

REVISTA CULTURA

UNIBE

VOL . I, No . 3 SEP . - DIC . 1989

Economía y empresa: nuevas realidades.



POLANCO DE SANG • ESPECHE GIL • JUSTE RUIZ
MELITON RODRIGUEZ R. • MONTALVO COSSIO

REVISTA DE CIENCIA Y CULTURA

UNIBE

VOL. 1, NO. 3, SEPT - DIC , 1989

Esta es una publicación cuatrimestral de la Universidad Iberoamericana que aparece en abril, agosto y diciembre cada año.

Las opiniones aquí expresadas son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista de UNIBE.

El intercambio con publicaciones similares será bienvenido.

Inscrito en la Secretaría de Estado de Interior y Policía.

Oficina Editorial y suscripciones:

Revista de Ciencia y Cultura UNIBE
Apartado Postal 23333
Av. Francia 129, Santo Domingo,
República Dominicana.
Teléfono (809) 689-4111

Costo de suscripción:

En el exterior:

US\$20.00 anual

US\$8.00 cada número

En el país:

RDS60.00 anual

RDS25.00 cada número

1108

Rector	Dr. Jorge Hazoury Bahlés
Vice-rector ejecutivo	Ing. Abraham Hazoury Toral
Editores	Arq. Enmanuel Grullón
	Vice-rector Académico
	Lic. Miguel Sang Ben, M.A., M.B.A.
	Decano Estudios Avanzados

UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA
BIBLIOTECA

1-3
901132/1

REVISTA DE CIENCIA Y CULTURA

UNIBE

VOL. 1, NO. 1, 1990

ASOCIACIÓN DE EDITORES DE REVISTAS
DOMINICANAS

Composición y diagramación: Sonia Gadea
Arte de portada: Susie Gadea
Impresión: Editora Gráfica Profesional
Santo Domingo, República Dominicana, 1990

ISSN 0014-1801
CODEN UNIBED
UNIBE
VOLUME 1, NUMBER 1
1990

Contenido

La capacitación de personal: Formas, políticas y directrices para la República Dominicana. Dinorah Polanco de Sang	1
El costo de la vida y salarios Víctor Melitón Rodríguez R.	12
Ilicitud del alza unilateral de los intereses de la deuda externa Dr. Miguel Angel Espeche Gil	22
Keynes y el financiamiento deficitario del gasto Osvaldo R. Montalvo Cossío	39
La equidad en derecho internacional público: aspectos actuales José Juste Rufz	49

1875

1875

1875

1875

1875

1875

1875

La crisis de la economía: Desde la empresa al sistema internacional

Miguel Sang Ben

Co-editor

Revista UNIBE de Ciencia y Cultura

La Economía ha irrumpido en los tópicos de conversación durante la década de los años ochenta. Los procesos de estancamiento con inflación, sumados a la crisis de la deuda internacional han provocado consternación y preocupación entre los ciudadanos de todas las alcurnias.

Una de las primeras víctimas de la crisis económica ha sido la misma teoría económica, denostándose al legado de John Keynes por la incapacidad profesional de enfrentar la crisis. El profesor Osvaldo Montalvo, con Maestría en Economía obtenida en México, se lanza a rescatar a tan señero personaje en su artículo "Keynes y el funcionamiento deficitario del gasto".

Los aspectos legales de la deuda internacional son abordados en sendas ponencias presentadas en el XV Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI) celebrado en Santo Domingo, República Dominicana, 23-29 de abril de 1989. Los juristas José Juste Ruiz, de España, con "La Equidad en Derecho Internacional Público: Aspectos Actuales", y Miguel Angel Espeche Gil, de Argentina, con "Ilicitud del alza unilateral de los intereses de la deuda externa", presentan unos novísimos elementos en un tema candente y crítico para el desarrollo latinoamericano.

Pero, la renovación de nuestras economías para capacitarlas con el propósito de enfrentar un nuevo orden internacional más competitivo debe iniciarse con las unidades productoras de bienes y servicios: las empresas. Dentro de las empresas, el motor principalísimo de la creatividad es el recurso humano. Para elevar el capital humano de la empresa, la profesora Dinorah Polanco de Sang, trabajadora y antropóloga con Maestría en Administración Pública por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, desarrolla los elementos necesarios en "La Capacitación de Personal: Formas, políticas y directrices para la República Dominicana."

La crisis ha efectuado, especialmente, el poder adquisitivo de los empleados, debiéndose revisar toda la política salarial dominicana con el objetivo de mantener el estándar de vida de los dominicanos y elevar la motivación en el trabajo. El Dr. Víctor Melitón Rodríguez, abogado y con Maestría en Administración Pública por la Universidad de Puerto Rico y Consultor de la Organización Internacional del Trabajo, propone interesantes alternativas en el capítulo de una obra inédita sobre el tema, "El costo de la vida y los salarios".

La Revista UNIBE de Ciencia y Cultura pretende aportar nuevas dimensiones al estudio de la crisis de la economía. Es un grano de arena en una obra monumental.

La capacitación de personal: formas, políticas y directrices para la República Dominicana

Dinorah Polanco de Sang

Las políticas, instituciones y programas de formación de personal están en la República Dominicana padeciendo una crisis que corre paralela al proceso de estancamiento del empleo en las instituciones financieras, en la industria y otras actividades productivas y de servicios.

Las políticas, formas y directrices de la formación de personal de años atrás, han quedado obsoletas en gran parte; no se ajustan ni dan respuesta a las necesidades del trabajo de hoy.

Por lo anterior, el proceso educativo en la institución formal y en la formación de personal en el campo de trabajo, está siendo transformado, reorientado y se está haciendo válido para la nueva época.

Este ensayo nos ofrece la oportunidad de reflexionar en común sobre finalidades, objetivos, eficacia y metodología de capacitación.

La dinámica del mismo, nos permitirá reelaborar nuestra propia visión adquiriendo nuevos enfoques de trabajo conducentes a una mejora en la eficacia de la organización.

Por lo anterior, nos limitamos a presentar una forzada síntesis acerca del tema en cuestión, con el propósito de que sirva como referencia.

Antecedentes

Históricamente la formación profesional en las instituciones económica- financieras y organismos similares, se ha dirigido a la preparación de cuadros especializados, para ocupar destacadas funciones en los bancos de los estados, en las departamentalizaciones gubernamentales o quizás en importantes empresas nacionales e internacionales. Las áreas han sido tradicionalmente crear expertos monetarios y bancarios y en otras ramas de las Ciencias Económicas.

Por mucho tiempo, la formación profesional se caracterizó por capacitar en función de las oportunidades ofrecidas por los organismos internacionales especializados en el ramo y/o universidades especializadas en los estudios de Economía.

En la medida que las organizaciones van alcanzando niveles más amplios y complejos, como demanda de la misma complejidad en que se envuelven nuestras sociedades, entonces, se hace más evidente la necesidad de institucionalizar la formación profesional, no ya como simple órgano de tramitación y de deliberación, sino como subsistema que debe tener la capacidad de responder a la preparación del personal, de una manera perma-

nente y continúa, dirigida al desarrollo organizacional, individual de los Recursos Humanos requeridos para el cumplimiento de los objetivos y metas de la institución y de manera tal que responda a las exigencias del momento.

Función de la formación de personal

Las políticas formas y directrices constituyen la plataforma de la formación de personal en una institución. Por ello es importante ver la organización como sistema. Es una abstracción que se desarrolla a partir del complejo fenómeno de interacción socioeconómico, psicológico-cultural; ético-jurídico y científico-tecnológico. Estos fenómenos influyen en la organización e imprimen al desempeño profesional de una filosofía, política y procedimientos en concordancia con ellos. Dichos fenómenos manifiestan la relación de la organización con el medio ambiente - "como el efecto sinérgico que se produce al reunir recursos humanos y materiales, armonizando el esfuerzo de acuerdo a un objetivo común. Este objetivo cuando es claramente

especificado relaciona el medio adecuado con el fin deseado (ver cuadro I). El conflicto permanente de toda organización proviene de la diferente naturaleza de los fines y los medios.

Los fines son subjetivamente seleccionados, pero la selección de los medios es un acto objetivo tratando de maximizar el fin seleccionado. Esta contradicción de niveles, dificulta la función de la formación profesional. Esta relación se presenta, además, en la interacción del órgano responsable de la Formación Profesional ** y los otros órganos o subsistemas. La Formación Profesional al interior de una Institución, se encuentra en el Centro de Tensión de tres fuerzas:

1) La Institución: Instituciones Financieras y Banca de Desarrollo

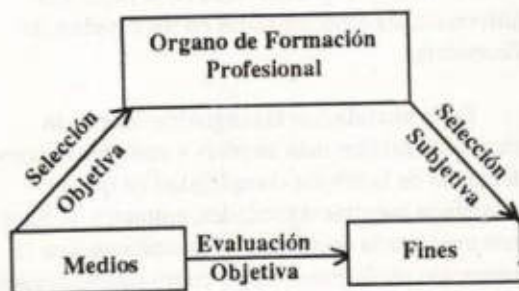
El *Stress* o tensión impuesto en las organizaciones modernas es una consecuencia de la comprensión de la función del Planeamiento y Control Institucional, por lo que se constituye en elemento de presión al comportamiento de los empleados.

2) El cuadro Administrativo del Subsistema Formación Profesional

El Personal que controla *a priori* el Trabajo a partir del diseño e implementación de la actividad a realizar, es la tensión burocrática que se concretiza en el organigrama.

3) Los Usuarios: Diferentes órganos de la estructura Institucional; el personal en particular y la clientela en general.

Cuadro I:
Modelo del ejercicio de la formación de personal



** Le llamaremos Subsistema Formación Profesional (que se refiere al Departamento, o División o a un responsable del proceso de la F.P., al interior de una Institución.

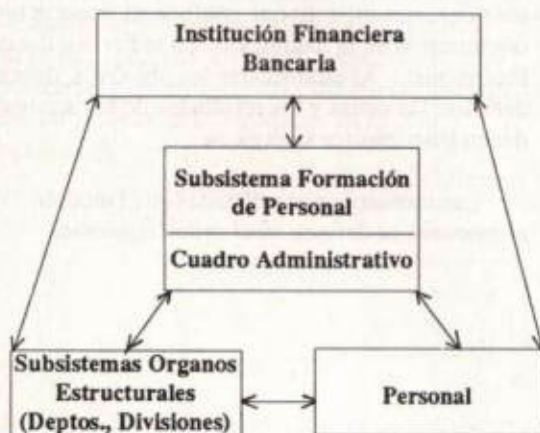
Pueden ser:

a) Funcionarios con responsabilidades ejecutivas; b) Profesionales + Técnicos, con responsabilidades de mandos medios y/o técnicos especializados; c) Personal de apoyo y clientela, aumentan sus demandas, exigiéndolo satisfacer sus aspiraciones.

Estos sujetos del ámbito institucional, establecen una red de relaciones de poder. El Personal del Subsistema Formación de personal, conforma el aparato burocrático, cuyo objetivo más general es la estabilidad.

La Institución, preconizará la ejecución de acciones que maximicen sus objetivos; y por último, los usuarios buscarán, en un proceso de negociación por canales formales o informales, maximizar la atención recibida de la organización.

Cuadro II
Modelo Interórganos



Es así como podemos captar que la *ecología humana* de la organización resulta una red de relaciones no simétricas, reflexiva e intransitiva (ver Cuadro II).

El Subsistema Formación de Personal interactúa directamente con la Institución en general como Sistema; con los diferentes órganos (Departamentos, etc) y con el personal en particular. Directamente interactúa también con las organizaciones externas que ofrecen servicios de Formación Profesional; e indirectamente con el contexto externo.

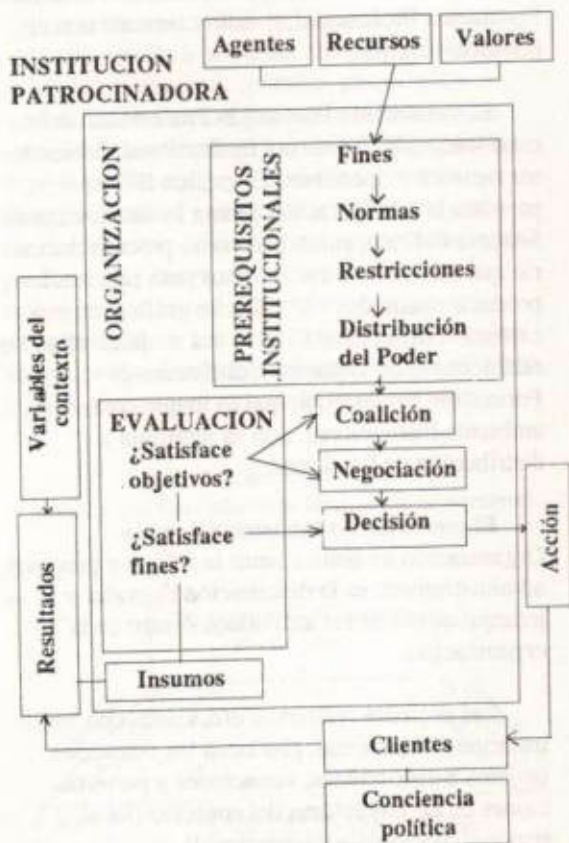
El Subsistema Formación Profesional, debe estar integrado al Sistema Institucional, debiendo ser racional y operativo. El gráfico III, nos presenta la configuración de una institución como Sistema Político, entendido como proceso decisorio que necesita recibir insumos para procesarlos y producir resultados ***. Dicho gráfico, es una extensión del gráfico II, pero acá se desarrollan las relaciones entre Usuarios-Subsistema de Formación Profesional, que es lo que crea el ambiente Institucional, con su jerarquía y distribución de funciones.

El prerequisite fundamental, en la Organización en tanto cuanto se refiere a procesos administrativos, es la distribución de poder y la jerarquización de los individuos dentro de la organización.

Las acciones realmente efectuadas con los usuarios ó el personal, producen los resultados (sujetos a distorsiones, variaciones y perturbaciones de las coyunturas del contexto (local, regional, nacional e internacional).

A su vez, estos resultados, se convierten en insumos para el proceso de evaluación de la organización, que dá las bases para establecer las políticas de Capacitación, determinar las formas y directrices.

Cuadro III
Sistema Político Institucional



Modelo para la integración de los diferentes organos de la institución con la formación de personal.

Para una Institución de naturaleza financiera y económica, corresponderse con los avances tecnológicos y científicos del mundo moderno y con la complejidad de la economía y de la sociedad, requiere de un Subsistema de Formación de Personal, capaz de actuar con estrategias, toma de decisiones y producir acciones que permitan al personal satisfacer las exigencias de la cual es objeto la Institución. Es por ello, que se impone la necesidad de establecer políticas, formas y directrices que faciliten la función de la Formación Profesional, integrada a la relación supervisor-supervisado y de acuerdo a las necesidades reales del puesto; demandas institucionales y expectativas del desarrollo personal.

El modelo anterior nos permite precisar cada fase, las cuales dentro de un enfoque sistémico deben ser analizada en el proceso de integración de los diferentes órganos que conforman la estructura organizativa de la Institución con la Formación de Profesional. Al establecerse los objetivos, deben definirse las metas y los resultados de las acciones, deben tener efectos sinérgicos.

Las terminologías utilizadas en el modelo presentado, se definen en el orden siguiente:

Objetivos:	es la razón de ser de un órgano, es un estado ideal al que se trata de llegar.
Meta:	medida de control cuantificable, que guía el organismo hacia su objetivo.
Estrategia:	es la adopción de cursos de acción y asignación de recursos necesarios para llevar a término una decisión estratégica.
Política:	es la tradición oral o escrita de la institución, que ha sido formulada a base de decisiones estratégicas llevadas a cabo.
Sinergia:	es el efecto multiplicador por el cual el conjunto supera en eficacia el efecto de las partes.

El modelo presentado es una consecuencia de pasos lógicos que deben preceder las concretizaciones de la Formación de Personal. El señalamiento del *debemos* lleva a una decisión estratégica; precisar los *cómo* y los *porqué*, nos moldean el plan Estratégico y definir los *quiénes*, *cuándo* y *dónde* nos introducen en el plan operacional.

Entre los objetivos, estrategia y políticas, hay una relación que se concretiza en las acciones resultantes de los planes y programas a desarrollar.

Vertiente de la formación de personal

El reconocimiento del recurso humano como un activo por parte de la "Escuela de Capital Humano" con Schultz⁽¹⁾, ha desmistificado la Formación de Personal de su aura de ineficiencia, convirtiéndose en un instrumento de innovación tecnológica de las organizaciones modernas.

En una obra popular, *En Busca de la Excelencia*⁽²⁾, se presenta el carácter estratégico del recurso humano, ya que de los ocho principios, el énfasis está en la acción, porque los resultados son atribuibles a las personas. Aún los avances tecnológicos sólo son fruto del esfuerzo humano. Si estos recursos humanos no pueden concebir estas innovaciones; entonces, nada va a incidir en los cambios requeridos para el avance de la humanidad.

La Formación de Personal por lo tanto, tiene esta doble vertiente:

1) Schultz, Theodore. "Investment in Human Capital" en *American Economic Review*, Vol. 51 (1961), pp. 1-17.

2) Peters, Tom y Robert Waterman Jr. *En Busca de la Excelencia*. Barcelona: Plaza y Janés, 1982. Estos ocho principios son: 1) Énfasis en la acción; 2) Proximidad al cliente, 3) Incentivar la creatividad, 4) La productividad es resultado de las personas, 5) Valores claros y una filosofía administrativa evidente, 6) Respeto de la especialidad, 7) La organización mientras más sencilla, mejor y 8) El uso discrecional de la autoridad.

a) Humanista: porque en una demanda individual de autosuperación, propuesto por Maslow³⁾ y ampliado por Hertzberg⁴⁾, y

b) Tecnológica: ya que la cambiante sociedad actual requiere respuestas no-previstas a problemas nuevos y, en consecuencia, existen demandas de creatividad al personal.

Estas modalidades confirman los dos polos divergentes de la capacitación. En consecuencia, las formas de la capacitación se pueden dilucidar del cuadro:

Teconología Educativa Objetivo de la Capacitación	Humanista	Tecnológica
Individualizado	a) Relación Maestro/Discípulo	c) Autoinstrucción por computadoras
Grupal	b) Vivencial	d) Taller

Estas cuatro celdas nos proveen de la *forma* (entendida como la conjunción de objetivo de capacitación y la tecnología educativa) del proceso instruccional, de los cuáles sólo ilustraremos con un ejemplo ya que cada celda contiene un conjunto infinito de modalidades, limitado solamente por la imaginación del instructor/coordinador del módulo instruccional.

a) Forma humanista-individual: en el contexto organizacional, esta forma no está sistematizada pero deberá privilegiarse porque el apareamiento de un ejecutivo *senior* con un *trainee* o *pasante* puede significar una socialización en la

cultura de la organización más sólida que cualquier programa de inducción. La relación *maestro-discípulo* puede producir una identificación más acelerada y una lealtad más firme en el menor tiempo posible.

b) Forma humanista-grupal: las técnicas vivenciales pueden producir la articulación de mejores unidades operativas al canalizar sicopatías y ociopatías latentes en todo ser humano.

c) Forma tecnológica-individual: la rápida aplicación de la computadora a los diseños instruccionales por medio de la enseñanza programada, permite la elaboración de material pedagógico que puede ser utilizado a discreción de la disponibilidad de tiempo del educando.

d) Forma tecnológica-grupal: la aplicación de audiovisuales en la instrucción magistral tradicional permite una mejor comunicación con los educandos.

Estas *formas* de capacitación deben ser definidas por las políticas de capacitación de la organización. Las políticas deben expresarse técnicamente las estrategias que la alta dirección le impone a la organización. Estas estrategias significan el curso que la organización como un todo debe enrumbarse de cara a un entorno dinámico y cambiante. El entorno es el mercado de las organizaciones empresariales y las áreas de la sociedad a las que sirven para las organizaciones de servicio público.

Las políticas de capacitación de una organización deben definir los objetivos institucionales con respecto a las siguientes orientaciones (ver cuadro IV)

3) Maslow A. *Eupsychian Management*. Homewood, Irwin, 1965.

4) Hertzberg. *Work and the Nature of Man*. Cleveland: World, 1966.

- a) hacia el *producto*
- b) hacia el cliente
- c) hacia el servicio a la sociedad (responsabilidad social)
- d) hacia la calidad de la vida (tanto empleados como ciudadanos en general)

Las políticas de capacitación deben, en términos prácticos, definir el alcance de la capacitación formal de los empleados, garantizar una correlación entre el nivel de capacitación y promoción en la carrera administrativa y conformación de una cultura organizacional. La mecánica se implementa mediante el *Proceso de Identificación de Necesidades de Capacitación*.

La implementación de estas políticas produce las directrices específicas que marcan las líneas de acción de un Departamento de Capacitación eficiente y, principalmente, útil a la renovación del principal recurso de toda organización: el Recurso Humano.

Efectividad de la metodología de la capacitación

Una eficiente metodología de identificación de necesidades de Adiestramiento y Capacitación favorece la elección de una metodología apropiada para los Programas a realizar en la satisfacción de dichas necesidades.

Esto así, porque al identificar las necesidades, se comprueba lo que realmente se necesita en el Puesto de Trabajo ó lo necesario para satisfacer las necesidades contingentes.

De esta manera hay que plantear objetivos y metas, que nos darán el contenido temático y la identificación de las técnicas de instrucción, equipos y material de apoyo que permitirán obtener el logro de los objetivos y metas planteadas. Así como el evento mediante el cual se va a satisfacer la necesidad.

Las técnicas de instrucción son muchas y pueden ser generadas por la capacidad creativa de los instructores, de acuerdo a la naturaleza de los eventos; los recursos humanos y materiales disponibles.

El valor de las metodologías de Capacitación y su efectividad se lo imprimen los responsables de decidir las estrategias a seguir en los Programas, los que llevan a ejecución los eventos y participantes.

Los propósitos de los Programas de Formación Personal al igual que los de la educación, están dirigidos a modificar comportamiento humano. Así podemos decir que los Programas de Personal pueden ser diseñados para producir un Técnico competente o un Supervisor considerado, consciente de las necesidades de sus subordinados, que se desempeñan con tales habilidades ó actitudes en el ambiente de trabajo.

Es importante hacer notar, que en cualquier organización o tipo de empresa, sus responsables se ven siempre obligados a resolver problemas de dirección y de gestión; de organización de hombres; trabajos y cosas, de transformación y distribución de medios, etc. Por lo tanto, se plantean todos los días, problemas de formación

personal, y es preciso aplicar técnicas, métodos y procedimientos pedagógicos adecuados a los objetivos y metas definidos a partir de las necesidades detectadas.

Para lograr los mejores resultados al seleccionar la metodología de capacitación ⁽⁵⁾ se deben considerar los siguientes procesos:

- 1) Identificar las necesidades reales en base al análisis del desempeño en el puesto.
- 2) El análisis de puesto se clasifica en términos exactos de habilidades, conocimientos y actitudes.
- 3) Definir objetivos y metas precisas, claras y de manera tal que fijen la atención permanente tanto de los participantes como de los instructores. ¿Qué deben ser capaces de hacer los participantes al término del aprendizaje?
- 4) Identificar los instructores.
- 5) El contenido programático del evento
¿Necesitan conocimientos teóricos o prácticos?
¿Qué tienen que saber, que deberían saber y que podrían saber?
- 6) Definir las estrategias: (duración, participantes, horarios, etc.)
- 7) Habilitar adecuadamente los eventos: equipos, materiales de apoyo didáctico, lugar, etc.
- 8) Seleccionar los métodos de instrucción: el éxito de un evento depende grandemente de la capacidad de los instructores.
- 9) Realización y Control de la formación.

10) Reorientación a los participantes y a los contenidos programáticos.

11) Evaluación y seguimiento.

Principios para una metodología de capacitación

Principio 1: Ponderación de la cantidad de Información.

Principio 2: Construcción de una Estructura de Información.

Principio 3: Control del Ritmo de Transmisión-Recepción.

Principio 4: Control de la Forma de Enseñanza para Facilitación de la Retención.

Principio 5: Control de la Distribución y de la Presentación de la Enseñanza.

Principio 6: Necesidad de Aprendizaje y de Perfeccionamiento en la Acción.

Principio 8: Utilización del Fenómeno de Transfer; pero no Transferir lo que no Vale.

Principio 9: Recursos a la Teoría para Facilitar la Práctica.

Principio 10: Verbalización de lo Aprendido y de lo Descubierto.

Integración de las técnicas

Las técnicas tienen validez universal y su efectividad se traduce en para qué se usan. Cómo y cuándo son o no recomendables.

5) Ver J.L. Martínez-Holgado, Principios Para una Metodología Pedagógica- OIT Rev. 1983.

En un evento podemos aplicar diferentes técnicas. Son complementarias y se integran recíprocamente.

En un evento donde interviene por ejemplo: expertos (simposio, panel, etc.), pueden ser seguidas por técnicas más participativas, como foro, discusión en pequeños grupos, cuchienco, Phillips 66...).

En un curso, se usan conferencias, y también *Arte de Preguntar, Lectura Comentada, Estudio de Casos, Ejercicios, etc.*

Los procesos y principios de la metodología de formación personal, nos indican que, "desde el momento en que se decide aprender una acción de formación hasta aquel en que la formación se hace efectiva, se desarrolla un conjunto de trabajos que constituyen toda una ingeniería de la formación".

Por lo anterior, cualquiera que sea el objetivo de la formación, debe ser dirigido de manera metódica. Es necesario una minuciosa preparación para que se alcancen los objetivos satisfactoriamente.

Los contenidos programáticos que se ofrecen habitualmente en una institución, deben ser revisados y puestos al día mediante una revisión de los puestos, así como a través de contactos con los interesados.

La variedad en los métodos y materias, debe ser caracterizar la formación personal, para lograr su aceptación. En vez de contenidos diseñados secuencialmente en cursos de larga duración, se pueden estructurar módulos, agrupaciones de sesiones, etc. Teniendo en cuenta no sacrificar la calidad y logro de los objetivos. Para evitar éste último, se pueden prever sesiones *esponjas* que

Cuadro IV
Formas de Penetración del Sistema F.P.
en el entorno de trabajo

FORMAS ALTERNATIVAS,
COMPLEMENTARIAS O
CORRELATIVAS DE
PENETRACION DEL
SISTEMA DE F.P. EN EL
ENTORNO DE TRABAJO.

POLITICAS

Orientadas sobre el "producto"	Siguiendo la lógica interna del sistema de P.F. y ofreciendo productos preparados.
Orientadas sobre el "cliente"	Clarificando los deseos del cliente sobre lo que éste quiere o dice necesitar.
Orientadas sobre servicio a la	Buscando de alcanzar logros en conexión con los objetivos nacionales y definiendo como se traducen a nivel de sistema de F.P.
Orientadas sobre la calidad de vida	Buscando de aumentar el grado de aceptación por el entorno, teniendo en cuenta su contribución a la mejora de la calidad de vida.

sirvan para absorber las diferencias entre tiempos previstos y tiempo en la transmisión (mesas redondas; grupos de estudios, prácticos. ...)

El éxito del Proceso de enseñanza-aprendizaje, depende grandemente de la capacidad del instructor, sin minimizar lo que corresponde al participante, al ambiente y clima general de la organización.

El valor del instructor o instructores, se ve reforzado por la utilización de los métodos adecuados a los objetivos, metas, contenidos, y participantes. Una metodología bien seleccionada llega a compensar, incluso algunas de sus deficiencias.

Lo anteriormente señalado, nos plantea el valor de la comunicación. Por lo que es necesario que en el proceso de enseñanza-aprendizaje, se logre el *feed-back*. El receptor debe lograr situarse en las mejores condiciones de sensibilización y comprensión.

Aunque, los efectos de la formación de personal se van verificando a posteriori.

Es difícil medir la efectividad de la metodología de Capacitación, pero podría decirse que sus efectos significan la diferencia entre la mediocridad y la grandeza.

Conclusión:

Es necesario pensar y actuar sobre la planeación de la función de la formación de personal, la cual requiere: definición de políticas y objetivos; identificar las formas y procedimientos y proveer los recursos. Esto debe hacerse de acuerdo a las políticas y metas generales de la institución y de acuerdo a la naturaleza de las necesidades detectadas.

En base a lo anterior, se definirán si las actividades de adiestramiento y capacitación, se realizarán dentro o fuera de la institución; si los instructores deberán ser internos o externos; si los horarios serán en el tiempo de trabajo o fuera del horario laboral, si se darán facilidades para Programas de Profesionalización; Especialización; Actualización; y se definirán también los incentivos y las relaciones con los Organismos de Formación Profesional nacionales e internacionales.

La evaluación periódica de la ejecución de los eventos de formación de personal, podría considerarse como una estrategia para mejorar la actuación e incidir en el desarrollo institucional.

Los recursos económicos deben definirse de acuerdo a un plan y programa elaborado cada año, fundamentado en una Programación por Objetivos.

El costo de la vida y los salarios

Víctor Melitón Rodríguez R.

En nuestro tiempo hay un consenso muy amplio en el sentido de que lo referente al análisis y a la fijación de salarios debe tomar en cuenta el *costo de la vida*, así como las variaciones de ese costo, de tiempo en tiempo, de modo tal que ese factor constituya una de las bases principales a utilizar en la proyección de tablas o esquemas cuyos montos inferiores puedan satisfacer las necesidades más perentorias del trabajador (o de éste y sus dependientes, cuando se trata de un jefe de familia).

Este es un tema insoslayable, siempre presente, por lo menos en los tratados contemporáneos sobre relaciones del trabajo, economía y derecho del trabajo, administración de personal, psicología y sociología del trabajo.

El hecho de que ahora lo toquemos nuevamente responde al propósito preciso de contribuir a que los responsables de la función de administración de personal, en las distintas organizaciones de un país como el nuestro, comprendan que definitivamente hay que trabajar esta materia, y hacerlo con el mayor nivel de seriedad y objetividad, si de veras queremos aportar nuestra voluntad para que se comience a hacer verdadera justicia laboral en nuestro medio.

Tratamos por separado los siguientes temas:

Salarios mínimos. Módulos o índices para determinarlos.

Salarios justos. Factores determinantes de éstos.

1. Salario mínimo igual al costo de la vida. Ideas generales

Si hay que conservar sano, fuerte y motivado al trabajador para que pueda seguir dando su fuerza productiva en favor de la sociedad y de los empleadores -y entendemos que no hay lugar a discusión al respecto-, entonces está claro que esa sociedad y esos empleadores se hallan en el deber de proveer a ese trabajador de todos los medios de sustento y de vida decorosa, para sí mismo o para sí y su familia, según fuere el caso. Esta premisa nos lleva inevitablemente a formular una neta diferenciación en lo tocante al llamado *salario mínimo*, entendido éste -en general- como la menor suma a ser pagada a un trabajador de tiempo completo, no calificado, para que pueda cubrir adecuadamente su subsistencia en lo material y espiritual, y sin desmedro de sus atributos como miembro de una sociedad civilizada; o para cubrir esa subsistencia y la de su familia, si -como se ha dicho- es ésta la situación.

Durante mucho tiempo se ha hablado de un *salario mínimo general* fijado por el Estado, pero en este momento consideramos más apropiado establecer las dos categorías siguientes:

- a) Salario mínimo individual; y
- b) Salario mínimo familiar.

El salario mínimo individual ha de ser equivalente al costo de vida individual, y éste debe ser determinado por lo menos en base a los siguientes factores:

- i) Costo de la alimentaci3n individual;
- ii) Costo del vestido y calzado individual;
- iii) Costo de la vivienda individual;
- iv) Costo del transporte individual;
- v) Costo de la recreaci3n individual;
- vi) Gastos varios razonables.

Nota: No se incluyen costos de *salud* y *educaci3n* en el entendido de que el Estado y los empleadores han de proveerlas a todos sus servidores y a los dependientes de éstos).

El salario ḿnimo familiar, por otra parte, debe ser igual al costo de vida familiar. Este costo debe determinarse en base a los mismos factores sealados para fijar el costo de vida individual, pero calculándolos con referencia a lo que debe tenerse como una *familia promedio* en el país correspondiente. En torno a este asunto Efrén C3rdova advertía, en la d3cada de los sesenta, que hacer la apreciaci3n de los mencionados factores exigía estudiar el significado de cada uno de ellos, lo cual es muy difícil. Y por esa difícultad entendía que lo mejor era entonces *estudiar uno solo* y establecer su peso porcentual en el presupuesto familiar. Así, hizo la suposici3n de que el *factor alimentaci3n*, siendo el principal -sin duda alguna- podría significar el 45 o 50% del *presupuesto familiar*. Segun su planteamiento el *porcentaje restante* debía cubrir las dem3s necesidades. El propio C3rdova desarrolla esta idea en los t3rminos siguientes:

“Para hacer algo científico hay que comenzar viendo c3mo se satisfacen las necesidades de alimentaci3n de esa familia promedio, es decir, establecer cuál es el ḿnimo de calorías necesarias para cada individuo. Se procede,

pues, al estudio de las necesidades nutricionales de adultos y menores, y luego a determinar cuáles alimentos las satisfacen (o sea, los alimentos que componen la *cesta de mercado* o *canasta familiar*), para pasar a calcular el valor que tiene esa cesta...; y así tenemos fijado, desde el punto de vista econ3mico, lo que significa el factor *alimentaci3n*”.⁽¹⁾

Decidir los procedimientos y medios a emplear para que se lleve a cabo este tipo de estudio, así como la distribuci3n porcentual -por factores- del costo global de la vida (ya individual, ya familiar) es cuesti3n que debe ser asumida por el Gobierno Nacional, el Comit3 Nacional de Salarios, la oficina de personal de cada entidad y la dirigencia m3s representativa de las organizaciones de trabajadores o empleados, por ejemplo mediante participaci3n bipartita o tripartita. Mientras tanto presentamos en las p3ginas siguientes unos esquemas y ejercicios que nos pueden ayudar a que avancemos en esta materia intrincada, de valoraci3n objetiva del trabajo.^(1b)

2. M3dulos o índices, en base a relacionar *costo de vida* y *valor de los cargos en puntos*

En la parte III de este manual hemos tratado lo referente a la *valoraci3n de cargos*, sobre todo por el *m3todo de puntuaci3n*. Ese elemento es importante en el prop3sito de establecer salarios adecuados, pero no basta por sí solo, y por ello estamos tratando ahora lo referente al factor *costo de vida*, como otro elemento que debe concurrir por lo menos a la fijaci3n del *salario ḿnimo* (tanto

(1) Efrén C3rdova Cordov3s, Notas mimeogr3ficas de un *Curso sobre Relaciones de Trabajo*, Maestría de Administraci3n P3blica, Escuela de Administraci3n P3blica, Universidad de Puerto Rico, R3o Piedras 1963, p3gs. 147 a 153.

(1b) Independientemente de los dem3s medios t3cnicos que se ilustran en este trabajo, en funci3n de valorar

individual como familiar), al relacionarlo con el *valor en puntos* que se asigne al cargo inferior -por ejemplo 100 puntos-, y así determinar los *módulos o índices* aplicables para obtener el nivel monetario inferior de la escala inicial o número uno.

a) **El Costo de Vida Individual.** Este se puede determinar en una forma sencilla y directa utilizando formularios con los cuales se proceda en la forma siguiente:

1. obtener información confiable sobre la *alimentación individual*, en cierto número de comedores populares, que incluya precios de desayuno, almuerzo y cena; calcular el total diario que consumiría en cada comedor; y luego obtener los

promedios diario y mensual de esas fuentes. (El resultado global representaría el 50% del Costo de Vida Individual);

2. *los demás factores* pueden representar el otro 50% (vestido y calzado, vivienda, transporte, recreación y gastos varios, según se indicó más arriba), distribuido según se considere conveniente;
3. sumados los resultados de esos dos rubros se obtiene el Costo de Vida Individual.

El Gráfico 1 representa el resultado de un estudio real de determinación del Costo de Vida Individual, que concluimos el 31 de octubre de 1987.

adecuadamente el trabajo asalariado para fijar sueldos mínimos aceptables (??...), hay que convenir con Efrén Córdova en que lo primero que hay que hacer es determinar las calorías necesarias para cada individuo, y luego cuáles nutrientes las satisfacen, ya para una sola persona, ya para una familia promedio (digamos de 5 o 6 personas, por ejemplo); y así calcular el precio de la *cesta de mercado* como componente importante del costo de la vida. Sin embargo, parece ser que desde un ángulo no ilustrado -y aún para quienes tienen la debida preparación científica- tales determinaciones calóricas o energéticas no son de fácil logro. Lecturas y consultas combinadas, sobre nutrición y dietética, parecen dar el consenso aproximado de que los requerimientos calóricos normales pueden fluctuar entre un mínimo de 2,240 K-cal (según la FAO) y un máximo diario de 3,500 K-cal conforme a otras fuentes. Las exigencias específicas dependen principalmente de factores como sexo, edad, peso corporal, clima, estado de salud, tipo de trabajo o actividad, si se hace vida sedentaria o activa, etc. Ahora bien: -¿cuáles y cuántos alimentos y sustancias proporcionan los carbohidratos, proteínas, grasas, vitaminas, minerales y agua, que son necesarios para mantener en aptitud de trabajo y acción a un trabajador determinado, o a éste y su familia?-, -¿y cuál es el precio promedio de esos nutrientes en un momento y en un medio dados?-. Si es difícil determinar esas necesidades y ese precio, así mismo resulta dificultoso, pues, establecer el nivel del *costo de la vida*, tanto individual como familiar. Hemos optado por elaborar las fórmulas expresadas en los gráficos 1 y 2, a riesgo de que puedan ser calificadas de simplistas o insuficientes. La Dra. Celia Cruz de Colón nos dió valiosa orientación en cuanto al significado de las exigencias calóricas, sus componentes y los valores respectivos. Las deficiencias interpretativas corren únicamente a cargo del autor de este trabajo.

GRAFICO 1
COSTO DE VIDA INDIVIDUAL, AL 31 DE OCTUBRE DE 1987 (*)

I. ALIMENTACION

No.	Fuentes en Sto. Domingo	Desayuno	Almuerzo	Cena	Total
	Expendios populares de alimentos				
1.	Comedor Severo/c. Bhona-Bartolomé Colón	\$3.00	3.50	2.50	9.00
2.	Picapollo Fernandito/c. Barahona 260	3.25	4.00	2.75	10.00
3.	Cafet.-Comedor Virgo/Tunti Cáceres-JP. Pina	3.50	6.00	3.50	13.00
4.	Comedor-Cafet. Oli II/Av. Duarte 289	3.00	5.00	3.00	11.00
5.	Cafet. El Chino 501/c. P. Livio Cedeño esq. Moca	4.00	5.00	4.00	13.00
6.	Comedor Marisol/María Montez 143	4.00	6.00	5.00	15.00
7.	Comedor Blanquini/c. Paraguay-Max. Gómez	4.50	9.00	4.50	18.00
8.	Cafet. Salcedo/S. Martín-Juan Alej. Ibarra	4.50	6.00	4.50	15.00
9.	Restaurant Real/30 de Marzo 106	2.50	4.75	3.00	10.25
10.	Barra Payán/30 Marzo-San Juan Bosco	2.70	5.50	2.70	10.90
11.	Pizzería Rest. Pepín/Dr. Guerrero-H. Espertín	3.10	4.00	3.50	10.60
12.	Picapollo Cafet./Nic. Ovando 107-Reina Isabel Ira. Barrio Capotillo	3.00	5.50	3.00	11.50
13.	Comedor Estrella/Nic. Ovando 77, Barrio S. Bol.	2.00	3.00	2.25	7.25
14.	Fonda Familiar/Alb. Defilló 112, L. Praditos	2.50	4.00	3.00	9.50
15.	Comedor Cafet. Pío/Esq. Caliente, Herrera	2.40	4.00	2.40	8.80
16.	Picapollo Express/Isab. Aguiar 130, Herrera	3.00	4.00	3.00	10.00
17.	Comedor Ydalia/Isab. Aguiar 104, Herrera	2.50	4.00	3.00	9.50
18.	Rest.-Cafet. Dumbo/Arz. Nouel 454	4.00	6.85	5.00	15.85
19.	Cafet. Pizzería Mario Autore/Palo Hincado	4.00	6.50	4.50	15.00
20.	Cafet. Comed. Dulce/Av. Mella-16 Agosto	4.00	5.50	4.00	13.50
	Total 20 fuentes				236.65
	Promedio diario				11.83
	I. A. Promedio mensual				354.90

II. OTROS FACTORES (según % de I.A.)

a)	Vestido y calzado:	25%	de la alimentación (I.A.)	88.73
b)	Vivienda:	30%	" " "	106.47
c)	Transporte:	15%	" " "	53.23
d)	Recreación:	20%	" " "	70.98
e)	Gastos varios:	10%	" " "	35.49
	Total Otros Factores			354.90
	TOTAL DE I + II			709.80

(*) Cálculos para persona no calificada, con bajos ingresos y sin carga familiar. No se incluyen renglones tan importantes como salud y capacitación, en el entendido que deben ser cubiertos por el Estado y por las empresas.

b) **El Costo de Vida Familiar.** Este costo también es determinable en una forma simple mediante el empleo de formularios adecuados (para calcular el precio de la llamada *canasta familiar*), y el procedimiento que sugerimos se resume como sigue:

1. escoger el número de familias que serán consultadas, cada una conformada por cuatro (4), cinco (5) o seis (6) miembros, y cuyos ingresos ordinarios sean muy modestos pero no en el límite de la miseria;
2. obtener información confiable acerca de la *alimentación familiar*, en la muestra escogida, y hacer cálculos similares a los

señalados para el Costo de Vida Individual;

3. asignar un 50% de la *alimentación familiar*;
4. asignar el otro 50% a los demás factores (vestido y calzado, vivienda, transporte, recreación y gastos varios), distribuido en las proporciones que se estimen razonables en nuestro medio;
5. sumar los dos rubros señalados, para obtener el Costo de Vida Familiar.

El Gráfico 2 muestra el resultado de un estudio que en esta materia concluimos en fecha 31 de octubre de 1987.⁽²⁾

(2) Estudio sobre **Costo de Vida Familiar**, con muestra de seis (6) familias, realizado con la colaboración de la Lic. Nelly Villa Mercedes, a la fecha indicada.

GRAFICO 2
COSTO DE VIDA FAMILIAR, AL 31 DE OCTUBRE 1987 (*) ()**

I. Alimentación:

Familias	Cantidad Miembros	Desayuno	Almuerzo	Cena	Costo Diario	Costo Mensual
1	5	\$ 3.60	11.98	5.25	20.83	624.90
2	6	4.25	18.73	6.50	29.48	884.40
3	5	3.25	10.98	4.10	18.33	549.90
4	5	4.45	12.28	2.10	18.83	564.90
5	5	2.73	11.05	4.10	17.88	536.40
6	4	2.15	11.57	3.75	17.47	524.10
Totales		\$ 20.43	76.59	25.80	122.82	3,684.50
Promedios/6 familias		3.41	12.77	4.30	<u>20.47</u>	<u>614.10</u>

I.A.

II. Otros factores (según % de I.A.):

a)	Vestido y calzado:	25% de la alimentación (I.A.)	153.53
b)	Vivienda:	30% " " "	184.23
c)	Transporte:	15% " " "	92.11
d)	Recreación:	20% " " "	122.82
e)	Gastos varios:	10% " " "	<u>61.41</u>
Total otros factores			614.10

TOTAL DE I + II

\$1,228.20

(*) Observaciones: a) Cálculos para familias de 4 a 6 miembros, con ingresos muy modestos. b) No se incluyen renglones tan importantes como salud, educación, alimentación de niños menores de cinco (5) años, gastos en café, combustibles, detergentes, jabón, etc. (En cuanto a la Fuente, ver nota 2). Ver nota del Gráfico 1, válida para éste.

(**) De un tiempo a esta parte hemos adoptado estos métodos de cálculo directo del *Costo de la Vida, Individual y Familiar* (según los gráficos 1 y 2, supra), en razón de la imposibilidad en que nos hemos visto de obtener datos confiables -y conciliables entre sí- de las fuentes públicas y privadas ordinariamente disponibles, en cuanto al llamado *Índice de Precios al Consumidor* (IPC). Ejemplos de estas fuentes son el Banco Central, el Secretariado Técnico de la Presidencia de la República Dominicana (Oficina Nacional de Estadística), el FMI, la Fundación Economía y Desarrollo, y artículos de prensa de economistas e interesados independientes.

(Sobre el tema general de la inflación de precios al consumidor, consúltense también las opiniones externadas por Gumersindo del Rosario y Teresa Hidalgo, Norberto Quezada, y Rafael Herrera C.).

Otro método aplicable para establecer el *Costo de Vida Familiar* consiste en determinar -en la forma antes expuesta- (a) el costo de vida individual, y a este costo agregar (b) un *sobresueldo por el cónyuge* (X% de a), y también agregar (c) *sobresueldo de natalidad por cada uno de los hijos*, hasta el límite de éstos que se establezca al efecto (Y% de a) ⁽³⁾

c) Resultados que muestran los Gráficos 1 y 2, al 31 de octubre de 1987

1. El gráfico 1 consigna los siguientes valores monetarios:

* Costo de la alimentación individual (promedio mensual de 20 fuentes)	RD\$354.90
** Costo de otros factores	354.90

*** COSTO DE VIDA INDIVIDUAL	RD\$709.80
------------------------------	------------

2. El gráfico 2 consigna los siguientes valores:

* Costo de la alimentación familiar (promedio mensual de 6 fuentes)	RD\$614.10
** Costo de otros factores	614.10

*** COSTO DE VIDA FAMILIAR	RD\$1,228.20
----------------------------	--------------

d) Módulos o índices que derivan de esos datos

La *valoración inferior* que establecimos es de *cien puntos* (100), y esta base es la que se debe utilizar para obtener los módulos deseados, al 31-10-87, como *precios de cada punto*. Es lógico proceder de ese modo, ya que los salarios mínimos deben corresponder a los cargos inferiores. De ahí en adelante *los demás salarios* de la primera columna de una tabla se obtienen *al multiplicar el módulo escogido por la cantidad de puntos dada a cada clase de cargo*.

Con los valores antes consignados, y al dividir los *valores monetarios* entre la base de *100 puntos*, los resultados son los siguientes:

(i) **Costo de Vida Individual:**
 $\frac{RD\$709.80}{100 \text{ puntos}} = \7.10 (redondeado)

(cargos de Jardinero)

El valor de *RD\$7.10* es el *módulo utilizable*, pues para calcular *todos los sueldos iniciales* de las escalas de una tabla determinada, si se decide establecer un *Salario Mínimo Individual* y que éste sea igual al *Costo de Vida Individual*.

(3) Este método alternativo es el que hemos ilustrado en nuestro manual de Administración de Personal, antes citado, del año 1979. Ver páginas 155, 156, 180, 190 y 204 de esa obra.

Gráfico 3

SALARIOS SEGUN MODULO POR COSTO DE VIDA INDIVIDUAL

Otros cálculos, a título de ilustración, son los siguientes:

A. Si con esos datos, y al revertir la operación así: ($\$7.10 \times 100$ pts.), el resultado es, por ejemplo:

	<i>Salario Resultante</i>
Jardinero:	
Módulo $\$7.10 \times 100$ pts.	RD\$ 710.00
entonces para otros cargos los resultados serían:	
B. Mimeografista:	
Mód. $\$7.10 \times 200$ pts.	1,420.00
C. Secretaria I:	
Mód. $\$7.10 \times 350$ pts.	2,485.00

X. Direct. Gral.:	
Mód. 7.10×800 pts.	5,680.00

(ii) Costo de Vida Familiar:

$$\text{RD}\$1,228.20 = \$12.28 \text{ (redondeado)} \\ 100 \text{ pts.}$$

En este caso, por similitud con el anterior, el módulo utilizable es de **\\$12.28** por cada punto; y la ilustración con los mismos cargos señalados arroja los siguientes resultados:

Gráfico 4

SALARIOS SEGUN MODULO POR COSTO DE VIDA FAMILIAR

	Módulo	Puntos	Salario Resultante
Jardinero	\$12.28	100	1,228.00
Mimeografista	12.28	200	2,456.00
Secretaria	12.28	350	4,298.00
Director General	12.28	800	9,824.00

e) Otros módulos determinables

En materia de fijación de salarios se pueden establecer y utilizar otros diversos tipos de módulos, sobre bases similares a las antes indicadas. Así, por ejemplo, se pueden tomar en cuenta los Salarios Mínimos Vigentes en la Administración Pública y en el sector privado, los Salarios Promedios determinados mediante estudios comparados, los Sueldos Mínimos institucionales que sean superiores a aquéllos, etc. También hay que considerar los efectos de los procesos de encarecimiento de la vida, según exponemos a continuación.

3. Alza del costo de la vida (o inflación de precios al consumidor). Su necesaria incidencia en las nuevas escalas salariales

Las constantes alzas del costo de la vida son un verdadero flagelo contra las masas mayoritarias de cada país, sobre todo las que se manifiestan en

la carestía de los artículos alimentarios y los servicios públicos primordiales. Algunos de los factores que en mayor grado producen los llamados procesos inflacionarios generales son los siguientes:

- a) la corrupción pública, materializada principalmente en las diversas formas de apropiación de fondos, tráfico de influencia, exoneraciones indebidas y evasión de tributos, en perjuicio del erario y por lo tanto del pueblo;
- b) la corrupción privada mediante el acaparamiento de artículos de consumo masivo, el rejuogo o especulación con los artículos de subsistencia, el insano comercio de divisas y la fuga de capitales;
- c) el circulante excesivo, también llamado dinero inorgánico, y la escasez de divisas fuertes;
- d) el encarecimiento de insumos importantes para la producción de bienes y servicios de consumo popular, tales como las materias primas, abonos, servicios externos e internos de asistencia técnica, etc., que se incorporan a los costos de producción y comercialización de dichos bienes;
- e) las deficiencias estructurales de la economía nacional, que de ordinario se ponen de manifiesto en forma de baja producción, pobre productividad, incua tenencia de la tierra y uso indebido de las tierras productivas, dificultades para la obtención de financiamiento suficiente y oportuno, etc.;
- f) comercio externo desigual, que da balances favorables a los países hegemónicos, en

desmedro de los países débiles por ser insuficientemente desarrollados y por carecer de una auténtica soberanía.

En torno a este tema de la inflación general, en nuestro país se ha aseverado, por parte del sector oficial, que para 1988 la tasa se sitúa entre un 40 y un 45%, en comparación con la de diez o doce meses atrás (1987); mientras que economistas independientes y fuentes privadas afirman que el índice de encarecimiento de la vida no ha sido inferior a un 60% para el citado año 1988.⁽⁴⁾

Si nos situamos en un punto medio podríamos decir, grosso modo, que el índice inflacionario habrá sido de un 50% por lo menos, en los doce meses de 1988; y este dato nos mueve a decir que las sumas y los módulos antes señalados deberían incrementarse en la misma proporción, de modo que las escalas salariales reflejaran un nivel adquisitivo equivalente o razonablemente aproximado al de diez o doce meses atrás. En definitiva nuestro planteamiento es el mismo que a través de muchos años han venido haciendo economistas, laboralistas, administradores y otros entendidos en la materia, o sea, que los niveles salariales deben ser mejorados en tasas equivalentes a las de la inflación de precios al consumidor. Y para ello es necesario que el sector gubernamental, principalmente, realice como cuestión ordinaria los estudios que permitan conocer datos confiables al respecto, y que adopte las medidas correctivas correspondientes. El sector privado también debe demostrar genuino interés en estos tipos de acciones, si desea conservar una fuerza de trabajo sana y solidaria con sus entidades.

(4) Según la prensa diaria y documentos del sector gubernamental, por ejemplo *El Nuevo Diario*, 19 de diciembre de 1988, pág. 28.

Ilicitud del alza unilateral de los intereses de la deuda externa

Dr. Miguel Angel Espeche Gil

I Introducción

La deuda externa

Es uno de los problemas contemporáneos que más aflige a los llamados países en desarrollo. Originariamente económico, ha sido abordado desde distintos planos de la realidad y los países acreedores -de consuno con la declarada aspiración de los países deudores⁽¹⁾- finalmente han admitido su planteamiento político global. Ahora reconocen que dicho problema también requiere soluciones políticas.

El *Plan Baker* y el *Plan Brady* de la nueva administración estadounidense, así como numerosas declaraciones (por ejemplo, el Presidente de Francia, François Mitterand ha afirmado que el tema constituye "la amenaza más urgente que pesa sobre la humanidad"⁽²⁾) y actitudes de gobiernos europeos occidentales, no desdeñan aludir a los aspectos políticos de la cuestión: las relaciones Norte-Sur, las trabas al progreso del comercio internacional, la degradación del nivel de vida de los países afectados, el desempleo, la salubridad -mortalidad infantil- y el plexo de situaciones derivadas de la falta de inversión y del

freno al crecimiento económico que en definitiva conspiran contra la supervivencia del sistema democrático.

Desde la óptica de los países desarrollados al tema se lo relaciona principalmente con la necesidad de que los países deudores ordenen sus economías, modernizando sus estructuras estatales, racionalizando el gasto público y evitando el despilfarro de recursos; la Santa Sede lo ha profundizado en el marco de los principios éticos que deben guiar a la comunidad internacional.

II a) El alza unilateral de los intereses y sus consecuencias

b) La desvalorización de los títulos de la deuda externa

a) *El alza unilateral de los intereses y sus consecuencias*

Entre los múltiples trabajos publicados al respecto sobresale, por lo descriptivo y por la

(1) *Compromiso de Acapulco para la paz, el desarrollo y la democracia*. Acapulco, 29 de noviembre de 1987.

(2) Associated Press, 24 de marzo de 1989.

(3) *Bush y la deuda latinoamericana*, Los Angeles Times Syndicate. Clarín, Buenos Aires, 8 de febrero de 1989.

autoridad intelectual de su autor, un artículo reciente ⁽³⁾ del Dr. Henry Kissinger. En él, el ex-secretario de Estado expresa:

... "El problema, evidentemente, es de solvencia: algunos países deben más de lo que pueden llegar a devolver. Los programas de ajustes temporarios de 1982 se han convertido en la austeridad aparentemente permanente de 1988. Desde fines de 1982 América Latina ha pagado alrededor de 235.000 millones de dólares en intereses, pero su endeudamiento se ha incrementado en 50.000 millones de dólares. América Latina, una región subdesarrollada, se ha convertido en un exportador neto de capital, lo cual constituye una situación insostenible e injusta."

"Esta *impase* se agudiza porque los puntos de vista de los Estados Unidos y de América Latina sobre el problema de la deuda son casi diametralmente opuestos: la discusión entre ellos suele ser un diálogo de sordos. Por eso es tan esencial un nuevo enfoque."

"El punto de vista predominante en el gobierno estadounidense y los principales bancos sigue negando que exista una emergencia. Se citan los esquemas de reducción de la deuda de México, del Brasil y de Chile, la refinanciación sobre varios años para el Brasil, Venezuela y México y el préstamo multimillonario al Brasil como pruebas de que el proceso funciona. Se alega que las experiencias de cuasi bancarrota del Brasil y del Perú han enseñado a los países latinoamericanos la futilidad de no cumplir con los pagos de intereses. Se obtiene consuelo de los superávits comerciales de México, la Argentina y el Brasil y del papel cada vez más importante que desempeña el Banco Mundial. El estancamiento, al parecer permanente, y la inflación desbocada de

América Latina se atribuyen a la falta de determinación para aplicar las reformas."

"Los países latinoamericanos y casi todos sus dirigentes están exasperados por este enfoque técnico. Para ellos, el nivel de vida en marcada declinación no significa un progreso potencial sino una catástrofe política segura. El colapso de los salarios reales en casi toda América Latina -según el nuevo presidente mexicano Carlos Salinas de Gortari, en su país cayeron un 50%- significa un desastre interno. Ningún gobierno democrático puede soportar la prolongada austeridad y los recortes de los servicios sociales exigidos por las instituciones internacionales. En todos los países latinoamericanos, la élite política se ha convencido de que el sistema actual de manejo de la deuda externa se ha vuelto políticamente insostenible."

"Ambas partes tienen razón. Desde un punto de vista estrictamente económico, la perspectiva estadounidense es válida. Desde un punto de vista político, la argumentación latinoamericana es convincente.

"Afortunadamente ambas partes aprendieron mucho en estos seis años de manejar la crisis de la deuda. Los bancos estadounidenses han entendido a grandes rasgos que el problema tiene un componente político. La mayoría de ellos ha llegado al límite de lo que las instituciones con fines de lucro pueden absorber reduciendo sus márgenes de ganancias y creando reservas por incobrables. En general se han mostrado creativos en el diseño de esquemas financieros para aliviar la carga de la deuda. Lo que no harán voluntariamente será perdonar la deuda o aceptar un descuento al valor del mercado sobre la masa de los créditos pendientes. Temen que así se establezca un grave precedente que pueda perjudicar su capacidad

préstamo y en consecuencia causar una crisis financiera global. Prefieren verse obligados por el gobierno de los Estados Unidos y aceptar pérdidas, con la teoría de que entonces el gobierno estaría en la obligación de aliviar sus cargas, aunque sólo fuera mediante exenciones impositivas”...

... “El elemento clave de esta solución será una redistribución de la carga de la deuda -tanto capital como intereses- entre los deudores, los bancos y los gobiernos. Los bancos no pueden soportar solos toda la carga. Es inevitable una participación del gobierno estadounidense. Pero a éste no le interesa comprometerse en promover una cesación de pagos por etapas y su contribución sólo puede justificarse sobre la base de que promueva el crecimiento y la democracia latinoamericana y de una relación más cooperativa dentro del hemisferio occidental”...

Una descripción actualizada de la cuestión de los intereses se encuentra en el trabajo de Alan Stoga ⁽⁴⁾ basado en el informe de la CEPAL ⁽⁵⁾ que diseña, junto con el proceso histórico de la formación de la deuda, la incidencia de los intereses en su creciente configuración.

El meollo del problema es, pues, el alza de los intereses de la deuda decidida de modo unilateral por los acreedores. Ello ha dado como resultado que, lejos de disminuir, el monto de lo adeudado aumente constantemente, no obstante los pagos efectuados, impidiendo el desarrollo y comprometiendo el bienestar de los países deudores.

b) La desvalorización de los títulos de la deuda externa

En forma paralela al enfoque realizado surge otro elemento a manejar: la notable desvalorización de los títulos de deuda externa en el llamado mercado negro, en el que los papeles negociables valen por lo que de ellos se espera y no por su valor facial.

De acuerdo con cálculos elaborados por *Salomon Brothers*, en papeles de conversión de junio 1988 hasta el mes de febrero próximo pasado dicha desvalorización habría sido la siguiente:

	Caída porcentual	Valor actual US\$
Brasil	44%	29.25
Venezuela	38%	34.25
México	31%	35.75
Argentina	30%	18.25
Chile	0	58.50

El surgimiento de ese mercado echa por tierra el fundamento lógico de los acuerdos con vistas al pago integral de los intereses.

Mientras un país deudor accede a abonar diez centavos de intereses por dólar en la ventanilla del banco acreedor, en la del banco vecino los papeles de un dólar se están vendiendo a mitad de precio.

Según el periódico *American Banker* el año pasado el Chase Manhattan vendió 1.000 millones de dólares de sus papeles del Tercer Mundo a una cotización de 65 centavos por dólar. Por su lado, el

(4) Stoga, Alan. *The International Economy*, enero-febrero, 1989.

(5) CEPAL. *Balance Preliminar de la Economía Latinoamericana en 1988*.

City Bank vendió 1.600 millones a 75 centavos por dólar.

A comienzos de febrero de este año el Sub-secretario del Tesoro de los Estados Unidos, David Mulford citó la actividad de dicho mercado como prueba de la necesidad de arribar a una reducción formal de la deuda del Tercer Mundo.

El 8 de marzo de 1989, en el curso de una entrevista el Gobernador del Estado de San Pablo, Brasil, Dr. Orestes Quercia, al responder sobre el tema *deuda externa*, señaló: ⁽⁶⁾

... "en el mercado internacional, un título de deuda brasileña que valía 100 dólares, por ejemplo, puede ser adquirido por 35 y, a veces, hasta por menos. Eso quiere decir que el propio mercado financiero sabe que la deuda brasileña, que es superior a 120 mil millones de dólares, no vale esa cantidad. El mercado busca adecuarse a la realidad, aceptando hacer negocio. Es verdad que no todas las parcelas de la deuda pueden negociarse de esa forma, pero el simple hecho de que haya negociaciones sobre esas bases indica que hay algo equivocado con la deuda. El error consiste en negociar el pago de los intereses fingiendo que debemos 120 mil millones de dólares. O sea: pagamos intereses sobre toda esa deuda, una carga gigantesca que sacrifica al país, cuando todo el mundo sabe que no vale eso. Lo que es preciso es encarar la deuda sobre su valor real y buscar una solución a partir de ahí."

Habría que ver si esa asunción de la realidad, que es la disminución del valor de los títulos en el mercado de valores, coincide: *grosso modo*, con el valor que tendrían hoy las deudas de haberse continuado cobrando los niveles de intereses

entendidos como normales hasta que comenzó la crisis deflagrada por los aumentos unilaterales.

III. El alza unilateral de los intereses ante el derecho internacional

a) *La ilicitud del alza de los intereses*

Al agravamiento a escala mundial de la situación suscita en los juristas de los países que atraviesan esta dura prueba el deber moral de aportar todos los elementos que suministra nuestra disciplina para lograr un tratamiento justo del problema y así contribuir a encontrar una salida, conforme a derecho, a una de las cuestiones más críticas de la realidad presente.

Falta considerar la dimensión jurídica del problema, o sea ubicarlo bajo la óptica del derecho internacional público.

A raíz del gran incremento de los intereses en 1984 observamos este aspecto de la cuestión diciendo lo que sigue:

"A la condena moral que ha recibido el aumento unilateral de los intereses de la deuda externa de América Latina habría que procurar sumar la condena jurídica".

Es notable comprobar que un asunto de esta magnitud, *que trata de derechos y obligaciones* y que ha sido analizado desde diferentes ángulos - ético, sociológico, político y básicamente el económico, con relación al comercio internacional y al desarrollo de los pueblos latinoamericanos- no

(6) Traducción libre del portugués.

haya sido abordado por los grandes medios de difusión desde el punto de vista del derecho internacional.

Sobre aspectos jurídicos del tema se han publicado algunos trabajos. Destacamos dos de ellos por su singular valor: el primero plantea la corresponsabilidad del prestamista internacional⁽⁷⁾ y, el segundo⁽⁸⁾, la necesidad de proceder a un estudio sobre la aplicabilidad de los principios de la doctrina Drago y la teoría del riesgo. Estos análisis contribuyen a esclarecer la situación de deudores y acreedores frente al aumento abusivo de las tasas de interés y constituyen un insoslayable alegato técnico y doctrinario en favor de los primeros.

b) Conclusiones de la Conferencia Internacional sobre la deuda externa. San Pablo, 1986.

La Conferencia Internacional sobre la deuda externa de los países en desarrollo realizada en San Pablo, Brasil, en diciembre de 1986, incluye las siguientes conclusiones de carácter jurídico en lo atinente al alza de los intereses.

"Una solución efectiva del problema de la deuda externa exige tanto cambio en el orden económico internacional como importantes transformaciones internas, que permitan a los países latinoamericanos dinamizar sus economías y mejorar sustancialmente las condiciones de vida de amplios sectores perjudicados."

"El análisis de los contratos que instrumentan la deuda externa revela que muchos de ellos son ilícitos, por violar

principios y normas consagradas por el derecho internacional y por el orden jurídico interno, no sólo de los países deudores, sino también de los propios países acreedores. Constituye una violación flagrante de principios básicos de derecho universalmente reconocidos y aceptados la inserción en los contratos que permitan la alteración del valor de las obligaciones y de las condiciones de su cumplimiento, por la voluntad unilateral de uno de los contratantes, como ocurre con el cobro de tasas de interés variables, que son fijadas por la parte acreedora."

"0.3. Debe ser hecha una amplia revisión de los contratos que instrumentan la deuda externa, eliminándose las cláusulas contrarias a los principios de derecho público o privado, internacional o interno, especialmente las que aseguran a los acreedores la posibilidad de alterar unilateralmente las condiciones y los valores de las obligaciones, anulándose sus efectos."

c) El alza unilateral de los intereses es usuraria

Nos encontramos ante una situación arbitraria y abusiva que se configura a partir del alza unilateral de los intereses de la deuda externa, cuyas consecuencias gravosas persisten y se acentúan.

Correspondería entonces precisar el punto central -la licitud o ilicitud del aumento de los intereses de la deuda externa, decidido unilateralmente por los acreedores - a la luz del derecho de gentes, definiendo su naturaleza jurídica.

(7) Alagia, Ricardo A. y Rodríguez Berrutti, Camilo H. *La Deuda Externa; su vis jurídico internacional*, Revista Geopolítica, No. 34, 1986.

(8) Vanossi, Jorge R. *El deber de los Estados y otros sujetos internacionales*. La Razón, Buenos Aires, 23 de agosto de 1987.

Creemos estar frente a un caso de usura porque los intereses fueron elevados muy por encima de sus niveles históricos y de los vigentes cuando se contrajeron las deudas. Acciones semejantes han sido calificadas del mismo modo en todos los sistemas jurídicos, por más que se las pretenda justificar en cláusulas contractuales.

d) La incriminación de la usura es un principio general de derecho

Esos aumentos usurarios de intereses, que contravienen el citado precepto, no deben quedar por más tiempo exentos de la aplicación de las normas que regulan la convivencia entre los Estados.

Ellos deben ser considerados en función de la responsabilidad emergente de los Estados y de los organismos internacionales, en la medida en que vulneran el histórico principio universal de derecho civil sancionatorio de la usura, afectando el orden internacional. Se trata de una acción humana penada en todos los sistemas jurídicos, históricos y vigentes, constituyendo por ello su incriminación uno de los *principios generales de derecho de las naciones civilizadas*, que el inciso c. del punto 1 del artículo 38 del Estatuto de la C.I.J. establece como fuente del derecho internacional.

Este enfoque resalta el valor de esta dimensión humana que es el derecho, opacada con tanta facilidad en la actualidad. La tesis que sustentamos se centra en el valor vinculante de los principios generales del derecho y por ello del que condena universalmente a la usura.

Como recordara el maestro Verdross⁽⁹⁾, el artículo 38 del Estatuto de la C.I.J., parte integrante

de la Carta de las Naciones Unidas, admite, como el de la C.P.I.J., su antecesora, que los principios generales de derecho, reconocidos por las naciones civilizadas, forman parte del derecho internacional general.

El valor de los principios, como fuente del derecho internacional, ha sido enfatizado por el profesor austriaco de la siguiente forma:

“El artículo 38, en su apartado c) autoriza, pues, a la C.I.J. a admitir una demanda que habría de ser rechazada si se aplicase única y exclusivamente el DI convencional y consuetudinario. Por eso está en lo cierto Guggenheim cuando subraya que los principios generales del derecho preceden la norma que establece la libertad de los Estados, ya que la parte demandada sólo es libre en tanto y en cuanto la demanda *tampoco* pueda fundarse en un principio general del derecho”...

“De lo que llevamos dicho se desprende que los principios generales del derecho, lejos de ser una mera fuente para las decisiones de la C.I.J., valen para la vida internacional en general.”

En este orden de ideas cito la opinión del Profesor Pastor Ridruejo⁽¹⁰⁾:

... “los principios generales del derecho constituyen, en realidad, un fondo normativo común a los Derechos internos y al Derecho Internacional. Pero como aquellos - los Derechos internos- están en una fase más adelantada de desarrollo que el Derecho Internacional, el sentido general de la

(9) Verdross, Alfred. *Derecho Internacional Público*, Madrid, 1955.

(10) Pastor Ridruejo, José Antonio. *La Fundamentación del Derecho de Gentes y la Jurisprudencia Internacional*, Anuario IHLADI, No. 4, p. 103, 1973.

transposición de los principios es siempre el mismo. Se trata de principios formulados antes en los Derechos internos y que luego, cuando surgen problemas y necesidades similares en el Derecho Internacional, son aplicados a éste. El desarrollo incesante que está experimentando el Derecho Internacional pone de relieve el enorme interés que tienen en nuestros días los principios generales del Derecho: Derecho de las Organizaciones internacionales, Derecho Económico Internacional, etc."

"(25) En estas condiciones, surge entonces el problema de la determinación exacta de los requisitos de transposición de un principio de los Derechos internos al Derecho Internacional. Centrándonos en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal de La Haya, aparecen los siguientes interrogantes: ¿Cuándo se podrá decir con seguridad que estamos ante uno de los "principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas"? ¿Cuál será el criterio de civilización? ¿Cuál será el grado de reconocimiento necesario?"

"En lo que concierne al criterio de civilización, se reconoce hoy tanto por la doctrina occidental como por la de las democracias populares que lo satisfacen, los sistemas jurídicos de todos los Estados, independientemente de su ideología, de su sistema político o de su grado de desarrollo económico."

"Respecto al criterio del reconocimiento general se ha dicho que el único método válido es el del Derecho Comparado aunque con sentido negativo, es decir "como correctivo a las tendencias eventuales de los juristas internacionales de recurrir a concepciones o reglas que pertenecen exclusivamente a un solo sistema jurídico o se encuentran en un pequeño número de sistemas".

Coincidentemente el Profesor Jiménez de Arechaga afirma:

"¿Qué son estos principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas? Son esas normas básicas, esenciales en todo ordenamiento jurídico, que se encuentran tanto en el derecho interno privado como en el público; por ejemplo, la regla de que todo aquel que comete un acto ilícito que provoca un daño a otro debe reparar ese daño, esa reparación debe comprender no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante causado a la víctima del perjuicio; la norma de que nadie puede ser juez en su propia causa; el principio del enriquecimiento injusto, de la cosa juzgada, etc. En suma, se trata de esos preceptos básicos y fundamentales del derecho positivo -en algunos sistemas, como el nuestro, formulados en la Constitución o en los Códigos, y en otros, sobreentendidos como máximas subyacentes- que, al decir de Carnelutti, se encuentran dentro del orden jurídico como está el alcohol dentro del vino: constituyen la esencia o espíritu del Derecho."

"Esos principios que han sido, por así decirlo, decantados por la conciencia jurídica de la humanidad en el curso de siglos y que son compatibles con la estructura orgánica de la comunidad internacional, son igualmente reglas positivas de derecho internacional, directamente aplicables a las relaciones entre los Estados. Si bien han surgido y evolucionado para regir relaciones jurídicas entre particulares, reflejan de tal modo los sentimientos básicos de justicia y equidad natural que, cuando son aplicables, deben sin ningún género de dudas utilizarse también para regir las relaciones entre Estados."

"Cuando los autores del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia debieron

enumerar las fuentes de las que habrían de extraer los miembros de la Corte los preceptos jurídicos en que basar sus decisiones, tuvieron en cuenta no sólo los tratados y la costumbre, sino también el hecho de que los órganos arbitrales internacionales, en todas las épocas, habían hecho aplicación de esos principios básicos que, al ser utilizados con ingenio por juristas avezados, pueden servir para colmar vacíos o lagunas del ordenamiento internacional, supliendo la escasez o insuficiencia de sus normas. Y entonces se enumeró como tercera fuente de Derecho Internacional, ésta de los 'principios generales de derecho'⁽¹¹⁾.

Tal vez convenga poner el acento en el significado actual de los términos *reconocidos por las naciones civilizadas*, contenidos en la norma estatutaria mencionada. La opinión más generalizada de la doctrina moderna entiende que se refieren a los países que: son amantes de la paz, aceptan las obligaciones de la Carta y están capacitados para cumplirlas y dispuestos a hacerlo (Carta de la O.N.U., art. 4, requisitos para la admisión de Estados). Con ello, como lo reseña el prof. Piza Escalante (*), la disposición "ha perdido la connotación *imperialista* europea que la alumbró".

Sobre el valor de los principios generales de derecho hoy en día y con expresa referencia al tema de la deuda el Profesor Vanossi⁽¹²⁾ dice:

... "el standard de conducta externa en virtud del cual los sujetos del derecho internacional no pueden evadirse o excusarse de los riesgos inherentes a sus actos de libre y plena

determinación, encuentra sustento jurídico y justificación ética en las reglas que emanan de principios generalmente aceptados en el derecho interno (tanto privado como público) que, a su vez, se remontan originalmente a *adagios* que han universalizado a las ya milenarias elaboraciones del derecho romano, muchas de las cuales fueron paulatinamente apropiadas por el derecho de gentes."

"Asistimos, pues, a un proceso de creación normativa inverso al de la recepción e incorporación del derecho externo al derecho interno: acá, en vez, se trata de la traspolación de reglas jusprivatísticas (y, por lo tanto, de origen nacional) al plano de la regulación de la conducta internacional; y ello se opera sobre la base del paralelismo de las razones que alimentan el encuadramiento moral y político de los campos de pertenencia de ambos actos humanos. No puede perderse de vista que en todos los casos se está regulando conducta humana, con la sola diferencia de que en algunos casos aquella resulta imputable a órganos que, precisamente, han emanado de la propia creación estatal, tanto cuando se dirige al derecho público interno, cuanto se orienta al externo o de la comunidad internacional"

IV. Viabilidad de un pedido de opinión consultiva ante la Corte Internacional de Justicia

El literal c. del punto 1 del artículo 38 del Estatuto, al dar valor positivo a los principios generales del Derecho, fundamenta el carácter de

(11) Jiménez de Archaga, Eduardo. *Curso de Derecho Internacional Público*, Tomo I, p. 62 y 63, Montevideo, 1976.

(*) Piza Escalante, Rodolfo E. *La "Opinio Juris" como fuente autónoma del derecho internacional*. *Anuario del IHLADI*, No. 8, 1987, p. 143.

(12) *Op cit.* (7).

ilícito internacional -por usurario- que tiene el alza de los intereses unilateralmente dispuesta por los acreedores. En él se basa el derecho de fondo para el caso y permite plantear, además, su viabilidad procesal mediante la interposición estatutaria de un pedido de opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia (art. 96 de la Carta de las Naciones Unidas) para que dictamine sobre la naturaleza de los aumentos de interés y la responsabilidad internacional emergente.

Insistimos en que este es el punto central de esta tesis, aquel en el que el Derecho Internacional suministra a la comunidad internacional una vía hacia una corrección de justicia de una de las grandes arbitrariedades de esta época.

Entendemos que la Corte debe declarar el derecho aplicable en esta cuestión y ya que, *prima facie*, la vía contenciosa no se presenta como factible, la consultiva abre aquella perspectiva.

La opinión consultiva que se propicia podría ser solicitada, por alguno de los organismos de las Naciones Unidas, de acuerdo con lo que establece el artículo 96 de la Carta y el artículo 65 del Estatuto de la C.I.J.

En el punto 1 del artículo 65 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se dice que:

"La Corte podrá emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma."

En consecuencia, los organismos autorizados son los únicos que pueden solicitar opiniones consultivas a la C.I.J.

El artículo 96 de la Carta dispone que:

- "1. La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica."
- "2. Los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar de la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades."

En su trabajo sobre la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, el ex Juez de ese Tribunal doctor Eduardo Jiménez de Arechaga⁽¹³⁾, y miembro de nuestro Instituto, afirma:

"Jurisdicción Consultiva de la Corte.

"Tanto la Carta, en su art. 96, como el Estatuto en su art. 65 y siguientes, se refieren a una competencia muy especial que posee la Corte Internacional de Justicia de emitir opiniones consultivas sobre cualquier cuestión jurídica, a pedido de los órganos de las Naciones Unidas."

"Es esta una institución muy particular y que llama la atención de muchos juristas, especialmente los formados en el sistema del derecho civil, porque en estos regímenes las Cortes de Justicia no tienen, por lo general, esta misión de actuar como órganos de asesoramiento jurídico. Sin embargo, otra cosa sucede en la tradición jurídica anglosajona: el Comité Judicial del Consejo

(13) Jiménez de Arechaga, Eduardo. *Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia*. Estudios Jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture, Montevideo, 1957, p. 417 y sigs.

Privado inglés, por ejemplo, es el Cuerpo judicial supremo y, al mismo tiempo, actúa como órgano de asesoramiento de los gobernantes."

Señala luego que:

"El primer problema de interpretación que se plantea respecto de esta jurisdicción consultiva, es saber qué quiere decir *cualquier cuestión jurídica*."

En otro punto de su trabajo, expresa:

... "La Corte hizo una interpretación amplia de sus facultades, que puede ser antecedente de la actitud que ella asuma en el futuro con respecto al concepto de *controversias de orden jurídico*, mencionado en el art. 36 del Estatuto."

"Se ha discutido también en el campo de la doctrina, pero ha sido ya resuelto definitivamente por la Corte, el problema de si este órgano tiene competencia para emitir opinión cuando se le formula una cuestión en términos abstractos, sin referirse a un caso concreto determinado. La Corte rechazó en términos categóricos esa pretendida limitación diciendo: 'Se ha sostenido que la Corte no debe ocuparse de una cuestión formulada en términos abstractos. Esta es una mera afirmación carente de toda justificación. Según el art. 96 de la Carta y el art. 65 del Estatuto, la Corte puede dar una opinión consultiva en toda cuestión jurídica abstracta o no abstracta'."

Con relación al carácter de la solicitud de opinión consultiva si se planteara la votación en la Asamblea General de las Naciones Unidas es decir,

se se trata de una cuestión sustantiva o procesal el Profesor Rousseau ⁽¹⁴⁾ dice:

"Es interesante destacar que, contrariamente a la tesis que prevalecía en la S.D.N. antes de 1939, los votos sobre los pedidos de consulta se consideran como cuestiones de procedimiento que pueden obtener mayoría simple (declaración del presidente de la Asamblea General con fecha 6 de diciembre de 1949)".

En esa eventualidad sería del caso aplicar el art. 18, numeral 3 de la Carta de las Naciones Unidas:

"3. Las decisiones sobre otras cuestiones, incluso la determinación de categorías adicionales de cuestiones que deban resolverse por mayoría de dos tercios, se tomarán por la mayoría de los miembros presente y votantes."

Se aprecia que la jurisprudencia de la C.I.J., particularmente la de los últimos años permite abrigar una expectativa favorable en cuanto a su aceptación del valor normativo vinculante de los principios generales de derecho, entre los que consideramos que se encuentra el de la condena a la usura.

Las implicaciones políticas de la cuestión no habrían de empecer el andamio de pedido de opinión, de carácter indudablemente jurídico. Por tanto es válido traer a colación lo que dice el Profesor Ian Brownlie ⁽¹⁵⁾ sobre los dictámenes de la C.I.J.:

"In the *Admissions and the Expenses* cases the Court concerned itself with issues of interpretation which had considerable political

(14) Rosseau, Charles. *Derecho Internacional Público Profundizado*. Buenos Aires, 1966, p. 367.

(15) Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 730.

ramifications, and, significantly, the organs concerned were unable to act on these two opinions. In refusing to decline the requests by virtue of its discretion in the matter of advisory jurisdiction, the Court has reiterated the view that as it is an organ of the United Nations, a request for an advisory opinion should not, in principle, be refused."

En la evaluación que efectúa sobre la actuación de la C.I.J., el mismo profesor afirma:

"When, in its advisory opinions the Court has pronounced on the interpretation of the United Nations Charter, it has trenched boldly on political issues (which did not cease to be such because they were also legal issues) of the first magnitude. Whatever the prospect before the International Court, the usefulness of the judicial process in international relations continue to receive wide recognition"...

En el análisis de los principios generales del derecho que hace el Prof. Barberis⁽¹⁶⁾, se expresa:

"El contenido de los principios generales de derecho."

"a) *Los principios generales de derecho y el derecho interno de los Estados.* La redacción del artículo 38, inciso 1, c), debe su origen a los trabajos del Comité de juristas que, en 1920, estuvo encargado de elaborar el Estatuto de la antigua Corte permanente. De las actas de las sesiones de dicho Comité se puede deducir que la tendencia que prevaleció en su seno en cuanto a la disposición que nos ocupa, fue la representada por los miembros anglosajones, Root y lord Phillimore. Este último explicó al Comité que los principios generales considerados por el proyecto de

Estatuto eran aquellos aceptados por los Estados in *foro doméstico*. La disposición sobre los principios generales subsistió invariable en el texto del Estatuto de la nueva Corte adoptado en la Conferencia de San Francisco."

Más adelante el Profesor Barberis sostiene que puede deducirse que, para la Corte:

"los principios generales de derecho tienen como contenido disposiciones provenientes de diversos órdenes jurídicos internos."

Puntualiza, además, que:

"Los votos particulares de los jueces corroboran también la idea que el contenido de los principios generales de derecho tienen su origen en el derecho interno de los diferentes Estados. La doctrina comparte igualmente esta tesis. Si bien existe toda una serie de teorías sobre el fundamento de su validez, los autores están de acuerdo en que los principios generales previstos por el artículo 38, inciso 1, c), son los aceptados por los diferentes Estados en sus órdenes jurídicos internos."

"Los principios de derecho positivo interno susceptibles de pasar a integrar el ordenamiento internacional son principalmente los relativos al derecho civil y al procedimiento civil. En cuanto al derecho civil, existe una analogía entre la teoría general de los contratos y la de los tratados internacionales, entre los principios sucesorios y la sucesión de Estados, y entre los principios que regulan la adquisición de la posesión y el dominio y las normas sobre adquisición de la soberanía territorial. Respecto del orden

(16) Barberis, Julio. *Fuentes del Derecho Internacional*, p. 5 y sigs., La Plata, 1973.

procesal, el derecho de gentes ha tomado principios tales como el de la cosa juzgada y los que rigen el *onus probandi* y ciertos medios de prueba”.

Con respecto a este punto recuerda el ejemplo de la aplicación de los principios de buena fe en el cumplimiento de los contratos en fallos de la C.P. J.I.

El Tribunal se sirve cada vez con mayor frecuencia del concepto de equidad. En la obra citada el Profesor Barberis pone de relieve:

“b) *Los principios generales de derecho y la idea de justicia.* Hasta la segunda guerra mundial la jurisprudencia consideró siempre que los principios generales de derecho eran normas que reconocían como origen el derecho positivo interno de los distintos Estados. Pero, a partir del establecimiento de la actual Corte Internacional de Justicia este concepto ha adquirido otra extensión. En efecto, la jurisprudencia del tribunal ha comenzado a reconocer que los principios generales de derecho son tanto aquéllos que hallan su origen en el derecho positivo interno como los que constituyen una aplicación de la idea de justicia. Esta corriente doctrinaria que se advierte en las decisiones de la Corte actual implica una modificación substancial respecto de la tesis sostenida por su predecesora.”

Bajo el mismo literal b), un poco más adelante, dice:

“La tendencia que señalamos se puso de manifiesto por primera vez con motivo de la sentencia dictada en el caso del estrecho de Corfú (9-4-1949), entre Gran Bretaña y Albania. En este litigio, el Reino Unido

reclamó se declarara a Albania culpable por haber sembrado un campo de minas en sus aguas territoriales sin haber dado aviso previo, lo cual había sido causa de graves perjuicios a buques británicos. La Corte sostuvo que Albania había estado obligada a hacer conocer la existencia del campo de minas, en el interés de la navegación general. La Corte afirmó que las obligaciones a cargo de las autoridades albanesas:

“Sont fondées non pas sur la Convention VIII de la Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d’humanité, plus absolues encore en temps de paix qu’en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes et l’obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d’actes contraires aux droits d’autres États. (C.I.J., Recueil, 1949, p. 22)”.

Luego el Profesor Barberis cita otros antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios en apoyo de su precedente afirmación, destacando: ⁽¹⁷⁾

... “el voto individual del juez Anzilotti anexo a la opinión consultiva sobre el régimen aduanero austro-alemán (5-11-1931), éste examina las restricciones a la soberanía impuestas por las grandes potencias en los tratados de paz a los Estados vencidos, y afirma:

“On peut se demander s’il n’y a pas une certaine contradiction à imposer à un État de vivre et à le mettre en même temps dans une situation qui rend sa vie extrêmement difficile’.”

(17) Op cit. p. 127 (16)

En otro punto del mismo libro alude ⁽¹⁸⁾ a la opinión consultiva de 28 de mayo de 1951 sobre las reservas a la Convención sobre el genocidio, de la siguiente manera:

"La Corte señaló que dicha Convención tiene su origen en la Resolución 96 (I) de la Asamblea General de la O.N.U. en la que se califica al delito de genocidio como una 'negociación del derecho que es 'contraria a la ley moral' (O.N.U., doc. A/64/Add 1, p. 128)."

"Fundándose en este antecedente, la Corte manifestó:

'Cette conception entraîne une première conséquence: les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel'."

"El voto disidente del juez Tanaka en la sentencia sobre el suroeste africano enuncia con toda precisión cuál es el sentido y extensión que la jurisprudencia da hoy al artículo 38, inciso 1, c), del Estatuto de la Corte. El juez japonés sostiene que la aplicación del *apartheid* constituye un acto antijurídico internacional porque viola, entre otras normas, un principio general de derecho que prohíbe a los Estados hacer discriminaciones por razón de la raza. Según su opinión, el artículo 38, inciso 1, c), comprende los principios generales de derecho positivo reconocidos por los diferentes Estados y aquellos otros que, independientemente del reconocimiento por parte de los ordenes jurídicos internos, hacen a la naturaleza humana. Señala que estas dos categorías comprendidas en el artículo 38, inciso 1, c),

tienen respectivamente las características del *jus gentium* y del *jus naturale* del derecho romano. El juez Tanaka se expresa así:

'In short, human rights which require protection are the same; they are not the product of a particular juridical system in the hierarchy of the legal order but the same human rights must be recognized, respected and protected everywhere man goes. The uniformity of national laws on the protection of human rights is not derived, as in the cases of the law of contracts and commercial and maritime transactions, from considerations of expediency by the legislative organs or from the creative power of the custom of a community, but it already exists in spite of its more-or-less vague form. This is of nature *jus naturale* in roman law.

"The unified national laws of the character of *jus gentium* and of the law of human rights, which is of the character of *jus naturale* in roman law... at the same time constitute a part of international law through the medium of Article 38, paragraph 1 (c). But there is a difference between these two cases. In the former, the general principles are presented as common elements among diverse national laws; in the latter, only one and the same law exists and this is valid through all kinds of human societies in relationship of hierarchy and coordination. This distinction between the two categories of law of an international character is important in deciding the scope and extent of Article 38, paragraph 1 (c)."

"A nuestro modo de ver el pasaje transcripto constituye un acertado resumen del

(18) Op cit. p. 10 (16)

contenido que la jurisprudencia de la Corte actual asigna a los principios generales de derecho.”

Si se acepta que el aumento unilateral de las tasas es un acto de usura y por tanto vulnera el principio general de derecho que la penaliza, cabría ponderar si ese principio posee las características de *ius cogens*. Este es un aspecto que merece ser desarrollado en el momento de la redacción de la petición de opinión consultiva que eventualmente se formule. Paralelamente convendrá profundizar, en el caso, la vinculación del *ius cogens* con el concepto de *buena fe*.

La base sustantiva de la petición la hallamos, pues, en la violación de un principio general de derecho, el de la condena a la usura, apoyándonos en el literal c. del inciso 1 del art. 38 del Estatuto, pero quizá no sea la única.

Múltiples instrumentos y declaraciones oficiales de países acreedores les comprometen a promover y favorecer el desarrollo de los países del tercer mundo en general y, en particular, de los de América Latina; cabe preguntarse, entonces, si a través de esos instrumentos no surge, también, un deber jurídico convencional de los reconocidos en el literal a. del inciso 1 del citado artículo 38 que se encontraría igualmente incumplido por el alza unilateral de los intereses.

La Alianza para el Progreso, la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, la Carta de Alta Gracia, entre los más antiguos, y otros instrumentos más modernos de los organismos económicos de las Naciones Unidas, tales como los de UNCTAD⁽¹⁹⁾, y de las organizaciones regionales, asignan a los países desarrollados la obligación de promover el desarrollo de los países ahora deudores; y resulta de toda lógica que el

cobro de intereses arbitrarios conspira contra dicho desarrollo.

En consecuencia surgiría otra vertiente, digna del más detenido análisis, para una fundamentación paralela y simultánea de nuestra alegada ilicitud del alza unilateral de intereses. La petición de una opinión consultiva que eventualmente haya de redactar el organismo de las Naciones Unidas que la presente deberá contener una minuciosa reseña de todos los instrumentos internacionales que contengan aquel tipo de obligaciones contraídas por los hoy países acreedores. La solicitud se fundaría, entonces, en los literales a. y c. del inciso 1 del artículo 38, aunque insistimos en que la apoyatura es más consistente en el último de los literales mencionados.

V. Las cuestiones a ser presentadas en la solicitud de opinión consultiva

Las cuestiones a ser formuladas a la C.I.J. en el pedido de opinión consultiva podrían redactarse sobre las siguientes bases:

- 1) La condena a la usura, ¿constituye uno de los principios generales de derecho mencionados en el inciso c. del punto 1 del artículo 38 del Estatuto de la C.I.J.?
- 2) En caso de ser afirmativa la respuesta a la cuestión anterior, ¿son actos usurarios las alzas unilaterales de intereses de la deuda externa?
- 3) Si la respuesta a las dos cuestiones anteriores fuere afirmativa, ¿están obligados los países acreedores a no permitir que se cometa ese ilícito contra los países deudores?

(19) UNCTAD. Sistema Generalizado de Preferencias Comerciales (Países desarrollados se comprometen a dar un trato más favorable a los países en desarrollo, en materia comercial).

- 4) En caso de ser afirmativas las respuestas a las tres cuestiones precedentes, ¿deben, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, actuar en consonancia con aquellas obligaciones de los países acreedores?
- 5) Paralelamente, ¿existe para los países acreedores la obligación, fundada en el derecho internacional convencional, de no permitir que los actos de usura incriminados sean ejercidos contra los países deudores?

Lo principal de la petición tendría que fundarse en lo que antecede; pero también podrían agregarse otros argumentos aplicables al caso, tales como los emergentes de la corresponsabilidad de los acreedores y los basados en la teoría del riesgo y en la Doctrina Drago actualizada.

Asimismo podrían incluirse elementos probatorios (art. 65.2 del Estatuto) que surgen de los datos recientemente publicados sobre la desvalorización de los papeles negociables de la deuda externa, mencionados en el punto II b), de esta ponencia.

Finalmente habría que analizar la conveniencia de agregar otras cuestiones referidas al carácter de los pagos ya efectuados y, consecuentemente, a la fijación del criterio para establecer el saldo real de lo adeudado.

VI. Conclusiones

Surge con fuerza de evidencia la importancia de una opinión consultiva de la C.I.J. declarando que es deber de los países acreedores no permitir el cobro de intereses usurarios.

Una primera consecuencia sería la de abrir posibilidades de defensa procesal en eventuales pleitos contra bienes de países deudores en situación de incumplimiento de pagos de intereses. Ello sería especialmente valioso en países donde rige el

derecho anglosajón, cuyos tribunales aplican directamente el derecho de gentes como *ley del país*".

Puede avizorarse así la repercusión y la trascendencia de una opinión consultiva como apoyatura para la defensa judicial de los Estados deudores, por más que tenga carácter declarativo solamente.

Debe recordarse, además, que las opiniones consultivas del tribunal mundial de La Haya son vinculantes para todos los organismos del sistema de las Naciones Unidas, entre los cuales se encuentran el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, con tanta responsabilidad en el manejo del tema de la deuda externa.

El lanzamiento del *Plan Baker* y el reciente *Plan Brady* así como las llamadas concesiones, que en ese orden de acciones financieras los acreedores parecen estar dispuestos a otorgar a los deudores para disminuir la deuda a título alegado de condonación o perdón, entrañan, a la luz de los argumentos expuestos, una falsedad conceptual. Lejos de ser actos de beneficencia internacional serían, por el contrario, el cumplimiento de un deber jurídico: el de reparar, reconociendo a los deudores -mediante la asignación de un nuevo carácter a las prestaciones ya cumplidas por éstos- la condición de pagos de capital e intereses acorde con lo genuino de la deuda y no con su arbitrario monto actual.

Por su prestigio científico y su larga tradición en la lucha por el derecho, el IHLADI se encuentra habilitado para emitir una declaración sobre la base de las argumentaciones expuestas en este trabajo, instando a los organismos internacionales pertinentes a que asuman, por la vía procesal indicada, la defensa de los derechos de los países deudores.

La oportunidad no puede ser más adecuada, los tiempos están en sazón para que la comunidad

internacional rescate el valor del derecho como cimiento de la convivencia entre los Estados. Si el desarrollo es el nuevo nombre de la paz y ésta es el fruto de la justicia, como rezaba el lema del Papa Pío XII, la opción que se presenta es categórica:

cumplamos con nuestro deber de juristas y demos a la comunidad internacional organizada un instrumento que permita ayudarla a enfrentar y resolver uno de los problemas más difíciles del presente.

Keynes y el financiamiento deficitario del gasto

Oswaldo R. Montalvo Cossío

La Teoría General de la Ocupación, el Interés y el Dinero, de Keynes, publicada en el 1936, es, sin lugar a dudas, la obra de economía más importante en lo que va de siglo. En este sentido, su altura es comparable a la de **El Capital**, de Carlos Marx, en lo que toca al pasado siglo, como a la de **La Riqueza de las Naciones**, de Adam Smith, respecto del siglo XVIII.

El impacto de la **Teoría General** en el pensamiento y la práctica económicos fue tan intenso que se habla de una revolución keynesiana. En el aspecto teórico, Keynes criticó duramente el esquema entonces dominante, que él denominó teoría clásica. Esta teoría clásica hallaba su mejor y más sintética expresión en la Ley de Say, que explica que toda oferta crea su propia demanda, y que encuentra como corolario el que todos los factores productivos (tierra, trabajo, capital) están siempre ocupados plenamente. A esto, Keynes diría que:

“... los postulados de la teoría clásica sólo son aplicables a un caso especial, y no general, porque las condiciones que supone son un caso extremo... Más aún, las características del caso especial supuestas por la teoría clásica no son las de la sociedad económica en que hoy vivimos, razón por la que sus enseñanzas engañan y son desastrosas si intentamos aplicarlas a los hechos reales.”

En realidad, las condiciones *extremas* a las que se refiere aquí Keynes, y que dice que supone la teoría clásica, no son sino la perfecta flexibilidad de todos los precios y, *en consecuencia*, la plena ocupación de los recursos productivos. Keynes dirá más adelante, en la misma **Teoría General**, que una vez alcanzada esta posición de plena ocupación, la teoría clásica recobra toda su relevancia. En otras palabras, la teoría clásica explica bien el funcionamiento del sistema económico en situaciones de plena ocupación. Lo que, según Keynes, es incapaz de explicar esta teoría es cómo se logra esta situación de plena ocupación que la teoría clásica, necesariamente, tiene que tomar como un supuesto. Desde esta perspectiva, se observa inmediatamente que la teoría clásica y la teoría keynesiana son, a los ojos de Keynes, perfectamente complementarias.

En torno a la práctica económica, en un mundo donde la política económica óptima era la del *laissez faire, laissez passer*, la contribución de inicio y base de Keynes fue la de fundamentar la necesidad de una administración dirigida del sistema económico. Los principios del liberalismo económico, por su parte, van mucho más allá de la simple Ley de Say. Smith explica que, simplemente, dejando que las cosas ocurran, viviremos en la mejor situación, en el mejor de los mundos posibles. Por su parte, Keynes, descalificando a la teoría clásica en proporcionar

los mecanismos de la plena ocupación, plantea sus alternativas. Lo que es más, la teoría clásica insistía tercamente en sus planteamientos ante una situación de hecho que no debía desconocer: la desocupación crónica en la Gran Depresión. Keynes, sin embargo, no era ajeno a las dificultades inherentes a la presentación de su esquema. En este sentido, diría:

“Las ideas aquí desarrolladas tan laboriosamente son en extremo sencillas y deberían ser obvias. La dificultad reside no en las ideas nuevas, sino en rehuir las viejas que entran rondando hasta el último pliegue del entendimiento de quienes se han educado en ellas, como la mayoría de nosotros.”

Keynes y Marx tuvieron en común un profundo sentimiento clasista. De Marx, dirían sus críticos que más que elaborar una determinada teoría económica no hizo sino manifestar su enorme odio por la clase capitalista. Keynes, por su parte, manifestaba un sentimiento por lo menos igual en magnitud, solamente que en sentido inverso. A la vez, ambos desconocieron la obra del otro. Keynes despreció la de Marx; Marx a su vez, no alcanzó a conocer la de Keynes. Este último, en una sentencia muy conocida, da a entender tanto su visión de la sociedad como su ignorancia de la obra de Marx:

“Cuando la lucha de clases llegue (sic), me encontrará del lado de la burguesía educada.”

En la misma obra, añade:

“¿Cómo puedo aceptar la doctrina (...) que establece como su biblia, por encima y más allá de toda crítica, un libro de texto económico obsoleto que sé que está no sólo equivocado científicamente, sino que además no tiene interés o aplicación en el mundo moderno? ¿Cómo puedo adoptar un credo que, prefiriendo el gusano al pescado, exalta al

aburrido proletariado por encima de la burguesía e *intelligentsia*, que, con todos sus defectos, son la cualidad de la vida y con seguridad llevan las semillas de todo el progreso humano. Incluso si necesitamos una religión ¿cómo podemos encontrarla en la turbia basura de los libros rojos? Es difícil para un hijo de la Europa occidental, educado, decente e inteligente encontrar sus ideales aquí, a menos que primero sufriera un extraño y horrible proceso de conversión que cambiaría todos sus valores.”

A la inversa, hubo cosas, quizás las más, en la que fueron diametralmente diferentes. Una de ellas fue la conciencia del alcance de la obra propia. Marx fue en todo momento y en todos sus puntos conciente del alcance de su obra, como se puede apreciar en la profusa correspondencia que mantuvo con F. Engels y otros amigos y colaboradores, en la que exponía paso a paso sus propios avances. No deja de sorprender el contenido fuertemente teórico de la misma. Igualmente, no se debe perder de vista que la obra de Marx fue una obra espaciada por toda una vida. Keynes, por el contrario, jamás se imaginó el alcance de la **Teoría General**. En cierto sentido, su obra -o, más específicamente, la **Teoría General**-, fue un fetiche. Una vez realizada, cobró su vida propia, con una voluntad distinta a la de su hacedor. Paul Samuelson ha caracterizado la **Teoría General** como la obra de un genio. Y parte de ese calificativo se lo atribuye al gran contenido intuitivo que en ella se encuentra. Intuición que abría caminos que su autor, quizás, desconocía hacia y hasta dónde llevaban. El mismo Samuelson ha dicho que luego de un año y medio de publicada la **Teoría General** no se sabía a ciencia cierta qué había en ella. Tal fue su complejidad. Y esto no es todo. La **Teoría General** se empezó a *comprender* a raíz del modelo IS-LM de Hicks-Hansen. Esto es, la **Teoría General** se empezó a entender a partir de una interpretación específica de la misma.

Naturalmente, esta interpretación fue presentada por bendición ante Keynes. Y el autor se la concedió. Tres décadas después, cuando aparece la macroeconomía del desequilibrio, se entiende que fue una decisión apresurada de Keynes. Este último ya no estaba presente para sancionar ninguna de las presentaciones de su propio esquema. El debate ha sido prolongado y las distintas posiciones han sido valerosamente defendidas. Unos perdieron posiciones que, luego, recuperaron, lo mismo que los otros. Y la prueba más palmaria de ello es que, Milton Friedman, uno de los actuales economistas de mayor renombre, antikeynesiano por antonomasia, haya dicho, en época de Keynes, "... todos somos keynesianos."

Keynes hace un aparte en la *Teoría General* para disculparse por la mordacidad de su estilo, sobre todo en lo que puede parecer que no le hacía justicia a la teoría clásica. La cuestión, sin embargo, no es simplemente de estilo. Sin entrar aquí en detalles, digamos que John Hicks, que fue quien primero le salió al paso con su artículo antológico "Mr. Keynes and the Classics", dice, al final del mismo, que con Keynes ni principia ni termina la economía dinámica, reconociéndole, sin embargo, la importancia de su obra. La pregunta obligada fue, naturalmente, ¿qué tan novedosa, respecto de la teoría clásica, era la *Teoría General*? Las respuestas claro está, menudearon y progresivamente se añadieron nuevas interpretaciones. Al principio, pareció que Keynes simplemente incorporaba mayor realismo al análisis clásico. Su capacidad de percepción era incuestionable y, lo que es más, parecía conducir su análisis sin el menor temor de llamar las cosas por su nombre. Los supuestos de la teoría clásica le parecían excesivamente restrictivos y, más importante, ajenos o, más exactamente, no descriptivos de las fuerzas económicas reales. Es así como dirige su contrargumentación en torno al mercado de trabajo, por ejemplo, donde la teoría clásica suponía a la oferta de trabajo como función de los salarios reales. La perspicacia de Keynes

llega al punto de señalar la posibilidad de que el trabajo esté sujeto a cierto grado de ilusión monetaria: los trabajadores -dice- no abandonan sus puestos de trabajo por el hecho de que los precios suban. La *Teoría General* es, pues, no solamente la obra de un gran pensador, sino de un gran observador. A la inversa, la teoría clásica se hacía cada vez más un sistema axiomático-deductivo, tal como las matemáticas, pero, concomitantemente, cada vez menos capaz de enfrentar los problemas de la vida real. El sistema clásico era muy estético pero poco funcional. De hecho, la contribución de Keynes al análisis económico no eliminó esa tendencia de la teoría clásica. Eichner, por ejemplo, dice lo siguiente:

"Desde la revolución marginalista de finales del siglo XIX, la teoría económica se ha convertido cada vez más en un conjunto más elegante de relaciones axiomáticas sobre la asignación de recursos bajo condiciones de un mercado competitivo. La precisión con que los supuestos son establecidos, la sutileza con que la lógica es así llevada a cabo, y el rigor con que una prueba es finalmente aducida, todo parece apoyar la pretensión de hacer de la economía la Geometría Euclidiana, por no decir la física, de las ciencias sociales.

Al mismo tiempo, la teoría económica se ha vuelto cada vez menos útil para cualquier persona deseosa de entender los fenómenos del mundo real, tales como el de crecimiento económico, las fluctuaciones cíclicas, la inflación, la pobreza, el desempleo, el subdesarrollo y hasta el éxito empresarial. Los funcionarios públicos, los hombres de negocios privados, los estudiantes, y los ciudadanos comunes, todos estos personajes encuentran la teoría económica divorciada de la realidad que necesitan comprender. Es precisamente este contraste entre su *elegancia* y su *relevancia* lo que subraya la crisis actual en la economía".

Keynes fue el iniciador del modernamente denominado análisis macroeconómico. Nunca antes se habían postulado relaciones funcionales entre los agregados económicos al nivel de generalidad en que lo propuso Keynes. En este sentido, Alvin Hansen considera que la principal contribución de Keynes fue la de la formulación de una relación tan sencilla como la función consumo. El realismo del análisis de Keynes, por otra parte, se le reconoce en otra interpretación. Según esta última, la principal contribución de Keynes se encuentra en el reconocimiento de la inflexibilidad de los precios. Esto es, mientras el análisis clásico mantenía que el libre movimiento de los precios aseguraba que los mercados se encontraran en equilibrio, Keynes, por el contrario, mantenía que en el mundo real los precios no eran perfectamente flexibles, de manera tal que los ajustes para la consecución del equilibrio se debían dar por el lado de las cantidades o, por lo menos, mediante una combinación de ajuste vía precios y ajuste vía cantidades. Desde esta perspectiva, entonces, la contribución de Keynes era la de un modelo de precios rígidos. Otros consideraron que su contribución fue la de escoger una combinación diferente a la del análisis clásico de variables endógenas y exógenas. En particular, para Keynes el nivel del producto era una variable endógena. Otros más, por el contrario, consideraron que su contribución se limitó al análisis del caso conocido como la trampa de la liquidez, en la cual toda política monetaria era inefectiva para promover el crecimiento de la renta. Finalmente, dentro de la denominada macroeconomía del desequilibrio, la contribución principal de Keynes fue la de replantear el concepto de equilibrio. En este contexto, una cosa sería el equilibrio, en términos laxos, y otra sería equilibrio de plena ocupación. Según esta interpretación, la gran aportación de Keynes fue la de explicar el hecho de que el sistema económico podía mantenerse en un equilibrio en términos laxos lejano al equilibrio de pleno empleo. Las interpretaciones de Keynes, se observa, son muchas y variadas. Sería excesivo,

sin embargo, decir que, como en el caso de Marx, existen tantos Keynes como keynesianos hay. Pero es incuestionable que existen muchos Keynes, quizás demasiados para el gusto de este autor.

Uno de los riesgos a los que están sujetos los autores es, precisamente, el de las interpretaciones que sus obras suscitan. Pueden hacerle frente, en efecto, a algunas de estas interpretaciones cuando consideran que no representan bien su pensamiento. Sin embargo, esto no es siempre posible. Claro está que, cuando el autor en cuestión ha fallecido, la discusión se hace sorda puesto que no existe bendición posible. Sin embargo, aún cuando este autor se encuentra de cuerpo presente, no siempre es posible seleccionar una entre muchas interpretaciones como la que realmente describe la teoría propuesta. Los autores pueden verse forzados o, por lo menos, seducidos, a admitir ciertos resultados en los que, sencillamente, no habían meditado. Por más que se quiera pensar otra cosa, es imposible que una persona tenga todas las respuestas o que haya examinado todas las posibilidades. El caso es que a Keynes se le han endilgado teorías, pensamientos, versiones, en las cuales él nada tuvo que ver. Sobre sus hombros pesa una cantidad de culpas que quizás él, en vida, no estaría en disposición de sostener.

Keynes puso en el centro de su análisis la igualdad entre el ahorro y la inversión. En este tema, la diferencia entre las identidades contables y la igualdad entre variables ex-ante ha sido foco de increíble confusión. Está claro que, contablemente, ahorro e inversión son siempre iguales, esto es, son idénticos. Ahora bien, tomados como variables ex-ante, no necesariamente son iguales.

La teoría clásica, por el contrario, supone que aún como variables ex-ante, ahorro e inversión son siempre iguales. Esta teoría supone que la psicología de los hombres es tal que existe una cierta preferencia por el presente. Esto es, en términos de

consumo, es preferible consumir ahora que en el futuro. De manera que si el ahorro significa el sacrificio de la espera, puesto que es una decisión de no consumir, produce una desutilidad, su relación respecto de la recompensa mencionada será inversa. Por su lado, la contratación de estos fondos de ahorro, que podemos tomar como inversión, implican un costo. Esta contratación de fondos para el financiamiento de la inversión es, una vez realizado el proceso inversionista, un consumo sin contrapartida inmediata de ingreso. Es, pues, el acto estrictamente contrario al ahorro. Dado un cierto nivel del ingreso en manos de un conjunto determinado de agentes, el ahorro significa el no consumo de parte de dicho ingreso; la inversión, a la inversa, significa, en manos de un conjunto distinto de agentes, el consumo de un ingreso que para ellos no existía anteriormente a su contratación en el mercado. La igualdad entre el ahorro y la inversión (ex-ante) se manifestaría de la forma más perceptible en el proceso de financiamiento con recursos propios, a través de, por ejemplo, la retención de utilidades o del ahorro empresarial. La pregunta importante es, sin embargo, ¿de qué manera se asegura que el nivel de ahorro deseado se iguala al nivel de inversión deseado? La respuesta de la teoría clásica a esta cuestión es sumamente sencilla: a través de la libre flexibilidad de la recompensa a la espera, esto es, a través de la libre flotación de la tasa de interés. Este mecanismo aseguraría, pues, en todo momento la igualdad entre el nivel de ahorro y el nivel de inversión deseados. Desde otra perspectiva, el ahorro es, en el presente, no consumo. La inversión, por su parte, es el consumo de este ahorro. Pero, a final de cuentas, el único consumo realmente relevante en lo que respecta a los agentes es el de los denominados bienes de consumo. La inversión es, desde esta perspectiva, consumo futuro. El mecanismo ahorro-inversión, en los términos de la teoría clásica, lo que hace es, pues, distribuir el consumo en el tiempo de la manera en que colectivamente se considere de mayor utilidad. La flotación de la

tasa de interés, que mide el nivel de la preferencia por el presente, se encarga de dividir el ingreso entre consumo e inversión, esto es, entre consumo ahora y consumo en el futuro.

El debate sobre el problema de la igualdad entre el ahorro y la inversión (ex-ante) se ha estructurado en torno a la Ley de Say cuando, quizás, éste no era el mejor telón de fondo. Los problemas involucrados son, claro está, de la mayor importancia, puesto que se trata de cuestiones de ocupación, ciclos, estabilidad, política económica e, incluso, podría pensarse que el problema del crecimiento económico también se halla aquí presente. En este sentido, ha dicho Keynes:

"... Las ideas de los economistas y los filósofos políticos, tanto cuando son correctas como cuando están equivocadas, son más poderosas de los que comúnmente se cree. En realidad el mundo está gobernado por poco más que esto. Los hombres prácticos, que se creen exentos por completo de cualquier influencia intelectual, son generalmente esclavos de algún economista difunto. Los maniáticos de la autoridad, que oyen voces en el aire, destilan su frenesí inspirados en algún mal escritor académico de algunos años atrás. Estoy seguro de que el poder de los intereses creados se exagera mucho comparado con la intrusión gradual de las ideas."

Se ha trazado una división entre Say y Keynes en la forma de diferentes monetizaciones de la economía. En este contexto, Say poseería el concepto clásico del dinero, como un medio de circulación de mercancías, mientras Keynes lo vería, además como un medio de circulación, como el puente hacia el futuro, esto es, en su función de reserva de valor. Sin embargo, aún cuando esta distinción es, sin lugar a dudas, adecuada, no lo explica todo. Aún en una economía no monetaria, la Ley de Say no es necesariamente cierta. Este es

un perfil del pensamiento de Keynes que no ha sido suficientemente analizado.

La sentencia de que toda oferta crea su propia demanda solamente puede tener sentido en una economía sin producción, esto es, en una economía donde no existan bienes de capital. La diferencia entre Say y Keynes debe visualizarse, en consecuencia, no tanto en cuanto el concepto del dinero y la manera de monetizar la economía, sino, en principio y principalmente, en torno a la naturaleza de los bienes existentes en la economía. Solamente cuando los bienes de consumo se conciben como una forma determinada de bienes de capital, la diferencia se transforma en la del concepto del dinero y la forma de monetización. En una economía sin producción es del todo evidente que toda oferta crea su propia demanda y que el dinero puede aparecer solamente como un medio de circulación de mercancías. Durante un período de tiempo determinado, una economía logra cierto nivel de producto. Este producto tiene una contraparte monetaria que denominamos ingreso. Este ingreso, a su vez, se asigna a diversos fines. En su aspecto físico, el producto está formado por objetos de naturaleza diversa. En general, podemos clasificar a estos últimos como bienes de consumo y bienes de inversión. Tenemos, en consecuencia, que el producto final de un ejercicio económico es el de un conjunto de bienes que, por su naturaleza física, son susceptibles y están dirigidos a su consumo por los agentes, y otros que, por su naturaleza física, son susceptibles y están dirigidos a su consumo por parte de las unidades productivas o empresas. Por otro lado, tenemos que el ingreso solamente puede ser utilizado en un gasto de consumo o en ahorro. Por último, si suponemos que el gasto de consumo es suficiente para cubrir y comprar la globalidad del valor de los bienes de consumo existentes en la economía, ahorro e inversión son iguales y no tenemos mayores problemas. Sin embargo, este no es el caso usual en una economía de libre empresa y de decisiones descentralizadas.

En el marco de la teoría de Keynes, el problema ahora, consiste en que los determinantes del ahorro y la inversión no son, como plantea la teoría clásica, uno y el mismo, esto es, la tasa de interés. Por el contrario, el consumo debe tratarse como una función estable del ingreso y, la inversión, por su parte, como una función de su rentabilidad esperada. Se observa, pues, inmediatamente, que no existe ningún tipo de mecanismo automático que asegure la igualdad entre ahorro e inversión. A medida que aumenta el ingreso, se libera mayor cantidad de recursos de ahorro. Estos recursos buscan realización en la inversión. Esta, sin embargo, depende más bien del nivel de la rentabilidad esperado. Si el nivel de capital en la economía es muy elevado, este nivel esperado de rentabilidad puede ser muy bajo. La demanda de recursos de inversión, en consecuencia, debe ser muy débil. Se acumulan los inventarios y el nivel del producto tiende a reducirse. Se produce, en consecuencia, una onda recesiva. Sin embargo, y esto de la mayor importancia, esto no quiere decir que la economía se encuentre en desequilibrio.

Por el contrario, para Keynes, la economía puede situarse en un equilibrio de subempleo. Esto es, el punto donde el ahorro y la inversión (ex-ante) se igualan. El punto de equilibrio en el mercado de bienes no necesariamente se verifica, por el contrario que en el caso de la economía clásica, en el nivel de ingreso de empleo pleno. Lo que es más, este equilibrio de subempleo puede poseer todas las características propias de un equilibrio completo, en particular, la estabilidad. De manera que modificando esta situación de equilibrio de subempleo a través de impactos exógenos, el sistema económico puede generar fuerzas tales que el equilibrio de subempleo inicial sea restaurado. De manera que Keynes señala, no solamente la necesidad de la política económica, sino la posibilidad de que esta necesidad sea permanente.

Uno de los puntos más oscuros de la Teoría General es la teoría sobre el mercado de trabajo.

El marco analítico básico de la teoría clásica, como es sabido, es el de la oferta y la demanda, en cuyo caso más simple, las cantidades demandadas y ofertadas de bienes y servicios (incluyendo los servicios productivos) se hacen dependientes de sus precios respectivos. Adicionalmente, en la teoría clásica, los mercados son agregativos; esto es, las conclusiones generales para un caso individual, se supone que se mantienen, mediante agregación, para el caso global, para la totalidad de los mercados individuales específicos donde se comercia con el objeto en cuestión. Al tratar el mercado de trabajo, Keynes reconoció como buena la función de demanda de trabajo de la teoría clásica. Esta función se deriva de la conocida condición de primer orden para la maximización de las ganancias por parte de las empresas individuales. Respecto de la oferta, al parecer, Keynes estuvo en desacuerdo en considerarla como una función positiva del salario real. Un mejor procedimiento sería el considerarla como infinitamente elástica al nivel de salario real vigente. Este cuando se mantendría, por lo menos, mientras existiese desocupación. Por demás, en esta última circunstancia, los precios podían tomarse como relativamente rígidos. Adicionalmente, a nivel agregado, la demanda de trabajo depende del nivel de la renta que, en el modelo de Keynes, no necesariamente corresponde al nivel de la renta de empleo pleno. Esto es, la renta es una variable endógena. En ninguna parte Keynes analiza los efectos microeconómicos de su planteamiento.

Puede considerarse que los supuestos del modelo de Keynes son, cuando menos, los siguientes:

- i) Se trata de un macromodelo. En particular, no se consideran los efectos microeconómicos de los movimientos en las variables consideradas.
- ii) Se supone una economía cerrada. No se consideran los efectos del comercio ni de los

flujos de capitales.

- iii) El horizonte temporal en el que se desarrolla el modelo es el corto plazo. Se supone, en consecuencia, que el nivel del capital está dado. En relación a este supuesto y en contraposición a la perspectiva a largo plazo que caracteriza a la teoría clásica, Keynes diría, sarcásticamente, "... en el largo plazo, todos estaremos muertos."
- iv) Se supone la existencia de un mercado desarrollado de activos financieros -o bolsa de valores- donde se intercambian libremente activos financieros de distintos tipos, riesgos, rendimientos y plazos de vencimiento. Este es un supuesto crucial a la hora de implementar medidas pretendidamente de corte keynesiano en economías subdesarrolladas donde este mercado es muy estrecho o, simple y definitivamente, no existe.
- v) En el sistema económico existe un equilibrio de desocupación en el cual la oferta de bienes es infinitamente elástica al nivel vigente de precios y la oferta de trabajo es infinitamente elástica al nivel del salario real vigente que, visto el supuesto anterior, significa la misma relación con el nivel del salario nominal vigente.

Estos supuestos describen el marco institucional, el contorno, en el cual se desenvuelve el análisis de Keynes. Por más que se pretenda lo contrario, ningún modelo puede ser absolutamente general. Todo modelo supone ciertas situaciones específicas -lo que supone cierta jerarquización de los elementos a considerar y, en consecuencia, el olvido de algunos otros- fuera de las cuales puede desempeñarse bastante mal. Los supuestos de la teoría de Keynes eran perfectamente descriptivos del marco institucional de la economía para la cual aquella estaba confeccionada y en la cual tenía ésto puesta toda su atención. Pero se trata de un marco

institucional entre muchos posibles. En este sentido, la **Teoría General**, después de todo, no es tan general. Y digamos, a seguidas, que en ningún lugar trató Keynes el problema del subdesarrollo. Es incorrecto, en consecuencia, enrostrar a Keynes los resultados negativos de ciertas políticas económicas implementadas fuera de su marco institucional. Aún más, es incorrecto denominar *keynesianas* estas mismas políticas económicas, fuera del contexto que Keynes tan clara y repetidamente subrayó.

Respecto a las medidas de política económica que se infieren a partir de la **Teoría General** para alcanzar el nivel del ingreso de pleno empleo, en lo tocante a la política fiscal, los críticos posteriores de Keynes han planteado que cualquier programa de inversiones por parte del Estado no hace otra cosa sino desplazar el gasto de inversión del sector privado al sector público. Esto es, el Estado y el sector privado estarían involucrados en una rebatita por los recursos de ahorro para ser invertidos. Lo que lograrse uno, lo lograría a costa del otro. Lo que invirtiese el uno, lo dejaría de invertir el otro. Este es el efecto denominado técnicamente *crowding-out*. Siendo las cosas de esta manera, se sigue que el efecto neto de la inversión pública sobre el nivel del ingreso es, simplemente, nulo. De aquí, entonces, que el Estado no deba abocarse a ningún programa de este tipo.

La versión de Keynes sobre este punto es muy otra. En realidad, no es cierto que en todos los casos se presente un efecto como el del *crowding-out*, aunque es indiscutible su posibilidad bajo algunas circunstancias. **El Estado, en principio, solamente se debe comprometer en los proyectos de inversión de baja rentabilidad.** La base de un equilibrio de desocupación es, precisamente, que el sector privado de la economía no encuentra colocación rentable para los recursos de ahorro existentes. El Estado, en esta versión, debe absorber los recursos de ahorro remanentes para dirigir el sistema hacia

una posición de ocupación plena. No debe, sin embargo, disputarle los recursos al sector privado en ningún momento. Los que acusan a Keynes de promover un intervencionismo estatal excesivo en la economía se olvidan de su opinión respecto al individualismo. Dijo, por ejemplo, lo siguiente:

“Detengámonos por un momento a recordar cuáles son estas ventajas (del individualismo). En parte lo son de eficacia -las de la descentralización y del juego del interés personal-. Desde el punto de vista de la eficacia, las ventajas de la descentralización de las decisiones y de la responsabilidad individual son mayores aún, quizá, de lo que el siglo XIX supuso; y la reacción contra el llamado al interés personal puede haber ido demasiado lejos. Pero, por encima de todo, el individualismo es la mejor salvaguarda de la libertad personal si puede ser purgado de sus defectos y abusos, en el sentido de que, comparado con cualquier otro sistema, amplía considerablemente el campo en que puede manifestarse la facultad de elección personal. También es la mejor protección de la vida variada, que brota precisamente de este extendido campo de la facultad de elección, cuya pérdida es la mayor de las desgracias del Estado homogéneo o totalitario; porque esta variedad preserva las tradiciones que encierran lo que de más seguro y venturoso escogieron las generaciones pasadas, colorea el presente con las diversificaciones de su fantasía...”

Respecto de la política monetaria, es curioso que se le atribuya a Keynes la autoría intelectual de los programas monetarios expansivos cuando éste se mostró escéptico de los efectos de los mismos sobre el nivel de la tasa de interés y, por ende, como mecanismo de estímulo a la inversión. En efecto, Keynes planteó la posibilidad de que, a tasas de interés muy bajas, la liquidez adicional fuera retenida por los agentes en espera de una baja en el precio de los activos financieros, con lo cual

dicha tasa de interés no tendería a deprimirse aún más. Esta es la denominada trampa de la liquidez. En cualquier caso, los efectos positivos que pudiese tener una política monetaria expansiva en el nivel de la renta, se fundamentan en, por lo menos, dos de los supuestos de Keynes respecto al marco institucional de la economía, a saber i) la existencia de un mercado de activos financieros desarrollado e, ii) la existencia de una oferta de bienes infinitamente elástica al nivel vigente de precios y de una oferta de trabajo infinitamente elástica al nivel vigente de salario real. De nueva cuenta, es incorrecto cargar sobre los hombros de Keynes los efectos perversos de una política monetaria expansiva cuando estas circunstancias no se verifican. En particular, si la única dirección del gasto agregado es hacia el mercado de bienes y, adicionalmente, en este mercado la oferta es inelástica, el proceso inflacionista es inevitable. Este último no es, sin embargo, ni una pifia de Keynes, ni un efecto perverso de su modelo. En la teoría de Keynes, simplemente, este efecto no tendría lugar debido a los supuestos de base en que se sustenta.

No es, por último, correcto ni justo facturarle a Keynes los efectos perniciosos de las políticas económicas implementadas en circunstancias distintas a las que supuso para la mejor aplicación de sus recomendaciones. No es suficiente hablar de *corte o inspiración keynesiana* de estas medidas,

más aún cuando toda política económica necesariamente tiene esta inspiración en tanto Keynes fue quien primero fundamentó la administración dirigida del sistema económico. Su sistema, en sus términos, funcionó bien. Le debemos la fase de prosperidad de mayor profundidad y alcance que conoce el hemisferio occidental. Pero tampoco es menester pretender que ningún modelo alcance aplicación universal y eterna. Las condiciones económicas de hoy en día, lo que es más, en el área subdesarrollada del mundo, son muy distintas a las existentes en la década de los cuarenta.

Finalmente, digamos que el tratamiento, por parte de Keynes, del Estado es de una ingenuidad de difícil paralelo. En sustancia, lo trató como un regulador pasivo de la actividad económica cuyo objetivo, declarado e implícito, era el de complementar las fuerzas del mercado en dirigir el sistema económico hacia una situación de plena ocupación. Un mecanismo conciente de administración, sin objetivos en sí mismo; si se quiere, un *administrador agregado*. Este procedimiento quizás, se inspiró en la necesidad de la sencillez para presentar su teoría. Sin embargo, resulta de una irrealidad tal, que es comparable a la de los postulados de la teoría clásica que criticó. En este punto, sin lugar a dudas, Keynes quedó preso de "... las (ideas) viejas que entran rondando hasta el último pliegue del entendimiento..."

La equidad en derecho internacional público: aspectos actuales

José Juste Ruíz (España)
Miembro del I.H.L.A.D.I.

1. Introducción: La Noción de Equidad en Derecho Internacional

Ius est ars boni et aequi.

1) La noción de equidad, íntimamente ligada a la idea de justicia, ha estado presente de un modo u otro en todos los sistemas jurídicos a través de los tiempos⁽¹⁾.

Sin embargo, como todas las grandes nociones de base, esta figura es difícil de definir de un modo preciso y su papel en el mundo jurídico igualmente difícil de delimitar con exactitud. Así, la naturaleza jurídica concreta de esta noción permanece todavía hoy ampliamente indeterminada, para algunos parecería constituir una suerte de principio general de todo ordenamiento; pero la mayoría de la doctrina la

(1) En el Derecho romano la equidad llegó incluso a constituir durante un largo período un auténtico sistema normativo y jurisdiccional de carácter paralelo, que permitía obtener un remedio adecuado en aquellos casos en los que la aplicación estricta del Derecho producía resultados contrarios a la justicia.

Lo mismo sucedió curiosamente en el Derecho anglo-sajón en el que el sistema de la **equity** se mantuvo durante largo tiempo como un sistema alternativo al **common law**, aplicado por una jurisdicción también distinta - the **Court of Chancery** - hasta su unificación definitiva por las **Judicature Acts** de 1873-75.

La noción de equidad ha sido también acogida en el tronco común de los ordenamientos continentales europeos, en los que en ocasiones ha llegado a jugar un papel importante como elemento de creación (Código civil suizo de 1907, Artículo 1) o, en todo caso, de interpretación y aplicación del derecho (tal es esencialmente el papel que la equidad desempeña en los ordenamientos inspirados en el modelo napoleónico de lo que puede ser una expresión prototípica el Artículo 3, párrafo 2 del Código civil español).

El examen del Derecho comparado muestra asimismo que la equidad ha penetrado también, con profundidad y significados distintos, en otros sistemas jurídicos tales como el canónico, el islámico, el judaico, los Derechos primitivos africanos y orientales y los sistemas jurídicos socialistas. En definitiva, puede decirse que la noción de equidad es consubstancial a la idea misma de Derecho y que, en medidas distintas según los casos, su presencia se ha afirmado de un modo constante en los diferentes ordenamientos jurídicos a lo largo de la historia. Vide *passim* Newman, R.A. (Editor) "Equity in the World's Legal Systems. A comparative Study", Brussels (Bruylant) 1973.

considera más bien como una virtud jurídica fundamental que contribuye a una mejor realización de los fines del Derecho ⁽²⁾. Por lo demás, la noción de equidad no ha podido nunca precisarse suficientemente; víctima sin duda de su propia riqueza substantiva y de su variada gama de formas y matices. Porque la característica principal de la equidad es su condición proteiforme, su versatilidad substancial, su diversidad formal, su permanente adaptación a las situaciones cambiantes para lograr lo que constituye su esencia misma: la justicia del caso concreto.

Esta idea de la justicia del caso concreto, sin duda difusa e indeterminada, constituye el denominador común de todos los intentos de definición realizados hasta la fecha y es posiblemente la única a la que puede reducirse conceptualmente una noción de tal enjundia y variedad de facetas.

2) Igualmente difícil es determinar el contenido básico de la noción de equidad.

En una visión inicial y, por así decir, primitiva, la equidad se concreta en la idea de igualdad:

equality is equity, según la conocida máxima de *common law*. Sin embargo, una reflexión más detenida lleva pronto a la comprobación de que la aplicación indiscriminada de la igualdad no siempre produce resultados equitativos, principalmente en los supuestos en los que se parte de una situación de base desigual ⁽³⁾. El Tribunal Internacional de Justicia, siguiendo la línea marcada por su predecesor el Tribunal permanente ⁽⁴⁾ lo afirmó con claridad en la sentencia relativa a la delimitación de la plataforma continental del Mar del Norte.

“L'équité n'implique pas nécessairement l'égalité”⁽⁵⁾.

El profesor Reuter ha tratado de precisar algo más el contenido básico de esta noción, señalando que la misma suele concretarse en tres direcciones distintas: la búsqueda de un principio de equivalencia, la búsqueda de un principio de proporcionalidad o la búsqueda de una solución de finalidad ⁽⁶⁾. Con todo, como señala el propio autor, la aplicación de parámetros objetivos no siempre resulta idónea para expresar el contenido concreto de la equidad, sobre todo cuando éstos se conciben

(2) Herrero de la Fuente A. “La equidad y los principios generales del Derecho de gentes”, Valladolid (Gráficas A, Martín), 1973, p. 21.

(3) “On se rend ainsi compte que l'égalité n'est un critère de l'équité que si l'on met à sa base certains jugements de valeur qui permettent de déterminer “quelles différences son négligeables ou non pour le traitement égal des objets pris en considération. La maxime anglaise *Equality is equity* appelle donc dans les rapports internationaux un correctif. Une égalité de traitement qui négligerait entièrement l'inégalité des conditions et des résultats peut conduire à de graves injustices”. De Visscher, Ch. “De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public”. Paris (Pedone) 1972, pp. 7-8.

(4) Série A/B n° 64, p.19

(5) CIJ Recuell 1969, p. 50, par. 91. Pero Vide *Ibid*, par. 99 y 101.

(6) Reuter, P. “Quelques réflexions sur l'équité en droit international”(1) *Rev. Belge D.I.* vol XV, 1980-1, pp. 165-186.

“como una fórmula matemática que se impone por la gracia de los números”⁽⁷⁾.

De nuevo aquí, todo parece indicar que más allá de la idea de justicia, de razón y de buena fe, la concreción del contenido real de la equidad no puede efectuarse con carácter general⁽⁸⁾. Pues lo que ella postula es precisamente, la singularidad, la diferenciación, la adaptación, el ajuste... La equidad evoca, como hemos visto, la realización de la justicia del caso concreto; pero ésta se realiza necesariamente utilizando parámetros distintos en cada ocasión, de acuerdo con la diversidad de las situaciones jurídicas de base en su infinita variedad.

3) Con todo, si la equidad no puede ser plenamente precisada ni en su concepto ni en su contenido, si puede al menos acotarse la *función* que le es propia y el terreno jurídico en el que está llamada a realizar preferentemente su misión.

Así, como ha escrito el profesor Bardonnet, la equidad evoca la idea de ponderación para la realización de un equilibrio razonable:

“Elle renferme dès lors l'idée de balance et d'équilibre et à son propos on parle

justement de “balance des droits et obligations des parties en litige”, de “balance des faits et des intérêts” ou “d'équilibre impartial et raisonné des intérêts”⁽⁹⁾.

Consecuentemente, la equidad ha encontrado en el plano internacional un doble campo de aplicación privilegiado. Por una parte, en las “cuestiones estatutarias y civiles”⁽¹⁰⁾ que afectan sobre todo a las situaciones de trato comparativo: derechos de los extranjeros, no discriminación, igualdad de los Estados... Por otro lado, la equidad encuentra un terreno idóneo en la solución de las cuestiones “económicas y territoriales”⁽¹¹⁾ que afectan a los procesos de reparto de los bienes jurídicos entre los sujetos que los reclaman para sí; problemas de nacionalización y compensación, acceso y utilización de los recursos del planeta, delimitación de los espacios terrestres y marinos entre los Estados...

En el mundo del Derecho internacional la equidad busca, pues, sobre todo establecer la justa parte de cada cual (*suum quique*); la equidad es ponderación razonable y reparto justo; es, en definitiva *aequitatis ratio*.

(7) Ibid, p. 179.

(8) Vide, Chemillier-Gendreau, M. “La signification des principes équitables dans le droit international contemporain” *Rev. Belge de D.J.* 1982, pp. 518 y sig. especialmente p. 522.

(9) Bardonnet, D. “Équité et frontières terrestres”. *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international; unité et diversité*, Paris (Pedone)1981, p. 42.

(10) Chemillier-Gendreau, M. *Op. cit.* p 525.

(11) Ibid. p. 525.

4. Con todo, la penetración de la equidad en el campo del Derecho internacional ⁽¹²⁾ ha estado marcada por una contradicción que se ha manifestado con claridad a lo largo de su historia.

En efecto, un ordenamiento dominado por la preponderancia cuantitativa del Derecho no escrito, sustentado en una raíz moral que llegó incluso a ocultar durante largo tiempo su propia identidad jurídica, y que con un arsenal normativo escasamente evolucionado debía hacer frente a una gran diversidad de situaciones - caracterizadas generalmente por su complejidad y su evolutividad -, parecía un terreno abonado para el recurso a la noción de equidad. Y sin embargo, el recelo secular de los Estados a permitir la intervención de instancias jurisdiccionales con competencia obligatoria para la solución de controversias y, más todavía, a abandonar el escudo protector del Derecho estricto, ha actuado en la práctica como un freno a un recurso más generalizado a la equidad.

Por otra parte, como ha puesto de relieve la profesora Chemillier-Gendreau ⁽¹³⁾, la equidad se sitúa en el centro de una contradicción conceptual y metodológica entre una visión formalista del ordenamiento internacional (que es la propia del positivismo idealista) y una aproximación ideológica al mismo (que corresponde con los postulados de la dialéctica materialista). La primera concepción que ha dominado la doctrina y la jurisprudencia tradicional en la materia, presenta a la equidad como una noción abstracta, directamente vinculada a la idea de justicia, que forma parte (aunque a título indefinido) del *corpus iuris* internacional. La segunda concepción, considera que la equidad tiene sobre todo una función ideológica y como tal ha sido utilizada, principalmente por los países en desarrollo, para provocar la transformación del Derecho vigente haciendo aparecer nuevas normas que dieran satisfacción a sus reclamaciones históricas.

(12) Al margen de los autores ya citados en las notas precedentes: Berlia, G. "Essai sur la portée de la clause de jugement en équité en droit de gens". Thèse, Paris (Sirey) 1937. Bermejo García, R. "Lugar y función de la equidad en el nuevo Derecho internacional" Anuario de Derecho internacional, vol. VII 1983-84, pp. 171-209, Bin Cheng "Justice and Equity in international Law" Current Legal Problems, vol. 8, 1955, pp. 185-211. Castillo-Daudi, M. "La noción de equidad en la jurisprudencia internacional." Filosofía y Derecho. Estudios en honor del profesor José Corts Grau, Valencia, (Universidad de Valencia) 1977, vol. 1, pp. 95-106. Degan, V.D. "L'équité et le droit international", La Haye (Nijhoff) 1970. Diaz Albonico, R. "La place de l'équité et l'enrichissement sans cause dans le calcul de l'indemnité en cas de nationalisation", Rev. Egyptienne de D.J. 1973, pp. 175-210, Handl, G. "The Principle of Equitable Use" as Applied to internationally shared Natural Resources: its Role in Resolving Potential International Disputes over Transfrontier Pollution", Rev. Belge, D.J., 1978-79, pp. 40-64, Martu de Veses Puig, C. "La equidad en el ordenamiento jurídico internacional", Filosofía y Derecho, cit. vol. 1, pp. 695-739. Miaja de la Muela, A. "La equidad en las decisiones de los Tribunales internacionales", Anales de la Universidad de La Laguna, t. VI, 1968-69, pp. 3-37, Mouskheli, M. "L'équité en droit international moderne", RGDIP, 1933-1-pp 347-373, Pirotte, O. "La notion d'équité dans la jurisprudence récente de la Cour internationale de Justice" RGDIP 1973, pp. 133-34. Rosenne, S., "Equitable Principles and the Compulsory Jurisdiction of International Tribunals" Festschrift für Rudolf Blüch (Bern (Stämpfli) 1980, pp. 407-425. Schwarzemberger, G. "Equity in International Law" Yearbook of World Affairs, vol. 26, 1973, pp. 346 y ss. Strupsp, K. "Le droit du juge international a statuer selon l'équité Rcardi, 1930-III, vol. 33, pp. 450-462.

(13) Chemillier-Gendreau, M. Op. cit., p.512.

Con todo, tanto en la larga época de dominio del positivismo como en la reciente coyuntura de búsqueda de un nuevo orden internacional, la aplicación de la equidad en el campo del Derecho internacional se ha visto frenada por el recelo de los Estados a otorgar a la jurisdicción internacional un papel más destacado y, en cualquier caso, más libre de los rigores del Derecho estricto. Pero, en los últimos años, la propia jurisprudencia del Tribunal internacional de Justicia parece haber encontrado la fórmula conceptual que ha propiciado una renovada eclosión de la equidad en el campo del Derecho internacional. El punto de partida de esta renovación metodológica es el conocido *dictum* del Tribunal internacional de Justicia en su sentencia de 20 de febrero de 1969 en el asunto de la plataforma continental del Mar del Norte:

"La Cour en vient maintenant a le règle de l'équité, Le fondement juridique de cette règle dans le cas particulier de la délimitation du plateau continental a déjà été précisé. Il faut noter cependant que cette règle repose aussi sur une base plus large. Quel que soit le raisonnement juridique du juge, ses décisions doivent

par définition être justes, donc en ce sens équitables. Néanmoins, lorsqu'on parle du juge qui rend la justice ou qui le droit, il s'agit de justifications objectives de ses décisions, non pas au-delà des textes mais selon les textes et dans ce domaine c'est précisément, une règle de droit qui appelle l'application de principes équitables" (14).

Con estas palabras el Tribunal parece haber abierto una nueva vía de aproximación a la siempre evasiva figura de la equidad, señalando con claridad el doble plano en el que dicha noción se proyecta en el actual Derecho internacional. De un lado, en una dimensión genérica "como representación de la justicia abstracta" (15), es decir, como exigencia básica en el proceso global de formación y aplicación del Derecho internacional. De otro lado, en una dimensión auténticamente positiva, como una "verdadera regla de derecho" en los casos en los que "los textos" mismos exigen una aplicación (16). Superando así una contradicción largo tiempo considerada como irreductible (17), la equidad ha adquirido una suerte de condición dual que le permite mostrarse tanto en su tradicional dimensión extrapositiva (*equity outside the rules o au-delà des textes*) como en su

(14) CIJ Recueil 1969, p. 49, par. 88.

(15) Ibid, p. 47, par. 85 y 49 par. 88.

(16) Ibid, p. 49, par. 88.

(17) "Depuis longtemps, les philosophes et les juristes se sont aperçus de ce caractère dualiste du droit; c'est ainsi que Cicéron opposait la *lex nata* a la *lex scripta*. Cette distinction conservée a travers les siècles, a été reprise par les juristes modernes. N'est-ce pas la même idée qu'exprime la distinction entre *das positive Recht* und *das richtilge Recht* de Stammier, le *droit positif* et le *droit objectif rationnel* ou *naturel* de M. Le Fur le donné et le construit de M. Geny ou la *source formelle* et la *source réelle* de M. Bonnacase" Mouskhely, *M. Op. cit.* p. 348.

dimensión iuspositiva (*equity within the rules o selon les textes*).

Este planteamiento metodológico, cuyo potencial explicativo no ha sido todavía suficientemente explorado por la doctrina científica, constituye el eje de la presente ponencia. En su desarrollo prestaremos especial atención a los datos de la práctica internacional, principalmente jurisprudencial. Así podremos comprobar que la tradicional imagen de la equidad extrapositiva se ha manifestado sobre todo en los procesos de delimitación de las fronteras terrestres, mientras que la nueva modalidad de la equidad iuspositiva ha encontrado su campo de aplicación privilegiado en la delimitación de los espacios marinos.

2. La dimensión extrapositiva de la equidad (*Equite au dela des textes o outside the rules*).

El juez Fitzmaurice, en su opinión individual en la sentencia de la Barcelona Traction de 5 de febrero de 1970, afirmó:

“el derecho y la equidad no pueden realizar la justicia más que si ambos se completan mutuamente”⁽¹⁸⁾.

Estas palabras reflejan la concepción tradicional de la equidad que ha experimentado siempre una gran dificultad para precisar si dicha noción está fuera⁽¹⁹⁾ o dentro del Derecho⁽²⁰⁾ e incluso, si se acepta esto último, el lugar exacto que aquella ocupa en el seno de éste.

En efecto, las fronteras entre los componentes morales y sociales del Derecho y el Derecho mismo nunca han sido trazadas con claridad y menos aun en el caso de un ordenamiento como el internacional caracterizado por su “primitivismo”, su fluidez y su escaso grado de institucionalización. La doctrina tradicional ha mantenido pese a todo que la equidad constituye una noción jurídica que tienen también su lugar propio en el seno del Derecho internacional. Sin embargo, dicha doctrina nunca ha logrado determinar con claridad cual sea éste lugar exacto, sobre todo en lo que respecta a la relación entre la equidad y las fuentes normativas del ordenamiento

(18) CIJ Recueil 1970, p. 87. par. 36.

(19) Cf. Reuter, P. Op. Cit. pp. 165-166.

(20) Así lo había firmado ya el juez Hudson en su opinión en el asunto de las tomas de agua del Mosa.

“It must be concluded, therefore, that under Article 38 of the Statute, if not independently of that Article, the Court has some freedom to consider principles of equity as part of the international law with it must apply” PCIJ Set A/B p. 76-77.

internacional. ¿Constituye la equidad un principio general del Derecho aplicable en el plano internacional? ¿Constituye acaso una regla consuetudinaria? Esta cuestión no ha sido respondida nunca con claridad, aunque ello no ha impedido que la equidad fuera evocada comúnmente como una figura perteneciente al *corpus iuris* internacional ⁽²¹⁾.

La Doctrina y la jurisprudencia internacionales han presentado así tradicionalmente a la equidad en una dimensión que podríamos denominar *extrapositiva* (*outside the rules: au delà des dextes*); es decir, como un referente jurídico que, sin embargo, no está integrado en la formulación de la regla misma. Concebida en estos términos, la equidad ha desempeñado un papel bastante significativo en los procesos de creación y aplicación del Derecho internacional, en las páginas siguientes trataremos de examinar el alcance real de ese papel en la teoría y en la práctica.

2.1. La equidad en la formación y en la aplicación del derecho internacional

El papel de la equidad en Derecho internacional ha sido tradicionalmente considerado en una doble dimensión: a saber, como elemento de base en la formación de las normas de éste ordenamiento y como elemento inherente a una sana aplicación de las mismas. En efecto, como ha dicho el profesor Charles de Visscher:

“L'équité...présente deux aspects selon qu'on l'envisage dans les décisions

individuelles ou qu'on s'attache à son rôle dans la formation du droit objectif” ⁽²²⁾.

2.1.1. La equidad en la formación del Derecho internacional

La presencia de la equidad ha creído así poderse detectar, en primer lugar, en el proceso de formación de las normas de Derecho internacional. Esta presencia, velada pero inequívoca, ofrece sin embargo diversos grados de evidencia y diversos niveles de proyección que conviene tratar de distinguir.

En efecto, la equidad aparece las más de las veces en una dimensión genérica, difusa e inconcreta, como un elemento latente en los procesos de formación del Derecho internacional. En tales ocasiones la impronta de la equidad queda oculta entre el conjunto de consideraciones, de intereses y de aspiraciones que dan origen a la regla ⁽²³⁾ y su presencia no se hace patente en la expresión positiva de la misma. Parafraseando las afirmaciones del TIJ en la sentencia de la plataforma continental del Mar del Norte podría decirse que, sobre la base de principios muy generales de justicia y buena fe, la equidad aparece aquí “simplemente como una representación de la justicia abstracta” ⁽²⁴⁾. La equidad se presenta así, en una primera manifestación, como un elemento integrante del fondo común del Derecho internacional que aparece sobre todo como una expresión particular de la idea de justicia en el proceso de formación de las normas de éste ordenamiento.

(21) Vide los trabajos del Centre d'Etudes et de Recherche de l'Académie de Droit International de La Haye (1972) en Anuario de l'AAA 1972-73, n. 42-43, pp. 59-103.

(22) De Visscher, Ch. Op Cit. p. 6

(23) Reuter, P. Op. Cit. p. 185.

(24) CIJ Recueil 1969, par. 47-48, par. 85.

En otros casos, la equidad constituye la célula jurídica matriz de numerosas instituciones, principios y reglas internacionales, que tienen sin embargo una existencia autónoma: responsabilidad, abuso de derecho, cambio fundamental de circunstancias (*rebus sic stantibus*) enriquecimiento sin causa. En tales supuestos, y por patente que sea la presencia subyacente de la equidad bajo la expresión de estas figuras un imperativo básico de rigor y economía jurídica debe llevarnos a propugnar la aplicación de lo que podríamos denominar el principio de especialidad. En su virtud, hay que evitar remontarse a consideraciones derivadas de la idea de equidad siempre que el Derecho internacional haya traducido ya sus exigencias a través de mecanismos y reglas particulares que presentan un contenido más preciso y poseen un mejor respaldo en el plano positivo. El profesor Reuter ha subrayado este punto con su habitual penetración:

“Quand à raison de son contenu détaillé et précis la règle juridique conduit presque directement par elle-même à son application, il n'est pas utile de mentionner expressément qu'il faut encore mettre un peu d'équité pour réaliser sa concrétisation finale; cela va de soi et à quoi bon rappeler qu'au moins à très faible dose l'équité est partout? Cela n'éclaire ni ne fortifie les arrêts de justice. A l'opposé quand il s'agit, remontant aux

fins de la règle, de souligner des obligations ou des conditions que les apparences ne revèlaient pas immédiatement, le juge ou l'arbitre mentionnera volontiers des figures juridiques plus précises et plus convaincantes par conséquent qu'une équité non qualifiée: c'est ainsi que l'on invoquera l'abus de droit ou la frustration du *common law*. L'équité se révèle ainsi nominativement dans la jurisprudence dans un champ plus restreint que celui qu'une analyse doctrinale lui assigne”⁽²⁵⁾

Por último, la impronta de la equidad en el proceso de formación de las normas de Derecho internacional es en ocasiones tan fuerte que llega incluso a manifestarse exteriormente como un elemento integrante de la regla de Derecho positivo.

En tales supuestos, la equidad se eleva del trasfondo substancial del Derecho para cristalizar en la expresión positiva de la regla misma, adquiriendo así una eficacia normativa autónoma. Este es el ámbito de la equidad “inside the rules” o “selon les textes” que fue evocado por el Tribunal internacional de Justicia en su sentencia de la plataforma continental del Mar del Norte de 1969⁽²⁶⁾ y que, por la novedad e importancia del fenómeno será objeto de un examen particularizado en la sección 3 del presente trabajo.

(25) Reuter, P. *Op Cit*, p. 185

(26) CIJ Recuell 1969, pp. 49, par. 88.

2.1.2. *La equidad en la aplicación del Derecho internacional.*

Con todo, al igual que en los demás sistemas jurídicos en Derecho internacional la equidad ha encontrado su proyección principal en el plano de la aplicación de las normas, actuando como elemento de traslación de las exigencias genéricas de la justicia abstracta a las coordinadas específicas de los casos concretos.

El instituto de Derecho internacional, en su reunión de Luxemburgo de 1937, afirmó con claridad esta función genérica de la equidad en los procesos de aplicación (judicial o arbitral) del Derecho internacional:

“L’Institut avant procédé à l’examen...du rôle de l’équité dans l’oeuvre du juge international; émet l’avis:

1°. que l’équité est normalement inhérente à une saine application du droit, et que le juge international, aussi bien que le juge interne, est, de par sa tâche même, appelé à en tenir compte dans la mesure compatible avec le respect du droit.:

2°. que le juge international ne peut s’inspirer de l’équité pour rendre sa sentence sans être lié par le droit en vigueur, que si toutes les parties donnent une autorisation claire et expresse a cette fin” (27).

Tanto la práctica de los Estados como la jurisprudencia arbitral y judicial han reconocido ésta dimensión equitativa del Derecho internacional y han postulado la proyección de la equidad como un elemento inherente a una normal aplicación de los principios y reglas de éste ordenamiento. El propio Tribunal internacional de Justicia ha recurrido en alguna ocasión a consideraciones derivadas de esta forma de equidad normalmente inherente a una sana aplicación del Derecho, resumiendo su posición en la conocida afirmación de la sentencia de 1969 en el asunto de la plataforma continental del Mar del Norte.

“Quel que soit le raisonnement juridique du juge, ses décisions doivent par définition être justes, donc en ce sens équitables” (28).

(27) *Annuaire de l’Institut de Droit International. Session de Luxembourg, Aout-Septembre 1937.* p. 271.

(28) *CIJ Recuell 1969,* p. 49, par. 88

La equidad se presenta así como normalmente inherente a una sana aplicación del Derecho internacional. Pero, resulta difícil precisar hasta donde alcanza su fuerza de proyección en el marco del Derecho positivo o, más concretamente, hasta donde alcanza la elasticidad del Derecho internacional en vista a una aplicación equitativa del mismo. Para tratar de responder a esta cuestión conviene repasar los datos de la práctica internacional; siguiendo las indicaciones de Bardonnnet⁽²⁹⁾, nosotros concentraremos nuestra atención en el examen de la práctica relativa a la delimitación y las fronteras terrestres que nos ofrece una buena muestra de la virtualidad (y de los límites) que presenta la referencia a la equidad en la aplicación de las reglas de Derecho internacional.

2.2. La equidad en la delimitación de los espacios terrestres

La práctica internacional contiene abundantes muestras de que los Estados, los órganos políticos

y las instancias jurisdiccionales encargados de la delimitación de los espacios terrestres han recurrido a menudo a la equidad en su propósito de trazar una frontera estable y definitiva⁽³⁰⁾.

Para examinar el alcance concreto de los procesos de aplicación equitativa de las reglas de Derecho internacional, la doctrina suele recurrir a la tradicional distinción entre la equidad *infra legem*, la equidad *praeter legem* y la equidad *contra legem*. Como veremos en las páginas que siguen, esta distinción posee esencialmente un valor sistemático pero carece en realidad de todo criterio de objetivación. Por ello, en la práctica, es extremadamente difícil distinguir materialmente los diversos supuestos en los que la equidad es calificada con arreglo a estas categorías formalistas, sobre todo en los casos en los que dicha noción despliega una eficacia modificativa, correctiva o creativa en la delimitación de las fronteras terrestres^(30 bis). Sin embargo, en su reciente sentencia de 22 de diciembre de 1986, la Sala del Tribunal internacional de Justicia que ha

(29) El autor señala que la conexión entre la equidad y las fronteras terrestres se plantea a menudo en la aplicación e interpretación de los convenios fronterizos o de principios tales como el *uti possidetis*.

"Ces dans ce cadre précisément qu'un examen, même sommaire, de la pratique internationale permet de constater le rôle nécessaire de l'équité" Bardonnnet, D. Op. Cit. p. 36.

(30) "Pour tracer une ligne frontière, on ne peut en effet échapper, quelle que soit le procédure utilisée, à un certain nombre d'exigences raisonnables et nécessaires et on doit tenir compte de toutes les circonstances particulières à chaque situation frontalière qui est spécifique. La finalité de toute opération de ce genre est de pronouvoir une bonne frontière, c'est-à-dire une frontière stable et définitive, qui corresponde aux aspirations des populations frontalières et contribue à la paix et à la sécurité dans la région. C'est bien "une vérité première" de dire que le tracé d'une frontière "doit être équitable", Bardonnnet, D. Op. Cit. pp. 46-47.

(30 bis) "Les lignes qui vont suivre...ont pour seul objectif d'esquisser, à partir de quelques exemples connus de la pratique des Etats et de la jurisprudence arbitrale, les principales fonctions que l'équité peut remplir en ce domaine, permettant de modifier une frontière établie par voie conventionnelle, de corriger les injustices résultant de l'application du principe de l'*uti possidetis* et même de fonder le tracé de la ligne divisoire dans une région au statut indéterminé" Bardonnnet, D. Op. cit. p. 47.

juzgado la controversia fronteriza entre Burkina Faso y Mali ⁽³¹⁾ ha adoptado una vez más esta aproximación metodológica que, pese a su inevitable ambigüedad y a su carácter puramente formalista, parece gozar todavía de cierto predicamento.

Por ello, nosotros utilizaremos también esta distinción para tratar de determinar su virtualidad y sus límites.

2.2.1. *Equidad infra legem*

Una primera manifestación de la equidad como elemento usual de aplicación del Derecho internacional es la que se ha denominado *infra legem*. En su virtud, como ha explicado Soerensen "le juge, entre plusieurs interprétations ou applications possibles d'une règle positive, choisit celle qui tient le mieux compte de la situation individuelle des parties en litige et de l'ensemble de leurs droit et devoirs... dans les limites du droit positif" ⁽³²⁾.

Del examen de la práctica internacional en materia de delimitación de las fronteras terrestres

parece poderse deducir que la equidad *infra legem* desempeña, en primer lugar, una función meramente interpretativa e individualizadora, proyectando el contenido de la norma sobre el caso concreto de acuerdo con las exigencias de la justicia. Así lo ha explicado recientemente, la sala del Tribunal internacional de Justicia que ha resuelto el litigio fronterizo entre Burkina Faso y Mali por medio de una sentencia de 22 de diciembre de 1986. En efecto, tras recordar que en materia de delimitación de las fronteras terrestres no existe un equivalente de la noción de "principios equitativos" a la que reenvía tan frecuentemente el derecho aplicable en materia de delimitación de las zonas marítimas, la sentencia mencionada afirma que:

"La Chambre.. prenda en considération l'équité telle qu'elle s'exprime dans son aspect *infra legem*, c'est-à-dire cette forme d'équité qui constitue une méthode d'interprétation du droit et en est l'une des qualités" ⁽³³⁾.

Pero junto a su eficacia meramente interpretativa, la equidad *infra legem* parece haber

(31) CIJ Recueil 1986, p. 567, par. 28:

"Il est clair que la Chambre ne peut, en la présente affaire s'attacher *ex aequo et bono*. N'ayant pas reçu des Parties la mission de procéder à un ajustement de leurs intérêts respectifs elle doit également écarter en l'espece tout recours à l'équité *contra legem*. La Chambre n'appliquera pas non plus l'équité *praeter legem*. En revanche elle prendra en considération l'équité telle qu'elle s'exprime dans son aspect *infra legem* c'est-à-dire cette forme d'équité qui constitue une méthode d'interprétation du droit et en est l'une des qualités."

(32) Soerensen, M. "Les sources de Droit international", Copenhage, 1946, p. 197.

(33) CIJ Recueil 1986, pp. 567-568, par. 28 Vide también p. 633, par. 149.

desempeñado también en alguna ocasión una cierta función complementaria o integradora, ofreciendo al juez o al árbitro internacional un criterio para resolver las cuestiones de detalle que la norma aplicable no contempla específicamente. En teoría, se trata aquí de una forma de equidad *infra legem* que, sin separarse del marco substancial del Derecho aplicable, permite al juzgador concretar sus perfiles ajustándolos a las exigencias del caso concreto. En la práctica, sin embargo, a veces se prolonga levemente el alcance expreso de la norma, haciéndose entonces muy difícil distinguir esta función integradora de la equidad de otras modalidades de aplicación supletoria (*praeter legem*) o derogatoria (contra *legem*) consideradas como inadmisibles.

El profesor Bardonnet ha señalado así una multiplicidad de ejemplos en los que las Comisiones de delimitación y, en su caso, las instancias arbitrales y judiciales han recurrido a la equidad para ultimar los detalles relativos al proceso de delimitación, incluso en ausencia de una disposición expresa del convenio fronterizo⁽³⁴⁾.

(34) Bardonnet, D. *Op cit.* p. 52.

(35) *Ibid.*, p. 55.

(36) La equidad ha sido evocada en diversas ocasiones por la jurisprudencia internacional como parámetro para la determinación del importe de las compensaciones pecuniarias debidas en concepto de reparación. El propio Tribunal internacional de Justice ha recurrido a esta forma de equidad *infra legem* para calcular el importe de la indemnización en el asunto de las Sentencias del Tribunal Administrativo de la OIT por demandas contra la UNESCO.

"Dans ces conditions, la Cour...se bornera à dire que si le tribunal, dans les motifs de sa décision sur le fond a dit "que le réparation sera assurée *ex aucto et bono* par l'allocation au requérant du montant ci-après", le contexte ne fait nullement apparaître que le tribunal ait entendu par là se départir des principes du droit. Il a voulu seulement énoncer que, le calcul du montant de l'indemnité ne pouvant pas être déduit des règles de droit posées à cet effet, il entendait fixer ce que la Cour a en d'autres circonstances, appelé la juste mesure de la réparation, le chiffre raisonnable de celle-ci (affaire du Détroit de Corfou arrêt du 15 décembre 1949, CIJ Recueil 1949, p. 249)". CIJ Recueil 1956, p. 100.

El autor considera "benefico" este uso de la equidad integradora, con eficacia complementaria e incluso correctiva, aunque señala pese a todo que:

"Son manieement est sans doute délicat surtout en l'absence d'une référence expresse, et il se situe toujours dans un registre relativement restreint"⁽³⁵⁾.

El propio tribunal internacional de Justicia ha ido también en ocasiones bastante lejos en el uso de la equidad *infra legem* con eficacia integradora⁽³⁶⁾. Así, en el asunto de la controversia fronteriza entre Burkina Fasso y Mali, la Sala del Tribunal internacional de Justicia consideró que la equidad *infra legem* le permitía recurrir a la aplicación de criterios equitativos para determinar el trazado de la frontera litigiosa en los lugares donde la manifestación de *uti possidetis* no pudiera ser establecida con claridad.

"La Chambre conclut dès lors qu'en l'absence d'indications précises dans les

textes quant à l'emplacement de la ligne frontière celle-ci doit diviser la mare de Soum en deux, de façon équitable. Bien que l'équité n'implique pas nécessairement l'égalité" (Plateau continental de la mer du Nord, CIJ Recueil 1969, p. 49, par. 91). il reste qu'en l'absence de circonstances spéciales c'est en général celle-ci qui traduit le mieux celle-là" (37)

2.2.2. Equidad *praeter legem*.

La doctrina y la jurisprudencia tradicionales han rechazado por el contrario generalmente la virtualidad de la equidad para desempeñar una función normativa autónoma, con carácter supletorio, en los casos de insuficiencia o laguna del Derecho positivo (*equidad praeter legem*).

Con todo en la práctica arbitral relativa a la delimitación de los espacios terrestres (38), parece poderse encontrar algunos ejemplos de aplicación de la equidad para llenar ciertos vacíos del Derecho positivo.

Puede citarse a este respecto el asunto de la controversia fronteriza entre Bolivia y Perú

resuelta por el laudo arbitral del Presidente argentino Figueroa Alcorta, el 9 de julio de 1909. En este caso, en virtud del Tratamiento General del Arbitraje de 21 de noviembre de 1901, debía aplicarse en principio la regla del *uti possidetis* de 1810. Sin embargo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4 del Convenio especial de 30 de diciembre de 1902, el árbitro podía resolver la cuestión equitativamente en los tramos en los que no apareciera definido con claridad la extensión del territorio según los documentos del Virreinato. En el transcurso del procedimiento, pronto se hizo evidente la dificultad de aplicar el principio *uti possidetis* ya que, de acuerdo con los documentos aportados por las partes, la zona disputada se encontraba completamente inexplorada. En tales condiciones, el laudo hubo de fundarse casi totalmente sobre la equidad para resolver el litigio fronterizo planteado, pues como dijo el propio árbitro.

"considérant...ce qui précède il résulte que je dois résoudre équitablement la question qui m'est soumise, en m'approchant, dans la présente décision, du sens des dispositions royales invoquées par les défenses respectives des Parties et de l'esprit qui les a inspirées." (39)

(37) CIJ Recueil, p. 633, par. 150.

(38) CJ. Akenhurst, M. "Equity and General Principles of Law", I.C.L.Q., 1976, p. 805, nota 29. Vide también Bardonnet, D. *Op cit*, pp. 57 y sig.

(39) R.S.A., vol. XI, p. 145.

textes quant à l'emplacement de la ligne frontière celle-ci doit diviser la mare de Soum en deux, de façon équitable. Bien que l'équité n'implique pas nécessairement l'égalité" (Plateau continental de la mer du Nord, .CIJ Recueil 1969, p. 49, par. 91). il reste qu'en l'absence de circonstances spéciales c'est en général celle-ci qui traduit le mieux celle-là" (37)

2.2.2. *Equidad praeter legem.*

La doctrina y la jurisprudencia tradicionales han rechazado por el contrario generalmente la virtualidad de la equidad para desempeñar una función normativa autónoma, con carácter supletorio, en los casos de insuficiencia o laguna del Derecho positivo (*equidad praeter legem*).

Con todo en la práctica arbitral relativa a la delimitación de los espacios terrestres (38), parece poderse encontrar algunos ejemplos de aplicación de la equidad para llenar ciertos vacíos del Derecho positivo.

Puede citarse a este respecto el asunto de la controversia fronteriza entre Bolivia y Perú

resuelta por el laudo arbitral del Presidente argentino Figueroa Alcorta, el 9 de julio de 1909. En este caso, en virtud del Tratamiento General del Arbitraje de 21 de noviembre de 1901, debía aplicarse en principio la regla del *uti possidetis* de 1810. Sin embargo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4 del Convenio especial de 30 de diciembre de 1902, el árbitro podía resolver la cuestión equitativamente en los tramos en los que no apareciera definido con claridad la extensión del territorio según los documentos del Virreinato. En el transcurso del procedimiento, pronto se hizo evidente la dificultad de aplicar el principio *uti possidetis* ya que, de acuerdo con los documentos aportados por las partes, la zona disputada se encontraba completamente inexplorada. En tales condiciones, el laudo hubo de fundarse casi totalmente sobre la equidad para resolver el litigio fronterizo planteado, pues como dijo el propio árbitro.

"considérant...ce qui précède il résulte que je dois résoudre équitablement la question qui m'est soumise, en m'approchant, dans la présente décision, du sens des dispositions royales invoquées par les défenses respectives des Parties et de l'esprit qui les a inspirées." (39).

(37) CIJ Recueil, p. 633, par. 150.

(38) CJ. Akenhurst, M. "Equity and General Principles of Law", I.C.L.Q., 1976, p. 805, nota 29. Vide también Bardonnet, D. *Op cit.*, pp. 37 y sig.

(39) R.S.A., vol. XI, p. 145.

Asimismo, en el asunto del Rann de Kutch entre la India y Pakistán, la inexistencia de un auténtico acuerdo de límites, la inaplicabilidad del principio *uti possidetis* y la complejidad de las circunstancias históricas y geográficas condujo al Juez Laguerren a pronunciar el 19 de febrero de 1968 una sentencia ampliamente fundada en la idea de equidad, aunque sin llegar a constituir una decisión *ex aequo et bono* ⁽⁴⁰⁾.

El territorio disputado constituía una vasta superficie de 9100 Km² configurando un “fenómeno geográfico único” por su carácter desértico, pantanoso y casi marítimo, en el que no existía una frontera bien establecida reconocida históricamente. El interés principal de la sentencia estriba en que en ella se sostiene que *equity* y equidad aparecen en gran medida ancladas en un mismo fondo común y forman igualmente parte del Derecho internacional:

“As both parties have pointed out, equity forms part of International Law, therefore the Parties are free to present

and to develop their cases with reliance on principles of equity.” ⁽⁴¹⁾.

En virtud de estas consideraciones, el Tribunal dió curso a las reclamaciones principales de

Pakistán, adjudicando a este país una extensión correspondiente al 10% del territorio litigioso (830 km²). La delimitación de los tres sectores en los que se dividía esta zona y sobre todo la atribución a Pakistán de la mayoría del territorio en el sector más oriental de la misma, se fundó esencialmente en razones de equidad (*equity*) y más concretamente en consideraciones de orden y estabilidad de las relaciones entre Estados:

“In my opinion it would be inequitable to recognise these inlets as foreign territory. It would be conducive to friction and conflict. The paramount consideration of promoting peace and stability in this region compels the recognition and confirmation that this territory, which is wholly surrounded by

(40) En una primera decisión de 23 de febrero de 1966 el Tribunal distinguió cuidadosamente entre el recurso a la *equity* en el sentido anglosajón del término (que ambas partes propugnaban, aunque con matices distintos) y una auténtica decisión *ex aequo et bono*:

“An international Tribunal will have the wider power to adjudicate a case *ex aequo et bono*, and thus to go outside the bounds of law, only if such power has been conferred on it by mutual agreement between the Parties. The Tribunal cannot find that the Agreement of 30 June 1965 does authorize it clearly and beyond doubt to adjudicate *ex aequo et bono*. Therefore, and as the Parties have nor by any subsequent agreement consented to confer the power upon the Tribunal to adjudicate *ex aequo et bono*, the Tribunal resolves that it has no such power”. **The Indo-Pakistan Western Boundary Case Tribunal (Constituted Pursuant to the Agreement of 30 June 1965) Award 19 February 1968**, p. 6

(41) *Ibid* p. 6

Pakistan territory, also be regarded as such" (42)

¿Puede, pues, deducirse de esta jurisprudencia la existencia de una regla que permite la aplicación de la equidad *praeter legem* en la delimitación de las fronteras terrestres entre los Estados?

La respuesta a esta cuestión no es fácil, pero parece que debe decantarse por la negativa. En efecto, reducida a sus justos términos, la práctica arbitral citada no parece avalar verdaderamente la aplicación de la equidad *praeter legem* para colmar las lagunas jurídicas que pudieran presentarse en la solución de los conflictos fronterizos. Pues en realidad, en todos los casos examinados, la autorización para que el árbitro colmara las lagunas que se presentaran en el proceso de delimitación estaba expresamente contemplada ora en las propias reglas a aplicar ora en el compromiso arbitral.

La práctica del Tribunal internacional de Justicia parece confirmar este planteamiento contrario a la admisión de la equidad *praeter legem*. En efecto, aunque la jurisprudencia del Tribunal sea en este punto algo movediza (43), sus afirmaciones al respecto son, en general, poco proclives a la admisión de la eficacia normativa supletoria de la equidad (44). Así, por lo que se refiere a las cuestiones de delimitaciones de los espacios terrestres, la reciente sentencia relativa al litigio fronterizo entre Burkina Faso y Mali es particularmente ilustrativa de la ambigüedad que suele acompañar la aplicación de estas categorías formalistas. En efecto, como ya hemos visto (45), la Sala del Tribunal que, en ausencia de indicaciones precisas en los textos, se había sentido legitimada para dividir la zona pantanosa de Soum en dos y atribuir las por igual a cada una de las partes, conjuró sin embargo tajantemente (pero también retóricamente), la aplicación de la equidad *praeter legem*:

(42) *Ibid*, pp. 152-153.

(43) En efecto en el asunto del Canal de Corfú el Tribunal se apoyó en consideraciones humanitarias afirmando incluso expresamente algunos de sus miembros la eficacia de la equidad para rellenar lagunas del Derecho. Por el contrario, en el asunto del Sudoeste Americano, el Tribunal se negó de plano a rebasar el ámbito del Derecho estricto. *Vide*, Miaja, A. *Op. cit.* pp. 3-8.

(44) Un buen exponente de la posición del TIJ en este punto podría ser la sentencia de 5 de febrero de 1970 en el asunto de la Barcelona Traction. En efecto, en este caso, tras reconocer que se trataba de una materia en la que "el Derecho internacional no ha fijado sus propias reglas", el Tribunal se negó a cubrir éste vacío recurriendo a consideraciones puramente equitativas.

"Il a été suggéré que si l'on ne peut appliquer dans un cas d'espèce la règle générale selon laquelle le droit de protection diplomatique d'une société revient à son Etat national, il pourrait être indiqué pour des raisons d'équité, que la protection des actionnaires en cause soit assumé par leur propre Etat national. L'hypothèse ne correspond pas au circonstances de la présente affaire". *CIJ Recueil* 1970, p. 49, par. 93.

(45) *Supra*, p. 12 y nota (37).

“Il est clair que la Chambre ne peut, en la présente affaire, statuer *ex aequo et bono*. N’ayant l’équité *praeter legem*. En revanche elle prendra en considération l’équité telle qu’elle s’exprime dans son aspect *infra legem* c’est-à-dire cette forme d’équité qui constitue une méthode d’interprétation du droit et en est l’une des qualités. En effet comme la Cour l’a dit: “Il ne s’agit pas simplement d’arriver une solution équitable, mais d’arriver à une solution équitable qui repose sur le droit applicable”. (Compétence en matière de pêcheries, CIJ Recueil 1974, p. 33, par 78, p. 202, par 69).⁽⁴⁶⁾

2.2.3. Equidad *contra legem*.

En principio, la doctrina, la práctica y la jurisprudencia coinciden aquí de un modo unánime en la afirmación de que no cabe recurrir a la equidad para descartar la aplicación del Derecho internacional positivo, a menos que las partes interesadas lo hayan solicitado así expresamente. Esta idea, fue reafirmada por el Instituto de Derecho Internacional en su resolución de 1937⁽⁴⁷⁾ y aparece consagrada en el propio artículo 38, párrafo 2, del Estatuto del Tribunal internacional de Justicia:

“La presente disposición no restringe la facultad de la Corte de decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren”,

Este planteamiento aparentemente simple, no ha dejado sin embargo de presentar algunos puntos oscuros referentes, por un lado, a la posibilidad de que la equidad despliegue pese a todo una cierta eficacia correctiva en la aplicación de las reglas positivas y, por otro, al verdadero sentido del recurso a la jurisdicción de equidad (decisión *ex aequo et bono*) cuando las partes así lo convinieren.

a) Eficacia correctiva de la equidad.

La exclusión de principio de la equidad *contra legem* no ha impedido que esta noción haya desempeñado en la práctica, en determinadas ocasiones, una cierta función modificativa o correctiva de la aplicación de las reglas jurídicas.

La compatibilidad de este uso correctivo de la equidad con la proclamada exclusión de la equidad *contra legem* se ha logrado efectivamente forzando los requisitos que presenta inevitablemente este tipo de planteamientos de naturaleza esencialmente formalista. Así en ocasiones, el árbitro ha encontrado una vía para la aplicación de la equidad derogatoria en los términos más o menos permisivos del acuerdo de delimitación o en las cláusulas del propio compromiso. En otros casos, el árbitro ha encontrado la legitimación para proceder a una utilización moderada de la equidad correctiva en la consideración de que los principios y reglas aplicables resultaban parcialmente impracticables o podían conducir a resultados irrazonables. Así, como ha señalado Bardonnnet...

(46) CIJ Recueil 1986, pp. 567-568, pr. 28

(47) “Le juge international ne peut s’inspirer de l’équité pour rendre sa sentence, sans être lié par le droit en vigueur, que si toutes les parties donnent une autorisation claire et expresse à cette fin.” IDI: *Annualre cit.* p. 271.

“Le recours aux considérations d'équité a-t-il tenu une place importante dans les arbitrages latino américains et pourrait-il contribuer au règlement de certains différends frontaliers dans d'autres parties du monde, pour corriger les injustices qui ne manquent pas de susciter la généralisation de l'*uti possidetis*”⁽⁴⁸⁾.

En efecto la práctica hispanoamericana, la equidad ha sido utilizada en alguna ocasión como un instrumento jurídico para conseguir la necesaria corrección de los inconvenientes derivados de una rígida aplicación del principio *uti possidetis*. Tal sucedió, por ejemplo, en el caso de la sentencia arbitral de 23 de febrero de 1933, dictada por el Chief Justice Charles Evan Hughes en un litigio fronterizo entre Guatemala y Honduras⁽⁴⁹⁾. En efecto, ante las discrepancias de las partes sobre la aplicación del principio *uti possidetis*, el árbitro se vió abocado a interpretar extensivamente el compromiso recurriendo así a la equidad para establecer una parte de la frontera”

“The Tribunal, by the provision of the as to the line of *uti possidetis* of 1821, is not required to perform the impossible,

and manifestly is bound to establish that line only to the extent that the evidence permits it to be established. And as the Tribunal is expressly authorized in the interest of justice...to depart from the line of *uti possidetis* of 1821, even where that line is found to exist, the treaty must be construed as empowering the Tribunal to determine the definitive boundary as justice may require throughout the entire area in the controversy, to the end that the question of territorial boundaries may be finally and amicably settled”⁽⁵⁰⁾.

El Tribunal internacional de Justicia parece haber sido, sin embargo, más cauteloso respecto a la posible eficacia correctora de la equidad. En efecto, la Sala que ha emitido la sentencia relativa al litigio fronterizo entre Burkina Faso y Mali ha limitado considerablemente el papel de la equidad al afirmar que en su virtud no puede en modo alguno derogarse la eficacia vinculante de otras reglas jurídicas existentes en materia de establecimiento de las fronteras terrestres. Así, según la Sala, la equidad no puede contradecir las exigencias del principio *uti possidetis* considerado como una regla aplicable de Derecho positivo:

(48) Bardonnnet, D. Op cit. p. 56.

(49) R.S.A. vol. II, pp. 1307-1366.

(50) *Ibid*, p. 1352. En este mismo laudo el Tribunal precisó incluso el contenido concreto de los criterios que le habían de servir de pauta para la determinación de la frontera: “In fixing the boundary, the Tribunal must have regard: 1) to the facts of the actual possession; 2) to the question whether possession by one Party has been acquired in good faith, and, without invading the right of the other Party, and 3) to the relation of territory actually occupied to that which is as yet unoccupied. In the light of the facts as thus ascertained, questions of compensation may be determined”. *Ibid*, p. 1352.

“A cet égard l'idée qui la guide est simplement celle-ci.” Le équité en tant que notion juridique procède directement de l'idée de justice” (Plateau continental (*Tunise Jamahiriya arabe libyenne*). CIJ Recueil 1982, p. 60 par 71). La Chambre tient néanmoins á souligner que rien n'autorise un recours à la notion d'équité pour modifier une frontière établie. Dans le contexte africain en particulier, on ne saurait invoquer les insuffisances manifestes, du point de vue ethnique, géographique ou administratif, de maintes frontières héritées de la colonisation pour affirmer que leur modification s'impose ou se justifie par des considérations d'équité. Ces frontières, aussi peu satisfaisantes soient-elles, jouissent de l'autorité de l'uti possidetis et sont à ce titre entièrement conformes au droit international contemporain. Hormis le cas d'une décision rendue, avec l'assentiment des Parties, ex aequo et bono. “il ne s'agit pas simplement d'arriver à une solution équitable, mais d'arriver à une solution équitable qui repose sur le droit applicable” (Compétence en matière de pêcheries. CIJ Recueil 1974 p. 33 par 78)”.⁽⁵¹⁾

b) Equidad y decisiones *ex aequo et bono*.

En los supuestos en los que las partes autorizan expresamente al Tribunal a pronunciar una decisión *ex aequo et bono*, se ha planteado

también el problema de determinar el alcance concreto de esta “jurisdicción de equidad”.

En efecto, cabe preguntarse en primer lugar si la autorización para pronunciar una decisión *ex aequo et bono* supone en realidad la aplicación de la equidad *contra legem*. La expresión es sin duda demasiado contundente y traduce mal el significado del mecanismo que se trata de aplicar. Pues no se trata en realidad de contradecir las reglas del Derecho positivo sino más bien de lograr la solución del litigio al margen de las mismas.

Por otra parte, se ha cuestionado si esta autorización para dictar una sentencia *ex aequo et bono* remite al juzgador a la aplicación de la equidad - considerada como una noción jurídica - o si le conduce, por el contrario, a un terreno ajeno al propiamente jurídico y le permite alcanzar una decisión basada exclusivamente en los criterios de conveniencia y ponderación que considere más pertinentes para la solución del caso.

Algunos eminentes internacionalistas, tales como Sereni⁽⁵²⁾ y Guggenheim⁽⁵³⁾, consideran efectivamente que la autorización para el ejercicio de la jurisdicción de equidad no permite al juzgador situarse de lleno fuera del Derecho para ejercer una suerte de amigable composición desvinculada de toda consideración jurídica. Según este punto de vista, el juez o el árbitro encargado de emitir una decisión *ex aequo et bono* debe en realidad recurrir a la aplicación de la equidad considerada como una noción jurídica que debe ser utilizada con flexibilidad, pero también con rigor técnico, para la apropiada solución del caso.

(51) CIJ Recueil 1986, p. 633, par. 149.

(52) Sereni, A.P. “Diritto internazionale” Vol. 1, Milano, 1956, p. 154.

(53) Guggenheim, P. “Traité de Droit international Public” T.I. Genève, p. 212.

La mayoría de los autores consideran hoy, sin embargo, que el pronunciamiento de una decisión *ex aequo et bono* permite al juzgador situarse al margen del Derecho mismo, descartando tanto la aplicación de las reglas de carácter positivo como la aplicación de la equidad considerada en su dimensión jurídica. Así, un jurista autorizado como Sir R.Y. Jennings ha llegado a afirmar que:

"(a) decision *ex aequo et bono* could well be made without the need of specifically legal training or skill. On the other hand, a decision according to equity as part of law should mean the application to the case of principles and rules of equity for the proper identification of which a legal training is essential".⁽⁵⁴⁾

Cualquiera que sea la respuesta definitiva a esta cuestión todavía abierta, parece necesario subrayar un punto de particular importancia en este debate. A saber, que las decisiones *ex aequo et bono*, por más que puedan descartar la aplicación de las reglas de carácter dispositivo, no pueden en modo alguno adoptar soluciones incompatibles con las normas imperativas pertenecientes al *ius cogens* internacional. Así, como ha escrito el profesor

Diez de Velasco⁽⁵⁵⁾, la autorización para el ejercicio de la jurisdicción *ex aequo et bono* encuentra su límite jurídico en las exigencias de las normas de *ius cogens* que, tal como señala el artículo 53 del Convenio de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969 "no admiten acuerdo en contrario".

Este breve repaso de la jurisprudencia relativa al papel de la equidad en la delimitación de los espacios terrestres pone de relieve el carácter esencialmente retórico de las distinciones al uso y la incertidumbre de una noción que se ha mostrado siempre refractaria a una auténtica objetivación de sus elementos y que ha posibilitado así el ejercicio de un amplio margen de discrecionalidad jurisdiccional. En la práctica, las distinciones usuales entre la equidad *infra legem*, *praeter legem* y *contra legem*, lejos de ofrecer una guía metodológica segura, se han mostrado como una cobertura adicional de decisiones que poseían ya su propio fundamento jurídico.

La experiencia muestra pues que la equidad ha cumplido en los distintos casos de delimitación de las fronteras terrestres una discreta función interpretativa, sustitutoria o derogatoria en razón de

(54) Jennings, R.Y. "Equity and Equitable Principles", *Annuaire Suisse de DI*, 1986, p. 30. Véase también Brown, E. "The Tunisia-Libya Continental Shelf Case. A Missed Opportunity" *Marine Policy*, 1983, pp. 149-150. Bardonnet, D. *Op. cit.* p. 38. Esta parece ser también la opinión del propio Tribunal internacional de Justicia, tal como se deduce de sus afirmaciones en el asunto de la plataforma Libia-Tunez:

"il faut distinguer entre l'application de principes équitables et le fait de prendre une décision *ex aequo et bono* ce que la Cour ne peut faire que si les Parties en sont convenues (art. 38, par. 2 de Statut). En pareil cas la Cour n'a plus à appliquer strictement des règles juridiques, le but étant de parvenir a un règlement approprié. *CIJ Recueil* 1982, p. 60, par. 71.

(55) Diez de Velasco, M. "Instituciones de Derecho internacional público", T.I., séptima edición, Madrid (Tecnos) 1985, p. 83.

la eventual impresión, insuficiencia o injusticia de la regla de Derecho positivo. El recurso de equidad se ha legitimado así, en la práctica, en virtud de su propia necesidad, de su carácter razonable y conveniente⁽⁵⁶⁾. Pero su propia condición extrapositiva le ha conferido tradicionalmente un estatuto jurídico incierto. No es, por tanto, de extrañar que en los últimos años hayamos asistido al desarrollo de un proceso tendente a reforzar el fundamento jurídico de la equidad mediante su incorporación a la propia regla de Derecho internacional positivo.

Esta es la nueva dimensión de la equidad *within the rules* o *selon les textes* cuya proyección teórica y práctica trataremos de analizar en las páginas que siguen.

3. La dimensión iuspositiva de la equidad (*equite selon les textes* o *within the rules*)

3.1. La equidad en la formulación de las reglas de derecho internacional

La importancia de la equidad en el proceso de formación de las normas de Derecho internacional es en ocasiones tan fuerte que llega incluso a manifestarse exteriormente como un elemento integrante de la regla de Derecho positivo. En tales supuestos, cada vez más extendidos, la equidad se eleva del trasfondo substancial del Derecho para cristalizar en la expresión positiva de la regla

misma. Este es el ámbito de la equidad *inside the rules* o *selon les textes* que fue evocado por el Tribunal Internacional de Justicia en su sentencia de la plataforma continental del Mar del Norte de 1969.:

"Quel que soit le raisonnement juridique du juge, ses décisions doivent par définition être justes, donc en ce sens équitables. Néanmoins, lorsqu'on parle du juge qui rend la justice ou qui dit le droit, il s'agit de la justification objective de ses décisions, non pas au-delà des textes mais selon les textes et dans ce domaine c'est précisément une règle de droit qui appelle l'application de principes équitables"⁽⁵⁷⁾.

Con estas palabras el Tribunal parece haber abierto una nueva vía de aproximación a la siempre evasiva figura de la equidad, al señalar que ésta puede adquirir una dimensión auténticamente positiva como elemento normativo autónomo, es decir, como una "verdadera regla de derecho", obligatoria para los Estados en los casos en los que "los textos" mismos exigen su aplicación.⁽⁵⁸⁾

La práctica intrnacional conoce hoy efectivamente un creciente número de casos en los que la equidad ha quedado formalmente integrada en el contenido material de la regla de Derecho positivo como un referente normativo expresamente identificado. Esta dimensión iuspositiva de la equidad no ha pasado

(56) Bardonnnet, D. Op. cit. p. 42.

(57) CIJ Recueil 1969, p. 49, par. 88.

(58) Ibid, par. 85 y par. 88.

desapercibida a los autores que con mayor penetración han examinado el fenómeno en los últimos años: Jennings⁽⁵⁹⁾, Chemillier-Gendreau⁽⁶⁰⁾, Bardonnet⁽⁶¹⁾. El profesor Reuter se ha referido también a esta innovadora faceta de la equidad, resultante de su incorporación a la regla de Derecho positivo:

“Dans les cas les plus extremes, cette subordination est simplement formelle: c’est une règle juridique qui renvoie expressément à des principes équitables qu’elle ne précise pas autrement...”⁽⁶²⁾

Esta nueva dimensión iuspositiva de la equidad no deja, sin embargo, de presentar ciertas dificultades conceptuales y materiales. En primer lugar, como indican las palabras del profesor Reuter, es forzoso reconocer que el contenido concreto de esta evasiva noción no se hace preciso por su incorporación a la regla de Derecho

positivo. La equidad se positiviza pero “guarda su misterio”.⁽⁶³⁾

Por otra parte, la jurisprudencia internacional, que en los últimos años ha hecho un uso generoso de esta nueva modalidad de la equidad, no se ha preocupado excesivamente de hacer explícita la naturaleza concreta de la regla que, en nada caso específico, reclamaba su aplicación. Amparándose en el carácter particularmente difuso y evolutivo de éste ordenamiento jurídico, el árbitro y el juez internacional han evocado de un modo inespecífico los “principios y reglas” internacionales para justificar la aplicación de la equidad. Esta relajada actitud jurisprudencial contrasta con el rigor metodológico empleado en otros casos. Así, en la propia sentencia de la plataforma continental del Mar del Norte de 1969, el Tribunal, que había sometido a un extenso y severo escrutinio el fundamento normativo de la equidistancia, se mostró mucho menos exigente en la determinación

(59) Jennings, R.Y. *Op. cit.* pp. 28-29.

(60) Chemillier-Gendreau, M. *Op. cit.*, pp. 509-510:

“L’équité et les principes équitables son évoqués avec une grande fréquence et une grande importance dans des domaines aussi divers et aussi importants que le respect des droits de l’homme, le fonctionnement de la justice internationale, le droit de la mer, le droit international économique et plus particulièrement le droit qui régit la question de l’indemnisation en cas de nationalisation”.

(61) Bardonnet, D. *Op. cit.* pp. 39-40 “Beaucoup plus fécond est le souci d’incorporer l’équité au droit. La règle de droit, qu’elle soit de nature coutumière ou conventionnelle, renvoie alors à l’équité. On trouve de nombreuses traces de cette tendance dans le droit des traités de la responsabilité internationale, de la succession de Etats ou de l’environnement. Elle se manifeste également dans les situations de plus en plus fréquentes où des obligations de nature économique sont définies, en ce qui concerne par exemple l’utilisation des ressources naturelles dans le droit des fleuves internationaux, le nouveaux droit de la mer, ou plus généralement le droit international économique”.

(62) Reuter, P. *Op. cit.* p. 179.

(63) *Ibid.*, p. 165.

del origen jurídico formal de la regla de la equidad en materia de delimitación⁽⁶⁴⁾.

Con todo, forzoso es reconocer que, pese a la inicial inconcreción de su fundamento normativo, a partir de la sentencia del Mar del Norte de 1969 la figura de la equidad se ha ido abriendo progresivamente camino hasta la superficie del Derecho internacional positivo que, en un creciente número de esferas, ha visto aparecer referencias cada vez más explícitas a esta noción. La equidad se ha convertido así en un componente formal de diversos textos que ha hecho su aparición en la práctica del Derecho internacional en los últimos años. Entre los variados campos en los que se ha manifestado de un modo pujante esta nueva

dimensión iuspositiva de la equidad cabe citar principalmente los siguientes: los textos relativos a la instauración de un nuevo orden económico internacional, uno de cuyos principios inspiradores es el del "beneficio mutuo y equitativo"⁽⁶⁵⁾; las reglas relativas al régimen de explotación de los recursos compartidos entre Estados⁽⁶⁶⁾; los convenios de codificación en materia de sucesión de Estados⁽⁶⁷⁾ y de la utilización de los cursos de agua internacionales para los fines distintos de la navegación⁽⁶⁸⁾; y las normas que establecen el régimen de aprovechamiento de los recursos de ciertos espacios tales como el espacio ultraterrestre⁽⁶⁹⁾, la Antártida⁽⁷⁰⁾ o el propio medio ambiente común⁽⁷¹⁾, que deben ser utilizados equitativamente

(64) CIJ Recuell 1969, p. 32, par 47, par. 85 y sig. p. 49 par. 88 y sig.

(65) Consagrado *inter alia* en el Artículo 1, e) de la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados (AG Resolución 3281, de 12 de diciembre de 1974).

(66) Vide Barberis, J. "Los recursos naturales compartidos entre Estados y el Derecho internacional", Madrid (Tecnos) 1979, pp. 35 y sig; 68 y sig; 131 y sig.; 154 y sig.

(67) Vide Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado, de 8 de abril de 1978, en especial Arts. 17, 1 c); 17, 3; 18, 1 b) y d); 18, 2; 31, 2; 37, 2; 40, 1 y 41.

(68) Vide CDI. Segundo informe sobre el Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (Doc. A/CN.4/381, de 24 de abril de 1984), Arts. 6, 7 y 8. Vide también Handl, C. Op. cit. *infra* nota (71).

(69) Vide. Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes (A.G. Resolución 34/78 de 5 de diciembre de 1979, Anexo), Art. 11, 7, d) Vide también Williams, S.M. "The Role of Equity in the Law of Outer Space" *International Relations* vol. V, 1975, pp. 776-799; Curteix, J. "De l'accès "équitable" à l'orbite des satellites géostationnaires", AFDI 1985 PP. 790-802.

(70) Doc. AMR/SCM/88/787: Convención para la reglamentación de las actividades sobre recursos minerales antárticos, Arts. 29, 3 b) y c); 35, 5.

(71) Handl, G. "The principle of "Equitable Use" as Applied to Internationally Shared Natural Resources: its Role in Resolving Potential International Disputes over Transformer Pollution", *Rev. Belge de D.I.*, 1978-79, pp. 40-64.

por constituir un patrimonio colectivo de las generaciones presentes y futuras.

Pero sin duda el texto en el que la equidad aparece de un modo más reiterativo es el convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 30 de mayo de 1982⁽⁷²⁾ que se refiere a esta noción, tanto de un modo implícito como de un modo explícito, en un significativo número de sus disposiciones. Cabe citar así, por ejemplo, entre las referencias expresas a la noción de equidad, las que afectan a los siguientes temas: solución de los conflictos relativos a la atribución de derechos y jurisdicción en la zona económica exclusiva⁽⁷³⁾ acceso equitativo de los Estados sin litoral⁽⁷⁴⁾ y en situación geográfica desventajosa⁽⁷⁵⁾ a los excedentes de recursos vivos de la misma, distribución equitativa de los beneficios financieros y económicos derivados de las actividades en la Zona de fondos marinos⁽⁷⁶⁾; modalidades y condiciones equitativas para la transmisión de tecnología relacionada con tales actividades⁽⁷⁷⁾; promoción de precios equitativos para los consumidores de minerales procedentes tanto de la Zona como de otras fuentes⁽⁷⁸⁾.

Con todo, como es bien sabido, son los Artículos 74 y 83 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, relativos a la delimitación equitativa de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental, quienes contienen la más enjundiosa de las referencias normativas a esta noción. Por ello, en razón de la proyección adquirida por los "principios equitativos" en los procesos de delimitación de los espacios marinos, esta cuestión será objeto de un examen particularizado en el apartado siguiente.

3.2. La equidad en la delimitación de los espacios marinos

La equidad ha jugado en los últimos años un importante papel como criterio jurídico para la delimitación de los espacios marinos entre Estados cuyas costas son adyacentes (delimitación lateral) o están situadas frente a frente (delimitación frontal). En particular, una reiterada jurisprudencia ha señalado que la obligación de lograr un acuerdo equitativo constituía la "norma fundamental"⁽⁷⁹⁾ en lo que respecta a la delimitación de los espacios

(72) Bello, E. "International Equity and the Law of the Sea", *Verfassung and Recht in Ubessee*, 1980, pp. 201 y sig.

(73) Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Art. 59.

(74) *Ibid.*, Art. 69, 1.

(75) *Ibid.*, Art. 70, 1.

(76) *Ibid.*, Art. 140, 2.

(77) *Ibid.*, Art. 144, 2 a)

(78) *Ibid.*, Art. 150, f) y Art. 151, 1 a)

(79) *CLJ Recuell* 1984, p. 299, par. 112.

marinos entre Estados vecinos. La regla de la delimitación equitativa se ha convertido así, aparentemente en una exigencia del Derecho internacional positivo en la materia. Por ello se hace necesario explorar el origen, el contenido y el alcance de esta nueva regla.

3.2.1. Origen de la regla de la delimitación equitativa

Como es sabido, la referencia a la equidad no estaba expresamente contemplada en las reglas relativas a la delimitación de los distintos espacios marinos que fueron objeto de codificación en los Convenios de Ginebra de 1958. En efecto, el Artículo 12 del convenio sobre Mar territorial y zona contigua⁽⁸⁰⁾ hacía referencia únicamente a la delimitación por acuerdo entre las partes y, en su caso, por aplicación del criterio de la equidistancia matizado por la posible incidencia de circunstancias especiales que justifican otra delimitación. Y la misma orientación inspiró el Artículo 6 del convenio sobre Plataforma continental, cuyo tenor literal es el siguiente:

1. Cuando una misma plataforma continental sea adyacente al territorio de dos o más Estados

cuyas costas están situadas una frente a otra, su delimitación se efectuará por acuerdo entre ellos. A falta de acuerdo, y salvo que circunstancias especiales justifiquen otra delimitación, ésta se determinará por la línea media cuyos puntos sean todos equidistantes de los puntos próximos de las líneas de base, desde donde se mide la extensión del mar territorial de cada Estado.

2. Cuando una misma plataforma continental sea adyacente al territorio de dos Estados limítrofes, su delimitación se efectuará por acuerdo entre ellos. A falta de acuerdo, y salvo que circunstancias especiales justifiquen otra delimitación ésta se efectuará aplicando el principio de la equidistancia de los puntos más próximos de las líneas de base, desde donde se mide la extensión del mar territorial de cada Estado.

Aunque los textos reseñados no contienen una referencia expresa a la equidad, fue precisamente en materia de delimitación de la plataforma continental donde, de la mano de la jurisprudencia, se inició el afloramiento progresivo de esta figura a la superficie del Derecho positivo. En efecto, conectando con las expresiones originarias de la Proclamación Truman de 1945, que había

(80) Este artículo afirma efectivamente que:

“Cuando las costas de dos Estados se hallan situadas frente a frente o sean adyacentes, ninguno de dichos Estados tendrá derecho, salvo mutuo acuerdo en contrario, a extender su mar territorial más allá de una línea media determinada de forma tal que todos sus puntos sean equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial de cada uno de esos Estados. No obstante, la disposición de este párrafo no será aplicable cuando, por la existencia de derechos históricos o por otras circunstancias especiales, sea necesario delimitar el mar territorial de ambos Estados en otra forma”.

afirmado ya que los límites de la plataforma continental debían establecerse convencionalmente *in accordance with equitable principles* ⁽⁸¹⁾, el Tribunal internacional de Justicia afirmó en su sentencia sobre la plataforma continental del Mar del Norte que los principios esenciales en la materia eran:

“que la delimitación doit être l’objet d’un accord entre les Etats intéressés et que cet accord doit se réaliser selon des principes équitables. Il s’agit là, sur la base de préceptes très généraux de justice et de bonne foi, de véritables règles de droit en matière de délimitation des plateaux continentaux limitrophes, c’est-à-dire, de règles obligatoires pour les Etats pour toute delimitation; en d’autres termes, il ne s’agit pas d’appliquer l’équité simplement comme une représentation de la justice abstraite, mais d’appliquer une règle de droit prescrivant le recours à des principes équitables conformément aux idées qui ont toujours inspiré le développement du régime juridique du plateau continental en la matière...” ⁽⁸²⁾.

Esta elevación de los “principios equitativos” a la categoría de reglas de Derecho positivo no dejaba de presentar puntos oscuros al no precisarse convenientemente su origen convencional, consuetudinario o derivado de un principio general. Con todo, junto al conjunto de razones genéricas evocadas por el Tribunal en apoyo de la regla propuesta ⁽⁸³⁾, no faltó una indicación específica de que los principios equitativos se encontraban implícitamente contenidos en la referencia del propio Artículo del Convenio sobre la plataforma continental de 1958 a las circunstancias especiales:

“c’est raison de la (conviction que la délimitation devait s’effectuer selon des principes équitables qu’elle a introduit l’exception des “circonstances spéciales” ⁽⁸⁴⁾.

El origen difuso de la regla de la delimitación equitativa no impidió, en todo caso, que ésta se afirmase progresivamente como una constante básica de la jurisprudencia internacional en la materia. La sentencia arbitral de 30 de junio de 1977 en el asunto de la delimitación de la

(81) CIJ Recuell 1969, p. 33, par. 47.

(82) *Ibid*, pp. 47-48, par. 85.

(83) *Ibid*, p. 34, par. 48; también p. 47, par. 85, en el que el Tribunal evoca razones vinculadas a “la historia del desarrollo del régimen jurídico de la plataforma” y a “ciertas nociones jurídicas de base que reflejan desde el principio la *opinio iuris* en materia de delimitación.”

(84) *Ibid*, p. 37, par. 55.

Plataforma continental franco-británica en la zona del Mar d'Iroise reiteró las afirmaciones anteriores del TIJ en términos sensiblemente similares.

"la limite entre des Etats qui donnet sur le même plateau continental doit, en l'absence d'accord, être déterminée selon des principes équitables"⁽⁸⁵⁾.

La referencia a la equidad como criterio para la delimitación de los espacios marinos habría de cobrar un nuevo impulso en los trabajos de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar que culminaron con la adopción del Convenio de 10 de diciembre de 1982. En efecto, aunque la elaboración del artículo relativo a la delimitación frontal y lateral del mar territorial discurriera por un camino separado y diferente ⁽⁸⁶⁾, el debate sobre la equidad se extendió allí esencialmente no solo a la delimitación de la Plataforma continental sino también a la de la

nueva Zona Económica Exclusiva, que se confundieron así en una polémica única en los trabajos de la Conferencia ⁽⁸⁷⁾.

La formulación inicial del texto relativo a esta cuestión, redactada al final del tercer período de sesiones (Ginebra 1975) y contenida en el Texto único oficioso para fines de negociación, reproducía casi literalmente el contenido del Artículo 6 del Convenio de Ginebra de 1958, sin haber mención expresa de la equidad ⁽⁸⁸⁾. No es por ello de extrañar que los Estados partidarios de este criterio (y no de la equidistancia) se mostraran insatisfechos con esta fórmula y reclamaran una nueva redacción que atribuyera a la equidad un papel, más destacado - y sobre todo más explícito - como parámetro jurídico para la delimitación de los espacios marinos de que se trata. En el cuarto período de sesiones (Nueva York, 1976) el embajador venezolano Andrés Aguilar, Presidente de la Comisión Segunda, introdujo en el texto único revisado a fines de

(85) Vide: R.S.A., vol. 18, pp. 3 y sig. Cf. Rodríguez Carrión, A. "Sentencia arbitral de 30 de junio de 1977 entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República Francesa, sobre delimitación de la plataforma continental, Redi, pp. 423 y sig.

(86) En efecto, el principio de la delimitación equitativa no fue retenido por la Conferencia en lo que se refiere a la delimitación del Mar territorial. El Artículo 15 finalmente adoptado tiene un contenido prácticamente idéntico al del Artículo 12 del Convenio de 1958 (Vide supra, nota (80)) reteniendo esencialmente el criterio de la equidistancia contra el que habían combatido sin éxito las delegaciones de Venezuela y Turquía, Vide Pastor Ridruejo, J.A. "Curso de Derecho internacional público" Madrid, (Tecnos) 1986, p. 323.

(87) Vide Pastor Ridruejo, J.A. Op. cit. pp. 332-335. Vide también la opinión disidente del juez ODA en la sentencia de la plataforma Libia-Tunez CIJ Recuell 1982, p. 157, par. 134-145.

(88) Doc. A/Conf. 62/WP.8/Parte 2.

negociación una nueva disposición modificativa de la anterior en la que se hacía referencia expresa a los principios equitativos⁽⁸⁹⁾. Durante el V período de sesiones (Nueva York, 1976) las objeciones tanto de procedimientos como de fondo planteadas por los partidarios de la línea media - coordinados por la delegación de España - no lograron atajar el avance imparable de los partidarios de los principios equitativos - coordinados por la delegación de Irlanda. La solución de esta espinosa cuestión, calificada como una de las fundamentales por la Conferencia, fue encargada a un "grupo de negociación" que propuso una fórmula de compromiso incluida en el Texto integrado oficioso para fines de negociación (primera parte del IX período de sesiones, Nueva York 1980), a cuyo tenor:

"La delimitación se efectuará por acuerdo.. de conformidad con el Derecho internacional. Tal acuerdo se ajustará a principios equitativos, empleando la línea media o de equidistancia, cuando proceda, y teniendo en cuenta todas las circunstancias prevalecientes en el área de que se trate"⁽⁹⁰⁾.

Pese a ser todavía globalmente favorable a sus intereses, ésta fórmula transaccional tampoco resistió el impulso creciente de los países partidarios de los principios equitativos. Así, al final del X Período de sesiones (Ginebra, 1981) se adoptó como fórmula definitiva del texto que hoy figura en los Artículos 74 y 83 del Convenio, a cuyo tenor:

"1. La delimitación (de la zona económica exclusiva de la plataforma continental) entre Estados Unidos con costas adyacentes o situadas frente a frente se efectuará por acuerdo entre ellos sobre la base del Derecho internacional a que se hace referencia en el artículo 38 del Estatuto de la Corte internacional de Justicia, a fin de llegar a una solución equitativa".

Los ecos de esta evolución tuvieron a su vez su caja de resonancia en el Palacio de Justicia de La Haya. El Tribunal, cuya sentencia de 1969 había actuado como detonante del proceso expansivo de los "principios equitativos" tuvo la ocasión de actualizar sus puntos de vista en materia en la sentencia de 24 de febrero de 1982 relativa a la delimitación de la Plataforma continental entre Túnez y Libia. En esta sentencia el Tribunal reafirmó su convicción de que la aplicación de principios equitativos que permitan alcanzar un resultado equitativo constituía una exigencia del Derecho positivo internacional en materia de delimitación de la plataforma continental, precisando incluso que se trataba de "un principio general directamente aplicable como Derecho".

"L'équité en tant que notion juridique procède directement de l'idée de justice. La Cour, dont la tâche est par définition d'administrer la justice ne saurait manquer d'en faire application... la notion juridique

(89) En virtud de esta disposición la delimitación debía efectuarse:

"por acuerdo entre los Estados interesados, de conformidad con principios equitativos, empleados cuando sea apropiado la línea media o equidistante y teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes" Doc. A/CONF62/WP.8/Rev. 1/ Parte 2, Nota introductoria, par. 6.

(90) Doc. A/CONF. 62/WP.10/Rev. 30

d'équité est un principe général directement applicable en tant que droit. De plus, en appliquant le droit international positif, un tribunal peut choisir entre plusieurs interprétations possibles celle qui lui paraît la plus conforme aux exigences de la justice dans les circonstances de l'espèce.. La tâche de la Cour est ici... (d) appliquer les principes équitables comme partie integrante du droit international et peser soigneusement les diverses considérations qu'elle juge pertinentes, de manière à aboutir à un résultat équitable"⁽⁹¹⁾.

Esta línea jurisprudencial ha continuado manifestándose, con un trazado zigzagueante, en la sentencia dictada por una Sala del TIJ en el asunto de la delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo del Maine de 12 de octubre de 1984 en la que, tras repasar los antecedentes

convencionales, consuetudinarios, jurisprudenciales y codificatorio⁽⁹²⁾, se proclama que los principios y las reglas ⁽⁹³⁾ que exigen proceder a una delimitación equitativa pertenecen a la *lex lata* en el actual "Derecho internacional consuetudinario"⁽⁹⁴⁾ y constituyen por tanto la "norma fundamental" aplicable a "toda delimitación marítima entre Estados vecinos"⁽⁹⁵⁾. Así, según afirma la sentencia de referencia:

"De l'avis de la Chambre, les dispositions dont il s'agit...peuvent être considérées comme conformes actuellement au droit international général en la matière"⁽⁹⁶⁾.

La misma opinión ha sido manifestada por el Tribunal en su sentencia de 3 de junio de 1985 en el asunto de la Plataforma continental entre Libia y Malta al subrayar que "las decisiones judiciales son unánimes en afirmar que la delimitación debe

(91) CIJ Recueil 1982, p. 60, par. 71.

(92) CIJ Recueil 1984, pp. 288 y sig. par. 79-96; par. 112-113.

(93) Como ha dicho el propio tribunal, los términos "principios" y "reglas" deben entenderse aquí como sinónimos:

"Quant a l'association des termes "règles" et "principes", il ne s'agit de l'avais de la Chambre, que d'une expression double pour énoncer la même idée, car dans ce contexte on entend manifestement par principes des principes de droit, donc aussi des règles de droit international pour lesquelles de principes peut être justifiée en raison de leur caractère plus général et plus fondamental" CIJ Recueil 1984, pp. 288-290, par. 79.

(94) *Ibid.* p. 300, par. 114 Vide también *Ibid.* p. 266, par. 22.

(95) *Ibid.* p. 299, par. 112.

(96) *Ibid.* p. 294, par. 94.

efectuarse mediante la aplicación de principios equitativos tomando en cuenta todas las circunstancias pertinentes a fin de llegar a un resultado equitativo”⁽⁹⁷⁾.

“Le caractère normatif des principes équitables appliqués dans le cadre du droit international général présente de l’importance parce que ces principes gouvernent non seulement la délimitation par voie judiciaire ou arbitrale mais aussi et d’ailleurs surtout, l’obligation incombant aux Parties de rechercher en premier lieu une délimitation par voie d’accord, ce qui révient à viser un résultat équitable”⁽⁹⁸⁾.

La regla de la delimitación equitativa ha penetrado así por diversos caminos en el Derecho internacional actual sin que sus orígenes inespecíficos hayan impedido su incorporación efectiva a la *lex lata* como expresión definitiva del consenso general en la materia⁽⁹⁹⁾.

3.2.2. Contenido de la regla de la delimitación equitativa

La regla de la delimitación equitativa, que como hemos visto tiene unos orígenes normativos

relativamente difusos, requiere también alguna precisión en lo tocante a su contenido concreto.

En efecto, la expresión literal de la regla ha variado considerablemente al hilo de sus reiteradas evocaciones jurisprudenciales así como en los diversos estadios del proceso codificador de los artículos relativos a la delimitación de los espacios marinos. El contenido concreto de esta “norma fundamental” es así particularmente difícil aprehender toda vez que se trata de una regla innovadora⁽¹⁰⁰⁾, de perfiles poco fijados y de substancia especialmente huidiza, como corresponde a su denominador común que no es otro que la idea misma de equidad.

Se trata además de una regla que, al menos en su aplicación judicial, presenta una fisonomía normativa variable en función de los perfiles jurídicos también variables de los espacios marinos a delimitar en cada caso. Puede señalarse así, a título de ejemplo, el cambio sobrevenido en relación con la noción de “prolongación natural”, que la sentencia de la plataforma continental del Mar del Norte había considerado como un elemento integrante de la regla de delimitación⁽¹⁰¹⁾ y que la sentencia de la plataforma Túnez-Libia ha caracterizado simplemente como “una de las circunstancias a retener como elemento de una solución equitativa”⁽¹⁰²⁾.

(97) CIJ Recuell 1985 p. 38, par. 45.

(98) *Ibid*, p. 39, par. 46.

(99) La idea del *consensus* fue formalmente evocada por la Sala del TIJ en la sentencia relativa al asunto del Golfo de Maine CIJ Recuell 1984, p. 294, par. 112.

(100) CIJ Recuell 1984, p. 299, par. 111.

(101) CIJ Recuell 1969, p. 47, par. 85 in fine.

(102) CIJ Recuell 1982, p. 58, par 68. *Vide* También par. 36-68. espec. par. 43 in fine.

Sin embargo, la práctica derivada de las reiteradas aplicaciones jurisprudenciales de esta nueva regla, permite vislumbrar, dentro de esta fórmula de geometría variable, una incipiente arquitectura común en la estructura general de la misma. Los diversos elementos básicos que parecen componer esa estructura serán examinados a continuación:

a) Obligación de lograr un acuerdo equitativo.

El primer elemento de la regla considerada es que la delimitación debe efectuarse por acuerdo entre los Estados interesados, ya sea directamente o ya sea mediante recurso voluntario a la decisión de un tercero - árbitro o juez internacional - con vistas a lograr un resultado equitativo.

Este punto fue subrayado ya en la sentencia del TIJ de 1969 en el asunto del Mar del Norte, al afirmar que la historia del desarrollo del régimen jurídico de la plataforma continental ha puesto de manifiesto la presencia de ciertas nociones jurídicas de base que reflejaban desde su origen la *opinio juris* en materia de delimitación:

“ces principes sont: que la delimitación doit être l'objet d'un accord et que cet accord doit se réaliser selon des principes équitables” (103).

La exigencia de llegar a un acuerdo delimitador fue objeto de ulteriores comentarios en

la sentencia de referencia⁽¹⁰⁴⁾ y ha sido especialmente desarrollada por la Sala del TIJ en la sentencia de 1984 relativa al asunto del Golfo de Maine. En esta sentencia los jueces han intentado efectuar una formulación más completa y más precisa de la norma fundamental afirmando, en particular que, de acuerdo con el Derecho internacional general:

“Aucune délimitation maritime entre Etats dont les cotes sont adjacentes ou se font face ne peut être effectuée unilatéralement par l'un de ces Etats, Cette délimitation doit être recherchée et réalisée au moyen d'un accord faissant suite à une négociation menée de bonne foi et dans l'intention réelle d'aboutir à un résultat positif. Au cas où, néanmoins, un tel accord ne serait pas réalisable, la délimitation doit être effectuée en recourant à une instance tierce dotée de la compétence nécessaire pour ce faire” (105).

Por otra parte, conviene subrayar que el acuerdo delimitador (y a fortiori la decisión judicial o arbitral) debe en todo caso amoldarse a las exigencias del Derecho internacional. Así lo expresa, en particular, el texto de los Artículos 74 y 83 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el derecho del Mar de 1982 al afirmar que la delimitación se efectuará por acuerdo entre los Estados:

(103) CIJ Recueil 1969, p. 47, par 85.

(104) *Ibid.* pp. 47-48 par. 86-87

(105) CIJ Recueil 1984, p. 299, par 112, El párrafo 22 de esta sentencia afirma, en este sentido, que:

“(l) le recours à une délimitation par voie arbitrale ou judiciaire n'est en dernière analyse qu'un succédané au règlement direct et amiable entre les Parties”

“sobre la base del Derecho internacional a que se hace referencia en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal internacional de Justicia, a fin de llegar a una solución equitativa”.

Pero los perfiles del Derecho internacional en esta materia son hoy particularmente cambiantes y sus exigencias concretas igualmente movedizas, pudiéndose decir que esencialmente se limitan a exigir que la delimitación efectuada resulte equitativa. Con todo y pese a las profundas variaciones que han jalonado la acción judicial en este punto, la propia jurisprudencia del Tribunal insiste en que el proceso de delimitación equitativa debe amoldarse a las normas del Derecho internacional expresadas en el Artículo 38, párrafo 1, de su Estatuto⁽¹⁰⁶⁾ y, en especial, a las coordenadas jurídicas que afectan al espacio marino considerado tal como este se ha configurado jurídicamente⁽¹⁰⁷⁾.

El acuerdo delimitador debe, en todo caso, tener un contenido equitativo; esto quiere decir (y la redundancia hay que imputarla a la propia doctrina jurisprudencial) que el acuerdo en

cuestión debe estar inspirado en principios equitativos que permitan alcanzar un resultado equitativo. Esta orientación finalista, presente que en la sentencia del Mar del Norte de 1969⁽¹⁰⁸⁾ fué subrayada con particular énfasis por la sentencia del TIJ en el asunto de la delimitación de la plataforma continental entre Túnez y Libia:

“l'application de principes équitables doit aboutir a un résultat équitable. Cette facon de s'exprimer bien que courante, n'est pas entièrement satisfaisante, puisque l'adjectif équitable qualifie à la fois le résultat a atteindre et les moyens à employer pour y parvenir. C'est néanmoins le résultat qui importe: les principes sont subordonnés à l'objectif à atteindre. L'équité d'un principe doit être appréciée d'après l'utilité qu'il présente pour aboutir à un résultat équitable”.⁽¹⁰⁹⁾

b) Obligación de aplicar parámetros equitativos.

El acuerdo o la decisión que permita alcanzar un resultado equitativo debe ser el resultado de la

(106) *Ibid.* p. 290, par 83. En el párrafo 22 de la sentencia la Sala había señalado ya que la delimitación debía efectuarse “avant tout, et toujours dans le respect du droit international”.

(107) *Vide infra* p. 33 y nota (113).

(108) El Tribunal habló aquí de “résultat raisonable” CIJ Recuell 1969, p. 49, par. 90 in fine.

(109) CIJ Recuell 1982, p. 59, par. 70.

aplicación de los parámetros equitativos pertinentes en cada caso.

La jurisprudencia del TIJ ha prestado particular atención a la evaluación de estos parámetros cuyo carácter equitativo debe ser objeto de un escrutinio particular en cada caso. Sin embargo, el inventario de los parámetros en cuestión se caracteriza por su heterogeneidad, por su carácter abierto y por su orientación finalista ordenada a la consecución de una delimitación equitativa en el marco del Derecho internacional.

En efecto, el Tribunal ha utilizado en este punto una terminología muy diversificada para referirse a una serie de elementos heterogéneos cuyo punto de conexión común es su imprescindible dimensión equitativa y su virtualidad para la consecución de un resultado igualmente equitativo. Las sentencias pronunciadas en esta materia se refieren así indistintamente a cánones teóricos de carácter normativo o valorativo (*principios, consideraciones, criterios*), a procesos abstractos de naturaleza metodológica o instrumental (*métodos, procedimientos, medios*) e, incluso, a simples datos de carácter puramente fáctico o material (*circunstancias, factores, elementos*).

En teoría, el inventario de parámetros utilizables es en principio ilimitado, tal como

señaló el Tribunal en la sentencia de la plataforma continental del Mar del Norte:

“En réalité il n'y a pas de limites juridiques aux considérations que les Etats peuvent examiner afin de s'assurer qu'ils vont appliquer des procédés équitables...”
(110).

Sin embargo, la jurisprudencia ulterior se ha visto obligada a precisar que debían tomarse en consideración solamente aquellas circunstancias pertinentes⁽¹¹¹⁾ y elementos jurídicamente relevantes que pudieran conducir en cada caso a una delimitación equitativa. Así lo ha afirmado, con especial claridad, el propio Tribunal en la sentencia Túnez-Libia:

“Tous les principes ne sont pas en soi équitables; c'est l'équité de la solution qui leur confère cette qualité. Les principes qu'il appartient à la Cour d'indiquer doivent être choisis en fonction de leur adéquation à un résultat équitable. Il s'ensuit que l'expression principes équitables ne saurait être interprété dans l'abstrait; elle renvoie aux principes et règles permettant d'aboutir à un résultat équitable”⁽¹¹²⁾.

(110) CIJ Recuell 1969, p. 50, par. 93.

(111) CIJ Recuell 1982, p. 64, par. 81

(112) Ibid, p. 59, par. 70

Finalmente, en la sentencia relativa a la delimitación de la plataforma continental entre Libia y Malta de 1985, el Tribunal ha perfilado todavía más los contornos de la utilización de parámetros equitativos, al reiterar que el espectro de las circunstancias que debían ser tomadas en consideración debía concretarse a aquellas que presentaran una conexión jurídica substancial con el espacio objeto de delimitación.

“Pourtant, bien qu'il n'y ait peut-être pas de limite juridique aux considérations dont les Etats sont en droit de tenir compte, il peut difficilement en être de même lorsqu'une juridiction applique des procédures équitables. En effet, bien qu'il n'y ait certes pas de liste limitative des considérations auxquelles le juge peut faire appel, de toute évidence seules pourront intervenir celles qui se rapportent à l'institution du plateau continental telle qu'elle s'est constituée en droit, et à l'application de principes équitables à sa délimitation. S'il en allait autrement, la notion juridique de plateau continental elle-même pourrait être bouleversée par l'introduction de considérations étrangères à sa nature” (113).

c) Métodos prácticos de delimitación.

Finalmente, la delimitación debe completarse mediante la aplicación de aquellos métodos prácticos que permitan alcanzar un trazado en cada caso concreto.

Al igual que en el caso anterior, estos métodos prácticos se caracterizan también por su diversidad ya que, como indicó el Tribunal en la sentencia Túnez-Libia “en Derecho internacional no existe un método de delimitación único y obligatorio” (114). Así, los métodos prácticos de delimitación a aplicar en cada caso serán seleccionados y combinados (115), de acuerdo con su virtualidad para la consecución de un trazado equitativo.

Con todo, el rasgo más significativo de la evolución del Derecho internacional en este punto es la definitiva erradicación de la equidistancia como método de delimitación privilegiado. En efecto, la línea de la equidistancia que había sido ya excluida del Derecho internacional general por la sentencia de 1969 en el asunto del Mar del Norte (116) ha sido ulteriormente desposeída de sus

(113) CIJ Recuell 1985, p. 40, par. 48

(114) CIJ Recuell 1982, p. 79, par. 111.

(115) Vide *Infra* p. 36 y nota (128).

(116) CIJ Recuell 1969, pp. 45-36, par. 82.

pretendidos atributos equitativos inherentes y degradada a la mera condición de método práctico de delimitación por la acción conjunta de una jurisprudencia reiterada⁽¹¹⁷⁾ y de un proceso codificador poco propicio al mantenimiento de este criterio⁽¹¹⁸⁾.

Así, la equidistancia se contempla hoy únicamente como uno de los métodos prácticos que pueden utilizarse conjuntamente con otros - para llegar a un resultado equitativo en los procesos de delimitación de los espacios marinos⁽¹¹⁹⁾. Tan es así, que en la sentencia relativa a la delimitación de la plataforma continental entre Malta y Libia, el Tribunal ha excluido incluso la obligatoriedad de recurrir a la equidistancia como primera etapa del proceso delimitador:

“L'existence même d'une règle comme celle qui défend Malte, qui obligerait à employer l'équidistance seulement comme première étape de toute delimitation, et sous réserve d'une correction éventuelle, ne saurait être étayée par la simple énumération d'exemples de délimitation reposant sur l'équidistance ou une équidistance modifiée, bien que ces

exemples montrent de façon frappante que la méthode de l'équidistance peut, dans bien des situations, produire un résultat équitable”.⁽¹²⁰⁾

Por lo demás, los métodos prácticos de delimitación aplicados por la reciente jurisprudencia se caracterizan por su variabilidad en las diversas situaciones analizadas, habiéndose manifestado incluso una tendencia a la sectorialización de las zonas objeto de delimitación que ha permitido la utilización de distintos métodos prácticos en un mismo caso⁽¹²¹⁾. Asimismo, la práctica jurisprudencial ha mostrado una tendencia a la combinación de métodos de delimitación, utilizando incluso factores correctivos entre los que destacan por su contundencia los aplicados en el asunto Libia-Malta⁽¹²²⁾.

3.2.3. Aplicación de la norma de la delimitación equitativa.

La regla relativa a la delimitación equitativa de los espacios marinos entre Estados cuyas costas son adyacentes o están situadas frente a frente

(117) Vide especialmente CIJ Recuell 1982 p. 79, par. 110. Pero vide también las opiniones disidentes de los jueces GROS (p. 149, par. 11). ODA (pp. 260-267, par. 165-176 y pp. 269-270 par. 181) y EVENSEN (p. 297 par 5).

(118) Vide supra p. 26-27

(119) CIJ Recuell 1984, p. 312, par. 156.

(120) CIJ Recuell 1985, p. 38, par. 44 in fine, vide ibid, p. 46 par 77.

(121) Vide CIJ Recuell 1982, p. 93, par. 133, C. Ibid 1984, p. 331, par. 206 y sig.

(122) En efecto, en este caso, el Tribunal aplicó un criterio de ajuste consistente en efectuar una “traslación hacia el Norte de 18' de latitud”, CIJ Recuell 1985, p. 52 par. 73 vide también los criterios empleados por la Sala con caracter corrector en el asunto del Maine: CIJ Recuell 1984, p. 328, par. 197.

posee unas características muy peculiares que conviene examinar con algún detenimiento.

En efecto, como ya hemos visto, la regla en cuestión es una norma compuesta, inconcreta y finalista, que se ordena a la consecución de un resultado, equitativo. Desde el punto de vista de las categorías técnico-normativas, la regla en cuestión se asemeja grandemente a lo que la doctrina privatista ha denominado normas de orientación material y constituye más un método o approach jurídico para la delimitación que una regla en sentido propio. El método de análisis de que se trata conlleva, efectivamente, un complejo proceso de ponderación de los factores relevantes que habrá de llevarse a cabo con una técnica similar al weighting process o balancing of factors que se aplica en algunos sectores del derecho internacional privado.⁽¹²³⁾

Así, en la sentencia relativa a la plataforma continental del Mar del Norte, el Tribunal introdujo tímidamente esta metodología al afirmar que:

“c’est le plus souvent la balance entre toutes ces considerations qui créera l’équitable plutôt que l’adoption d’une seule de ces considérations en excluant toutes les autres. De tels problèmes

d’équilibre entre diverses considérations varient naturellement selon les circonstances de l’espèce”.⁽¹²⁴⁾

El Tribunal arbitral que resolvió el litigio franco-británico de la Mer d’Iroise, utilizó de lleno este tipo de análisis para llegar a determinar la línea de delimitación en la zona de las islas del canal y, en menor medida, en la zona atlántica⁽¹²⁵⁾. Lo mismo hizo el Tribunal internacional de Justicia en la sentencia relativa a la delimitación de la plataforma continental entre Túnez y Libia donde se refirió expresamente al “peso relativo atribuido a cada factor”⁽¹²⁶⁾ explicando al respecto que:

“...la Cour doit... péser soigneusement les diverses considérations qu’elle juge pertinentes, de manière á aboutir á un résultat équitable”⁽¹²⁷⁾

Esta misma técnica es la que ha guiado al Tribunal internacional de Justicia en su sentencia relativa a la delimitación de la plataforma continental entre Libia y Malta y en la relativa al establecimiento de la frontera marítima entre Estados Unidos y Canadá en el Golfo de Maine. En este último asunto, la Sala del Tribunal se ha referido de un modo muy explícito a la metodología en cuestión cuya aplicación se ha

(123) Charney, J.I. “Ocean Boundaries between Nations: a theory for Progress” AJIL 1985, p. 596.

(124) CIJ Recueil 1969, p. 51, par. 93.

(125) Vide R.S.A. par. 180-202 y 232-251.

(126) CIJ Recueil 1982, p. 44 par. 38.

(127) Ibid. p. 60, par. 71; vide también par. 107 y 126.

extendido no solo a la elección de los criterios sino también a la de los métodos prácticos de delimitación.

"La Chambre pourra donc prendre en considération pour commencer... les critères, et surtout les méthodes pratiques théoriquement susceptibles d'être appliquées à la détermination du tracé de la délimitation maritime unique américain-canadiense dans le Golfe du Maine et dans l'aire extérieure adjacente. Il lui appartiendra ensuite de choisir, dans cet éventail de possibilités, les critères qui à son jugement apparaîtront comme les plus équitables par rapport à la tâche à remplir dans le présent procès, ainsi que la méthode ou la combinaison de méthodes pratiques dont l'application permettra le mieux de traduire ces critères dans le concret" ⁽¹²⁸⁾.

La aplicación de la regla de la delimitación equitativa ha puesto de manifiesto, sin embargo, algunas carencias inevitables asociadas al proceso de ponderación de los factores pertinentes que constituye la substancia de la misma. Se ha evidenciado así, especialmente, que el particularismo del método aplicado, unido a la indeterminación y fluidez de los principios y métodos utilizables, conducía a veces a soluciones notablemente divergentes tanto en sus fundamentos como en sus resultados. Así las opiniones disidentes de los jueces manifestadas en las distintas sentencias han venido a unirse a las críticas de una doctrina relativamente amplia que ha conjurado - a veces duramente- las taras del nuevo método: casuismo, subjetivismo, arbitrio judicial, imprevisibilidad... ⁽¹²⁹⁾.

Conviene advertir, sin embargo, que el propio Tribunal ha reconocido con cierta complacencia este particularismo, que parece haber sido

(128) CIJ Recueil 1984, p. 312, par. 156.

(129) Así por ejemplo, Sánchez Rodríguez, L.I. "La sentencia del Tribunal internacional de Justicia de 24 de febrero de 1982, en el asunto relativo a la plataforma entre Tunes y la Jamahiriya Arabe Libia, REDI 1983, p. 79.

"La fórmula (contenida en el párrafo 132 de la sentencia Tunes-Libia) se orienta en la perspectiva de la justicia del caso concreto, resulta fugitiva respecto a la previsibilidad de los resultados y constituye, por consiguiente, un modelo de contingencia jurídica; y ello por no mencionar la incompatibilidad de la doctrina con la letra del artículo 83, 1, de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982, conforme al cual toda delimitación exige la aplicación del "derecho internacional".

Vide también Decaux, E. que compara la actitud de los jueces con la de un prestidigitador: "L'arrêt de la Chambre de la Cour internationale de Justice sur l'affaire de la délimitation de la frontière maritime dans le Golfe du Maine (Canada/États-Unis) arrêt du 12 octobre 1984", AFDI 1984, p. 339.

conscientemente asumido, negándose a “sistematizar en exceso una construcción pragmática”⁽¹³⁰⁾ y a “ultraconceptualizar” los principios y reglas aplicables⁽¹³¹⁾. Así, en el asunto del Golfo de Maine, la comprobación del carácter todavía rudimentario de las normas consuetudinarias en la *materia* ha llevado a la Sala a reafirmar su visión particularista del proceso jurídico de delimitación:

“La pratique, d’ailleurs, bien qu’encore peu abondante à cause de la nouveauté relative de la matière esta là pour démontrer que chaque cas concret est finalement différent des autres, qu’il est un unicum et que les critères les plus appropriés et la méthode ou la combinaison de méthodes la plus apte à assurer un résultat conforme aux indications données par le droit, ne peuvent le plus souvent être déterminés que par rapport au cas d’espèces et aux caractéristiques spécifiques qu’il présente”⁽¹³²⁾.

La jurisprudencia parece así haber aceptado los riesgos inherentes a la aplicación de la regla de la delimitación equitativa y estar dispuesta a llevar a cabo el proceso de ponderación de los factores que resulten relevantes en cada caso. El método de

que se trata, que ha sido asumido por la mayoría de los jueces, ha sido descrito con particular claridad por Eduardo Jiménez de Arechaga:

“Ainsi dans le contexte du droit applicable à la délimitation du plateau continental, le fait que la décision doit être prise “conformément à des principes équitables”...oblige le juge à déterminer quelles sont les circonstances pertinentes dans chaque cas particulier et à apprécier leur importance et leur poids relatif. Appliquer l’équité signifie donc considérer et mettre en balance les circonstances particulières à l’espèce de façon à statuer, non pas en appliquant rigidelement un certain nombre de règles et principes généraux et de notions juridiques formelles, mais en adoptant et en ajustant ces principes, règles et notions aux faits, aux réels et aux circonstances de l’espèce”⁽¹³³⁾.

No obstante, las propias dificultades experimentadas por el Tribunal para encontrar por esta vía el camino adecuado al ejercicio de su función judicial le han llevado a postular un mayor desarrollo jurisprudencial y a tratar de fijar mejor los límites de su propia actuación. Así, el Tribunal

(130) CIJ Recueil 1969, p. 53, par. 100

(131) CIJ Recueil 1982, p. 92, par. 132.

(132) CIJ Recueil 1984, p. 290, par. 81.

(133) CIJ Recueil 1982, p. 106, par. 24

ha tratado de conjurar reiteradamente el fantasma de una decisión *ex aequo et bono* y ha tratado también de escapar al reproche de arbitrariedad:

“Certes, il n'existe pas de règles rigides quant au poids exact à attribuer à chaque élément de l'espèce: on est cependant fort loin de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ou de la conciliation, il ne s'agit pas non plus d'un recours à la justice distributive”.⁽¹³⁴⁾

Así, como ha subrayado E.D. Brown, el Tribunal ha explicado lo que no es el proceso de aplicación de la norma de la delimitación equitativa, pero no ha dejado tan claro lo que éste es en realidad⁽¹³⁵⁾. Así, las diversas sentencias pronunciadas hasta hoy en este campo manifiestan todavía el ejercicio de una jurisdicción algo errática cuyo rumbo fluctúa entre las reglas de navegación establecidas en el Estatuto y el trazado singular que le marcan los distintos compromisos de arreglo judicial⁽¹³⁶⁾.

4. Conclusion

Las consideraciones desarrolladas en las páginas precedentes parecen permitir afirmar que la equidad juega hoy un importante papel en el

campo del Derecho internacional que se concreta esencialmente en una doble dimensión.

a) Por un lado, como noción jurídica básica derivada de la idea de justicia⁽¹³⁷⁾, la equidad es normalmente inherente a los procesos de formación y aplicación de las reglas de Derecho internacional⁽¹³⁸⁾. Esta es la esfera propia de la *equity outside the rules* o *au-delà des textes* que constituye la dimensión tradicional de la misma y cuyo contenido y alcance puede verificarse recorriendo -por ejemplo- la jurisprudencia relativa a la delimitación de los espacios terrestres.

b) Por otro lado, en un creciente número de casos, la equidad ha pasado a formar parte del Derecho internacional positivo como un elemento normativo autónomo integrado en la formulación misma de la regla. Esta es la nueva dimensión de la *equity within the rules* o *selon les textes* que está adquiriendo una proyección creciente en el actual Derecho internacional y que se manifiesta sobre todo como elemento medular de la regla de la delimitación equitativa de los espacios marinos entre Estados vecinos.

Por tanto en su tradicional dimensión extrapositiva como en su nueva dimensión iuspositiva, las fronteras propias de la equidad son

(134) CIJ Recueil 1982, p. 60, par. 71 in fine

(135) Brown E.D. "The Tunisia-Libya Continental Shelf Case" *Marine Policy*, 1983, pp. 149-150.

(136) Cf. CIJ Recueil 1982, p. 79, par. 110 in fine y CIJ Recueil 1984, p. 266, par. 23 in fine Vide también Decaux E. *Op. Cit.* p. 319.

(137) CIJ Recueil 1982, p. 60, par. 71

(138) Vide supra p. 7 y nota (22)

particularmente difusas. Así, si la equidad interpretativa es normalmente inherente a una sana aplicación del Derecho internacional⁽¹³⁹⁾, se hace más difícil precisar en que condiciones el juez o el árbitro pueden recurrir a la misma para lograr un efecto corrector, supletorio o derogatorio de la regla del *Derecho positivo*. En particular, como demuestra el examen de la jurisprudencia relativa a la delimitación de los espacios terrestres, la dificultad principal reside en trazar con claridad la frontera que separa el recurso permisible a la noción genérica de equidad y el pronunciamiento de una decisión *ex aequo et bono* que solo puede realizarse cuando las partes así lo solicitan.

La aplicación de la equidad como elemento integrante de la regla del Derecho positivo se enfrenta a dificultades similares. El carácter inevitablemente flexible, abierto e inconcreto de la nueva norma de la delimitación equitativa ha pagado ya su tributo a la justicia con la moneda de una jurisprudencia variable en sus consideraciones jurídicas y - lo que es peor - imprevisible en sus conclusiones *prácticas*. Sin embargo, la regla está ahí para ser aplicada y el precio de inseguridad que por ella se paga debe considerarse como la contribución necesaria a la causa de la equidad.

Con todo, para que la justicia y la seguridad encuentren un equilibrio más llevadero, es

conveniente que la equidad selon les textes o within the rules alcance una formulación más acabada⁽¹⁴⁰⁾ y una aplicación más uniforme. Es cierto que la regla, de la delimitación equitativa no puede ser reducida a una expresión excesivamente concreta, pero también es cierto que al menos sus elementos estructurales básicos deberían ser determinados con precisión y el contenido de cada uno de ellos ser objeto de una definición más estable.

La tarea en cuestión no es tanto una función legislativa como una obra doctrinal y -sobre todo- jurisprudencial. Y en este punto no cabe duda de que la jurisdicción internacional en general y el Tribunal de La Haya para encontrar pautas más firmes y más seguras en el ejercicio de su función judicial. Conviene, en efecto, como ha señalado el profesor Galindo Pohl, que se desarrolle todavía más el método de análisis jurídico que permita aplicar mejor la nueva regla:

"Aunque la generalización ha de usarse en esta materia con gran prudencia, la construcción teórica de cierto marco común a los principios de equidad, y la consiguiente determinación de una estructura operativa, puede contribuir al esclarecimiento de esta materia que está en proceso de dilucidación y hasta cierto punto de creación en la jurisprudencia internacional..."⁽¹⁴¹⁾

(139) *Vide supra* p. 9 y nota (27)

(140) Así lo reclama Galindo Pohl, R. "Comentarios sobre el caso relativo a la plataforma continental entre Libia y Tunes" *Anuario Jurídico Interamericano* 1985, p. 153.

"Cabe observar que la Corte no presentó en la sentencia de 1982 las formulaciones de los principios de equidad. Dichos principios aparecen mencionados muchas veces en la sentencia, pero sus formulaciones no se encuentran".

(141) Galindo Pohl, R. *Op. cit.* p. 139.

Y conviene asimismo que se proceda a estabilizar los contornos de la regla de la delimitación equitativa, fijando definitivamente sus elementos estructurales y tratando de depurar progresivamente el contenido básico de los mismos. En particular debe subrayarse con mayor énfasis que el principio básico según el cual la delimitación debe realizarse a través de un acuerdo

que permita lograr un resultado equitativo, está en todo caso sometido a las exigencias del Derecho internacional. Ya también parece necesario que se delimite y se fije progresivamente el inventario de parámetros equitativos y métodos prácticos de delimitación que son jurídicamente pertinentes para lograr el resultado propuesto.

Guía para la preparación de artículos

La información a los autores e instrucciones para la presentación de manuscritos y los detalles sobre los temas específicos y el tipo de manuscritos que pueden ser considerados por el Comité Editorial para su posible publicación está a disposición en las oficinas de los Editores en UNIBE.

1. Los artículos enviados para publicación serán inéditos y así han de permanecer hasta su aparición en la Revista de Ciencia y Cultura de UNIBE.

2. Los originales, escritos en español, francés, inglés o portugués, se remitirán a: Revista de Ciencia y Cultura, UNIBE, Av. Francia No. 129, Santo Domingo, D.N.

3. Los artículos deberán tratar directa o indirectamente temas sobre República Dominicana y otras materias afines, dentro del campo de actividades de las ciencias y las humanidades y no contendrán declaraciones o referencias de carácter político.

4. El texto no excederá de 25 cuartillas (20 x 28 cm) escritas a máquina. Cada cuartilla tendrá como máximo 25 líneas uniformemente espaciadas, las líneas no excederán de 70 pulsaciones y los márgenes medirán como mínimo 3 cm. El original se acompañará de dos copias. En el caso de trabajos traducidos, en parte o totalmente, se anexará una copia del material en el idioma original.

5. La revista de Ciencia y Cultura de Unibe se reserva el derecho de aceptar o rechazar, de acuerdo con las recomendaciones del Comité Editorial, cada uno de los trabajos recibidos. También se reserva el derecho de realizar revisión

editorial que estime necesaria, incluso la condensación u omisión de parte del texto, cuadros, figuras y anexos.

6. El título del trabajo será lo más breve y explícito posible. Los nombres del autor o los coautores se pondrán a continuación del título del trabajo. Luego se anotará el nombre de la institución a que pertenecen.

7. La lista de referencias o la bibliografía se acompañarán en páginas aparte, al final del artículo, y tendrán en general este orden: apellido e iniciales del nombre de todos los autores; título del trabajo o del libro en su idioma original; nombre completo de la revista, de la casa editorial, o de la institución que representa; volumen, páginas y fecha de publicación, y lugar de publicación (ciudad y país). Las referencias deben aparecer en el texto por orden numérico consecutivo (números arábigos entre paréntesis) que será el mismo orden en que se agruparán al final del trabajo.

8. Las figuras y los cuadros con sus leyendas y títulos respectivos, se incluirán en páginas aparte, numeradas consecutivamente y agrupadas al final del texto; en el cuerpo de este se indicará al margen en que se deben incluir.

9. Los originales no se devolverán en ningún caso. El autor recibirá 10 ejemplares del número en que aparece su artículo.

10. Los editores publicarán los artículos tratando de agrupar en temas centrales cada edición, por lo que se programarán de acuerdo a la disponibilidad de artículos sobre un área del conocimiento.



UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA

UNIBE

Santo Domingo, República Dominicana