya no tiene competencia. En ese sentido, no cabe que el Tribunal se pronuncie sobre ellos en la medida en que ni siquiera serían costos que se habrían asumido en ese momento. Sin embargo, para el caso de los laudos parciales, la anulación de estos podría generar un proceso de anulación paralelo y relacionado al arbitraje en cuestión, por lo que sí sería importante evaluar la recuperabilidad de los costos en este tipo de supuestos.³⁶

Los procedimientos paralelos o relacionados al arbitraje no son algo inusual en la práctica. Se suelen iniciar cuando se requiere el otorgamiento de una medida cautelar ante las cortes nacionales, cuando se lleva la anulación de un laudo parcial o cuando se busca una medida antiproceso³⁷. Se podría decir que en la medida en que son costos derivados de otros procesos, no son costos arbitrales propiamente dichos; sin embargo, hay quienes plantean que son costos derivados del hecho que los llevó a arbitraje y en todo caso serían daños derivados de este.

Consideramos que el reclamo de los costos de cada proceso se debería hacer dentro de los mismos y no en el arbitraje, pero si ambas partes someten la recuperación de dichos conceptos al Tribunal Arbitral, consideramos que es posible que este los incluya en la decisión sobre la distribución de los costos cuidando siempre que no haya una doble recuperación (en el proceso y en el arbitraje).

H. Costos de financiamiento por terceros (*Third Party Funding*)

Finalmente, una práctica que en la actualidad es cada vez más común es el financiamiento por parte de un tercero. Esto consiste en que un tercero que no es parte de la relación contractual que da lugar al arbitraje ni del arbitraje financia los costos de una de las partes. De esto debemos desarrollar dos conceptos: (i) los costos que asume el financiador y (ii) el retorno del financiador. El primer concepto se refiere al monto que el financiador desembolsa para cubrir los costos de la parte que buscó financiamiento mientras que el segundo es la contraprestación por el préstamo.

Ahora, respecto a la recuperabilidad de este tipo de costos, como bien señala VON GOELER la redacción de las disposiciones aplicables en materia de costos muchas veces exige que los mismos hayan sido "incurridos" o

³⁶ *Ibid.*, pp. 481-482.

³⁷ Ver. REGGIARDO, Mario y CUBA, Álvaro. Las medidas antiproceso en el arbitraje peruano. *Themis* No. 77, 2020. pp. 233-252.

"directamente incurridos" por la parte que los reclama, esto podría afectar a la disposición de un árbitro a conceder costos que hayan sido pagadas por un tercero. Sin embargo, los términos de los reglamentos arbitrales son lo suficientemente amplios como para abarcar los costos financiados.³⁸

En el laudo arbitral que se emitió en el caso *CCI Supplier v. First distributor, Second distributor* se consideró que eran recuperables los costos asumidos por un financiador en la medida en que hubiesen sido materia de un pronunciamiento arbitral determinando su pago a favor de la parte financiada.³⁹

Así, en la medida en que la recuperabilidad de estos costos se puede amparar bajo el texto de los reglamentos arbitrales antes desarrollados, consideramos que es viable la recuperación de uno de los conceptos: los costos que asume el financiador; y ello en la medida en que hayan sido asumidos por la parte financiada y exista una obligación de reembolso al financiador. Respecto del otro, no consideramos razonable que sea recuperable el retorno del financiador pues este se refleja en un porcentaje del monto del laudo o una tarifa premium que se pagaría con lo laudado. Permitir su recuperación sería un exceso frente a la parte vencida y, en nuestra opinión, iría más allá de lo que es competencia de los Tribunales Arbitrales, en función a la controversia que dio lugar al convenio arbitral.

V. Conclusiones y recomendaciones

Los costos del arbitraje son un asunto sumamente importante en el arbitraje que, a pesar de ello, suele ser de los más olvidados y poco desarrollados en el Laudo por lo que este tipo de decisiones termina siendo arbitraria e impredecible. La discrecionalidad que tienen los árbitros para otorgarlos debe ser ejercida con responsabilidad y no luego de un somero y breve análisis del resultado del arbitraje.

Los árbitros al momento de decidir sobre los costos arbitrales, deben revisar (i) el pacto de las partes, (ii) las reglas del arbitraje, (iii) los principios generales que rigen la distribución de los costos en el arbitraje y (iv) la ley de la sede y la ley del lugar de ejecución del laudo. Asimismo, es importante que los árbitros evalúen la complejidad del caso, el resultado de la disputa, los recursos que requirieron las partes y su comportamiento durante el arbitraje para poder tomar una decisión adecuada y justa.

Consideramos una buena práctica que se acuerden en las reglas del arbitraje: (i) qué reglas aplicarán para la distribución de los costos y, en caso no se acuerde, que

³⁸ VON GOELER, Jonas. "Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure". En *International Arbitration Law Library*, volumen 35. Kluwer Law International, 2016. pp. 380.

³⁹ *Ibid.*, pp. 381-384.

Cuando los costos, cuentan

cada uno asuma sus costos, (ii) qué conceptos se considerarán recuperables. Ello les daría predictibilidad a las partes y al Tribunal Arbitral sobre los conceptos que se deben distribuir en la decisión y -por ende- sobre los que deben presentar la documentación que sustente sus gastos.

Si bien las partes pueden prever y prevenir los problemas que se podrían generar al momento de decidir sobre la distribución de los costos pactando reglas claras para la distribución en el convenio o en las reglas, los árbitros también deben estar en aptitud de emitir una decisión razonada y razonable sobre los costos arbitrales.

La decisión sobre los costos responderá a un análisis caso por caso y dependerá de los conceptos que se reclamen y el comportamiento de las partes. Aunque muchos reglamentos no desarrollan expresamente la posibilidad de "sancionar" a una de las partes con los costos del arbitraje, esta es una consecuencia directa y natural de la valoración de la conducta procesal, por lo que consideramos que es una herramienta útil para evitar conductas reprochables en la práctica arbitral en la medida en que los árbitros tienen cierta discrecionalidad para decidir sobre los costos.

Así, en el supuesto en que los árbitros decidan optar por la posibilidad de condenar a una de las partes con el pago de costos deberán (i) informar a las partes de esta posibilidad de manera oportuna, (ii) informar a las partes que se tomará en consideración su comportamiento en el arbitraje, así como el resultado para la decisión sobre los costos.

Por último, la regla consistente en que "el perdedor paga", no es un criterio absoluto en la distribución de costos y tampoco lo es respecto de los conceptos que entran a esta distribución. Los costos se distribuirán y recuperarán en la medida en que sean razonables y hayan sido incurridos por las partes para su defensa.

Algunas notas (e interrogantes) sobre las nuevas reglas CIADI para mediar disputas entre Estados e Inversionistas

Carlos Augusto Rios Pizarro*

Resumen. - El mérito de este trabajo busca abordar un mecanismo de resolución de disputas entre inversionistas y Estado como lo es la mediación. Para dicha finalidad, intentaremos aclarar -dentro de la extensión que nos permite el presente artículo- ciertos temas que pueden ser de utilidad, como que entender por mediación, su uso en materia de disputa de inversiones, y su funcionamiento bajo las actuales reglas del CIADI.

Abstract. - The merit of this paper seeks to address a mechanism for the resolution of disputes between investors and the State, such as mediation. For this purpose, we will try to clarify -within the extension allowed by this article- certain issues that may be useful, such as what to understand by mediation, its use in investment disputes, and its operation under the current ICSID rules.

Palabras claves. - Mediación - Arbitraje - Reglas CIADI - Inversiones

Keywords. - Mediation - Arbitration - ICSID Rules - Investment

* Abogado por la PUCP. Magíster en Derecho - Columbia University.

I. Introducción

¿Es posible recurrir a una mediación en una disputa de inversiones entre un Inversionista y un Estado? La respuesta es afirmativa. La mediación es un mecanismo de resolución de conflictos reconocido por el CIADI y pasible de ser aplicable para solucionar controversias de inversión.

Pese a ello, rara vez se escucha que una disputa de inversiones ha sido solucionada a través de una mediación. Contrario al caso de los arbitrajes de inversión donde se conoce ampliamente el detalle de casos arbitrales donde un inversionista ha demandado a un Estado y el eventual resultado, existe muy poca información disponible con relación al uso de ese método de resolución de disputas y los alcances de su efectividad. Más aún, la falta de información sobre el uso de la mediación en disputas de inversiones ha llevado a los diversos operadores legales a considerar que la mediación no es un proceso de solución de controversias idóneo para este tipo de disputas.

A raíz de esta situación, a partir del año 2018 el CIADI comenzó a trabajar en un nuevo conjunto de reglas de mediación que actualizaran las que existían en ese momento y que tuviesen disposiciones específicamente diseñadas para diferencias relativas a inversiones, sin perjuicio de tener una mejor interrelación con las reglas de arbitraje CIADI. El objetivo no era otro que darle a los Inversionistas y Estados otras herramientas que permitan solucionar sus controversias de manera más eficiente.

El producto de este esfuerzo han sido las nuevas Reglas sobre Mediación del CIADI, las cuales se encuentran vigentes desde el 1 de julio de 2022. En ellas se han hecho una serie de importantes precisiones acerca de la forma como se lleva a cabo una mediación y el rol que el CIADI tiene en ella, e incluso se han incorporado ciertas disposiciones que amplían significativamente la posibilidad de utilizar este método de resolución de disputas.

El presente artículo presentará un panorama general sobre estas nuevas reglas y disposiciones, a fin de identificar qué ha cambiado con relación a las anteriores reglas, qué clase de disputas pueden someterse a mediación y cómo este nuevo conjunto de reglas puede mejorar sustancialmente la relación entre Estados e Inversionistas durante una situación de conflicto.

II. La mediación en el marco de las disputas de inversiones

La mediación es una forma de resolver disputas que le da a las partes un papel protagónico. El rol del mediador consiste en facilitar las negociaciones de las partes, por ejemplo, ayudando a cada parte a identificar sus intereses, superar los obstáculos al arreglo de diferencias y desarrollar con las partes posibles opciones de acuerdo. Empero, el mediador no decide los méritos legales que pudiese tener

Algunas notas (e interrogantes) sobre las nuevas reglas CIADI para mediar disputas entre Estados e Inversionistas

el reclamo de alguna de las Partes ni tampoco tiene autoridad para determinar o imponer una decisión vinculante sobre las Partes.

La mediación es totalmente voluntaria y, por lo común, se basa en un acuerdo por escrito de mediación entre las partes. En el caso particular de las controversias en materia de inversiones, el acuerdo de las partes para mediar suele encontrarse en un contrato de inversión, un acuerdo *ad hoc* separado o en un tratado, aunque este último caso suele limitarse a tratados de tercera generación más recientes¹ y se encuentra dentro de las cláusulas denominadas "período de avenimiento" ("*amicable settlement period*") o "período de negociación previa" ("*cooling-off period*"). A modo de ejemplo, el artículo 10.15 del Tratado de Libre Comercio de Centroamérica establece que "el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia [relativa a inversiones] mediante consultas y negociación, lo que puede incluir el empleo de procedimientos de terceras partes de carácter no obligatorio, tales como conciliación y mediación".

La lógica detrás de este proceso de mediación no es distinta a la tradicional. Las Partes mantienen control sobre el resultado de su disputa, y el (o los) tercero(s) que participan en la mediación no deciden una controversia, sino que colaboran con las Partes para alcanzar un resultado consensuado. Naturalmente, ello remueve el riesgo de tener un resultado desfavorable. Esto resulta particularmente relevante en las controversias entre inversionistas y Estados, en tanto estas últimas "suelen presentar preocupaciones respecto a la legitimidad que un tercero pudiese tener para imponer una decisión a una parte que tiene soberanía"².

La mediación, en esencia, es un acuerdo entre Partes y, como tal, puede verse dotado de ciertas características que pudiesen ser especialmente relevantes para ellas. A modo de ejemplo, es perfectamente legítimo que las Partes acuerden que el proceso de mediación e incluso su resultado sea confidencial. Ello supone una diferencia importante con el arbitraje de inversiones, dado que estos últimos suelen tener un importante componente de publicidad.

En definitiva, las partes deciden si desean celebrar un acuerdo de avenencia, y definir el alcance de dicho arreglo y sus términos. Inclusive, si las partes arriban a un avenimiento a través de la mediación, este podrá incorporarse al laudo de un tribunal de conformidad con la Regla 43(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Por lo tanto, el arreglo se vería favorecido por el mecanismo simplificado de ejecución que es propio del Convenio del CIADI.

¹ "Overview of Investment Treaty Clauses on Mediation". En Banco Mundial, julio 2021, pp. 1 – 11. Disponible en web: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Overview_Mediation_in_Treaties.pdf

² Tümpel, Hannah. Strengthening Mediation of Investor-State Dispute: An Introduction to the new ICSID Mediation Rules. ICC Dispute Resolution Bulletin, 2022, Vol. 3, p. 33 y ss.

III. Sobre el uso de la mediación en materia de disputas de inversiones

Como indicamos en el acápite precedente, el acuerdo de las partes para mediar suele encontrarse en un contrato de inversión, un acuerdo *ad hoc* separado o en un tratado. Siendo que en los dos primeros casos nos encontramos ante contratos cuya publicidad suele ser limitada, nos concentraremos en identificar la forma y alcance que se le ha conferido a la mediación en los tratados de inversión.

Inicialmente los tratados de inversión de primera generación contenían disposiciones que permitían que una disputa sea resuelta a través de arbitraje o conciliación, según la elección del inversionista. Estos tratados no tenían mayores menciones a métodos alternativos de resolución de disputas, ni tampoco preveían etapas previas a la disputa. Los ejemplos más comunes sobre este tipo de tratados pueden encontrarse en aquellos suscritos por el Reino Unido u Holanda entre 1970 a 2000.

Esta tendencia ha ido cambiando en los últimos 25 años, donde gradualmente se han ido insertando mecanismos alternativos de solución de conflictos dentro de las cláusulas de solución de disputas previstas en los tratados.

Hoy es posible encontrar distintos tipos de cláusulas que hagan referencia a mediación dentro de los Tratados de Inversión, siendo éstas pasibles de ser catalogadas dentro de cinco categorías distintas:

- Cláusulas con periodos de negociación y transacción de forma previa a emplear el arbitraje
- Cláusulas que expresamente permiten la mediación como mecanismo previo al arbitraje
- Cláusulas que promueven el uso de la mediación dentro del “*cooling off period*”
- Cláusulas que ordenan el uso de la mediación de forma anterior a recurrir al arbitraje
- Cláusulas que permiten mediar en cualquier momento de la disputa (las llamadas “*stand-alone mediation*”)

El primer tipo de cláusula al que hemos hecho referencia es uno de los más comunes al encontrarse en tratados suscritos a partir de 1995. En ellas se suele acordar un periodo de negociación amistosa que tendrá un rango de entre 3 meses a 2 años, y que debe concluir antes de que la disputa pueda ser sometida a arbitraje.

La mayor parte de estas cláusulas contemplan una directriz general para que las Partes efectivamente intenten resolver su disputa de forma amistosa, condicionando el inicio del arbitraje al hecho de que la disputa “no hubiera sido resuelta en el periodo de negociación amistosa”. Usualmente estas cláusulas no indican el tipo de negociación que las Partes deben seguir, es más, ni siquiera se suele exigir que las Partes efectúen acciones durante el periodo de negociación. La

Algunas notas (e interrogantes) sobre las nuevas reglas CIADI para mediar disputas entre Estados e Inversionistas

única instrucción clara en este tipo de tratados es que el periodo de negociación amistosa efectivamente concluya.

En el caso de los Tratados suscritos por el Perú, un ejemplo de lo anterior puede encontrarse en el Tratado Bilateral de Inversión Perú-Reino Unido de 1993, el cual contiene una disposición que indica que:

any legal dispute (...) shall, as far as possible, be settled amicably between two parties concerned. If any such dispute cannot be settled within three months between the parties to the dispute through amicable settlement, pursuit to local remedies or otherwise, each Contracting Party hereby consents to submit to ICSID for settlement by conciliation or arbitration³.

Por su parte, el segundo tipo de cláusulas (que expresamente permiten el uso de la mediación) se encuentran cada vez con mayor frecuencia en los tratados de inversión. Habitualmente, estas incorporan disposiciones para que las Partes intenten solucionar su disputa a través de un acuerdo amistoso bien a través de (i) un procedimiento con terceros no vinculante (“*non-binding third party procedures*”) que suele hacer referencia a mediación o determinación de expertos; y, (ii) la inclusión de un consentimiento expreso y adelantado de parte del Estado a aceptar una mediación, a elección del Inversionista.

En lo que respecta a los Tratados de Inversión suscritos por el Perú, este tipo de provisiones puede encontrarse por ejemplo en el Tratado de Libre Comercio Perú-Australia del año 2020, el cual dispone textualmente que “*in the event of an investment dispute, the claimant and the respondent shall initially seek to resolve the investment dispute through consultations, which may include the use of non-binding, third party procedures, such as good offices, conciliation or mediation*”.

En tercer lugar, encontramos las cláusulas que promueven el uso de mediación. Estas cláusulas no son iguales a las reseñadas en el párrafo precedente, dado que sus disposiciones no indican que las partes “podrán” (*may*) acordar ir a un arbitraje, sino que establecen que las Partes “deberán” (*shall*) cumplir con ciertos pasos previos si pretenden iniciar una disputa a través de arbitraje. En ellas no solo se contempla un periodo para negociar, sino que se suele ordenar que las negociaciones “den inicio” en una cierta cantidad de días luego de remitirse la notificación de intención de disputa.

Finalmente, las cláusulas que ordenan emplear la mediación de forma expresa son escasas y poco comunes. Dentro de la investigación realizada para la preparación del presente trabajo no se ha podido identificar que el Perú hubiera suscrito algún tratado que contenga provisiones de esta naturaleza.

³ Tratado Bilateral de Inversiones Perú-Reino Unido, artículo 10 (1993)

Algunas notas (e interrogantes) sobre las nuevas reglas CIADI para mediar disputas entre Estados e Inversionistas

Usualmente, estas cláusulas establecen que “las Partes deberán buscar la asistencia de un mediador para resolver disputas durante el *cooling-off period*”. Un ejemplo de este tipo de redacción puede encontrarse en el Acuerdo de Inversión de COMESA del año 2007.

En conclusión, los Tratados de Inversión más recientes contienen disposiciones cada vez más vinculantes con relación al uso de la mediación como mecanismo para resolver amistosamente una disputa. En estos casos habrá que tener especial cuidado con el periodo de enfriamiento, ya que no bastará con que el mismo transcurra, sino que se requerirá que las Partes desplieguen acciones efectivas para intentar llegar a un acuerdo negociado durante el mismo.

IV. ¿Cómo se lleva a cabo un proceso de mediación bajo las actuales reglas del CIADI?

Como puede apreciarse de la revisión de las cláusulas previstas en los tratados de inversión, la mayor parte de los tratados (por no animarnos a decir que todos ellos) que contemplan la posibilidad de recurrir a una mediación u obligan a hacer uso de ella no contienen reglas expresas sobre la forma en la que dicha mediación debe llevarse a cabo. A diferencia de lo que ocurre en el arbitraje, donde las Partes suelen acordar el uso de un reglamento institucional, la mediación no contempla las reglas procedimentales que las partes pueden emplear.

Naturalmente, ello representa una complejidad adicional dentro del propio proceso de mediación, dado que las Partes previamente deberán ponerse de acuerdo en las reglas de la propia mediación y la forma en la que realizarán ciertas actividades especialmente sensibles, como por ejemplo el nombramiento del mediador.

Precisamente por ello es que las actuales reglas CIADI presentan una excelente oportunidad para que las Partes disminuyan considerablemente la barrera de entrada a una eventual mediación y puedan concentrar sus esfuerzos en ponerse de acuerdo sobre los aspectos comerciales o legales en disputa.

El proceso de mediación bajo el CIADI está disponible para todos los Estados e inversionistas y, de hecho, no requiere que las partes tengan un nexo con el CIADI (por ejemplo, membresía) ni tampoco se exigen requisitos específicos de nacionalidad, a diferencia de lo que ocurre en los arbitrajes de inversión

El proceso de mediación inicia con un acuerdo para mediar, el cual puede haber sido celebrado de forma anterior al inicio de la disputa o una vez ésta haya dado inicio. Una vez que las Partes hayan acordado mediar (lo que puede ocurrir con o sin la asistencia de la secretaría del CIADI), éstas deberán presentar una petición de mediación, la cual deberá ser registrada por el CIADI.

La razón por la que se suele exigir que el proceso de inicio con una petición de mediación escrita se debe al uso regular de la llamada “*written notice of dispute*” en

Algunas notas (e interrogantes) sobre las nuevas reglas CIADI para mediar disputas entre Estados e Inversionistas

las disputas de inversión. Hay diferentes aproximaciones acerca de si esta notificación debe contener únicamente una referencia general a la existencia de la disputa o si requiere indicar que se está iniciando un procedimiento de solución de disputas en sentido estricto. Algunos Tratados como el Tratado de Libre Comercio Centro América-Corea del Sur de 2018⁴ contemplan un fraseo como “la disputa deberá ser notificada remitiendo una nota de disputa por escrito”. Otros como el Tratado de Libre Comercio China-Nueva Zelanda de 2008⁵ establecen que la notificación “debe contener una solicitud de realizar consultas y negociaciones”. Esta última fórmula ha venido siendo adoptada recientemente por el Perú, como puede observarse por ejemplo en el Tratado Bilateral de Inversiones Perú-Australia de 2020.⁶ Finalmente, existen ciertos tratados como el Tratado Bilateral de Inversiones Argentina-Japón⁷ que directamente dirigen a las Partes a iniciar un procedimiento de solución de disputas, sin exigirse que intenten solucionar las mismas con tratativas previas de forma amical.

La mayor parte de los tratados anteriormente indicados contiene una disposición denominada “*without prejudice*”. Esta previsión se incluye para que las Partes puedan negociar con la tranquilidad de no renunciar a determinados derechos. A título de ejemplo, esta disposición suele ser empleada y entendida como una declaración bajo la cual un Estado no renuncia a una eventual objeción jurisdiccional en un futuro arbitraje, o que el intento de someter la disputa a un mecanismo de resolución de disputas alternativo no suponga que ninguna de las Partes se encuentre renunciando a las posiciones legales que hubieran presentado en otros foros paralelos.

Tras notificarse la intención de someter una controversia a disputa, el mediador deberá ser escogido bien sea por designación bajo acuerdo de las Partes o por la Secretaría del CIADI a solicitud de las partes. Este último caso suele ser el habitual en el caso de que las Partes no logren ponerse de acuerdo sobre el mediador.

Como regla general, las disposiciones de CIADI exigen que el mediador sea independiente e imparcial. Si bien también se ha previsto que las Partes puedan acordar que el mediador “cuenta con las cualificaciones y *expertise* necesarias” para el encargo, lo cierto es que el detalle sobre el alcance de estas cualificaciones es escaso. Se ha dejado esa determinación al criterio de las propias Partes.

Una vez el mediador ha sido designado, las Partes deberán presentar por escrito su posición inicial con relación a la disputa y las posibles reglas a ser aplicadas durante el proceso de mediación. Es solo a partir de este momento que el mediador determinará conjuntamente con las Partes las reglas base del proceso de mediación, a la cual se le suele llamar “Protocolo de Mediación”.

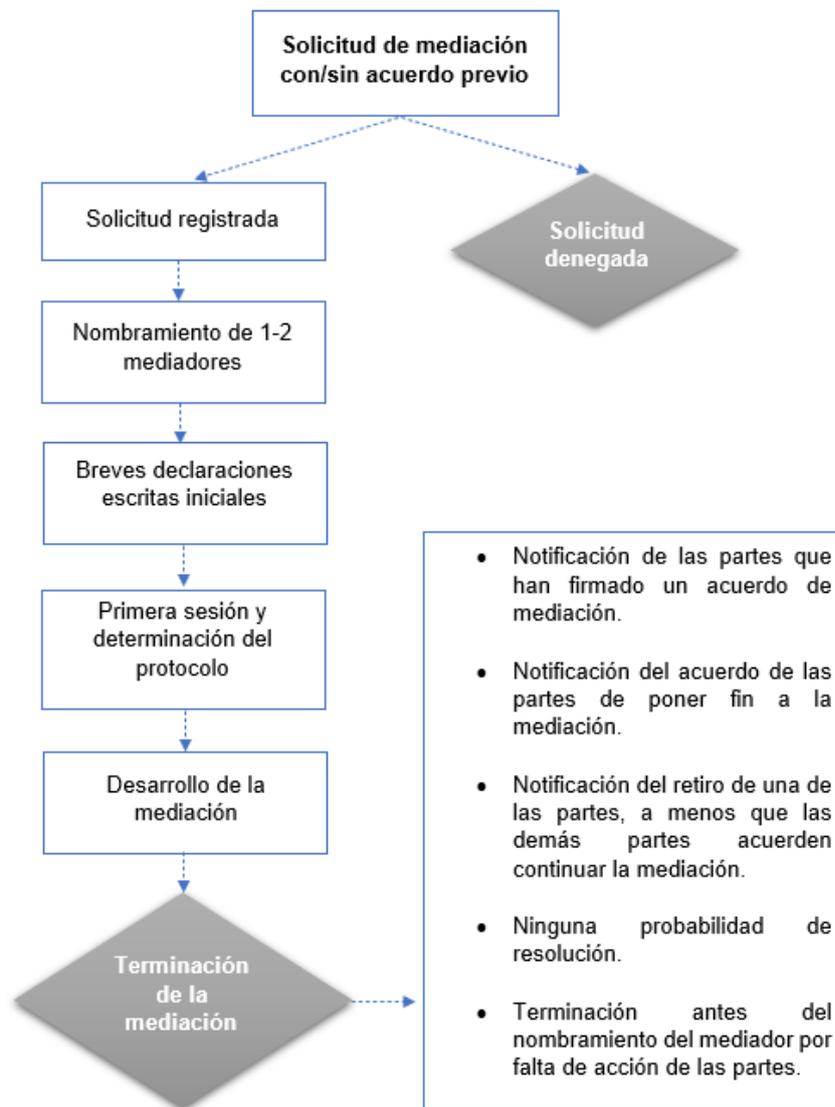
⁴ Tratado de Libre Comercio Centro América-Corea del Sur, artículo 9.16 (2018)

⁵ Tratado de Libre Comercio China-Nueva Zelanda, capítulo 11, artículo 152 (2008)

⁶ Tratado Bilateral de Inversiones Perú-Australia, artículo 8.19(2) (2020)

⁷ Tratado Bilateral de Inversiones Argentina-Japón, artículo 25(3) (2018)

Algunas notas (e interrogantes) sobre las nuevas reglas CIADI para mediar disputas entre Estados e Inversionistas



(Fuente: Flujograma del proceso de mediación bajo las Reglas de Mediación CIADI 2022)

V. ¿Cuáles son los principales aportes de las nuevas reglas CIADI?

Un primer aspecto clave de las nuevas Reglas de Mediación CIADI radica en la amplitud de sujetos que pueden utilizarlas. Éstas no contienen un requisito de “nacionalidad extranjera” para con los inversionistas. Lo anterior supone que este conjunto de reglas podría ser utilizado para disputas que un Estado tenga con sus inversionistas co-nacionales. Y tampoco se exige que los Estados deban ser miembros o encontrarse adscritos a la Convención CIADI. Esto es especialmente relevante para aquellos casos que involucran a entidades locales que son controladas por empresas extranjeras.

Otro aspecto relevante de las Reglas de Mediación CIADI es su amplia flexibilidad. Existen diversas disposiciones de las reglas que permiten que las Partes puedan adaptar el procedimiento como mejor les resulte conveniente, al punto de que

Algunas notas (e interrogantes) sobre las nuevas reglas CIADI para mediar disputas entre Estados e Inversionistas

incluso las Partes pueden retirar su participación del proceso en cualquier momento del mismo. Concretamente, la provisión 3(2) de las Reglas faculta a que las Partes “puedan acordar modificar la aplicación de cualquiera de estas reglas con excepción de las Reglas 1-7”. Debe notarse, además, que las Reglas han sido diseñadas para ser directas y simples, a fin de no tener un procedimiento engorroso o restrictivo para las Partes.

Por otra parte, las nuevas Reglas de Mediación CIADI facultan a iniciar un procedimiento de mediación incluso si no existe acuerdo previo por escrito para someter la disputa a mediación. Concretamente, la regla 6 del referido reglamento permite que una parte pueda remitir una ‘oferta’ de mediación a la otra bajo las Reglas de Mediación del CIADI, en cuyo caso la Secretaría General del CIADI deberá “invitar a la otra parte a informar si acepta la oferta de mediación” (Regla 6(2)(c)).

Esta es una de las principales innovaciones del Reglamento de Mediación CIADI, ya que anteriormente las reglas no otorgaban a las Partes la opción de presentar una solicitud para mediar si previamente no existía un acuerdo por escrito para ello.

Sumado a lo anterior, el Reglamento de Mediación CIADI también contiene reglas específicas vinculadas al tratamiento de confidencialidad que tendrá el proceso. Así, las reglas se pronuncian respecto al tratamiento confidencial que tendrá la información y documentos presentados durante el procedimiento e indican a su vez las excepciones que existen sobre este tratamiento confidencial. Debe notarse, a su vez, que la existencia de la mediación en sí misma no será confidencial (regla 9(1)(a)), hecho que nos parece saludable especialmente para efectos de contar con una mejor estadística sobre los casos que efectivamente han sido sometidos a mediación al amparo de las reglas CIADI.

Finalmente, las reglas han incorporado diversas provisiones vinculadas a las calificaciones del mediador y a la forma en la que éste es designado o eventualmente removido del encargo. Se ha optado por darle a las Partes una discrecionalidad muy amplia sobre las calificaciones que el mediador debe tener. Este punto, si bien nos parece razonable, pudo estar acompañado de una lista creada por el propio CIADI con mediadores registrados, a fin de darle a las Partes una mejor plataforma para que éstas escojan el perfil más idóneo.

VI. Comentarios finales

La inclusión de nuevas reglas de mediación por parte del CIADI busca atender el creciente uso de cláusulas de solución de disputas que incorporan a la mediación como un paso previo para el inicio de un arbitraje. Como se ha visto a lo largo del presente trabajo, cada vez más tratados de inversión contemplan el uso de la mediación, y es natural que el CIADI tenga una especial preocupación en dotar a las Partes de reglas procedimentales claras y adecuadas para ello, más aún cuando

Algunas notas (e interrogantes) sobre las nuevas reglas CIADI para mediar disputas entre Estados e Inversionistas

los tratados no suelen incorporar reglas procedimentales para llevar a cabo la mediación.

En nuestra opinión, el principal acierto del CIADI ha sido reducir los costos de transacción que las Partes tenían para utilizar la mediación como fórmula para resolver sus disputas. El nuevo Reglamento de Mediación del CIADI otorga una serie de reglas imparciales y diseñadas de forma específica para las disputas de inversión, lo que lleva a que las Partes no tengan que gastar tiempo y recursos para ponerse de acuerdo sobre cada una de las pautas que guiará la mediación. De ese modo podrán destinar esos recursos exclusivamente a la solución de la disputa de fondo.

Sin perjuicio de lo anterior, somos de la opinión de que el éxito de este mecanismo de solución de disputas está muy ligado al *expertise* de aquella persona que es designada como mediador. A nuestro juicio, el verdadero rol del mediador no consiste en “acercar” las posiciones de las Partes, sino ayudarlas a identificar aquellos elementos en su posición que carecen de sustento real y/o que no llegarían a persuadir a un Tribunal Arbitral internacional en caso se deba recurrir al arbitraje. En otras palabras, el mediador debe ayudar a que las Partes “sinceren” sus posiciones y expectativas de cara a la controversia que se pretende solucionar de forma negociada.

Naturalmente, lo anterior supone que el mediador sea una persona especialmente calificada para esta tarea, con amplia experiencia en disputas de inversión y conocimiento sobre la industria específica sobre la que versa la disputa. Por ello, somos de la opinión que el excelente set de reglas diseñado por el CIADI debe ir acompañado de un registro de mediadores impulsado por el propio CIADI, el cual publicite de forma adecuada la experiencia profesional que dichos mediadores tienen en la solución de diversas disputas de inversión.

Lo anterior no debe llevarnos a dejar de lado este interesante mecanismo de resolución de disputas, especialmente si los inversionistas identifican potenciales oportunidades de llegar a un acuerdo negociado.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

Oscar Andrés Pazo Pineda*

Resumen. - En el presente artículo se analiza la evolución de la protección de los derechos fundamentales de las mujeres. Se iniciará examinando las razones que han conducido a una discriminación de carácter histórico en su contra, y, posteriormente, se analizarán las medidas que, progresivamente, se han introducido en el ámbito estatal e internacional con la finalidad de incentivar un trato igualitario respecto de los hombres.

Abstract. - This article analyzes the evolution of the protection of the fundamental rights of women. It will begin by examining the reasons that have led to historical discrimination against them, and subsequently the measures that have been progressively introduced at the state and international level in order to encourage equal treatment with respect to men.

Palabras clave. - Igualdad - Derechos de la mujer - Derechos Fundamentales

Keywords. - Equality - Women's rights - Fundamental Rights

* Doctor en Derecho por la PUCP. Docente de Derecho Constitucional Comparado en la USMP y de Sistema Romano Germánico y Common Law en la PUCP. Ha sido docente de Derecho Constitucional Comparado en la UNMSM. Especialista en Justicia Constitucional por la Universidad Castilla La Mancha (España) y en la Universidad de Pisa (Italia). Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

I. Introducción

En las últimas décadas, ha sido usual que, en el ámbito comparado, existan múltiples referencias a la idea que las políticas estatales deben desenvolverse con “enfoque de género”. La introducción del “género” como categoría planteó, como bien ha anotado Sara Beatriz Guardia, “la necesidad de deconstruir jerarquías absolutas, identificar la opresión femenina, y poner al descubierto los espacios femeninos, los modos de vida particulares de las mujeres, las prácticas culturales que les pertenecían a ellas y no a los hombres”¹ (Guardia, 2019, p. 355).

En líneas generales, la postergación de la mujer en la estructura de diversas sociedades partía de la dicotomía entre lo público y lo privado. En una estimable cantidad de casos, las mujeres eran relegadas al hogar, mientras que los hombres tenían la oportunidad de desenvolverse en el ámbito público, lo cual no solo suponía el acceso a los principales cargos públicos, sino también a un notorio acaparamiento en el ámbito educativo y laboral. Por ello, se ha sostenido que “[l]as posibilidades ciudadanas en general y las de las mujeres en particular, guardan estrecha relación con las características del mundo público. El goce de los derechos por un lado exige una discursividad política en un medio de iguales, al menos de personas separadas de instancias religiosas y de sangre”² (Mannarelli, 2020, p. 70).

Esto obedece al desarrollo de una estructura histórica de discriminación y postergación de las mujeres. Por lo general, el establecimiento de las instituciones políticas y sociales y las pautas para su desenvolvimiento partían de la premisa de la superioridad del hombre respecto de la mujer. Se puede advertir, por ejemplo, lo que ocurría en la antigua Grecia. Sobre ello, como hace recordar Laura Sancho, la institución del matrimonio en Atenas estaba destinada, principalmente, a procrear ciudadanos. Por ello, se mencionaba lo siguiente:

[e]l honor mayor al que una mujer podía aspirar era el de parir ciudadanos, fenómeno que se acentúa tras la introducción de la ley de ciudadanía (451 a.C) que exige que para mantener el estatus de ciudadano (*astós, polítes*) sea preciso que también la madre sea ciudadana (*asté, polítis*). Los matrimonios eran un acuerdo entre las familias [...]. La novia era entregada al marido y a su *oikos* a una edad temprana, apenas pasada la pubertad, mientras el varón solía estar en torno a la treintena. De este modo, se buscaba preservar la virginidad de las mujeres y asegurar la legitimidad de la descendencia. Esta práctica implicaba, como es lógico, que la tutela de la mujer estaba

¹ GUARDIA, Sara (2019). *Historia de las mujeres: un derecho conquistado*. En: Rosas, Claudia (Editora). *Género y mujeres en la historia del Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 355.

² MANNARELLI, Mariemma (2020). *La domesticación de las mujeres*. Patriarcado y género en la historia peruana. Lima: La Siniestra Ensayos, p. 70.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

encomendada siempre a un varón: el padre, el marido o el hermano³ (Sancho, 2021, p. 174).

Similares consideraciones pueden formularse respecto de la situación en Roma, escenario en el que, como se conoce, se configuraron y evolucionaron una importante cantidad de instituciones del derecho que permanecen incluso en la actualidad. Por ejemplo, se prohibía contraer matrimonio a la viuda antes de que transcurran diez meses desde la muerte de su marido, lo cual fue extendido para el divorcio. También se prohibía el matrimonio de la adúltera con su cómplice por lo dispuesto en la *lex Iulia de adulteris*. La razón “detrás de estas disposiciones es evidente: se trata de evitar casos en que la paternidad pudiera resultar incierta. Tanto es así que la prohibición cesa cuando la mujer que hubiere quedado encinta de su anterior marido, pariera⁴ (Miquel, 2016, p. 172).

De similar forma, existen múltiples ejemplos en los que resulta posible advertir que la legislación estaba configurada bajo la premisa del rol reproductor que le era atribuido a la mujer, y que, de hecho, esto suponía que se le condicionaba al ejercicio de ciertos derechos si es que no cumplía con este propósito. Así, la “*Lex Iulia* y la *Papia Poppaea* (que forman la legislación caducaria) declararon libres de tutela a las mujeres ingenuas (las que nacían libres) que tuviesen tres hijos y a las *libertas* con cuatro, dichas leyes expedidas por Augusto tenían como fin el aumento de la población en Roma⁵ (Huber, 2005, pp. 281 y 282).

En general, este contexto propio del mundo antiguo y de la Edad Media también se vio influenciado por cuestiones religiosas. Sobre ello, anota lo siguiente Francisco Diez de Velasco:

[l]as religiones tradicionales, nacidas en la época en la que la economía giraba en torno a la agricultura y sus posibilidades multiplicadas de crecimiento demográfico (y que se consolidaron a la par que se potenciaban modelos sociales expansivos), otorgan a las mujeres un papel que maximiza los valores simbólicos de la reproducción, potenciando la identificación como madres, sublimando modelos maternos ejemplares de figuras divinas o sobrenaturales⁶ (Diez de Velasco, 2005, p.167 y 168).

De hecho, aunque se sostiene que, en la Edad Media, la Iglesia Católica de cierta forma había contribuido a la revalorización de la mujer con su teología particular, lo cierto es que, en lo jurídico, se produjo un retroceso importante, lo cual obedecía a prácticas como que la esposa del soberano tiene que situarse siempre detrás de su marido, a la restricción de la herencia a la línea sucesoria masculina, o al hecho

³ SANCHO, Laura (2021). *El nacimiento de la democracia*. El experimento político ateniense. Barcelona: Ático de los Libros, p. 174.

⁴ MIQUEL, Joan (2016). *Derecho Romano*. Madrid: Marcial Pons, pp. 281 y 282.

⁵ HUBER, Francisco (2005). *Derecho Romano I*. México D.F: Iure Editores, p. 172.

⁶ DIEZ DE VELAZCO, Francisco (2005). *La historia de las religiones: métodos y perspectivas*. Madrid: Akal S.A, p. 167 y 168.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

que el derecho canónico prescriba la subordinación de la mujer respecto del hombre, y ello en la lógica que ella asuma un papel doméstico⁷.

El mundo germánico tampoco fue una excepción, ya que se identificaron prácticas de “compra” de mujeres, el cual era un negocio al contado en el que la voluntad de la novia era irrelevante. En ese sentido, se ha señalado que “[e]l robo de una mujer no tenía por sí fuerza constitutiva de un matrimonio. Sin embargo, con asentimiento de la raptada podía convertirse en barraganía y llegar incluso a ser matrimonio con *mundium* por subsiguiente acuerdo con el tutor”⁸ (Brunner, 1936, p. 225). En la India, el conocido Código de Manú también perjudicó a las mujeres. Se señalaba, sobre este punto, que “[u]na niña, una joven o una mujer de avanzada edad no deben nunca hacer nada por su propia voluntad, ni siquiera en su casa”⁹. Se consideraba, además, que la plena liberación de una mujer solo se materializaba si es que esta rencarnaba en un varón”¹⁰ (Lenoir, 2008, p. 154).

II. Desarrollo del principio de igualdad en el derecho constitucional comparado, y su especial incidencia en los derechos de la mujer

Esta situación se mantuvo durante una considerable cantidad de tiempo. De hecho, diversos autores paradigmáticos en lo que se refiere a la época de la ilustración y del surgimiento del constitucionalismo liberal también justificaban en algunas de sus obras la situación en la que se encontraban las mujeres¹¹. Al respecto, Martha Nussbaum se ha referido al caso de pensadores como David Hume, John Lock e Immanuel Kant.

En el caso de Hume, recuerda que, según este pensador, las mujeres estaban expuestas a una gran desigualdad por su debilidad física, lo que les podía generar problemas de no reconocimiento como sujetos de justicia. Sin embargo, también sostenía que “las mujeres logran por medio de la seducción que los hombres les dejen tomar parte en todos los derechos y privilegios de la sociedad”¹² (Nussbaum, 2012, p. 64). En el caso de Kant, se señala que, en el diseño de la idea del contrato social, se postula la idea que existen ciudadanos en la sociedad que no son partes contratantes activas y que no se caracterizan por la independencia, y se refiere a

⁷ KUNG, Hans (2019). *El Islam. Historia, presente y futuro*. Madrid: Editorial Trotta, p. 624.

⁸ BRUNNER, Heinrich (1936). *Historia del Derecho Germánico*. Barcelona: Editorial Labor S.A, p. 225.

⁹ *Ibid.*, pp. 147-148

¹⁰ LENOIR, Frédéric (2008). *Breve tratado de historia de las religiones*. Barcelona: Herder, p. 154.

¹¹ Se señala que estos autores, evidentemente, no eran la mayoría en aquella época. Como refiere Anthony Pagden, “[e]ntre los grandes autores de la Ilustración hubo pocos que podamos calificar con propiedad como feministas (Condorcet fue quizás una excepción), pero sí muchos, Voltaire y Diderot (en sus mejores momentos) entre ellos, dispuestos a reconocer que la tradicional inferioridad intelectual y emocional (además de moral y política) de la mujer no sólo se había exagerado enormemente, sino que estaba basada en ciertas fantasías delirantes de otros tiempos [...]”. PAGDEN, Anthony (2013^o). *La Ilustración. Y por qué sigue siendo importante para nosotros*. Madrid: Alianza Editorial, p. 296.

¹² NUSSBAUM, Martha (2012). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós, p. 64.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

las mujeres en este contexto¹³. Finalmente, en el caso de Locke, también es conocida su defensa respecto de la doctrina del contrato social y sus múltiples referencias al estado de naturaleza. Se ha señalado, por ello, que “[l]as opiniones de Locke sobre la subordinación de las mujeres son difíciles de conciliar con el sentido general de su argumentación”¹⁴.

Sin perjuicio de ello, las revoluciones atlánticas -y particularmente la francesa- desempeñaron un importante rol en la emancipación de la mujer, aunque ello no estuviera en la mente de varios revolucionarios. En efecto, el proceso de secularización del derecho, propio de la tradición jurídica occidental, va a fomentar la delimitación de la competencia y campo de aplicación de las normas religiosas, por lo que, detrás de la figura del Estado laico, se enarbola una bandera de fuerzas de aquellos colectivos que, como las mujeres, se hallaban privados de diversos derechos civiles y políticos¹⁵. Se recuerda, por ello, que ya en el marco de las elecciones para los Estados Generales de 1789, una autora de Normandía criticaba que a las mujeres se les considerase como “el tercer estamento del Tercer Estado, y de tratarlas de conformidad con la divisa “trabaja, obedece y calla”. Esto también se tradujo en diversas críticas al hecho que la Asamblea Nacional mantuviera lo que se ha denominado como “el más antiguo y general de los abusos” (Reichardt, 2002, p. 177)¹⁶.

En todo caso, es importante precisar, como lo hace Karen Offen, que la crítica al estado de subordinación de las mujeres no inicia, propiamente, con la Revolución francesa o la Revolución industrial, sino que es posible situarla a finales del siglo XVII con la obra de François Poullain de La Barre, escritor que “hizo girar la maquinaria de la razón cartesiana hacia la cuestión femenina, y convirtió la sociabilidad mixta en lo sexual en un rasgo distintivo de la cultura cortesana francesa, que fue rápidamente imitado y más elaborado por parte de las élites urbanas”¹⁷ (Offen, 2020, p. 65).

Ahora bien, de ello no es posible deducir que la situación de las mujeres hubiera mejorado ostensiblemente a partir de las críticas y reflexiones formuladas por los autores de la época de la Ilustración. Existían sólidas estructuras sociales que promovían la idea de capacidades diferenciadas tanto de hombres como de mujeres, y que incluso eran respaldadas por parte de estas últimas. Al respecto, se ha recordado en la clásica obra “Vindicación de los derechos de la mujer” de Mary Wollstonecraft, que el reverendo James Fordyce, en sus “*Sermons to Young Women*” de 1766, efectuó un discurso en el que criticaba a “mujeres masculinas” por su pretensión de realizar actividades que deberían estar reservadas, de forma

¹³ *Ibíd.*, pp.67.

¹⁴ *Ibíd.*, pp. 60.

¹⁵ FERRARI, Silvio (2004). *El espíritu de los derechos religiosos. Judaísmo, cristianismo e islam*. Barcelona: Herder, p. 58.

¹⁶ Información extraída de: REICHARDT, Rolf (2002). *La Revolución Francesa y la cultura democrática*. Madrid: Siglo XXI Editores, p. 177.

¹⁷ OFFEN, Karen (2020). *Feminismos europeos (1700-1950). Una historia política*. Madrid: Akal, p. 65.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

exclusiva, para los hombres. Lo llamativo es que se trató de un texto recurrentemente consultado y formaba parte de la biblioteca de varias mujeres¹⁸.

En efecto, en esta época se alzaron una considerable cantidad de voces contra lo que se denominó como una suerte de “relajo moral” o de “frivolidad” de las mujeres acomodadas que, a lo largo del siglo XVIII, reclamaban por un trato igualitario, ya que, según se sostenía, ello las hacía descuidar la educación de sus hijos y perder el respeto de sus maridos. El hecho de que, al igual que en el caso de los hombres nobles, se les considerara a ellas como “modelos para la sociedad” solo hacía que estas críticas en su contra se incrementen¹⁹.

También es posible señalar que, contra lo que comúnmente se cree, el solo hecho que hayan surgido épocas como el Renacimiento, no supone que ya exista una progresiva consolidación de los derechos de la mujer. Vista en profundidad, la historia tiene avances y retrocesos, y se puede citar como ejemplo la situación vinculada con la cacería de brujas -la cual, evidentemente, se concentraba esencialmente en las mujeres-, práctica que empeoró en el siglo XVII a comparación del siglo anterior, y que contó con el aval y reconocimiento de los papas cultos de aquella época, los grandes reformadores protestantes, o los partidarios de la Contrarreforma²⁰.

Pese a ello, a finales del siglo XVIII ya existe una importante cantidad de publicaciones y movimientos vinculados con las críticas respecto del estado de subordinación de las mujeres. Como antecedentes a las sufragistas y las denominadas *suffragettes* (que se consolidarán, particularmente, en el siglo XX), se destacan importantes contribuciones como la ya mencionada obra de “Vindicación de los derechos de la mujer” de Mary Wollstonecraft, o la mundialmente conocida “Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana”, elaborada por Olympe de Gouges en 1791, en pleno desarrollo de la Revolución francesa.

Del mismo modo, se publica una de las más importantes obras que, escrita por un hombre, obtendrá una importante aceptación: “el sometimiento de las mujeres”, escrita por John Stuart Mill²¹. Ciertamente, se ha indicado que el desarrollo de ideas vinculadas con los derechos de la mujer no se originó propiamente en el ámbito de la Revolución francesa. En todo caso, no puede ignorarse el hecho que, para dicha época, las mujeres nobles empezaban a tener acceso a distintos foros y debates académicos en clubes y salones, lo que le permitió el acceso al conocimiento de la filosofía y de la ciencia. No se trata de un masivo reconocimiento de libertades, pero se trató de un movimiento inicial que fue

¹⁸ SEN, Amartya (2007). *India contemporánea. Entre la modernidad y la tradición*. Barcelona: Gedisa, p. 281.

¹⁹ CALVO, Antonio (2013). *Cuando manden los que obedecen. La clase política e intelectual de la España preliberal (1780-1808)*. Madrid: Marcial Pons, p. 137.

²⁰ TREVOR-ROPER, Hugh (2009). *La crisis del siglo XVII. Religión, reforma y cambio social*. Buenos Aires: Katz Editores, p. 102.

²¹ POULSEN, Karen (2020). *¡Somos ciudadanas! Ciudadanía y sufragio femenino en el Perú*. Lima: Jurado Nacional de Elecciones, pp. 37 y 38.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

importante para desafiar los patrones existentes de relaciones sociales y culturales entre hombres y mujeres²².

De hecho, es sintomático de este contexto de discriminación estructural que, en uno de los países ha estado más asociado con el constitucionalismo liberal -como lo es Estados Unidos-, se haya presentado una notoria dilación del reconocimiento de los derechos de las mujeres. De hecho, en palabras de la propia Corte Suprema Federal de los Estados Unidos

(...) nuestros estatutos se fueron llenando gradualmente de distinciones burdas y estereotipadas entre los sexos y, de hecho, durante gran parte del siglo XIX, la posición de la mujer en nuestra sociedad fue, en muchos aspectos, comparable a la de los negros bajo los códigos de esclavos anteriores a la Guerra Civil. Ni los esclavos ni las mujeres podían ocupar cargos públicos, formar parte de jurados o entablar una demanda en su propio nombre, y tradicionalmente a las mujeres casadas se les negaba la capacidad legal para poseer o traspasar propiedades o servir como tutores legales de sus propios hijos [...]. Y aunque a los negros se le garantizó el derecho al voto en 1870, a las mujeres se les negó incluso ese derecho -que en sí mismo es "preservador de otros derechos civiles y políticos básicos- hasta la adopción de la Decimonovena Enmienda, medio siglo después²³.

En efecto, este retraso tiene diversas explicaciones, pero en esta oportunidad deseo referirme a un dilema que se presentó para el Estado liberal. Como bien refiere Nussbaum, algunas veces diversas religiones se oponían al reconocimiento de ciertas libertades básicas a favor de las mujeres, lo que colocaba a los ordenamientos jurídicos en una situación delicada: por un lado, podrían reconocer, sin límites, el derecho a la libertad de expresión religiosa (lo cual, indudablemente, generaría que incluso se avalen prácticas religiosas manifiestamente discriminatorias); o, por el contrario, se permitiera la introducción de restricciones a dicha libertad, con todas las complicaciones que estos recortes generan en los derechos fundamentales desde una perspectiva eminentemente liberal²⁴, que fue la que afloró luego de las revoluciones atlánticas.

Estas referencias solo expresan el contexto histórico respecto del mundo occidental, esto es, lo que se refiere a países que integran las familias jurídicas del *common law* y del *civil law*, y que, por lo general, estuvieron asociadas con ciertas corrientes religiosas. Sin embargo, no se deben perder de vista los sucesos que, incluso en la actualidad, ocurren en otras partes del mundo y que se relacionan específicamente con el contexto de discriminación en contra de las mujeres.

²² ISRAEL, Jonathan (2012). *La ilustración radical. La filosofía y la construcción de la modernidad, 1650-1750*- México D.F: Fondo de Cultura Económica, p. 115.

²³ Corte Suprema de los Estados Unidos. *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973).

²⁴ NUSSBAUM, Martha (2002). *Las mujeres y el desarrollo humano*. Barcelona: Herder, p. 231.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

Uno de los casos más conocidos se presenta a propósito de la situación de la mujer en el islam. Como expone Hans Küng, [s]egún la doctrina oficial sunní, la mujer no puede realizar la oración conjuntamente con el varón en la mezquita. Está sometida a limitaciones en lo que respecta a la participación política, el ejercicio de cargos públicos y la jurisdicción, así como al derecho matrimonial y de familia y la actividad profesional. Fuera del ámbito doméstico, no se aprueban los contactos entre varones y mujeres, puesto que el espacio público está reservado para el varón²⁵.

Resulta particularmente preocupante en el contexto de los países islámicos que el reconocimiento de una eventual superioridad del hombre se encuentre estipulada en un texto de la magnitud del Corán. Así, en las aleyas 2,228 y 4,34 se menciona que el hombre tiene preeminencia sobre las mujeres. De hecho, en esta última se reconoce que el hombre puede pegarle a una mujer si es que esta última demuestra episodios de insubordinación. De similar modo, la aleya 2,282 establece que, en una declaración judicial, se requieren las declaraciones de dos mujeres para equiparar la de un solo varón. Se dispone, además, que luego de una guerra, los hombres gozan de todos los derechos sobre las mujeres cautivas. Y no puede dejar de mencionarse todo lo relativo a la poligamia o la discriminación en la herencia²⁶.

Ahora bien, se trata de prácticas discriminatorias que no solo inciden en las personas que profesan esa religión, sino también en terceros, y esto particularmente en un mundo cada vez más globalizado en el que resulta natural interactuar y conocer a personas de otras culturas. Se ha señalado, sobre esto, lo siguiente:

[l]a legislación prevista en el derecho islámico [dispone que] la mujer musulmana no puede contraer matrimonio con un varón no musulmán, mientras que el varón musulmán puede casarse con una mujer judía, cristiana o de la religión de Zoroastro, pero no con una mujer de otra religión fuera de estas. La esposa no musulmana goza de menos derechos que la musulmana: en particular, quedan limitados sus derechos hereditarios con respecto al marido y su derecho a la patria potestad sobre sus hijos²⁷ (Ferrari, 2004, p. 259).

En todo caso, en el mundo islámico la situación de la mujer es, incluso en la actualidad, considerablemente precaria a raíz de los mandatos dispuestos en la *sharia*. En efecto, el motivo de ello es el siguiente:

que la función del hombre y la mujer no es la misma, tampoco sus derechos y deberes lo son. Así, el varón le corresponde la obligación de pagar la dote

²⁵ KÜNG, Hans (2019). *El Islam. Historia, presente, futuro*. Madrid: Marcial Pons, p. 627.

²⁶ Información extraída de: Tamayo, Juan José (2009). *Islam. Cultura, religión y política*. Madrid: Trotta, p. 229.

²⁷ FERRARI, Silvio (2004). *El espíritu de los derechos religiosos. Judaísmo, cristianismo e Islam*. Barcelona: Herder, p. 259.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

(mahr) a la mujer en atención al matrimonio y de sostenerla económicamente (nafaqa). En contrapartida a su derecho a la dote y al sustento, la mujer debe obedecer al marido y velar por la buena marcha del hogar²⁸ (Combalía, 2016, p. 27).

Ahora bien, en relación con esta clase de contextos es que el movimiento feminista ha intentado identificar algunas soluciones respecto de las desigualdades entre hombres y mujeres. Al respecto, es importante recordar que

[e]l feminismo es una teoría, un movimiento social y una práctica emancipadora, que busca liberar fundamentalmente a las mujeres de la imposición de género que determinará qué espacio ocupan, en qué condiciones trabajarán, qué deben estudiar, cómo deben ser, sentir, desea, ocupar el espacio, etc. Ciertamente es que, al cuestionar el sistema sexo-género, el conjunto de las personas ganan libertad de movimiento²⁹ (Posada, 2019, p. 10).

Es imperativo considerar que resulta problemático encasillar a los movimientos feministas en una sola versión, ya que estos obedecían a contextos culturales particulares. Como anota Susan James, en países como Australia, Estados Unidos o Nueva Zelanda, se presentaba una íntima asociación entre los movimientos contra el alcoholismo y los que defendían el sufragismo, ya que estaban vinculados con la elevación de la calidad moral de la comunidad; en Europa occidental y Escandinavia, el interés se desprendía de los descensos de las tasas de natalidad. Todo ello hacía notar que resultaba difícil generalizar la evolución y logros de cada movimiento³⁰. Como ha anotado Joan Wallach, “la historia del feminismo no es una historia de las opciones disponibles o de la elección sin constricciones de un plan triunfador, sino más bien la historia de mujeres -y algunos hombres- que lucharon repetidamente con la dificultad radical de resolver los dilemas que enfrentaban”³¹ (Wallach, 2012, p. 36).

Las corrientes feministas, por lo general, crearon la categoría de “género” con la finalidad de “responder fundamentalmente a la pregunta de ¿qué es una mujer?, y que se formula esta pregunta para escapar del determinismo biológico que definía su destino. El género, por tanto, será una herramienta teórica que tratará de responder a esa pregunta”³² (Martínez Bascuñán, 2016, 509). El desarrollo de

²⁸ COMBALÍA, Zoila (2016). *Nuevos desafíos sociales y jurídicos derivados de la presencia del Islam en las sociedades occidentales del s. XXI*. En: Diago, María del Pilar; González-Varas, Alejandro y Combalía, Zoila (coordinadores). *Derecho e Islam en una sociedad globalizada*. Valencia: Tirant lo blanch, p. 27.

²⁹ POSADA, Luisa (2019). *Qué es el feminismo*. En: Moreno, Rebeca (coordinadora). *Feminismos*. La historia. Madrid: Ediciones Akal, p. 10.

³⁰ JAMES, Susan (2015). *Feminismos*. En: Ball, Terence y Bellamy, Richard (editores). *Historia del pensamiento político del siglo XX*. Madrid: Akal, p. 506.

³¹ WALLACH, Joan (2012). *Las mujeres y los derechos del hombre*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, p. 36.

³² MARTÍNEZ BASCUÑÁN, Máriam (2016). *Feminismo*. En: Mellón, Joan y Torrens, Xavier. *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*. Madrid: Tecnos, p. 509.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

esta clase de movimientos tuvo influencia en la jurisprudencia de cortes tan relevantes como el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Se ha mencionado, sobre esto, que en la década de los años 80 del siglo XX se dictaron sentencias en las que el BVerfG enfatizó la igualdad entre hombres y mujeres, por lo que:

la división de roles entre hombres y mujeres no se justifica ya con diferencias naturales o por la otra forma de ser de hombres y mujeres. Hasta mediados de los 80 el tribunal va corrigiendo la discriminación directa persistente en el ordenamiento jurídico, en relación al derecho de nacionalidad y apellido familiar (BVerfGE 37, 217 y 48, 327). Frente a estas sentencias, aun de corte equiparadora, se suman las que abren la corrección de las denominadas medidas paternalistas o falsamente protectoras. Son relevantes aquí, entre otras, la sentencia sobre pensiones de viudedad (BVerfGE 39, 169) y la sentencia sobre día laboral libre que se concedía sólo a las mujeres para realizar el trabajo del hogar (BVerfGE 52, 370)³³.

Ahora bien, la referencia explícita a la igualdad de género se pudo advertir en la Declaración y Plataforma de Beijing, la cual fue aprobada en el año 1995 por 189 Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas en China. En aquella oportunidad se señaló que

el establecimiento del principio de que mujeres y hombres deben compartir el poder y las responsabilidades en el hogar, en el lugar de trabajo y, a nivel más amplio, en la comunidad nacional e internacional. La igualdad entre mujeres y hombres es una cuestión de derechos humanos y constituye una condición para el logro de la justicia social, además de ser un requisito previo necesario y fundamental para la igualdad, el desarrollo y la paz. Para obtener el desarrollo sostenible basado en el ser humano, es indispensable que haya una relación transformada, basada en la igualdad, entre mujeres y hombres. Se necesita un empeño sostenido y a largo plazo para que mujeres y hombres puedan trabajar de consuno para que ellos mismos, sus hijos y la sociedad estén en condiciones de enfrentar los desafíos del siglo XXI³⁴.

En el ámbito normativo existen pocas referencias directas a lo que deba entenderse por el término "género". En todo caso, uno de los instrumentos que, con mayor acuciosidad, ha abordado este tópico es el Convenio 210 del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en el año

³³ RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena (2007). *La igualdad real y efectiva desde la perspectiva del género en la jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán y el tribunal constitucional español*. En: Anuario Jurídico y Económico Escurialense, Número XL, pp.186 y 187.

³⁴ Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. Capítulo I sobre Declaración de Objetivos, numeral 1.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

2011. Este define el género como “los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”.

De este término también se han extraído consecuencias para diversos sectores del ordenamiento. Por ejemplo, es recurrente que en diversos códigos penales se haga referencia a la “violencia de género”. Se ha señalado, sobre este punto, que ella “existe como fenómeno social, es decir, como un tipo específico de violencia vinculado de modo directo al sexo de la víctima -al hecho de ser mujer- y cuya explicación se encuentra en el reparto inequitativo de roles sociales, en pautas culturales muy asentadas que favorecen las relaciones de posesión y dominio del varón hacia la mujer”³⁵ (Sánchez, 2019, pp. 174 y 175).

En el caso peruano, la historia también demuestra las distintas barreras que las mujeres han enfrentado para el reconocimiento de sus derechos. Por ello, se ha señalado que la mujer peruana carecía, en el siglo XIX:

de derechos políticos y, sujeta al poder del padre o el esposo, debía seguir valores de pureza sexual y virtud doméstica. [...] Las mujeres raramente dejaban su rol social u opacaban a los hombres; por el contrario, eran ridiculizadas. [...] De las mujeres se esperaba apoyo o inspiración a los hombres, no protagonismo³⁶ (Salinas, Loayza, 2021, p. 23).

Resulta natural que la creciente preocupación en relación con el reconocimiento de los derechos de la mujer se haya visto también reflejada en la labor de los tribunales de justicia. Es por ello que, en diversos escenarios, las autoridades jurisdiccionales han tenido que resolver controversias judiciales asociadas con la discriminación en razón del género. Ahora bien, la necesidad que las actuaciones y políticas públicas se desarrollen con enfoque de género tiene como correlato el hecho que debe abolirse cualquier conducta de violencia fundamentada en este motivo.

En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha precisado que la violencia en función del género

hunde sus raíces en las relaciones de género dominantes de una sociedad, como resultado de un notorio desequilibrio de poder. [...] Al considerar la mujer como víctima concreta de la violencia de género, la Corte Constitucional sostiene que los actos contra ella son de dos tipos: a) la violencia visible, que se refiere a las lesiones físicas y psicológicas, y; b) la violencia invisible, que consiste en una violencia estructural, compuesta por

³⁵ La autoría de la frase es de Lorenzo Capello, y se encuentra en: SÁNCHEZ, Néstor (2019). *Discriminación por razones de género*. El término “género” en el ordenamiento jurídico penal español. En: Revista Igualdades, N° 1, pp. 174 y 175.

³⁶ SALINAS, Alejandro y LOAYZA, Alex (2021). *La promeda del caudillo*. Fundación, anarquía y militarismo (1826-1872). Lima: Derrama Magisterial, p. 23.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

la inequidad en el ámbito de lo político, lo social y lo económico, así como la violencia cultural³⁷.

Como se puede apreciar, el enfoque de género requiere, para su adecuada implementación, del apoyo estatal. Por lo general, son las autoridades públicas las encargadas de garantizar este ámbito de la igualdad. La Corte Constitucional de Colombia ha señalado que la debida diligencia en la prevención de la violencia de género impone, a su vez, “la obligación para todas las autoridades y funcionarios del Estado de adoptar una perspectiva de género en sus actuaciones y decisiones, con el objetivo de eliminar todos los factores de riesgo de violencia o la garantía del ejercicio de todos los derechos en igualdad de condiciones, desde una visión integral”³⁸.

En Ecuador también se ha enfatizado la necesidad de incorporar el enfoque o la perspectiva de género al interior de la sociedad, ya que se asume que una frontal lucha contra la discriminación de la mujer debe suponer una lucha en diversos frentes. Al respecto, la Corte Constitucional de ese país ha señalado que

[a]l reconocer que la sociedad ecuatoriana trae arraigados consigo estereotipos orientados al supuesto de la inferioridad de las mujeres en el ámbito laboral, y conscientes que esto no debe continuar, pese a que es evidente que el cambio de patrones culturales es una tarea difícil, el primer paso lo deben dar las autoridades nominadoras de las instituciones públicas y privadas, así como los funcionarios judiciales, que son los encargados de generar confianza a las víctimas sobre la respuesta estatal ante la violencia de género. Por tanto, como garantía de no repetición, se instará a los funcionarios judiciales a fin de que aplique un enfoque diferencial de género al momento de decidir cualquier asunto a su cargo. Para el efecto se oficiará al presidente del Consejo de la Judicatura, a fin de que ponga en conocimiento de los funcionarios judiciales lo dispuesto en esta sentencia³⁹.

Ahora bien, la configuración y los alcances específicos del enfoque de género se pueden advertir en distintos espacios. Nos referiremos, en este caso, al ámbito político, laboral, familiar y judicial.

i. Reconocimiento de derechos en el ámbito político

Uno de los ámbitos en los que se ha requerido una intervención más activa de los poderes públicos para la adecuada tutela de los derechos de la mujer es, sin duda, el ámbito político. Sobre ello, en Estados Unidos se desarrolló uno de los episodios más conocidos relacionados con la ampliación de los derechos políticos: el movimiento sufragista que generó que se reconozca el derecho al voto en la

³⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-878/14, fundamento 5.

³⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-095/18, fundamento 56.

³⁹ Corte Constitucional de Ecuador Sentencia N° 292-16-SEP-CC de 7 de septiembre de 2016, p. 4.6.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

Décimo Novena Enmienda de 1920. Se trató de una tendencia progresiva. En realidad, salvo sectores considerados -en su época- excesivamente radicales, eran pocas las activistas que, en la etapa previa a la Guerra Civil, estaban enfocadas en el derecho al voto, ya que la mayoría estaba enfocada en el reconocimiento de los derechos de propiedad, el divorcio y el aumento de oportunidades en el acceso al empleo y a niveles educativos⁴⁰.

Fue importante en este movimiento lo ocurrido en Nueva York en el marco de la convención celebrada en el año 1848 en la capilla de Seneca Falls, oportunidad en la que alrededor de 200 mujeres aprobaron la denominada “Declaración de Sentimientos”, en las que se criticaban “las condiciones sociales en las que se encontraban y, en especial, la privación del derecho al voto, a la vez que se proclamaba la igualdad entre hombres y mujeres. Esta era la primera reivindicación pública del voto femenino y, por eso, acabó convirtiéndose en un mito del movimiento sufragista”⁴¹ (Rubio, 2019, p. 9).

Las luchas por los derechos políticos de las mujeres no han culminado con el reconocimiento del derecho al sufragio, ya que era indispensable suprimir obstáculos que dificultan la intervención de las mujeres en los asuntos públicos. Esto ha generado que, con la finalidad de remover dichos obstáculos -anclados históricamente en el ideario de ciertas sociedades-, se hayan promovido diversas propuestas para incentivar la participación de las mujeres en la política.

De este modo, existen importantes discusiones sobre las denominadas “acciones afirmativas”, a través de las cuales se puede, por ejemplo, disponer que en las leyes que las listas de candidatos deben alternarse entre hombres y mujeres, lo cual ha sido cuestionado por algunos sectores como inconstitucional por vulnerar el derecho a elegir a la persona más idónea para un cargo. Sobre estos cuestionamientos, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido que:

la restricción a la libertad de los partidos políticos a la hora de componer las listas electorales que el precepto enjuiciado lleva consigo, encuentra su justificación en la remoción de la desigualdad que padecen las mujeres en el ámbito de la representación política. Razón por la cual sólo se justifica en la realidad de las circunstancias sociales del momento en que se adopta, de manera que su misma eficacia habrá de redundar en la progresiva desaparición del fundamento constitucional del que ahora disfruta⁴².

Sin embargo, las interpretaciones del principio de igualdad asociadas con cuestiones sobre la inserción de medidas que favorecen a las mujeres no siempre han sido apoyadas por los tribunales de justicia. La Corte Constitucional de Italia,

⁴⁰ BÁEZ VILLASEÑOR, María (2010). *Un largo camino: la lucha por el sufragio femenino en Estados Unidos*. En: Signos Históricos, Núm. 24, p. 96.

⁴¹ RUBIO, Antonio (2019). *El movimiento feminista en los Estados Unidos de Seneca Falls en los años veinte*. En: Quaderns de la Igualtat, p. 9.

⁴² Tribunal Constitucional de España. Sentencia 40/2011, fundamento 8.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

por ejemplo, ha sostenido que las disposiciones legales que establecen topes en cuanto a la participación en función del sexo son contrarios a la Constitución. Una disposición en este país establecía que, en las listas de candidatos, ninguno de los dos sexos podía estar representado con una cantidad superior a los 2/3 de la cantidad total de los integrantes.

La Corte Constitucional sostuvo que, si bien en la resolución de casos ella había valorado favorablemente cualquier medida encaminada a promover la igualdad entre hombres y mujeres, esto solo podía hacerse con aquellas que no afectaran directamente los derechos fundamentales, ya que es importante promover la igualdad en los puntos de partida y a lograr la igual dignidad social de todos los ciudadanos. De similar forma, mencionó que esta clase de regulaciones se oponen a los principios elementales de representación política en una democracia pluralista⁴³.

En todo caso, no es un criterio que haya perdurado en el tiempo, ya que la propia Corte modificó este criterio inicial. Así, este Tribunal sostuvo que las normas sobre paridad en la conformación de listas solo tienen una incidencia durante el tiempo de formación de las listas, y por ello no afecta en modo alguno los derechos a la libertad del voto de los electores y de igualdad de oportunidades en las listas, ni sobre el carácter unitario de la representación electiva. De hecho, agregó que la medida ordenada puede ser considerada como una expresión legítima, a nivel legislativo, de la intención de lograr el fin promocional expresamente dispuesto en el estatuto de pretender el equilibrio en la representación⁴⁴.

Otro país en el que, en su momento, se advirtió una posición similar a esta fue Francia, ya que su Consejo Constitucional decidió, en la sentencia 18/146 de 1982 que un proyecto de ley que reformaba la ley de elecciones municipales que establecía como un límite de 75% de candidatos del mismo sexo en la lista resultaba contrario a la Constitución por vulnerar el principio de igualdad y la prohibición de la división de los electores o candidatos en categorías⁴⁵. Sin embargo, pese a la posición asumida por este órgano, una serie de reformas incorporadas en el ordenamiento francés permitieron que sea viable incluida la paridad de género en las elecciones. Se ha mencionado, sobre esto, que

se optó al final por una reforma mínima. El Congreso francés se limitó simplemente a levantar la barrera que en su momento estableciera el *Conseil constitutionnel* con su decisión añadiendo al artículo 3 de la Constitución francesa el siguiente apartado: “La ley garantizará la igualdad de acceso de hombres y mujeres a los mandatos electorales y funciones de representación” [...] y al artículo 4 de la Constitución un último apartado por el que se reconoce expresamente a los partidos

⁴³ Corte Constitucional de Italia. Sentencia 422 de 1995, considerando 10.

⁴⁴ Corte Constitucional de Italia. Sentencia 49 de 2003, fundamento 5.

⁴⁵ Cfr. Salazar, Octavio (2019). Democracia paritaria y Estado Constitucional: de las cuotas a la ciudadanía radicalmente democrática. En: *Revista Igualdades*, N° 1, p. 52.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

políticos su función principal en la realización del principio de igualdad en el acceso de mujeres y hombres a los mandatos electorales y demás cargos públicos. Esta reforma concede plena iniciativa al Parlamento, otorgándole suficiente margen de maniobra en sus elecciones técnicas y políticas⁴⁶ (Millard, 2008, 448 y 449).

Como es posible advertir, incluso corte del calibre de la francesa o italiana se mostraron, en algún momento, contrarias a la introducción de medidas de nivelación o igualación entre las mujeres y hombres en el mundo político. Por eso, no sorprende que los tratados internacionales se hayan preocupado de prever, específicamente, que las medidas temporales encaminadas a reconocer la igualdad de género no deben ser consideradas como discriminatorias. Por ejemplo, el artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer dispone que:

[l]a adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

Sin embargo, un problema anterior a este fue el relativo a la existencia de cuerpos normativos en los que de una u otra forma no se permitía la participación de mujeres. Uno de los casos en los que fue más relevante la intervención de los tribunales de justicia fue, sin duda, el de *Edwards vs. A.G of Canadá*⁴⁷. En este caso, se cuestionaba que la sección 24 de la British North America Act disponía que "[e]l gobernador general convocará de vez en cuando, en nombre de la Reina, en virtud del Gran Sello de Canadá, a personas calificadas para el Senado; y, sujeto a las disposiciones de esta Ley, toda persona así convocada será y será miembro del Senado y senador".

Esta cláusula planteaba la cuestión de si las mujeres eran consideradas realmente "personas" según la ley. Un fallo de la Corte Suprema de Canadá de 1928 sostuvo que las mujeres no eran consideradas "personas" de acuerdo con la British North America Act. Por ello, se presentó un reclamo ante el Judicial Committee of the Privy Council de Inglaterra, que en ese momento era el tribunal de apelación más alto de Canadá. Este órgano revocó la decisión de la Corte Suprema de Canadá, y permitió nombrar a mujeres para el Senado. Además, este cambio en la definición de "personas" permitió a las mujeres afirmar que no se les podían negar los derechos humanos básicos.

⁴⁶ MILLARD, Eric. (2008) La paridad en Francia: Concepción y puesta en marcha. En: Anuario de Derechos Humanos, Vol. 9, pp. 448 y 449.

⁴⁷ Lords of the Judicial Committee of the Privy Council. Case Henrietta Muir Edwards and others v. the Attorney-General of Canada and others. Sentencia de 18 de octubre de 1921.

ii. Reconocimiento de derechos en el ámbito laboral

Históricamente, el contexto de postergación del reconocimiento de los derechos de la mujer se ha materializado, principalmente, en el ámbito laboral. En líneas generales, el hombre se encargaba de todo lo relativo a la manutención, mientras que las mujeres se dedicaban a asuntos vinculados con el cuidado familiar. No sorprende, en ese sentido, que los tribunales de justicia se hayan preocupado tanto sobre este punto. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de España ha señalado que

[l]a situación de discriminación en que se ha encontrado la mujer en la sociedad se ha traducido en numerosas medidas en el orden laboral, que han tratado de realizar una labor de finalidad protectora. Pero en este campo ha de llevarse a cabo, forzosamente, una distinción. Un conjunto, posiblemente el más amplio, de medidas se han adoptado desde una perspectiva que refleja los mismos valores sociales que han mantenido a la mujer en una posición de relegación en el mundo laboral. Partiendo de presupuestos de inferioridad física, o de una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares, diversas disposiciones han venido a establecer diferencias de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, que, aunque aparentemente resulten de índole protectora, perpetúan y reproducen, en la práctica, la posición de inferioridad social de la población femenina⁴⁸.

Al respecto, la política laboral debe valorar que el enfoque de género permita que no se presenten conductas discriminatorias en el proceso sea de contratación, de cuestiones salariales o de despido. En relación con el primer punto, la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado respecto de casos en los que la exclusión para el acceso a un puesto de trabajo se fundamentaba únicamente en el género. Así, este Tribunal sostuvo lo siguiente:

[l]a señora Pascuas Cifuentes fue excluida sin que mediara un criterio objetivo que demostrara que ella, en cuanto mujer, no estaba en capacidad para realizar la labor de vigilancia en el puesto de la Batería Santa Clara; esto es, precisamente, el carácter discriminatorio de la acción llevada a cabo por parte de SOS Ltda. y ECOPETROL S.A., quienes sin que mediara un criterio de necesidad, adecuación o esencialidad y, por consiguiente, con un carácter prejuicioso carente de cualquier fundamentación objetiva y razonable utilizaron el género como parámetro que exclusión de ingreso al mencionado puesto de vigilancia⁴⁹.

⁴⁸ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 128/1987, fundamento 6.

⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia. T-247/10, fundamento 8.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

Para acreditar esta clase de conductas discriminatorias, por lo general, los tribunales suelen aplicar reglas como la inversión de la carga de la prueba⁵⁰, aunque también el contexto o los antecedentes pueden ser determinantes para acreditar un supuesto de discriminación en lo que se refiere al acceso al empleo. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha referido que:

de las constancias de la causa resulta que se acreditaron diversos hechos conducentes y suficientes para configurar un caso *prima facie* encuadrable en una situación discriminatoria. Así, las diversas pruebas enumeradas en el punto IV del dictamen de la Procuración General y, en particular, las nóminas de empleados incorporadas al expediente y el informe de la Autoridad Metropolitana de Transporte, de los que se desprende que en las empresas demandadas no existen mujeres contratadas y que dicha práctica se mantuvo aun después de las sucesivas postulaciones y reclamos por parte de Sisnero⁵¹.

En relación con este punto, uno de los leading cases es, sin duda, el caso *Craig vs. Boren*, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Para este momento, este órgano jurisdiccional ya había incorporado la distinción en función del sexo como un factor que debe ser evaluado en virtud de lo dispuesto en la décimo cuarta enmienda. Sin embargo, en ese caso se especifica que cuando se introducen tratos diferenciados en función del sexo, le corresponde a la corte efectuar un escrutinio estricto de constitucionalidad, lo cual supone, entre otras cosas, que debe invertirse la carga de la prueba y que es la autoridad que expidió la disposición enjuiciada la que debe brindar argumentos de peso para justificar esta clase de diferencias. En este fallo, la Corte sostuvo lo siguiente:

[a]l señalar que la naturaleza generalizada y persistente de la discriminación experimentada por las mujeres es en parte el resultado de su fácil identificación, la mayoría basó su invocación de un escrutinio estricto en gran medida en el hecho de que las distinciones legales entre los sexos a menudo tienen el efecto de relegar injustamente a la toda clase de mujeres a un estatus legal inferior sin tener en cuenta las capacidades reales de sus miembros individuales⁵².

⁵⁰ Por ejemplo, la Corte Suprema de la India ha empleado la carga de la prueba para eliminar una regla establecida en el ordenamiento de ese país que no permitía que las mujeres pudieran ocupar altos puestos en las fuerzas armadas. De manera concreta, sostuvo que el Ejército no había proporcionado ninguna justificación válida para cumplir con su deber de acreditar por qué las mujeres no podían ser consideradas para ser nombradas en algún puesto de mando. Expresó que se trataba de una exclusión indefendible. Sobre esto, ver: Corte Suprema de la India. Case Secr., Ministry Of Defence vs. Babita Puniya. Sentencia de 17 de febrero de 2020, fundamento 67.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. S. 932.XLVI, Resolución de 20 de mayo de 2014, fundamento 6.

⁵² Corte Suprema de Estados Unidos. *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

De similar forma, este Tribunal también ha precisado que, en el caso de la discriminación por el hecho de ser mujer, no resulta indispensable -a diferencia de otros escenarios en los que se alega la vulneración del principio de igualdad- que se acredite la existencia de un término de comparación válido. En ese sentido, ha sostenido que

“[e]s irrelevante, por tanto, que se contratara a otra mujer o que a esta le fueran reconocidos derechos propios de su condición de madre trabajadora. La prohibición de discriminación no exige un contraste con nadie, con un tercero, sino solo la verificación de la concurrencia del factor protegido y el perjuicio que a él haya quedado asociado”⁵³.

De hecho, por lo general en el continente europeo se ha señalado que, aunque ciertamente los Estados gocen de un importante margen de apreciación en la configuración de las políticas públicas, ello no los habilita a vulnerar los derechos reconocidos en el Convenio Europeo, y más aun cuando la igualdad entre los sexos es una de las más importantes metas al interior del Consejo de Europa⁵⁴.

También se han presentado problemas de acceso al empleo por la asociación de la idea de la mujer con determinadas características de debilidad que consolidaron una serie de prejuicios y estereotipos en su contra. Por ejemplo, se han presentado casos en los que las mujeres no eran contratadas porque se consideraba que no eran aptas para el puesto por el riesgo que suponía el desarrollo del trabajo. En España, el Tribunal Constitucional declaró contradictorio con el principio de igualdad que no se contrate a una mujer en una mina subterránea con el propósito de “protegerla”. El supremo intérprete del texto constitucional precisó que

“[a]unque esta prohibición [la del trabajo en mina subterránea de las mujeres] obedeciera a razones históricas que pudieron justificarla, éstas no son en la actualidad ya fundamento suficiente para justificar su mantenimiento. Por ello, la misma no respeta la exigencia constitucional de igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y por ello, ha de darse razón a la actora en que se le ha aplicado una disposición reglamentaria que los órganos judiciales hubieran debido estimar derogada por la Constitución”⁵⁵.

Por otro lado, también se presentan escenarios en los que la discriminación por razones de género se ha materializado a través de suspensiones de los contratos o de despidos, lo cual ha generado que estos reclamos sean judicializados. Por ejemplo, en España, el Tribunal Constitucional declaró que la suspensión de un contrato de trabajo solo para el personal femenino que había contraído matrimonio era un evidente ejemplo de discriminación en función del sexo, ya que esas

⁵³ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 108/2019, fundamento 3.d.

⁵⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Abdulaziz, Cabaes y Balkandali vs. Reino Unido. Sentencia de 24 de abril de 1985, párr. 78.

⁵⁵ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 229/1992, fundamento 4.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

consecuencias no eran aplicables a los hombres que laboraban en la entidad⁵⁶. Evidentemente, el reconocimiento de esta suspensión obedecía a la existencia de diversos estereotipos que asociaban a las mujeres con las labores domésticas.

También se han destacado problemas de discriminación en función del género cuando se trata de aspectos relativos al salario. Sobre este punto, se ha señalado que

[a] los fines de acreditar la existencia de un caso encuadrado en el acta, el secretario debe mostrar que un empleador paga diferentes salarios a empleados de diferente sexo, por trabajos iguales que requieren igual habilidad, esfuerzo y responsabilidad y que se cumplen en similares condiciones de trabajo [...]⁵⁷.

No puede dejar de señalarse un problema similar vinculado con los trabajos precarios que, en diversas ocasiones, han desempeñado las mujeres. La Corte Suprema de Canadá cita el siguiente informe, el cual refleja notoriamente este fenómeno:

El elevado número de mujeres en trabajos precarios es, en cierta medida, el resultado de su papel social tradicional como cuidadoras. Bajo el “contrato de género” que caracterizó a la clase media de la década de 1950, los hombres eran los principales responsables del apoyo financiero y las mujeres se quedaban en casa para cuidar de la familia (las mujeres de muchas familias de clase trabajadora siempre han trabajado fuera del hogar, cuidando de los hijos de otras mujeres, limpiando casas y trabajando en fábricas y tiendas, por ejemplo). Hoy, en las condiciones sociales y económicas actuales, a menudo se necesitan dos ingresos para mantener la familia y las opciones y la participación de las mujeres en muchas esferas de la vida se han ampliado.

La mayoría de mujeres se han incorporado a la población activa. La unidad familiar también es más variada con un número cada vez mayor de padres solteros. Y, sin embargo, las mujeres siguen siendo las principales responsables de la prestación de cuidados. En 2010, las mujeres canadienses dedicaron un total promedio de 50 horas a la semana al cuidado de los niños del hogar, el doble de lo que dedicaban los hombres (24 horas). En 2008, poco más del 9 por ciento de las mujeres informaron que trabajaban a tiempo parcial debido a las responsabilidades del cuidado de los niños, en comparación con menos del 1 por ciento de los hombres. Como resultado, la precariedad

⁵⁶ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 7/1983, fundamento 3.

⁵⁷ Corte Suprema de los Estados Unidos. *Corning Glass Works v. Brennan* (417 U.S. 188, 9 FEP. 919 1974).

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

de los trabajos de las mujeres se ve influida en parte por las políticas públicas sobre prestaciones de maternidad y cuidado de los niños⁵⁸.

Los problemas no cesan ni siquiera cuando ya ha cesado el vínculo laboral o incluso cuando las mujeres ya no forman parte de la población económicamente activa de sus respectivos países. En un caso que fue sometido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por poner un ejemplo, se tuvo que examinar la legislación de los Países Bajos, ya que esta permitía que los hombres casados recibieran una pensión mayor a la de las mujeres casadas o de los hombres solteros. El Estado, al contestar la demanda en el procedimiento internacional, señaló que esta diferencia obedecía al contexto social de la época, en el cual los hombres eran los encargados de mantener el hogar, y eso explicaba el hecho que se les brinde una pensión superior a la de la mujer⁵⁹. De este modo, este escenario de discriminación se proyecta incluso durante la vejez de las mujeres.

De hecho, los tribunales de justicia han diseñado y elaborado diversos conceptos con la finalidad de fortalecer la tutela de los derechos de la mujer. Por ejemplo, al momento de analizar casos en los que se alegan supuestos de discriminación en razón del sexo, el Tribunal Constitucional de España ha señalado que

cuando se denuncia una discriminación indirecta por razón de sexo, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones, sino que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo⁶⁰.

iii. Reconocimiento de derechos en el ámbito familiar

La violencia en contra de las mujeres se advierte, especialmente, en el ámbito familiar. Esto obedece a que, en múltiples oportunidades, ella resulta impune por los vínculos que suelen unir a las personas que forman parte de una relación afectiva. Esto ha generado que, en diversos Estados, se hayan expedido leyes con la finalidad de establecer sanciones más elevadas cuando la violencia sea desplegada en contra de la mujer al interior de la relación. En España, la

⁵⁸ Información citada en: Corte Suprema de Canadá. *Fraser vs. Canadá*. Sentencia de 16 de octubre de 2020, fundamento 102.

⁵⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Wessels-Bergervoet vs. Países Bajos*. Sentencia de 4 de junio de 2002, párr. 50.

⁶⁰ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 91/2019, fundamento 4.c.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

constitucionalidad de esta clase de cláusulas ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional, el cual ha precisado que

no resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural –la desigualdad en el ámbito de la pareja– generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado⁶¹.

La necesidad de evitar estos episodios de violencia para garantizar de forma íntegra el respeto de los derechos de la mujer ha sido también resaltada por la Corte Constitucional de Sudáfrica. Este órgano ha señalado que la dignidad, la privacidad e integridad de la persona son fundamentales para el espíritu de la Constitución en cualquier civilización, a lo que agregó que las mujeres tienen derecho de poder caminar pacíficamente por las calles, disfrutar de cualquier tipo de entretenimiento, de ir y venir del trabajo sin ser perturbadas, y de poder encontrarse en sus hogares sin miedo, ya que ello resulta indispensable para su calidad de vida⁶².

Las repercusiones de los estereotipos de género también se han destacado en lo referente a las sucesiones. Hasta el siglo pasado eran bastante comunes y recurrentes las leyes o prácticas al interior de los Estados que permitían, entre otras cosas, que los hombres tuvieran preferencia en las sucesiones que las mujeres. Este fue el caso, nuevamente, de Sudáfrica, en el que por una costumbre local se aceptaba esta clase de privilegios. La Corte Constitucional tuvo la oportunidad de referirse a este fenómeno, y destacó que esta clase de costumbres obedecían a que se consideraba que las mujeres siempre dejarían su familia original al casarse, por lo que en su nueva situación de pertenecer a la familia del esposo no podían ser jefas de la familia, ya que era bastante probable que subordinaran sus intereses a los de su nueva familia. La Corte precisó que la regla de la primogenitura masculina limita los derechos de las mujeres a ser consideradas para el cargo y

⁶¹ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 59/2008, fundamento 9.a

⁶² Corte Suprema de Sudáfrica. Grant Chapman v. The State. Caso 345/96, fundamento 4.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

estatus del “jefe” de familia fallecido, ya que esto suponía su exclusión independientemente de su disponibilidad e idoneidad para desenvolverse en esa posición, lo que supone ignorar las circunstancias en la que pueden encontrarse⁶³.

También se advierte un importante impacto de la perspectiva de género en lo que se refiere al orden de los apellidos, ya que, como se conoce, el primer apellido que asumen los recién nacidos es, en la mayoría de ordenamientos jurídicos, automáticamente el del padre. De hecho, la Corte Constitucional de Italia ha validado la compatibilidad de esta clase de disposiciones del Código Civil con la Constitución. Este órgano ha recordado que

en la sentencia 61 de 2006, como en los citados precedentes, después de haber puesto de manifiesto que se está frente a una disparidad de tratamiento, la Corte ha concluido que la elección de las modalidades a través de las cuales se debe asegurar la asunción del apellido materno es una cuestión de política y que, por tanto, compete a la libre apreciación del legislador la elección entre una pluralidad de opciones para volver a escribir una normativa que sea coherente con los principios del ordenamiento y con el valor constitucional de la igualdad entre el hombre y la mujer en la familia y en la sociedad⁶⁴ (Groppi, 2011, p. 154).

Se trata, como es posible de advertir, de una situación que aun no ha generado consenso al interior de los Estados, pese a que refleja una clara diferencia entre hombres y mujeres. Es posible advertir que, en muchas latitudes, aun existen prácticas al interior de los Estados -muchas de ellas fundamentadas en motivos religiosos- por las cuales se ha consolidado la discriminación contra la mujer. No ha sido sencillo para las cortes de justicia lidiar con esta clase de asuntos ya que, en no pocos casos, esto también supondría dejar de lado las creencias mayoritarias de un importante sector de la población.

Un caso llamativo fue el de la India, país que permitía la práctica del *talaq-e-biddat*, la cual suponía que el hombre gozaba del privilegio de, en cualquier momento, poner fin al matrimonio. En un caso que fue sometido a la Corte Suprema de la India, dicho tribunal sostuvo, por mayoría de 3 contra 2, que ello resultaba contrario a la Constitución, ya que era una práctica arbitraria que suponía el inmediato rompimiento del vínculo familiar.

Ahora bien, una de las razones que permitió esto fue que, para la mayoría de los integrantes de este tribunal, esta práctica no era esencial al interior del Islam. Se precisó en aquella sentencia que las mujeres musulmanas no podían ser sometidas a caprichos arbitrarios y unilaterales de sus esposos, tal y como ocurría en el caso del divorcio por triple *talaq* entre los musulmanes chiítas pertenecientes a la

⁶³ Corte Constitucional de Sudáfrica. Caso CCT 49/03, fundamentos 174 a 185.

⁶⁴ GROPPI, Tania y Spigno, Irene (2011). *La representación de género en Italia*. En: Revista Justicia Electoral, Vol. 1, N° 8, p. 154.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

escuela Hanafi⁶⁵. De hecho, también esta Corte expidió, en su momento, un fallo histórico que permitía a las mujeres en edad de menstruar el ingreso al Templo de Sabarimala, uno de los más sagrados del país. Es pertinente citar el fundamento de uno de los votos de la posición mayoritaria, ya que reflejan los problemas que los tribunales de justicia tienen que afrontar cuando las prácticas religiosas resultan ser perjudiciales particularmente con las mujeres:

[e]s una verdad universal que la fe y la religión no toleran la discriminación, pero las prácticas religiosas son a veces vistas como una perpetuación del patriarcado, negando así la principios básicos de fe y de igualdad y derechos de género. Las actitudes sociales también se centran y giran en torno a esta mentalidad, afectando así la condición de la mujer en el ámbito social y en el propio medio religioso. Todas las religiones son simplemente diferentes caminos para alcanzar la providencia. La religión es básicamente una forma de vida para realizar la identidad de uno con la Divinidad. Sin embargo, ciertos dogmas y prácticas y rituales de exclusión han dado lugar a incongruencias entre la verdadera esencia de la religión o la fe y su práctica que ha llegado a estar impregnado de prejuicios patriarcales⁶⁶.

Uno de los casos más emblemáticos en el ámbito del derecho constitucional comparado es, sin duda, el de *Reed vs. Reed*, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En aquella oportunidad, se discutía a propósito de una disposición del Código de Sucesiones de Idaho, la cual establecía que debía darse preferencia a los hombres sobre las mujeres cuando personas en la misma situación jurídica solicitaran el nombramiento como administrador de la herencia de un difunto.

En aquella oportunidad, este tribunal sostuvo que el Código de Idaho violaba la cláusula de protección igualitaria, contenida en la décimo cuarta enmienda de la Constitución Federal de los Estados Unidos. El tribunal sostuvo que el interés del estado en reducir un nivel de contiendas en los tribunales de sucesiones tenía cierta legitimidad, pero que un estatuto no podía dar preferencia obligatoria a los miembros de un sexo sobre el otro simplemente para eliminar la necesidad de audiencias sobre el fondo. El tribunal sostuvo que este era el tipo de elección legislativa arbitraria prohibida por la cláusula de protección igualitaria⁶⁷.

La importancia de este fallo radica no solo en la unanimidad de la Corte para adoptar esta decisión, sino que además se expresó que la introducción de tratos diferenciados en función del sexo es un asunto que le concierne a la décimo cuarta

⁶⁵ Corte Suprema de la India. Case Shayara Bano vs. Union of India. Sentencia de 22 de agosto de 2017. Se recomienda, en lo particular, consultar los fundamentos 63 y 72.

⁶⁶ Corte Suprema de la India. Case of Indian Young Lawyers Association vs. The State of Kerala. Voto de los magistrados Dipak Misra y A.M Khanwilkar, fundamento 4.

⁶⁷ Corte Suprema de los Estados Unidos. Reed v. Reed, 404 U.S. 71 (1971).

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

enmienda de la Constitución, la cual precisamente protege el principio de igualdad.

a) Reconocimiento de derechos en el ámbito judicial

Por lo general, los estereotipos de género no solo se aprecian en conductas cotidianas, sino también en aquellas que terminan siendo avaladas o que son realizadas a nombre del Estado. Este es el caso, por ejemplo, de las decisiones judiciales. No es ninguna novedad que, al interpretar una ley o tratar de efectuar alguna clase de inferencia, se puedan reflejar diversos prejuicios por parte de las autoridades jurisdiccionales. Al abordar lo relativo al reconocimiento de los derechos a la libertad y seguridad personales de las mujeres, pocas cosas pueden ser tan importantes como el hecho de evitar amenazas de violencia sexual, ya que esta se erige como el centro de subordinación de las mujeres respecto de los hombres al interior de una sociedad⁶⁸. También se ha precisado que la perspectiva de género

es un criterio hermenéutico que deben emplear todos los operadores jurídicos, con independencia de su jerarquía o especialidad, para la resolución del litigio que se le plantea en cualquier caso en el que exista sospecha de relaciones asimétricas, prejuicios o patrones estereotipados de género. Consiste en integrar los principios de igualdad y de no discriminación en la interpretación y aplicación de las normas, a fin de garantizar la mayor protección de los derechos humanos, en especial, los de las víctimas y, en esa medida, ofrecer soluciones equitativas ante situaciones de desequilibrio estructural. Al tratarse de una obligación a cargo de los servidores judiciales, esta herramienta ha de ser aplicada aun cuando las partes no la hayan contemplado en sus alegaciones, y no solo al momento de dictar sentencia, sino en cualquiera de las etapas del proceso⁶⁹.

En el caso específico de la violencia contra la mujer, se ha exhortado a que las autoridades involucradas con la administración de justicia desplieguen su labor con perspectiva de género. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha precisado que

[s]on los operadores judiciales del país quienes deben velar por su cumplimiento. En efecto, es necesario que dichas autoridades apliquen una perspectiva de género en el estudio de sus casos, que parta de las reglas constitucionales que prohíben la discriminación por razones de género, imponen igualdad material, exigen la protección de personas en situación de debilidad manifiesta y por consiguiente, buscan combatir la desigualdad histórica entre hombres y mujeres, de tal

⁶⁸ Corte Constitucional de Sudáfrica. Caso CCT 48/00, fundamento 62.

⁶⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-344/20, fundamento 16.8.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

forma que se adopten las medidas adecuadas para frenar la vulneración de los derechos de las mujeres, teniendo en cuenta que sigue latente la discriminación en su contra en los diferentes espacios de la sociedad⁷⁰.

La administración de justicia suele estar involucrada con casos en los que se encuentren de por medio los derechos tanto de los presuntos agresores como de las víctimas. Existen organismos internacionales que parten de la premisa que, en esta clase de denuncias, debe otorgarse una especial protección a la mujer que sería la posible víctima de violencia. Así, se ha mencionado que

[a]unque el Estado Parte sostiene con razón que es necesario en cada caso determinar si la detención constituiría una injerencia desproporcionada en los derechos básicos y las libertades fundamentales de un autor de actos de violencia en el hogar, como el derecho a la libertad de circulación y a un juicio imparcial, el Comité opina, según expresó en sus opiniones sobre otra comunicación relativa a la violencia en el hogar, que los derechos del agresor no pueden estar por encima de los derechos humanos de las mujeres a la vida y a la integridad física y mental⁷¹.

III. Desarrollo de los derechos de la mujer en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos

No resulta posible explicar la evolución en la tutela de los derechos de la mujer sin hacer una especial referencia al reconocimiento de sus libertades en los principales instrumentos internacionales. Como hace recordar Nussbaum, con anterioridad a los movimientos internacionales de mujeres, ellas

estaban muy aisladas y no disponían de foros globales en los que desarrollar ideas y estrategias. Los diversos congresos de mujeres ya celebrados han generado un germen y un tipo de solidaridad muy valiosos, y esa energía ha contribuido considerablemente sin duda al progreso de las mujeres en la mayoría de los países del mundo⁷² (Nussbaum, 2020, p. 236).

El impulso de esta suerte de “generalización” en el goce de los derechos humanos tiene como punto de quiebre la finalización de la Segunda Guerra Mundial. De hecho, dentro de las propuestas del Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán, se pretendía impulsar un severo retroceso en el reconocimiento de los derechos de la mujer. Como hace recordar Childers,

[e]l programa nazi era esencialmente una promesa de devolverlas a la familia y el hogar, y liberarlas de la doble carga de los deberes domésticos y

⁷⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-338/18, fundamento 35.

⁷¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Caso Sahide Goekce vs. Austria. Decisión de 6 de agosto de 2007, párr. 12.1.5.

⁷² NUSSBAUM, Martha (2020). *La tradición cosmopolita. Un noble e imperfecto ideal*. Barcelona: Paidós, p. 236.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

el empleo, Es decir, permitirles realizar el deseo máspreciado de todas las mujeres: casarse y formar una familia. Los nazis [no permitían] que las mujeres participaran en política, se oponían a compartir con ellas espacios de trabajo [...]⁷³.

De ahí que el cierre de las hostilidades haya planteado diversos conflictos. Uno de ellos, acaso el más conocido, tenía que ver con el problema relativo a que sea el Estado el único ente responsable de la protección de las libertades, con todas las consecuencias negativas que ello podía acarrear en los supuestos en los que las vulneraciones de los derechos emanen de las propias autoridades. De esta forma, es en esta época en la que comienza a formarse un proceso de internacionalización de las libertades, la cual, en realidad, cuenta con una corta vida que inicia en el siglo XX, y, en especial, en los años posteriores al fin de la Segunda Guerra Mundial⁷⁴. También será importante en esta época la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cual inaugurará una época en la que “los derechos dejan de ser una cuestión interna de la incumbencia exclusiva de los Estados y saltan por completo al terreno del derecho y las relaciones internacionales. Los particulares se convierten en sujetos de este nuevo derecho, antes reservado a la actuación exclusiva de los Estados [...]”⁷⁵ (Childers, 2020, p. 389).

Sin perjuicio de lo expuesto, esto no significa que el reconocimiento de diversos derechos en el plano internacional ya hubiese derribado todas las barreras y restricciones que, en el ámbito interno, afrontan las mujeres. Se podría explicar ello por los clásicos inconvenientes de incorporación del Derecho Internacional en el ámbito doméstico, y que la doctrina suele reducir a los debates entre corrientes monistas o dualistas. Sin embargo, el problema es mucho más complejo. Por ejemplo, en el mundo islámico, el denominado “modelo clásico”, el cual se basa en la *Sharia*, carece de instituciones que podríamos denominar de “Derecho Internacional Público”. Pese a estos inconvenientes, diversos países del mundo islámico han intentado superar esta deficiencia a través de la propia ley estatal (Qanún) mediante la incorporación en la normatividad de principios como el *pacta sunt servanda* o el *rebus sic stantibus*⁷⁶.

Se puede añadir un segundo inconveniente, y que se relaciona con el fuerte proceso de consolidación en las sociedades contemporáneas de diversos estereotipos y prejuicios, lo cual, sin ninguna duda, dificulta la implementación de estándares internacionales en el ámbito interno. Para ello, deseo referirme a la experiencia de la India, país que, de forma frecuente, se encuentra en un intenso

⁷³ CHILDERS, Thomas (2020). *El Tercer Reich. Una historia de la Alemania nazi*. Barcelona: Crítica, p. 389.

⁷⁴ PECES-BARBA, Gregorio (2004). *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, p. 116.

⁷⁵ CARBONELL, Miguel (2005). *Una historia de los derechos fundamentales*. México D.F: Fondo Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 17.

⁷⁶ FRANCO, Emilio (2003). *Derechos Humanos y mundo islámico*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, p. 170.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

debate entre el estricto respeto de la tradición y religión locales, y la necesidad de acercarse a lo que algunos denominan “el mundo moderno”. Se ha señalado, sobre ello, que

[e]l legislador, de un trazo de pluma, puede abolir el régimen de castas, autorizar los matrimonios mixtos, sustituir los punchayats de casta tradicionales por punchayats urbanos. Su obra, beneficiosa para el progreso del país, es meritoria y necesaria. No puede de repente cambiar hábitos y actitudes enraizadas desde siglos y vinculadas a creencias religiosas. El 80 por 100 de los hindúes, que viven en el campo, no se dan cuenta de ello [...] ⁷⁷ (David, 1968, p. 391).

No sorprende, en este sentido, que diversos países islámicos, como Pakistán, Arabia Saudita o Irán, hayan efectuado diversas críticas de instrumentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, ya que consideran que este documento no ha considerado el contexto y cultura de países de una tradición distinta a la occidental. De hecho, a iniciativa de la Organización de la Confederación Islámica, 45 ministros de asuntos exteriores aprobaron una declaración que entendieron como propia, y que, como era de esperarse, no se reconoce ni la igualdad de género ni la libertad de culto ⁷⁸.

Sin embargo, pese a estos episodios, es indudable que la internacionalización de los derechos permitió promover las corrientes relacionadas con la protección de los derechos de la mujer. No en vano se ha señalado que fenómenos como el racismo o el sexismo se han erosionado hasta tal punto que no resulta posible referirse simplemente a una clase de “moda”. El contexto actual que impulsa la globalización importa que las personas se vean cada vez más requeridas a justificar su forma de tratar a los demás, y ello reemplaza, paulatinamente, a ciertas inercias instintivas o religiosas ⁷⁹.

Como se ha referido en este informe, el enfoque de género parte de la premisa de constatar que, por lo general, las sociedades han insertado una serie de pautas culturales que han incidido en diversos aspectos de la vida de las mujeres, y esto se ha relacionado inextricablemente con la distinción entre ámbito público para los hombres, y ámbito privado para las mujeres. Sobre esto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones ha indicado que

[i]nvariablemente, se han asignado a la mujer funciones en la esfera privada o doméstica vinculadas con la procreación y la crianza de los hijos mientras que en todas las sociedades estas actividades se han tratado como inferiores. En cambio, la vida pública, que goza de

⁷⁷ DAVID, René (1968). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar, p. 391.

⁷⁸ TARDIFF, Eric (2022). *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Derecho Comparado. México D.F: Tirant lo blanch, p. 472.

⁷⁹ PINKER, Steven (2018). *En defensa de la Ilustración. Por la razón, la ciencia, el humanismo y el progreso*. Barcelona: Paidós, p. 278.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

respeto y prestigio, abarca una amplia gama de actividades fuera de la esfera privada y doméstica. Históricamente, el hombre ha dominado la vida pública y a la vez ha ejercido el poder de circunscribir y subordinar a la mujer al ámbito privado⁸⁰.

En ese sentido, cuando se hace referencia a la idea de la violencia de género, se pretende especificar aquella que supone uno de

los medios sociales, políticos y económicos fundamentales a través de los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre y sus papeles estereotipados. En toda su labor, el Comité ha dejado claro que esa violencia constituye un grave obstáculo para el logro de la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres y para el disfrute por parte de la mujer de sus derechos humanos y libertades fundamentales⁸¹.

En similar sentido, este tipo de violencia

se produce en todos los espacios y esferas de la interacción humana, ya sean públicos o privados, entre ellos los contextos de la familia, la comunidad, los espacios públicos, el lugar de trabajo, el esparcimiento, la política, el deporte, los servicios de salud y los entornos educativos, y en la redefinición de lo público y lo privado a través de entornos tecnológicos, como las formas contemporáneas de violencia que se producen en línea y en otros entornos digitales⁸².

Ciertamente, la violencia de género se desenvuelve en un contexto general de postergación del reconocimiento de los derechos de las mujeres. Ahora bien, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la falta de juzgamiento y condena de un responsable de violencia doméstica supone un acto de tolerancia por parte de los Estados, y que esa omisión

agrava las consecuencias directas de las agresiones [...]. Es más, como ha sido demostrado previamente, esa tolerancia por los órganos del Estado no es exclusiva de este caso, sino una pauta sistemática. Es una tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer⁸³.

⁸⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas. Recomendación General N° 23, sobre vida política y pública, párr. 8.

⁸¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas. Recomendación General N° 35, sobre la violencia por razón de género en contra de la mujer, párr. 10.

⁸² Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas. Recomendación General N° 35, sobre la violencia por razón de género en contra de la mujer, párr. 20.

⁸³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil. Informe de 16 de abril de 2001, párr. 55.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

De este modo, la falta de reacción por parte del Estado a un escenario de violencia es un acto de aceptación que no hace más que prolongar el establecimiento de estereotipos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha sostenido que los estereotipos de género se refieren a aquellas pre-concepciones de

atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. [E]s posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas [...]⁸⁴.

La construcción de esta clase de estereotipos se puede advertir en diversos ámbitos, y, como ya se ha señalado, particularmente en el familiar. Por ejemplo, la Corte Interamericana también ha precisado que

exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción tradicional sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad⁸⁵.

De similar manera, la Corte ha estimado que negar la paternidad a una persona debido a que la madre biológica no se quiso hacer cargo del menor, es un estereotipo

sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos, en relación con una futura maternidad y paternidad. Se trata de nociones basadas en estereotipos que indican la necesidad de eventuales vínculos afectivos o de supuestos deseos mutuos de formar una familia, la presunta importancia de la "formalidad" de la relación, y el rol de un padre durante un embarazo⁸⁶.

Ahora bien, el diseño y establecimiento de estereotipos en las sociedades genera una situación de postergación de la mujer, particularmente en lo que se refiere a la esfera política y, en general, al ámbito de lo público. Sobre esto, se ha indicado que

[l]a creación de estereotipos, hasta en los medios de información, limita la vida política de la mujer a cuestiones como el medio ambiente, la infancia y

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 401.

⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 140.

⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fornerón e Hija vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 94.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

la salud y la excluye de responsabilidades en materia de finanzas, control presupuestario y solución de conflictos. La poca participación de la mujer en las profesiones de donde proceden los políticos pueden crear otro obstáculo⁸⁷.

A ello se puede agregar que la clásica imagen de debilidad o necesidad de protección que ha sido históricamente proyectada en las mujeres también ha generado inconvenientes para el ejercicio de otros derechos, como puede ser en el caso del acceso a un empleo. Por ejemplo, en el caso *Emel Boyraz contra Turquía*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la exclusión de una mujer para el puesto de agente de seguridad solo en función de su sexo era discriminatoria. En aquella oportunidad, la empresa pública demandada había establecido como requisitos para este cargo el ser hombre y haber cumplido el servicio militar. En su decisión, el organismo regional europeo precisó que los argumentos estatales -relativos a la necesidad de emplear la fuerza física, así como el de asumir ciertos riesgos frente a ataques- no eran suficientes para justificar este tratamiento diferenciado, y más aun cuando la demandante ya contaba con experiencia profesional en ese rubro⁸⁸.

Los estereotipos que petrifican un rol de la mujer en la sociedad también generan severas e impactantes consecuencias en lo que se refiere a la administración de justicia. Por ello, se ha mencionado que estos

distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos. Con frecuencia, los jueces adoptan normas rígidas sobre lo que consideran un comportamiento apropiado de la mujer y castigan a las que no se ajustan a esos estereotipos. El establecimiento de estereotipos afecta también a la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos. Esos estereotipos pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen en forma defectuosa⁸⁹.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer dispone, en su artículo 1, que la expresión de "discriminación contra la mujer" denota

toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades

⁸⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas. Recomendación General N° 23, sobre vida política y pública, párr. 12.

⁸⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Emel Boyraz vs. Turquía*. Sentencia de 2 de diciembre de 2014, párr. 53.

⁸⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas. Recomendación General N° 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia, párr. 26.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Es llamativo que inclusive las clásicas restricciones fundamentadas en preceptos religiosos -como ocurre en continentes como Asia o Africa- no hayan impedido pronunciamientos de tribunales internacionales en los que se han cuestionado estos mandatos cuando los mismos terminan por discriminar a la mujer. Por ejemplo, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los pueblos ha considerado que resulta contrario al principio de igualdad el hecho que la legislación de Mali reconozca edades distintas en función del sexo para contraer matrimonio, así como en lo relativo a la percepción de la herencia, pese a que estas modificaciones legislativas se encontraban asociadas con el propio ejercicio del Islam⁹⁰.

En relación con la violencia que sufren las mujeres, uno de los principales instrumentos internacionales es, sin duda, la Convención de Belém do Pará, la cual define, en su artículo 1, a la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha asumido la competencia para interpretar y aplicar este tratado, ha señalado que no “toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención Belém do Pará”⁹¹. Esto es ciertamente relevante, ya que permite dimensionar a qué se refieren los instrumentos internacionales cuando pretenden conceptualizar la violencia en contra de las mujeres.

Estos criterios suelen ser exigidos por los organismos internacionales a los Estados. Ahora bien, como se conoce, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, muchas veces no necesariamente se analiza la intencionalidad del proceder de los funcionarios públicos o de aquellos particulares que actuaron con aquiescencia estatal, ya que lo que se valora en buena cuenta es la producción de resultados. No sorprende, en ese sentido, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya sostenido que

[t]eniendo en cuenta los datos anteriores sobre el hecho de que la pasividad judicial general y discriminatoria de Turquía, si bien no es intencional, afectaba principalmente a las mujeres, el Tribunal considera que la violencia sufrida por la demandante y su madre puede considerarse una violencia de género que es una forma de discriminación contra la mujer⁹².

⁹⁰ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. *Association pour le progres et la defense des dro'its des femmes maliennes (apdf) and the Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) v. Republic of Mali*. Sentencia de 11 de mayo de 2018, párr. 75.

⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, p. 227.

⁹² Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Opuz vs. Turquía*. Sentencia de 9 de junio de 2009, párr. 200.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

También suele ser recurrente que los organismos internacionales ordenen a los Estados que implementen políticas o directivas con perspectiva de género para prevenir o reparar violaciones a derechos humanos en contra de las mujeres. Se ha señalado, sobre casos de presuntos actos de violencia sexual, que

el Estado debe conducir eficazmente la investigación y, en su caso, abrir el proceso penal correspondiente y, de ser pertinente, otros que correspondieren, para identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables de los vejámenes y privación de la vida de la niña María Isabel Veliz Franco, conforme a los lineamientos de esta Sentencia, a fin de evitar la repetición de hechos iguales o análogos a los del presente caso. Dicha investigación deberá incluir una perspectiva de género, emprender líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual, y posibilitar a los familiares de la víctima información sobre los avances en la investigación, de conformidad con la legislación interna, y en su caso, la participación adecuada en el proceso penal⁹³.

De hecho, en los casos de violencia sexual resulta determinante que las autoridades jurisdiccionales no resuelvan las controversias en función de estereotipos, ya que ello puede generar notorios escenarios de impunidad. Sobre ello, se ha sostenido que

la aplicación de estereotipos afecta el derecho de la mujer a un juicio imparcial y justo, y que el poder judicial debe ejercer cautela para no crear normas inflexibles sobre lo que las mujeres y las niñas deberían ser o lo que deberían haber hecho al encontrarse en una situación de violación basándose únicamente en nociones preconcebidas de lo que define a una víctima de violación o de violencia basada en el género en general⁹⁴.

De hecho, la ineficacia del sistema judicial penal frente a este tipo de casos ha sido severamente cuestionada por la Corte Constitucional de Sudáfrica, tribunal que ha enfatizado que esta clase de situaciones solo intensifican la subordinación e impotencia de las víctimas, lo cual también envía un mensaje a la sociedad de que el trauma diario de las mujeres cuenta poco, y, además, la sensación de que la violencia doméstica es inevitable, lo que supone que los patrones de comportamiento sexista sistémico se normalizan en lugar de combatir⁹⁵.

⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 251. La Corte también ha requerido que, en casos de violencia sexual, “la investigación debe realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género”. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Espinoza González vs. Perú. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 309.

⁹⁴ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas. Caso Karen Tayag Vertido vs. Filipinas. Decisión de 22 de septiembre de 2010, párr. 8.4.

⁹⁵ Corte Constitucional de Sudáfrica. Sentencia CCT 29/99, fundamento 12.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

Ahora bien, no se ha tratado de un espacio en el que, recurrentemente, los tribunales hubiesen avalado las medidas que tenían el propósito de acelerar la igualdad entre hombres y mujeres. De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha sostenido, en su momento, que “una norma nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo”⁹⁶. Este entendimiento del principio de igualdad, sin embargo, fue variado posteriormente por este mismo órgano. Así, en el caso Hellmut Marschall, sostuvo que

[l]os apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, no se oponen a una norma nacional que, en caso de que candidatos de ambos sexos presenten igual capacitación, desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales, obliga a conceder preferencia en la promoción a las candidatas femeninas en aquellos sectores de actividad de la Administración que, en el nivel del puesto de que se trate, tengan un menor número de mujeres que de hombres, salvo que concurran en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor, siempre que: - dicha norma garantice, en cada caso particular, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino, y que - tales criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas⁹⁷.

De similar forma, en el ámbito de las Naciones Unidas también existen diversos pronunciamientos en los que se exhorta a los Estados a implementar medidas que permitan nivelar la situación de las mujeres respecto de los hombres. Por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha recomendado, en el año 1988, “que los Estados Partes hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo”⁹⁸. Con posterioridad, también ha indicado que

⁹⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia C-450/93, fundamento 16.

⁹⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia C-409/95, fundamento 31.

⁹⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas. Recomendación General N° 5 sobre medidas especiales temporales.

Evolución histórica de la protección constitucional e internacional de los derechos de la mujer

“[I]a eliminación oficial de barreras y la introducción de medidas especiales de carácter temporal para alentar la participación, en pie de igualdad, tanto de hombres como de mujeres en la vida pública de sus sociedades son condiciones previas indispensables de la verdadera igualdad en la vida política”⁹⁹.

⁹⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas. Recomendación General N° 23, sobre vida política y pública, párr. 15.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público: orden público internacional, orden jurídico internacional y derechos humanos

Silvio Mezarina García *

Pablo Rosales Zamora *

Resumen. - Este artículo pretende analizar la institución del orden público internacional, perteneciente al derecho internacional privado, en el marco de la relación entre esta disciplina y el derecho internacional público, considerando, dentro de este, al derecho internacional de los derechos humanos. El objetivo de esta investigación es estudiar cómo el orden jurídico internacional da forma a los contornos indeterminados del orden público internacional. El análisis emprendido acude, además, a la legislación interna peruana.

Abstract. - This article aims to analyze the institution of public policy exception, which belongs to private international law, within the framework of the relationship between this discipline and public international law, considering within the latter the international human rights law. The objective of this research is to study how the international legal order shapes the indeterminate contours of public policy exception. The analysis also looks at Peruvian domestic law.

Palabras clave. - Derecho Internacional Privado - Derecho Internacional Público - Orden Público Internacional - Orden Jurídico Internacional

Keywords. - Private International Law - Public International Law - Public Policy Exception - International Legal Order

* Abogado y Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en la UNMSM. Profesor de Derecho de los Tratados en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Correo electrónico: smezarinag@unmsm.edu.pe / pcrismez@upc.edu.pe.

* Abogado y Magíster en Ciencia Política con mención en Relaciones Internacionales por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la PUCP y profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Católica Sedes Sapientiae. Correo electrónico: pablo.rosalesz@pucp.pe

I. Introducción

En el derecho internacional privado (en adelante, DIPRI), el orden público internacional (en adelante, OPI) es una excepción que se utiliza para evitar que una figura o institución jurídica extranjera incompatible con los valores del sistema normativo de un determinado Estado, sea aplicada a un caso concreto y con su presencia en él atente contra las bases o cimientos estructurales que lo conforman¹.

El DIPRI cuenta con tres métodos, que son el material, el conflictual y el autolimitativo². El OPI es expresión, concretamente, del método autolimitativo; por ello, actúa como salvaguarda excepcional del sistema jurídico del foro, en tanto que la regla general, en favor del tráfico jurídico internacional, es que las instituciones extranjeras sean aceptadas y puedan desplegar plenamente sus efectos, lo que se logra a través de la aplicación del método conflictual.

Por otra parte, en el derecho internacional público (en adelante, DIP), el uso de la frase “orden público internacional” tiene una connotación distinta, identificándose con la idea de “orden jurídico internacional”, es decir el sistema de normas que delinear y establecen un parámetro general para los comportamientos esperados dentro de la estructura jurídica de la sociedad internacional³.

De estas ideas se puede extraer que el OPI del DIPRI no coincide plenamente con el concepto de OPI que, como ya manifestamos, algunos autores utilizan en el campo del DIP (y que en este trabajo denominamos “orden jurídico internacional”). El primero es una excepción de la aplicación de la ley extranjera, y el segundo retrata los principios estructurales aplicables a la sociedad internacional.

El tema de la relación entre el DIPRI y el DIP, en particular, el DIDH ha sido materia de reflexión reciente en el *Institut de droit international*, la cual ha emitido la Resolución sobre *droits de la personne humaine et droit international privé* el año 2021. En la literatura, ya ha sido abordada por otros autores la difícil relación entre estas dos ramas; no obstante, poca atención se ha prestado al OPI en el marco de este debate. En ese escenario, el propósito del artículo es estudiar sobre cómo el orden jurídico internacional da contorno a la noción de OPI, en el plano de la influencia que el DIP ejerce sobre el DIPRI.

Para alcanzar este propósito, el artículo se estructura en las siguientes secciones. En la primera, se plantea la relación entre el DIP y el DIPRI; seguidamente, se

¹ BIOCCA, Stella et al. *Lecciones de Derecho Internacional Privado*. Parte General, Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997, p. 130.

² BASADRE, Jorge. *Derecho Internacional Privado*. Lima: Ediciones Legales, 2010, pp. 303 y ss.

³ BURNEO, José. *Globalización de los Derechos Humanos y de la Justicia Penal Internacional*. Lima: PUCP, 2011, pp. 7 y ss. SALMÓN, Elizabeth. El orden público internacional y el orden público interno desde la perspectiva internacional del derecho internacional de los derechos humanos, *Revista Themis*, vol. 51, pp. 152 - 153.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

revisa el concepto del OPI en el marco del DIPRI y se sostiene su carácter indeterminado. Dentro de esta sección, se examina el alcance del concepto de orden jurídico internacional bajo el DIP, demostrando que abarca la protección y promoción de los derechos humanos. En una última sección, se argumenta que el carácter indeterminado del OPI puede ser delimitado a través de las normas pertenecientes al orden jurídico internacional, en especial, aquellas referidas al derecho internacional de los derechos humanos.

II. La relación entre el derecho internacional público y el derecho internacional privado

Tradicionalmente, se ha manejado la relación entre estas dos ramas partiendo de la idea de su separación y escasa interconexión⁴: desde una consideración teleológica, el DIP se dedica a regular las relaciones entre los Estados y otras entidades del sistema internacional; en cambio, el DIPRI regula la relación privada internacional. Así planteado el asunto, las finalidades de ambas ramas jurídicas no son fácilmente coincidentes. Además, desde el punto de vista normativo, mientras que la primera disciplina se desenvuelve completamente en el plano internacional, el DIPRI tiene componentes jurídicos provenientes del derecho doméstico, extranjero e internacional.

Otra visión que un sector de la doctrina ha sostenido es que el DIPRI se encuentra comprendido dentro del DIP o que son ramas de una misma naturaleza, en particular cuando se analiza desde el punto de vista de las soberanías que podrían encontrarse en pugna⁵.

Unido a este debate, se percibe un reclamo permanente de la doctrina privatista por sostener la autonomía del DIPRI frente al DIP, como si el valor de la primera disciplina solo se alcanzase al separarse lo más posible de la segunda⁶.

Una aproximación teleológica y normativa alimenta una visión autónoma del DIPRI. Sin embargo, cabe plantear algunas precisiones sobre este punto:

- En primer lugar, este reclamo de separación, de apartamiento del DIPRI, no puede ser entendido en términos absolutos. Kelsen sostenía que el DIP no puede ser definido materialmente porque sería un riesgo un planteamiento de ese tipo en tanto cierra la posibilidad de que esta rama se expanda abarcando nuevos temas de regulación⁷. El DIP no tiene, por lo tanto, límites materiales y, de esa manera, también puede acoger varias expresiones que nacen del o para el DIPRI. Un ejemplo sería el desarrollo

⁴ PILLET, Antoine. *El derecho internacional privado*. Consideraciones en sus relaciones con el derecho internacional público, Salamanca, 1914, p. 11.

⁵ *Ibíd.*

⁶ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. *El derecho internacional privado en el diván – Tribulaciones de un ser complejo*. En: *Derecho internacional privado y Derecho de integración*. Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano, Asunción: CEDEP, 2013, pp. 21-24.

⁷ KELSEN, Hans. *Principios de derecho internacional público*. Granada: Comares 2013 (1952), p. 149.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) y los varios tratados que se han celebrado en su seno. No se puede aislar del DIPRI este desarrollo armonizador que produce la HCCH, o la Organización de los Estados Americanos (OEA) a través de las Conferencias Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP).

- En segundo lugar, una separación radical entre el DIPRI y el DIP supone desconocer que el primero tiene, además de fuentes éticas, fuentes de índole interética y extraética. Particularmente, importan en esta discusión las segundas que aluden a los tratados que son fuentes del DIP, conforme al artículo 38.1.a del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: en efecto, el DIPRI recurre a los tratados que son fuentes del DIP.
- En tercer lugar, el particularismo del DIPRI, es decir, el DIPRI que regula cada Estado de manera exclusiva, parte de la premisa de distribución territorial de los Estados. Sin la presencia de Estados en la comunidad internacional, sin esa distribución del poder político, no hubiese sido posible el desarrollo de la dimensión ética de las normas del DIPRI.

En consecuencia, si bien el DIP no contiene absolutamente todo lo que, actualmente, constituye el DIPRI, puede viabilizar varias de sus manifestaciones. La dimensión internacional del DIPRI se ve amparada, en un sentido amplio, por las fuentes del DIP.

Si existe este “préstamo” del DIP hacia el DIPRI, en especial de su fuente convencional, cabría identificar si es que el desarrollo actual del DIP influye materialmente en la configuración del DIPRI y eso se verá mediante la institución del OPI.

III. El orden público internacional en el derecho internacional privado

El objeto del DIPRI es la relación jurídica privada internacional, aquella que cuenta con un elemento extranjero y que surge como iniciativa de los privados, o que no siéndolo actúan en esa calidad⁸. Esta disciplina es la rama del derecho encargada de dar solución a los conflictos que se pueden presentar cuando hay dudas sobre el derecho aplicable (el llamado “conflicto de leyes”) o el juez o tribunal competente en resolver el problema jurídico vinculado a la relación jurídica privada internacional. Asimismo, se encarga de estudiar la pertinencia y posibilidad legal de otorgar eficacia en territorio nacional a sentencias o laudos arbitrales emitidos por autoridades extranjeras⁹.

⁸ ESPLUGUES, Carlos; IGLESIAS, José. *Derecho Internacional Privado*. Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 59.

⁹ BASADRE, Jorge. *Derecho Internacional Privado*. Lima: Ediciones Legales, 2010, pp. 13 y ss.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

Otros autores consideran que es acertado incluir dentro de su campo de estudio, la cooperación judicial internacional, el derecho de nacionalidad y de extranjería, en tanto que es vital entender estas materias para poder aplicar debidamente las normas de DIPRI. Existe doctrina que se inclina, pues, por asumir una concepción amplia del DIPRI, abarcando no solo el “conflicto de leyes”¹⁰.

El DIPRI tiene un carácter predominantemente nacional, pero cuenta también con elementos internacionales. Respecto al primer aspecto, ello explica por qué se puede diferenciar entre, v.gr., un DIPRI chino y un DIPRI peruano. En ese sentido, cada Estado cuenta con sus propias normas en la materia¹¹. En el caso del Perú, las normas de DIPRI se encuentran sobre todo en el Libro X del Código Civil de 1984.

Además de las normas nacionales, también se puede identificar tratados en la materia, como aquellos que surgen de la HCCH¹² o en el marco de la OEA¹³, o inclusive normas consuetudinarias como la *lex mercatoria*. Este carácter internacional (o transnacional) del DIPRI es innegable al día de hoy y su fundamento descansa en la vocación personalista que posee¹⁴; es decir, el reconocimiento del ser humano como principal actor de la relación jurídica privada internacional.

En ese sentido, el aspecto estatal e internacional del DIPRI conduce a una tensión permanente al interior de esta disciplina. En ese contexto, es que se halla el OPI, o

¹⁰ LALIVE, Pierre. *Tendances et méthodes en droit international privé (Cours Général)*. Recueil des cours, 1977, pp. 39 y ss.

¹¹ ESPLUGUES, Carlos; Iglesias, José. *Derecho Internacional Privado*. Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 60.

¹² El Estatuto de la HCCH fue suscrito, en La Haya, el 31 de octubre de 1951, entrando en vigor internacional el 15 de julio de 1955. Mediante Decreto Supremo N.º 004-2001-RE, del 16 de enero de 2001, Perú ratificó el Estatuto de la citada Conferencia. El instrumento de adhesión fue depositado el 29 de enero del mismo año, fecha a partir de la cual, Perú se convierte en Estado Miembro de la Conferencia. El “Convenio Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros”, fue adoptado el 5 de octubre de 1961, en Perú fue aprobado mediante Resolución Legislativa N.º 29445, ratificado mediante Decreto Supremo N.º 086-2009-RE, y en vigor desde el 30 de setiembre de 2010; el “Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores” fue adoptado el 25 de octubre de 1980, en Perú fue aprobado mediante Resolución Legislativa N.º 27302, ratificado a través del Decreto Supremo N.º 023-2000-RE y en vigor desde el 1 de agosto de 2001; la “Convención relativa a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional” fue adoptada el 29 de mayo de 1993, en Perú fue aprobada por Resolución Legislativa N.º 26474, entrando en vigor el 1 de enero de 1996.

¹³ Es el caso de las denominadas Conferencias Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), se la revisión del portal institucional del Departamento de Derecho Internacional de la OEA, tenemos que, a la fecha, se han “(...) celebrado siete CIDIPs (...) en (...) ciudad de Panamá en 1975, Montevideo en 1979, La Paz en 1984, Montevideo en 1989, ciudad de México en 1994, y Washington, D.C. en 2002 y 2009(...)”, habiéndose “(...) suscrito 26 instrumentos interamericanos (...) sobre diversos asuntos relativos a la cooperación jurídica y judicial entre los Estados y la seguridad en las relaciones civiles, de familia, comerciales y procesales” (En: https://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho_internacional_privado_historia_proceso_cidips.asp#:~:text=Las%20CIDIPs%20han%20sido%20el,cuestiones%20de%20derecho%20internacional%20privado

¹⁴ LALIVE, Pierre. *Tendances et méthodes en droit international privé (Cours Général)*, Recueil des cours, 1977.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

la llamada “ley de aplicación inmediata” o “ley de aplicación necesaria”¹⁵, el cual se erige como una de las principales restricciones de la aplicación de la ley extranjera por constituir la aplicación de esta un riesgo a la vigencia del plano axiológico del foro.

Como afirmaría en su momento Healy¹⁶, el OPI autoriza al Estado a proteger sobre todo su territorio y respecto de los particulares sujetos a su jurisdicción, las normas que concibe como esenciales a esta entidad soberana “para la seguridad, la moral y el buen gobierno de su territorio”. El OPI se caracteriza por ser sumamente controversial tanto, a nivel doctrinario como aplicativo, dados sus contornos imprecisos y porque cuanto más se intenta precisarlo más surgen las discrepancias respecto de su contenido¹⁷.

Con todo su carácter indefinido, el OPI es precisamente una institución intrínseca del DIPRI, una expresión muy única de su esencia, común a la gran mayoría de sistemas normativos nacionales¹⁸, que sirve como escudo que evita que una norma extranjera se aplique en un determinado Estado, cuando esta norma atenta contra un valor ineluctable del foro¹⁹.

Como puede apreciarse, la problemática que encierra la noción de OPI en DIPRI gira en torno a su indefinición material. Es en sí una categoría jurídica indeterminada²⁰, en la cual pueden encontrarse al menos dos elementos, que varían en cada sistema jurídico. Por un lado, un aspecto que proviene del derecho interno, de la voluntad legislativa, concerniente a la “coherencia de la vida social”²¹, y por otro lado, un aspecto que supone la incorporación de “una fracción de la vida internacional en el orden interno”, en palabras de Graulich²², y que nosotros preciaríamos como una fracción de la vida de una sociedad extranjera. Esta dualidad del OPI demuestra la posible confusión con otros conceptos como “orden público”, el cual procederemos a diferenciar más adelante. Primero conviene revisar dónde se encuentra localizado el OPI en el plano de la solución a un problema jurídico referido a la relación privada internacional.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 120.

¹⁶ HEALY, Thomas. *Théorie générale de l'ordre public*, Recueil des cours, vol. 27, 1925, p. 412.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direito Internacional Privado*, Brasil: Forense, 2017, p. 262.

¹⁹ ZELADA, Carlos; GURMENDI, Alonso. Entre el escudo y la espada: el matrimonio igualitario visto desde el orden público internacional y el derecho internacional de los derechos humanos, *Revista Themis*, vol. 69, 2016, p. 259.

²⁰ BUCHER, Alfred. *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, Recueil des cours, 1993, pp. 23- 26. Vassallo, Nicolás. El desarrollo del Derecho Internacional Privado en el Perú, *Forseti. Revista de Derecho*, vol. 12, n.º 16, 2022, p. 77.

²¹ LALIVE, Pierre. *Tendances et méthodes en droit international privé (Cours Général)*, Recueil des cours, 1997, p. 127.

²² *Ibíd.*

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

i. La ruta de solución de problemas de derecho internacional privado: lugar que ocupa el orden público internacional

Es importante retratar la ruta que el Libro X del Código Civil plantea con relación a la aplicación del OPI. En esa línea, se tiene una serie de elementos que surge de la lectura sistemática del Libro X²³, que son los siguientes:

- a. Determinación de la relación o situación jurídica privada internacional
- b. Pertinencia de tratado
- c. Competencia jurisdiccional
- d. Ley aplicable y factor de conexión
- e. Excepción del orden público internacional y del fraude a la ley

A continuación, se explican cada uno de estos puntos, con el objetivo de determinar en qué punto se ubica el OPI.

A. Determinación de la relación o situación jurídica privada internacional

En ausencia de la configuración de una relación jurídica privada internacional, no es posible invocar la aplicación del DIPRI. Para que haya una relación de esta clase, se deben conjugar tres elementos:

- Que posea relevancia jurídica: En tanto que el DIPRI es una disciplina jurídica, solo tendrá interés respecto de aquellos supuestos que tengan interés desde el punto de vista legal. En ese sentido, puede ocurrir que se encuentren presentes los otros elementos, lo privado y lo internacional, y, no obstante, carecer de interés para esta disciplina. Por ejemplo, una conversación informal vía medios informáticos entre personas de dos países distintos, transferencia de dinero de un país a otro, la presencia de extranjeros que adquieren bienes en el país receptor, etc.
- Que sea privada: Toda relación jurídica objeto de DIPRI es una que se configura entre particulares, personas naturales o jurídicas, o incluso entre aquellos que, pese a que no lo sean, asumen ese carácter en el marco de esa relación. Como ejemplo, se puede citar un contrato de compraventa internacional, el cual puede celebrarse por dos empresas o por dos Estados. Este último supuesto puede ser problemático porque los Estados actúan, comúnmente, bajo su calidad soberana (actos de *ius imperii*), pero también pueden someter, el régimen jurídico

²³ TOVAR, María; TOVAR, Javier. Derecho Internacional Privado. Estudio de las Relaciones Económicas Privadas Internacionales, Lima: Gaceta Jurídica, 2020, p. 22.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

de ese contrato, a una legislación nacional y que, en caso de controversia, sea una jurisdicción local extranjera la que lo resuelva.

- Que sea internacional: El sentido de lo internacional, en el ámbito del DIPRI, se refiere a la presencia de un elemento extranjero dentro de la relación jurídica privada. Eso explica el fraseo del artículo 2047 del Código Civil, que refiere al DIPRI como “derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros”. Asimismo, no toda presencia del elemento extranjero es relevante, sino sólo aquella que involucre la simultánea vocación de varios ordenamientos jurídicos en ser aplicados al caso en concreto. Lo “internacional” en este punto no coincide con el concepto que se maneja en el DIP, que alude a un régimen creado *ad hoc* por dos o más sujetos de derecho internacional para regular sus relaciones *inter se*.

De configurarse, entonces, una relación jurídica privada internacional, se sigue la consecuente aplicación de los métodos que involucra el DIPRI, como se explicará, a continuación.

B. Pertinencia de las normas de un tratado en el esquema del artículo 2047 del Código Civil

El artículo 2047 del Código Civil señala que el DIPRI “se determina de acuerdo con los tratados (...) ratificados por el Perú que sean pertinentes y, si éstos no lo fueran, conforme a las normas del presente Libro.” De esta disposición, se extrae el mandato por el cual, primero, debe trabajarse la relación jurídica privada internacional conforme a lo regulado en el tratado pertinente.

Con tratado, se alude a aquel “acuerdo entre sujetos de derecho internacional con capacidad de celebrarlos que se rige por el derecho internacional, generalmente por escrito, ya conste en un único instrumento o en más instrumentos conexos y cualquiera sea su denominación particular”²⁴. En el caso del DIPRI, se tiene que los Estados son, generalmente, los celebrantes de tratados sobre la materia, en virtud de la función que cumple dicha disciplina en sus sistemas normativos²⁵.

La frase “pertinente” denota aquí la idea de que el tratado es aplicable a la relación jurídica privada internacional y que, además, ofrece una solución material que goce de suficiencia. Esta regla es expresión del método sustancialista del DIPRI. La aplicación del Código Civil está supeditada a la

²⁴ ROSALES, Pablo; ANTIALÓN, Alexander. *Las fuentes del derecho internacional*. En: MAÚRTUA, Óscar (Coord.). *Derecho Internacional Público*, Lima: Universidad Ricardo Palma, 2019, p. 116.

²⁵ El caso de la Unión Europea es particular, en tanto que, a pesar de no ser un Estado, no solo forma parte de tratados sobre derecho internacional privado en el marco de la HCCH, de la cual también es miembro, sino que posee su propio derecho internacional privado. Ver: CALVO, Alfonso; CARRASCOSA, Javier. *Derecho Internacional Privado*. Volumen I, Granada: Comares, 2008, pp. 157 - 292.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

solución material aportada por un tratado de DIPRI. Por lo tanto, el método sustancialista antecede al método conflictual. Si el primero no ofrece una solución, queda acudir al más clásico de todos los métodos del DIPRI.

C. Competencia jurisdiccional

Pero antes de entrar al análisis normativo, es necesario determinar cuál es el tribunal competente para resolver el caso. Como señalan los hermanos Tovar y Tovar "(...) la piedra de toque o punto de partida para analizar y resolver un conflicto privado internacional parte por definir o suponer el tribunal que debe conocer el asunto"²⁶. Sin el juez civil o el árbitro no será posible la resolución del mencionado conflicto, y en cuanto a la evaluación en torno al OPI, corresponde que estos sean quienes se encarguen de su aplicación, en caso sea imperioso el uso de esta excepción.

Dado el alcance de este artículo, no hemos considerado necesario profundizar más sobre este punto, enfatizando simplemente que, sin tribunal competente, no será posible avanzar con los siguientes pasos que son explicados a continuación.

D. Ley aplicable y factor de conexión

El Título III (Ley aplicable) del Libro X del Código Civil refiere al método conflictual o de "conflicto de leyes". La estructura de la norma de conflicto consta de la relación o situación jurídica, el factor de conexión y un resultado.

- Relación o situación jurídica: Como se ha sostenido por la doctrina mayoritaria, la estructura de la norma de conflicto difiere de la norma usual de los ordenamientos jurídicos internos. La norma de conflicto no contempla un supuesto de hecho, es decir, un suceso de la realidad en cuanto tal, sino un concepto jurídico (por ejemplo, un contrato de donación, el matrimonio, la adopción, la existencia de la persona jurídica, la responsabilidad extracontractual, etc.). La operación de encontrar la justa inserción entre la relación jurídica privada internacional con el concepto contemplado en el supuesto de la norma conflictual se conoce como "calificación".
- Factor de conexión: Es el "punto intermedio"²⁷ de la norma conflictual, y consiste en el criterio que se aplicará a la relación jurídica y que dará como resultado la legislación interna o la legislación extranjera aplicable. El factor de conexión varía de acuerdo al criterio que posea

²⁶ TOVAR, María; TOVAR, Javier. Derecho Internacional Privado. Estudio de las Relaciones Económicas Privadas Internacionales, Lima: Gaceta Jurídica, 2020, p. 24.

²⁷ ARGUELLO, Isaura. La norma de Derecho Internacional Privado, Lecciones y Ensayos, 1959, p. 78.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

el legislador y que le atribuya a cada institución en particular (puede ser, la nacionalidad, el domicilio, etc.).

- Resultado: El método conflictual solo puede conducir a dos escenarios posibles, que son la aplicación de la legislación nacional o de la legislación extranjera. Es en este punto del análisis donde ingresa la aplicación del método autolimitativo.

E. Excepción del orden público internacional y del fraude a la ley

Ambas son expresión del método autolimitativo, o normas de policía, que el legislador prevé para evitar que la legislación extranjera sea aplicable. El artículo 2049 del Código Civil peruano señala lo siguiente: *“Incompatibilidad de norma extranjera. Artículo 2049.- Las disposiciones de la ley extranjera pertinente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, serán excluidas sólo cuando su aplicación sea incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres. Rigen, en este caso, las normas del derecho interno peruano.”*

De la lectura de la disposición citada, se puede constatar que el legislador peruano no ofrece una definición de orden público internacional ni tampoco señala qué normas entrarían en dicha categoría. Adicionalmente, se observan los siguientes dos problemas:

- Por un lado, el primer aspecto complicado de la redacción de este artículo es la construcción del enunciado normativo que parece solo acotar el método autolimitativo a lo planteado en este, excluyendo, aparentemente, al fraude a la ley. La discusión en la doctrina nacional ofrece dos líneas argumentativas sobre el particular: aquellos que sostienen su existencia, a la par de la excepción del OPI, y aquellos que niegan que se haya recogido en el Código Civil. Podría decirse que la sola redacción del artículo 2049 del Código Civil no es capaz de excluir la institución del fraude a la ley, el cual es inherente al sistema jurídico, en cuanto que este recoge la noción de abuso del derecho en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, y que viene a ser recogido en virtud de la “Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado”, del 8 de mayo de 1979, que indica en su artículo 6 que “[n]o se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado Parte, cuando artificioosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte²⁸.”
- Por otro lado, la regulación peruana menciona el concepto “buenas costumbres”, el cual tampoco es definido en este artículo ni en el Código Civil, aunque sea mencionado también en el artículo V del

²⁸ Respecto de este tratado, la República del Perú depositó su instrumento de ratificación el 15 de mayo de 1980.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

Título Preliminar. La noción reviste dificultades porque introduce un amplio margen de discrecionalidad en la labor del juez para negar la aplicación de la legislación extranjera, so pretexto de aparentes criterios axiológicos correctos o superiores, provenientes del foro. La noción, lejos de poseer claridad, supone que el juez debe tener la suficiente lucidez como para poder identificar cuál es ese criterio axiológico compartido a nivel de la comunidad peruana. En el marco de este concepto, podríamos decir que se encuentra en construcción una perspectiva ética común a las sociedades de los diversos países²⁹. Tal perspectiva se tendría que edificar en base a los instrumentos más universales y representativos en el marco de los derechos humanos.

ii. Orden público internacional y orden jurídico internacional

A nivel de la literatura nacional, se ha empleado la noción de OPI para referirse, en el caso del DIP, al “conjunto de valores fundamentales o esenciales de la comunidad internacional”³⁰.

Considerando la necesidad de claridad didáctica, para hacer referencia al contexto del DIP, tal vez sería preferible el uso de la terminología “orden jurídico internacional”, como se observa en la literatura³¹. Ello podría evitar la confusión entre la noción OPI empleada en DIPRI y cuya denominación es ampliamente difundida en este campo, para reservar “orden jurídico internacional” en referencia al conjunto de principios generales que rigen el sistema internacional.

iii. Orden público y orden público internacional: apreciaciones desde el Código Civil peruano

Genera fácil desconcierto que se empleen términos que, de primera impresión, aparentan ser lo mismo. Sin embargo, en el Código Civil peruano, la terminología de OPI figura solo en los artículos 2049 y 2050 pertenecientes al Libro X, mientras que el término “orden público” en el artículo V del Título Preliminar; artículos 6 (actos de disposición del propio cuerpo) y 7 (actos funerarios) del Título II (Derecho de la Persona), perteneciente al Libro I (Derecho de las Personas); artículos 96 y 120 (disolución por atentar contra orden público) del Título I de la Sección Segunda (Personas Jurídicas) también pertenecientes al Libro I; artículos 1681 (Obligaciones del arrendatario) y 1697 (causales de resolución) del Capítulo

²⁹ BASADRE, Jorge. *Derecho Internacional Privado*, Lima: Ediciones Legales, 2010, p. 196.

³⁰ SALMÓN, Elizabeth. *El orden público internacional y el orden público interno desde la perspectiva internacional del derecho internacional de los derechos humanos*. Revista Themis, vol. 51, 2005, p. 153. El concepto parece provenir del texto ya citado “L’ordre public et le but social des lois en droit international privé” de Bucher (1993), curso escrito para la Academia de La Haya de Derecho Internacional.

³¹ DUPUY, Pierre.-Marie. *L’unité de l’ordre juridique international: cours général de droit international public*. Recueil des cours, vol. 297, 2003, pp. 59 - 66.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

Tercero del Título IV (Arrendamiento), perteneciente al Libro VII (Fuente de las obligaciones).

La confusión se agrava porque, en el propio Libro X, se acude a la frase “orden público” a secas y no a “orden público internacional” en los artículos 2060 (Prórroga o elección de tribunal extranjero en asuntos de competencia nacional), 2104 (Requisitos para exequátur). No obstante, de una lectura sistemática del Código Civil, se entiende que la referencia es al OPI por ser el exequátur una institución perteneciente al DIPRI³².

El orden público en general puede ser identificado con las normas imperativas de un determinado Estado. Se encuentra conformado “por el conjunto de condiciones fundamentales de la vida social instituidas en una determinada comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de esta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos (...)”³³. Técnicamente, se trata de aquellas normas que no admiten pacto en contrario.

En la sección anterior, se indicaba que, pese a su carácter jurídico indeterminado, el OPI tiene dos grandes componentes, uno proveniente del derecho interno y otro del marco jurídico internacional. Asumiendo la definición citada de orden público, se puede afirmar que el OPI es, lógicamente siempre orden público, pero no todo orden público es OPI³⁴, porque no resulta razonable que toda norma imperativa sea oponible a una norma extranjera al punto de evitar su aplicación.

En ese sentido, mientras que el orden público implica un límite a la autonomía de la voluntad, el OPI sería, además, un límite a la aplicación del derecho extranjero³⁵. En esa línea, el OPI tiene su centro vital en el orden público interno, pero no toda norma perteneciente a esta categoría es “fundamental” y conduce a detraer el resultado de la ley aplicable.

La confusión se da no solo a nivel teórico sino también en la práctica, en el plano jurisdiccional.

César Delgado *et al.* ofrecen como ejemplo una sentencia de la Corte Suprema que revocó una resolución que declaraba fundada una solicitud de exequátur sobre el reconocimiento de un divorcio producido en los Estados Unidos de América. En concreto, el divorcio se había concedido en este país, valorando la causal de incompatibilidad de caracteres. En ese momento, no existía esta causal en el Perú para la disolución del vínculo matrimonial. La mencionada corte señaló que al ser la familia y el matrimonio instituciones naturales y fundamentales de la sociedad,

³² TOVAR, María; TOVAR, Javier. *Derecho Internacional Privado*. Lima: Bustamante de la Fuente, 1987, p. 348.

³³ BASADRE, Jorge. *Derecho Internacional Privado*. Lima: Ediciones Legales, 2010, p. 165.

³⁴ MEZARINA, Silvio. *Orden público internacional, derechos fundamentales y control de convencionalidad*. Revista del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Año II, n.º 3, 2019, p. 74

³⁵ PEREZNIETO, Leonel. *Derecho Internacional Privado*. Parte General, México: Oxford University Press, 2002, p. 158.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

las normas que la regulan son indisponibles y por lo tanto de orden público; en consecuencia, la disolución del vínculo matrimonial con base a una causal inexistente en el Perú atentaba contra el OPI³⁶.

Si bien es cierto que las causales de divorcio son *numerus clausus*, y se trata de normas de orden público, en tanto los ciudadanos no pueden invocar una causal inexistente en el Código Civil, eso no significa que ciertas causales admitidas en el extranjero, que no coinciden exactamente con las que se encuentran reguladas en nuestro país, atenten contra las bases esenciales de nuestro ordenamiento jurídico. No todo lo que es imperativo para nuestro ordenamiento jurídico bajo el concepto de “orden público” resulta ser suficiente para impedir la aplicación de una legislación extranjera como OPI.

Por ejemplo, no es posible hoy en día en el Perú, solicitar el divorcio por una causal como “falta de deseos de superación del cónyuge”. Un peruano o residente en el país no puede invocar dicha razón, en tanto que la lista de causales de divorcio establecidas en el artículo 349 del Código Civil constituye una lista cerrada, es decir, una petición en ese sentido atentaría contra el orden público (normas imperativas).

¿Qué sucedería si se presentara a consideración de las autoridades nacionales, un exequatur para validar en el Perú un divorcio concedido en un sistema jurídico extranjero que admitiera una causal que validara la discriminación étnica como razón para la anulación o extinción del vínculo matrimonial? Es claro que aceptar la validez del efecto legal de tal divorcio en nuestro sistema jurídico sería atentatorio a la dignidad del ser humano, basamento de todo nuestro derecho objetivo, partiendo de la Constitución Política, y por lo tanto se atentaría contra nuestro OPI.

iv. Nuevos planteamientos: orden público internacional de proximidad

Por otra parte, la doctrina ha desarrollado el concepto de OPI de proximidad, que sería aquel que restringe el campo de acción de la excepción, enfocándose en los llamados casos cercanos o próximos al foro³⁷.

La idea general de este concepto se basa en lo siguiente: si determinada institución jurídica de un país extranjero con similar cultura y con un sustrato normativo, político, económico y social sustancialmente compatible con el país del foro (receptor), es contraria a ese sustrato, su presencia generará con alta probabilidad un “daño” estructural en el colectivo social afectado³⁸. *Contrario sensu*, si se permite el ingreso de una determinada figura jurídica proveniente de un ordenamiento jurídico extranjero de una sustancia diametralmente opuesta y construida en base

³⁶ DELGADO, César et al. *Introducción al derecho internacional privado*. Volumen 1, Lima: PUCP, 2004.

³⁷ CARRASCOSA, Javier. Orden público internacional y externalidades negativas. En: *Boletín del Ministerio de Justicia (estudios doctrinales)*, Año 62, N.º 2065, 2008, p. 2372.

³⁸ *Ibid.*

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

a valores distintos a los del foro, el reconocimiento de esa situación jurídica extraña al país anfitrión, no tendría un resultado catastrófico por ser incapaz de expandir sus efectos en la nación receptora.

Entre las ventajas que ofrece la tesis del OPI de proximidad se encuentran las siguientes:

- a. La excepción sólo es aplicable cuando existe un daño real para la integridad del ordenamiento jurídico del Estado; y,
- b. Se respeta la forma de organización social extranjera³⁹.

La principal crítica a esta teoría es que se estaría consintiendo la existencia de sujetos de doble condición jurídica:

- a. Por un lado, estarían aquellos que pueden invocar el OPI como defensa, al haber estado implicados en relaciones jurídicas en países de cercanía cultural, impidiendo con ello la aplicación de la norma extranjera, protegiendo con ello plenamente sus derechos subjetivos; y,
- b. Por otro lado, aquellos que no podrían invocar el OPI, viendo vulnerados sus derechos subjetivos, sólo por haber sido partícipes de una situación jurídica determinada en un ordenamiento jurídico muy poco conectado con el del foro⁴⁰.

Pongamos como ejemplo el siguiente caso: un extranjero o nacional que quiere hacer valer una disolución matrimonial conseguida en un país de tradición musulmana. En aquel país es suficiente con la voluntad unilateral de repudio para dar por concluido el vínculo. Desde el punto de vista de la igualdad entre hombre y mujer, del respeto por la dignidad del ser humano, nos parecería absolutamente ilógico que se concediera legitimidad en nuestro país a una figura jurídica tan alevosamente contraria a los derechos humanos. Sin embargo, desde un punto de vista técnico de OPI de proximidad, se podría aducir que el reconocimiento de semejante situación no generaría un sacudón irresistible en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que la distancia cultural que separa ambos sistemas es tal que no afectaría a nuestra sociedad ni a nuestro sistema jurídico.

En España, por ejemplo, vía exequatur, los jueces atribuyen validez a este tipo de disoluciones matrimoniales, aunque con el propósito de preservar derechos adquiridos por la mujer (por ejemplo, la indemnización compensatoria)⁴¹; asimismo, se busca evitar que la mujer repudiada siga manteniendo el vínculo con el ex esposo, pudiendo, ya libre, contraer nuevo matrimonio en España.

³⁹ *Ibíd.*, pp. 2375-2376.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 2376.

⁴¹ PÉREZ, Salvador. Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español, *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, n.º 13, 2008, p. 202.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

Bajo el punto de vista del orden público internacional de proximidad, por ejemplo, se podría argüir que, si se concede reconocimiento legal en nuestro país, a un matrimonio entre personas del mismo sexo constituido en el extranjero, y al estar la sociedad peruana dentro de la órbita del mundo occidental en la que un buen número de Estados ha reconocido esa institución, y precisamente por esa proximidad cultural, se podría producir una auténtica colisión de efectos expansivos contra la forma de organización social escogida por la sociedad peruana (plasmada en la Constitución política de 1993 y el Código Civil vigente), dado que la concepción detrás de la norma es la de admitir solo el matrimonio entre varón y mujer como célula básica social.

Como se observa, se produce una tensión entre dos intereses contrapuestos:

- La validación en el sistema jurídico nacional de la institución del matrimonio o de la unión civil entre personas del mismo sexo;
- La defensa del orden público en la integridad del sistema jurídico nacional, que a la fecha aún lo legisla sobre las indicadas instituciones.

Esta tensión se presenta como sumamente delicada, en tanto podría conducir a la vulneración de derechos fundamentales, con particular énfasis en la igualdad y no discriminación⁴².

En efecto, es importante aclarar que la aplicación concreta de la excepción planteada a través del OPI es sumamente problemática en tanto que sus contornos son extremadamente difusos. En cuanto al aspecto interno, el juez deberá escoger dentro del orden público interno, cuáles de sus normas impedirían que la legislación extranjera despliegue sus efectos jurídicos. Por otro lado, si se postula que el OPI comprende también aquellos elementos internacionales asumidos por el sistema jurídico del Estado, queda abierta la duda de cuáles de estos elementos serían utilizables de cara a evitar la aplicación de la legislación extranjera. Y, por último, en caso de colisión entre el derecho interno y el derecho internacional, y los valores que provienen de cada uno, es el juez el que tomaría la decisión de por qué hacer prevalecer uno y no otro.

Para ilustrar este aspecto, piénsese en el supuesto del matrimonio de personas del mismo sexo. Se ha planteado, en doctrina, dos posibles soluciones. Por un lado, una que niega la posibilidad de recepcionar los efectos jurídicos de la legislación extranjera porque iría en contra de los valores del foro y, por otro lado, otra que admite los efectos jurídicos de la misma en virtud de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos.

Por ejemplo, se podría argumentar que, dado que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado a favor del matrimonio entre personas del

⁴² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N.º 20, E/C.12/GC/20, "La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)", 2009, numeral 32.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

mismo sexo⁴³, y que, en vista de que progresivamente tal tipo de uniones se expande con rapidez en Occidente y Latinoamérica, la judicatura peruana debería virar de considerar la prohibición de dichas uniones, a admitir su reconocimiento en virtud de ese OPI.

IV. Los derechos humanos y el orden público internacional: la consolidación de la dimensión internacional del derecho internacional privado

A diferencia del DIPRI que tiene elementos que van más allá del DIP, el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) es una rama particular del actual derecho de gentes, cuyo foco de atención se centra en la protección de la dignidad del ser humano. Su desarrollo contemporáneo se concreta en sistemas de protección, uno universal y tres regionales (interamericano, africano y europeo). Estos sistemas contienen, no solo listas positivizadas de derechos del ser humano que se sustentan en el reconocimiento de su dignidad, sino también órganos que se encargan de su promoción, monitoreo y protección⁴⁴. Pese a esta división institucional por sistemas y sus diferencias particulares, el DIDH forma un *corpus iuris* internacional que comprende normas que se relacionan entre sí, lo cual es posible en virtud del principio de indivisibilidad de los derechos humanos.

La protección de los derechos individuales era, anteriormente, de preocupación exclusiva de cada Estado. Durante el siglo XIX y casi primera mitad del siglo XX, el ser humano era concebido como súbdito del Estado. Esto se producía por la centralidad estatal en el plano del derecho internacional, lo que hacía que este derecho se preocupara por los asuntos interestatales, dejando de lado otra clase de consideraciones. Bajo esa lógica, que un Estado buscara proteger los derechos de la población de otro Estado suponía una intromisión en sus asuntos internos.

Con la internacionalización de los derechos humanos, este enfoque ha cambiado radicalmente. El DIDH, entonces, ha supuesto que los derechos del individuo dejen de encontrarse en la esfera del dominio reservado de los Estados y han pasado al plano internacional⁴⁵. La internacionalización y expansión prácticamente general de tales derechos subjetivos es uno de los aspectos positivos del DIP contemporáneo. Asimismo, el DIDH, rama que se desprende del derecho de gentes, representa un conjunto de normas que tiene efectos expansivos en otros

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva N.º OC-24/17, 2017, párrafos 182, 220, 221, 222.

⁴⁴ Es deber precisar que, si bien el DIDH tiene su desarrollo normativo en el plano internacional, su aplicación depende en gran medida de la soberanía de los Estados. No obstante, debe reconocerse que el control de convencionalidad ha venido limitando esa libre discrecionalidad que tienen los Estados de la región para cumplir con sus obligaciones en el marco del sistema interamericano de derechos humanos.

⁴⁵ RAMOS, André. *Universal, tolerante e inclusivo: uma nova racionalidade para o direito internacional privado na era dos direitos humanos*. Cadernos do Programa de Pós-graduação, vol. 15, n.º 2, 2020, p. 110.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

campos jurídicos, pudiendo afirmarse incluso que ha supuesto el replanteamiento inclusive del DIPRI.

En efecto, tal influencia del DIDH no solo es para con disciplinas que también se desprenden del DIP, sino para con el ordenamiento jurídico interno de cada Estado. En el primer caso, se vuelve notorio el impacto del DIDH en consideraciones que eran de preocupación exclusiva de los Estados, como las inmunidades jurisdiccionales de los agentes estatales. Actualmente, por ejemplo, se plantea la discusión acerca de si un jefe de Estado puede invocar o no sus inmunidades funcionales frente a la comisión de un crimen internacional⁴⁶. Sin el desarrollo del DIDH, esta pregunta tendría una respuesta basada en la indiferencia: si un jefe de Estado cuenta con inmunidades de jurisdicción, así cometa un crimen internacional, no se podría conducirlo a una sanción penal. Esta afirmación se ha visto en cuestionamiento reciente producto de la evolución del DIDH y, en general, por el proceso de humanización del DIP.

En el segundo caso, el DIDH prevalece sobre las normas internas, como se desprende del principio de primacía del derecho internacional, el cual tiene una base jurídica sólida en la costumbre internacional y está expresamente recogida para los tratados en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT). Estados como la República del Perú, al ser parte de la CVDT, aceptan que el DIDH prime sobre el derecho interno. Esta primacía ha dado lugar, en el plano del sistema interamericano de derechos humanos, al desarrollo particular⁴⁷ del llamado “control de convencionalidad”, mecanismo a través del cual quienes administran justicia, sea la rama del derecho de la que se ocupen, deban emitir pronunciamientos, no solo a la luz de las normas del derecho interno, sino aplicando los estándares interamericanos que se desprenden de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁸.

Es más, el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia⁴⁹, ha interpretado que los tratados que versan sobre derechos humanos, se encuentran en la primera categoría de normas del ordenamiento jurídico nacional junto con la Constitución y las leyes de reforma constitucional, ostentando, este tipo de tratados, rango constitucional.

El DIDH es una de las ramas que encabeza el proceso de humanización del DIP, pero la doctrina nacional se ha concentrado en pensar el DIDH en cuanto a sus

⁴⁶ REYES, Michelle. *El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad y su regulación en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional*. Agenda Internacional, vol. 15, n.º 16, pp. 69 - 106.

⁴⁷ ROSALES, Pablo. *Ius constitutionale commune en América Latina y control de convencionalidad: reflexiones desde el derecho internacional*. Ed. 38, 2022. Disponible en: <<https://idehpucp.pucp.edu.pe/revista-memoria/articulo/ius-constitutionale-commune-en-america-latina-y-control-de-convencionalidad-reflexiones-desde-el-derecho-internacional/>>

⁴⁸ GARCÍA, Sergio. *Sobre el control de convencionalidad*. Pensamiento Constitucional n.º 21, 2016, pp. 173 y ss.

⁴⁹ Tribunal Constitucional. Exp. N.º 047-2004-AI/TC, Exp. N.º 0025-2005-PI/TC y Exp. N.º 0026-2005-PI/TC de fechas, 24 y 25 de abril de 2006 (los dos últimos), respectivamente.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

propios avances y no ha prestado atención en cuanto a la interacción de esta rama con otras, a las consecuencias provenientes de un cambio de paradigma, como la presencia del individuo en el terreno internacional. Este ejercicio no es baladí, porque el DIPRI comprende operaciones jurídicas que están directamente ligadas a la vida de los individuos, a su interacción en el plano internacional. Como ha afirmado Fernández Arroyo:

Tal vez lo más curioso en la prolongada adolescencia de nuestro amigo [refiriéndose al DIPRI] haya sido su obcecación para mantenerse encerrado en sí mismo. Todo parece indicar que más que los aspectos reales de los casos internacionales a él le preocupaban sobre todo los artilugios del reenvío, la cuestión previa o el fraude a la ley, es decir, los reflejos de sus propias imágenes vacuas. (Fernández, 2013, p. 24)⁵⁰

El DIPRI parece detenerse en cuestiones sumamente técnicas y, de ese modo, siempre está en riesgo de olvidar a quienes realizan sus operaciones, dejando de lado sus necesidades y prioridades. Olvida que el derecho no puede ser autocomplaciente en sus teorías. Encerrado en preocupaciones que pueden ser esotéricas para los propios estudiosos del derecho, el DIPRI parece olvidarse de su razón de ser. Es necesario sacar al DIPRI de su autoexilio y llevarlo a interactuar con otras disciplinas jurídicas. Es prioritario *salir del cuadrado* doctrinario. Conviene determinar, por lo tanto, si existe algún nivel de relación entre el DIDH y el DIPRI.

De Carvalho Ramos⁵¹ identifica cuatro maneras en que se relacionarían el DIPRI y el DIDH, que son las siguientes:

- a. El DIPRI no protege los derechos humanos porque aspira a una justicia formal, no material. El método conflictual solo busca la identificación de la ley aplicable, sin más miramientos;
- b. La relación del DIPRI y los derechos humanos a través de la aplicación del OPI, en tanto que esta excepción impide la aplicación de leyes extranjeras que atentan contra tales derechos;
- c. Los derechos humanos involucrados con relación al DIPRI deben ser interpretados bajo las normas locales del Estado del foro; y,
- d. Los derechos humanos involucrados con relación al DIPRI deben interpretarse bajo los parámetros del DIDH.

⁵⁰ FERNÁNDEZ, Diego. *El derecho internacional privado en el diván – Tribulaciones de un ser complejo*. En: Derecho internacional privado y Derecho de integración. Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano, Asunción: CEDEP, 2013, p. 24.

⁵¹ RAMOS, André. *Universal, tolerante e inclusivo: uma nova racionalidade para o direito internacional privado na era dos direitos humanos*. Cadernos do Programa de Pós-graduação, vol. 15, n.º 2, 2020, pp.114 - 130.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

Respecto de la primera postura, esta encarna la visión decimonónica del DIPRI. Una época en la que los valores primordiales de esta disciplina eran la previsibilidad y la seguridad jurídica, fruto de la matriz capitalista, que estaba impregnado de un razonamiento jurídico basado en la igualdad formal⁵². En ese contexto, se ha sostenido que “mientras que el [DIP] y los derechos humanos promueven lo internacional, el [DIPRI] parece resistirse mediante la figura del [OPI]”⁵³. Esta visión refleja la concepción del OPI como una norma de policía, de aislamiento de las influencias de ordenamientos jurídicos extranjeros que puedan afectar los valores del foro. No obstante, con el DIDH, los valores del foro en torno a la protección del ser humano han dejado de ser cada vez más particulares y diferenciables de los concebidos en otros contextos y, en especial, del plano de la comunidad internacional. Como rama del DIP, el DIDH influye en el DIPRI y el punto en común entre ambas se encuentra en que estas versan sobre el ser humano, la primera desde su protección y la segunda en sus relaciones transfronterizas.

Por lo tanto, la primera corriente identificada no sería aceptable dado el desarrollo actual del DIDH. En todo caso, cabría matizar la afirmación del citado autor, en tanto que, si bien no existiría técnicamente una protección directa a los derechos humanos por parte del DIPRI, la idea de acceso a la justicia que promueve esta última disciplina necesariamente implica la realización de los valores que defiende el DIDH; es decir, el DIPRI se ha convertido cada vez más, al igual que el derecho constitucional o el derecho civil, por citar dos ejemplos, en un vehículo para la realización de los derechos fundamentales de las personas.

No se trata de afirmar con ello que el DIDH estuvo desde siempre presente en la doctrina del DIPRI, tampoco que los derechos humanos son exclusivamente importantes para esa rama y menos que el objetivo del DIPRI sea promover, con exactitud, la dignidad del ser humano⁵⁴: Mientras que el DIDH persigue la protección de los individuos y la defensa de grupos en situación de vulnerabilidad, el DIPRI trata acerca del despliegue de los particulares en el plano privado internacional, lo cual es expresión de su vocación ecuménica por la interacción más allá de las fronteras. Sin embargo, no debe perderse de vista que, como cualquier otra rama del derecho, el DIPRI también ha de reconocer la centralidad que ocupan las obligaciones internacionales que surgen del DIDH⁵⁵. Más allá de la especialidad que recorre sus instituciones, el DIPRI no es un ámbito que sea excepcional frente a obligaciones en materia de derechos humanos⁵⁶.

⁵² RAMOS, André. *Curso de Direito Internacional Privado*. Sao Paulo: Saraiva, 2018, p. 61.

⁵³ ZELADA, Carlos; GURMENDI, Alonso. *Entre el escudo y la espada: el matrimonio igualitario visto desde el orden público internacional y el derecho internacional de los derechos humanos*. Revista Themis, vol. 69, 2016, p. 258.

⁵⁴ RAMOS, André. *Universal, tolerante e inclusivo: uma nova racionalidade para o direito internacional privado na era dos direitos humanos*. Cadernos do Programa de Pós-graduação, vol. 15, n.º 2, 2020, pp. 107-108.

⁵⁵ RAMOS, André. *Curso de Direito Internacional Privado*. Sao Paulo: Saraiva, 2018, p. 62.

⁵⁶ En esta línea, la Resolución del IDI sobre *droits de la personne humaine et droit international privé* de 2021 señala, en uno de sus considerandos, que el respeto de los derechos humanos “no

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

Sobre la segunda postura identificada por De Carvalho Ramos, cabe indicar que, dado que el Código Civil peruano reconoce el OPI, es posible afirmar que el DIDH reformula el alcance de esa institución. Al encontrarse recogido el OPI bajo el ordenamiento jurídico peruano, es posible afirmar que su aplicación ha de hacerse considerando la extensibilidad de la cual goza el DIDH al DIPRI.

La referida extensibilidad se sostiene en el hecho que el DIDH es una expresión concreta del orden jurídico internacional y varias de sus normas son catalogables como normas de *ius cogens*, gozando de inderogabilidad, aplicación universal y carácter jerárquico⁵⁷. Tales normas imperativas del derecho internacional general no pueden ser desconocidas en ningún lugar o circunstancia. La razón de su inderogabilidad radica en que los derechos humanos representan valores de la comunidad internacional en su conjunto. El IDI ha planteado sobre el OPI en su Resolución sobre *droits de la personne humaine et droit international privé*, lo siguiente:

Apreciando la compatibilidad de la aplicación del derecho extranjero diseñado por las reglas de conflicto de leyes con el orden público internacional y aplicando las leyes imperativas, debe tenerse en cuenta (...) los derechos de la persona humana, en particular, el principio de no discriminación⁵⁸.

Como ha sostenido la Corte Interamericana, el principio de no discriminación es una norma de *ius cogens*. Su invocación ha sido para sostener que este principio es la base de todo ordenamiento jurídico, al señalar que “[s]obre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico”⁵⁹. También para sostener que impregna a todo el aparato público⁶⁰, incluyendo, por supuesto, a los jueces.

El DIDH y su tendencia a la universalidad, incluso en las expresiones regionales que esta tiene, conducen a un escenario que ha incidido en la uniformización del contenido del OPI, en tanto que los valores protegidos por el DIDH son un ingrediente fundamental del orden jurídico internacional y no se limitan solo a la reflexión de esa disciplina jurídica, sino que extienden sus efectos a ramas como el DIPRI.

Es importante puntualizar aquí que, si bien la segunda postura es aceptable en el sentido que el entendimiento y aplicación del OPI debe nutrirse del marco jurídico

se limita a los espacios internos, sino que se entiende igualmente a las relaciones transfronterizas” (Traducción libre).

⁵⁷ Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens), Yearbook of the International Law Commission, 2022, vol. II, Parte 2, conclusiones 2 y 3.

⁵⁸ Traducción libre del artículo 8 de la referida resolución del IDI.

⁵⁹ Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrafo 184.

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrafo 178.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

que provee el DIDH, no es el único canal de expresión de esta rama jurídica. Angostar el DIDH al marco de una única institución del DIPRI conduciría a una lectura reductiva del primer marco, lo que supone una traición a los propios valores que pretende proteger.

Considerando que los sistemas jurídicos a nivel mundial tienden, cada vez más, a compartir y proteger valores comunes como los derechos humanos⁶¹; es decir, en base a la idea común de dignidad del ser humano y la protección de sus derechos básicos frente al Estado y los particulares, podría decirse que la posibilidad de que la aplicación de una norma de un sistema jurídico extranjero constituya una afrenta al sistema doméstico tiende a ser cada vez menor. No obstante, se debe discernir si es que corresponde emplear un razonamiento jurídico interpretativo que se baste sobre la base de los criterios del foro (tercera postura) o si es necesario pensar los problemas desde la interpretación que ofrecen los sistemas de protección internacional de derechos humanos (cuarta postura), duda que esboza De Carvalho Ramos con las siguientes posiciones.

La tercera postura es una que se sitúa bajo la lógica del derecho constitucional, pero que opta por dejar de lado los desarrollos que el DIDH ofrece. Se prefiere lo que el ordenamiento jurídico particular regula sobre los derechos fundamentales, asumiendo la suficiencia del ordenamiento jurídico doméstico. En el fondo, es una óptica con tintes soberanistas que, apartándose del derecho internacional, puede incurrir en excesos o deformaciones. Si bien, hoy en día, es innegable el desarrollo del derecho constitucional, esta rama no puede dejar de lado los desarrollos del DIDH, más en la región que se sujeta al sistema interamericano de protección de derechos humanos.

Respecto de la cuarta postura, en principio, los tratados sobre derechos humanos, y la interpretación que sobre ellos hacen las cortes constituidas con base a tales instrumentos internacionales (por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), son una vital referencia para los operadores jurídicos a nivel regional y mundial. Cuando menos, en Europa y América, los sistemas regionales de derechos humanos han delimitado con bastante precisión los alcances que deben tener las libertades públicas y hasta donde el Estado puede imponer una determinada regla sin vulnerar reglas básicas de convivencia.

En particular, es pertinente considerar que, tanto el orden público como el OPI se encuentran ligados por la búsqueda de una convivencia pacífica en una determinada sociedad, y siendo que la promoción, respeto y protección de los derechos humanos son el marco general de apreciación de los actos públicos y privados, al momento de considerar la aplicación de la norma extranjera, el

⁶¹ MERON, Theodor. *International Law in the Age of Human Rights. General Course of Public International Law*, Recueil des cours, 2003, p. 22

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

operador del derecho deberá basar su fundamentación en los valores mencionados, en particular el principio - derecho - valor de la dignidad humana.

Al respecto el Tribunal Constitucional⁶² ha señalado que la dignidad es “el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales”; con lo que se entiende que la posible afectación de la dignidad de una persona debe ser valorada al dejar de aplicar una norma por supuestas razones de OPI. Al no permitir que una persona ejercite derechos legítimamente adquiridos bajo otro sistema jurídico, teniendo como sustento únicamente consideraciones de forma, el operador del derecho se convierte en un agente generador de contradicciones y olvida que el sistema jurídico nacional, vía el artículo 1 de la Constitución Política, entiende que “[l]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

En tal sentido, y teniendo presente que el derecho nacional tiene, en el ámbito de los derechos fundamentales, como parámetro de interpretación y evolución a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados sobre la materia (Cuarta Disposición Final de la Constitución Política), cabe considerar que el orden jurídico internacional, que tiene entre las normas de DIDH a gran parte de su núcleo esencial, se ha convertido en el parámetro externo de validez de los sistemas jurídicos a nivel mundial. De esta manera, el OPI de los Estados se encuentra cada vez más delimitado, en gran parte, por esa evolución progresiva del DIDH. Por lo tanto, entre las posturas tercera y cuarta esbozadas por Carvalho, nos es preferible acudir a los parámetros de interpretación que son construidos en el sistema universal y sistema interamericano, por ser marcos jurídicos aplicables al Estado peruano.

Adicionalmente, esta cuarta postura incluye aquellos supuestos donde el juez debe resolver la aplicación de los tratados en materia de DIPRI, debiendo considerar normas o principios del DIDH. Esta posibilidad se ve garantizada en los tratados celebrados en el contexto de la HCCH, de la cual el Estado peruano es miembro.

Un caso de esa índole se configuró en casación ante la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, cuando Amir Wahbe demandó la restitución internacional de su menor hija, Isabel Sophie Wahbe Oré, nacida en Dusseldorf (Alemania), la cual se encontraba con Cecilia Oré, su progenitora, en Lima⁶³. Los cónyuges llegaron, luego de su separación, a un acuerdo de tenencia. La madre viajó con la menor al Perú, con autorización del padre, sin regresar posteriormente a Alemania, lo que suscitó la demanda de restitución ya mencionada.

La Corte revisó los alcances de los anteriores pronunciamientos sobre la aplicación de la Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de

⁶² Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 1417-2008-AA/TC, 2008, fundamento 3.

⁶³ Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. CAS N.º 4059-2013, 9 de abril de 2014, Antecedentes.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

la Sustracción Internacional de Menores, del cual tanto Alemania como la República del Perú son partes, en particular de los artículos 12 y 13 de este tratado. Mientras que la primera disposición exige que la autoridad judicial ordene la restitución del menor en caso de secuestro en el periodo inferior a un año transcurrido desde el momento de dicho traslado ilícito, la siguiente disposición prevé excepciones a esta regla general. La Corte se detendrá a analizar el tratado, en particular el literal a del artículo 13, invocando la regla del interés superior del niño, bajo el siguiente razonamiento:

UNDÉCIMO. - También es importante destacar que las mencionadas excepciones [las del artículo 13 del Convenio citado] se encuentran inspiradas en las reglas del interés superior del niño, principio reconocido en el propio Preámbulo de la Convención de La Haya (...). Es necesario reparar que en caso se encuentre en discusión la afectación de derechos de un menor de edad, debe procurarse que la decisión judicial emitida contenga un análisis adecuado del principio del interés superior del niño (...)

DUODÉCIMO. -En esta línea argumentativa, se puede establecer con claridad que en caso la autoridad jurisdiccional compruebe la existencia de algunas de las excepciones contempladas en el precitado artículo 13, estas deben interpretarse en consonancia con el interés superior del niño, pues debe recordarse que la interpretación de una norma debe realizarse en forma sistemática (...) ⁶⁴.

De este modo, la Corte Suprema sostiene que no es posible interpretar el artículo 13 del tratado de DIPRI mencionado sin considerar el principio del interés superior del niño, el cual también se halla expresado en su preámbulo. Es esta referencia la que hace valorar a la Corte que lo fallado por el Tribunal Superior “prioriza el interés superior de la menor, debido a su tierna edad, situación que implica un alto grado de vulnerabilidad, por lo tanto, a fin de asegurar el desarrollo normal e integral de la menor en cuestión es indiscutible que aquella debe continuar al lado de su progenitora” ⁶⁵. Si bien resulta ser un ejemplo interesante y acertado en el que el juzgador utiliza un parámetro de validez basado en el DIDH, hubiese sido también interesante que acuda a desarrollos jurisprudenciales de tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, más si este ha emitido varios estándares interamericanos en la materia.

V. Conclusiones

El OPI es una institución que resulta de compleja lectura. En este artículo se ha pretendido agregar nuevos elementos de discusión sobre el OPI en la doctrina nacional, haciendo énfasis en su relación con el DIP y, en particular, con el DIDH.

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ *Ibíd.*, fundamento decimoquinto.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

El orden jurídico internacional, mediante el DIDH, contribuye a dar contorno a la noción de OPI en tanto que las normas de derecho internacional no solo constituyen un parámetro de comportamiento para la voluntad del Estado en sus relaciones internacionales, sino que también limitan su capacidad para autogenerar su propio sistema normativo y para rechazar la aplicación del derecho extranjero. En tal entendido, no es posible que el Estado se desligue de sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos y genere una normativa por completo ajena a tales ideales comunes entre Estados.

En virtud del DIDH y la admisión de la relación entre el DIPRI y esta rama, es posible afirmar que el OPI empieza a tener menos contornos indeterminados, asumiendo el marco general de referencia a las normas del DIDH, privilegiando una lectura desde el plano de la interpretación de los sistemas de protección de los derechos humanos aplicables al Perú. Por ello, es imperativo que los operadores del derecho, en particular los jueces, tengan presente no solo las normas de los convenios vigentes sobre derechos humanos de los que el Perú es parte, sino que conozcan y sistematicen la interpretación que sobre tales instrumentos hacen los respectivos y tribunales internacionales, en la búsqueda de un DIPRI que sea más acorde a la búsqueda de garantizar a los individuos su participación en el fenómeno de transnacionalización, contando con seguridad jurídica y respecto de su dignidad bajo todo lugar y circunstancia.

Por último, cabe finalizar indicando que tanto el OPI como el orden jurídico internacional se ven renovados por el DIDH. El primero porque el Estado tiene cada vez menor autonomía para alejarse de los principios - derechos de dignidad humana, igualdad, no discriminación, debido proceso, acceso a la justicia, etc.-, y el segundo porque los compromisos internacionales sobre derechos humanos son esenciales en el acervo jurídico internacional contemporáneo. En suma, el influjo del DIDH sobre el DIPRI no puede perderse de vista en la relación de esta rama con el DIP, al punto que ya no es posible pensar el DIPRI como un ámbito meramente técnico y lejano a la justicia material.