

ARBITRAJE Y CONTRATACIONES CON EL ESTADO



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos



PGE

Procuraduría General
del Estado

Revista Jurídica de la Procuraduría
General del Estado N° 3: Arbitraje y
Contrataciones con el Estado

Revista Jurídica de la Procuraduría
General del Estado N° 3

ARBITRAJE Y CONTRATACIONES CON EL ESTADO

Centro de Formación y Capacitación



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos



PGE

Procuraduría General
del Estado

Revista Jurídica de la Procuraduría General del Estado
N.º 3, noviembre 2023

Publicación semestral

Editado por:

© Procuraduría General del Estado

Centro de Formación y Capacitación

Calle Germán Schreiber 205 - San Isidro, Lima, Perú.

Tel.: (01) 7485417, anexo 108

Correo electrónico: centrodecapacitacion@pge.gob.pe

<https://www.gob.pe/procuraduria>

Equipo Editorial

Carolina Garcés Peralta

Erika García Cobián Castro

Marie Melisa Gonzales Cieza

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
N.º 2021-09872

ISSN N.º 2955-8948 (Impresa)

ISSN N.º 2961-2578 (En línea)

Diseño de portada y diagramación

Quad Graphics Perú S.R.L.

Publicación disponible:

<https://aulavirtualcfc.pge.gob.pe/mod/page/view.php?id=83>

El contenido de este documento es de responsabilidad de sus autores/as y no necesariamente refleja el punto de vista de la Procuraduría General del Estado.

Reservados los derechos. Se autoriza reproducir el material de esta edición, citando como fuente la Revista de la Procuraduría General del Estado.

ARBITRAJE Y CONTRATACIONES CON EL ESTADO

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

Daniel Soria Luján
Procurador General del Estado

Luis Miguel Iglesias León
Miembro del Consejo Directivo

Ramón Fernando Alcalde Poma
Miembro del Consejo Directivo

Aida Mónica La Rosa Sánchez Bayes De López
Gerenta General

Carolina Garcés Peralta
Directora del Centro de Formación y Capacitación

CONSEJO CONSULTIVO

Nacional

Walter Albán Peralta

Elena Alvites Alvites

Susana Castañeda Otsu

Silvana Carrión Ordinola

Julio César Guzmán Mendoza

Betzabé Marciani Burgos

Yvan Montoya Vivanco

Miguel Ángel Sánchez Mercado

Eduardo Vega Luna

Internacional

Abigail Díaz León de Benard (México)

Universidad Nacional Autónoma de México (Ciudad de México, México)

Yolanda Doig Díaz (España)

Universidad de Castilla - La Mancha (Castilla - La Mancha, España)

Ignacio Giuffré (Argentina)

Universidad Pompeu Fabra (Barcelona, España)

Sebastián López Hidalgo (Ecuador)

Universidad del Azuay (Cuenca, Ecuador)

Claudio Roberto Navas Rial (Argentina)

Abogado y Procurador. Universidad de Buenos Aires
(Buenos Aires, Argentina)

Manuel Fernando Quinche Ramírez (Colombia)

Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia)

Sara Salazar Landínez (Colombia)

Experta en Extinción de Dominio

Laura Zúñiga Rodríguez (España)

Universidad de Salamanca (Salamanca, España)

ÍNDICE

Presentación	11
--------------	----

1. Artículos	17
---------------------	-----------

1.1. Nacionales	19
------------------------	-----------

1.1.1. Designación de árbitros en controversias en materia de contratación pública: acción coordinada entre procuradores públicos y titulares de entidades, por <i>Orializ Carla Espinoza Soto</i>	21
--	----

1.1.2. El rol del/de la procurador/a público/a en el procedimiento de conciliación, según el decreto legislativo N.º 1326 y su reglamento, por <i>Paula Navarro Barrios</i>	35
---	----

1.1.3. Motivación reforzada del control constitucional en el arbitraje, por <i>Pedro Grández Castro</i>	55
---	----

1.2. Internacionales	77
-----------------------------	-----------

1.2.1. Los principios de Derecho Administrativo global, arbitraje y defensa del interés general, por <i>Jaime Rodríguez-Arana</i>	79
---	----

1.2.2. Informe de la OCDE “Professionalising the public procurement workforce. A review of current initiatives and challenges”, por M ^a del <i>Carmen de Guerrero Manso</i>	114
--	-----

1.2.3. La constitución del tribunal arbitral: análisis de los retos específicos para el Estado en el arbitraje inversionista-Estado, por <i>Ana María Ordoñez, Giovanni Vega-Barbosa, Camilo Valdivieso, Marcela Silva</i>	129
--	-----

2. Miscelánea **145**

2.1. La contextualidad del crimen organizado: reflexiones para una respuesta equilibrada desde el Estado, por *Nicolás Zevallos Trigo* 147

2.2. Reparación civil y criminalidad ambiental, por *Erick Guimaray Mori* 157

2.3. Integridad, interés general y defensa jurídica del Estado, por *Francisco Merino Amand* 165

2.4. La importancia y trascendencia de la defensa jurídica del Estado frente al crimen organizado, por *Gino Ríos Patio* 172

3. Entrevista **181**

3.1. Entrevista a *Fernando Vidal Malca*, Procurador Público del Ministerio de la Producción 183

ARBI-
TRAJE
Y CON-
TRATA-
PRESENTACIÓN
CIONES
CON EL
ESTADO

La presente edición de la Revista de la Procuraduría General del Estado versa sobre el tema del arbitraje y las contrataciones con el Estado. Apunta, en ese sentido, a dar cuenta de cuál es el estado de la cuestión en torno a este mecanismo de solución de conflictos y, sobre todo, a evidenciar las fortalezas que posee de cara al trabajo que realizan los operadores jurídicos del Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado (SADJE). Asimismo, la revista vincula el arbitraje, en sus distintas modalidades, con la regulación sobre las contrataciones públicas. Precisamente un ámbito en el que, en los últimos años, se han presentado retos complejos; sobre todo en lo atinente a cómo lograr que las contrataciones estatales se lleven a cabo de manera consistente con la ética pública y con los objetivos previstos en las políticas públicas implementadas por el Estado.

La revista aborda, entonces, esta materia desde una perspectiva crítica. Presenta, gracias al destacado esfuerzo investigativo de nuestros autores y autoras, un diagnóstico sobre los alcances y límites de las fuentes normativas en torno al arbitraje, pero también una mirada que cuestiona su aplicación práctica a partir de la experiencia comparada y del papel que cumple el Estado para garantizar una adecuada provisión de los servicios públicos para todos los peruanos y peruanas.

La revista se divide en tres secciones. La primera incluye artículos de autores locales e internacionales sobre el tema central. La segunda es una sección de miscelánea que incluye artículos sobre otras materias distintas al arbitraje y las contrataciones públicas, pero de interés para el SADJE. Y la tercera, una entrevista realizada al Procurador del Ministerio de la Producción, Fernando Vidal Malca.

En la primera sección destacan los artículos de Orializ Espinoza, Paula Navarro y Pedro Grández. Ellos desarrollan un análisis amplio sobre diversas materias en torno al arbitraje y las contrataciones públicas. Así, por ejemplo, abordan temas como la figura de la designación de los árbitros en las controversias sobre contrataciones públicas; los procesos de conciliación a la luz del Decreto Legislativo N.º 1326 y su reglamento; y el control difuso en el arbitraje.

Destacan también los artículos de los profesores Jaime Rodríguez-Arana de la Universidad La Coruña, María del Carmen de Guerrero Manso de la Universidad de Zaragoza, y de Ana María Ordoñez, Giovanny Vega-Barbosa, Camilo Valdivieso y Marcela Silva de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de Colombia. Ellos desarrollan un enfoque

global en torno al arbitraje, poniendo de relieve su impacto en la defensa y promoción del interés general, sobre todo en contextos en los que existe una influyente, y cada vez más consolidada, comunidad internacional, y el rol que cumplen (que deben cumplir) los procuradores para contribuir a ello, a partir, por ejemplo, de las recomendaciones formuladas por importantes organizaciones internacionales como la OCDE. Asimismo, sobre todo en el caso del artículo de Ana María Ordoñez y otros/as se reflexiona sobre la conformación del tribunal arbitral en el contexto de los arbitrajes de inversión, que implican una alta responsabilidad de los Estados y, principalmente, de los equipos que los representan en el marco de los acuerdos internacionales suscritos por estos.

En la segunda sección de miscelánea destacan los artículos de Nicolás Zevallos sobre el contexto en el que se desarrolla la criminalidad organizada en nuestro país; de Erick Guimaray sobre cómo opera la reparación civil en los casos de criminalidad ambiental; de Francisco Merino sobre los pilares del SADJE: interés general e integridad; y de Gino Ríos sobre la trascendencia del SADJE para combatir la criminalidad organizada. En todos estos casos se pone de relieve el papel de los/las procuradores/as en la promoción y garantía del interés público, y los retos que deben afrontar para cumplir con sus objetivos, sobre todo en momentos en los que existe una profunda desconfianza en el Estado y sus autoridades, y en los que, por consiguiente, deben redoblar sus esfuerzos para satisfacer las demandas y expectativas ciudadanas.

Por último, la revista incluye una entrevista al Procurador del Ministerio de la Producción, Fernando Vidal Malca. En ella, el procurador Vidal Malca nos cuenta cuáles son los retos principales que afronta su despacho, cuáles han sido sus experiencias más relevantes en materia de arbitraje, y en qué medida estas se pueden replicar en otras procuradurías con base en el principio de colaboración que opera en el SADJE. Así, por ejemplo, señala: “[...] el principio de colaboración no se limita o agota a la materia arbitral, evidentemente. En nuestra experiencia, ha sido igualmente utilizada en materia judicial, principalmente en lo concerniente a participación en audiencias, vistas y diligencias en general, presentación de escritos, entrevistas con magistrados, entre otros, cuando se trata de ejercer defensa en lugares en los que no contamos con abogados contratados y se nos dificulta trasladarnos por motivos presupuestales. Con ello se evita, además, que se generen gastos a las entidades por concepto de pasajes y viáticos”. Cabe destacar que la Procuraduría del Ministerio de la Producción viene obteniendo resultados sobresalientes

en los procesos arbitrales en los que participa, con un promedio de casi el 90% de laudos a su favor. Estos resultados son el reflejo de un trabajo notable que saludamos con entusiasmo y admiración.

En suma, confiamos en que esta edición de la revista contribuya a enriquecer la comprensión de nuestras/os procuradores sobre el arbitraje y su relación con las contrataciones públicas, y les permita reflexionar sobre el potencial de esta herramienta para la promoción y garantía del interés general. Esperamos también que sirva como referencia para dotar de sentido un principio transversal del SADJE: el principio de colaboración, el cual, como mencionamos previamente, ayudará a optimizar sus recursos y a mejorar el desempeño de sus integrantes en el marco de los distintos procesos –administrativos y jurisdiccionales– en los que intervienen de forma regular.

ARBI-
TRAJE
Y CON-
TRATA-
ARTÍCULOS
CIONES
CON EL
ESTADO

ARBITRAJE Y CONTRATACIONES CON EL ESTADO

NACIONALES

DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS EN CONTROVERSIAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: ACCIÓN COORDINADA ENTRE PROCURADORAS/ES PÚBLICOS Y TITULARES DE ENTIDADES

*Orializ Carla Espinoza Soto*¹

Sumilla

La coordinación entre las/los procuradores públicos y la/el titular de la entidad es pieza fundamental para que las entidades públicas puedan designar adecuadamente árbitros/as. Se debe asegurar una coordinación eficiente entre las/los funcionarios públicos en base a un análisis sistemático de las normas jurídicas que aseguren la mejor elección del profesional más apto para resolver las controversias surgidas con las entidades públicas. Esto generará que el arbitraje, como método de solución de controversias, siga siendo un mecanismo eficiente y se asegure el derecho de las entidades a elegir árbitros.

Palabras clave

Coordinación, eficiencia, designación, procedimiento, defensa jurídica

La designación de las/los árbitros es crucial para llevar a cabo un arbitraje exitoso. No así porque se vaya a beneficiar a una de las partes con una designación en particular, sino porque las/los profesionales que se encargan de resolver una controversia deben contar con las cualificaciones para cumplir con su labor eficientemente, pues un arbitraje es tan bueno como las/los árbitros que lo llevan a cabo.

Sin embargo, la reflexión sobre las designaciones de árbitros/as en el marco de la gestión de las entidades públicas lleva a preguntarnos cuál es la forma más eficiente de su designación.

Para abordar el tema es pertinente primero delimitar el concepto de la designación arbitral, para luego examinar la forma de designación de árbitros en la administración pública.

¹ Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en la Universidad Complutense de Madrid. Magíster por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

En el medio arbitral peruano, específicamente en la contratación pública, los tribunales arbitrales pueden ser unipersonales o conformados por tres miembros; en este último caso, usualmente cada una de las partes designa a un árbitro y luego, entre ellos, designan a quien presidirá el tribunal arbitral. El número de árbitros que conforman un tribunal arbitral puede basarse en la cuantía de las controversias, así como también en la complejidad de las mismas, en cuyo caso es recomendable contar con un tribunal arbitral colegiado de tres miembros. Al respecto, la doctrina señala lo siguiente:

La opción de tribunales colegiados se sustenta en la necesidad de que exista una responsabilidad compartida y mayores posibilidades de acierto en la solución del problema sobre todo en aquellos arbitrajes que entrañan problemas complejos (Amprimo Plá, 2011, p. 288).

Tenemos pues que la designación de un árbitro es un momento crucial en cualquier arbitraje. Esta realidad no es ajena a las entidades públicas, pues la elección del/la árbitro deberá ser realizada con mucho rigor, teniendo en cuenta que estas dependencias defienden los intereses del Estado peruano en las controversias que puedan surgir en el marco de la contratación pública y, por ende, se requiere de profesionales especialistas en la materia, dada la complejidad de las controversias y el impacto en la satisfacción de las necesidades públicas.

Al momento de designar un árbitro se debe tener en consideración algunos parámetros mínimos para poder considerarlo como una opción. Entre estas consideraciones está la disponibilidad de tiempo con la que cuenta, o si hay un conflicto de interés que le impida desempeñarse en el cargo. En efecto, así lo manifiesta la doctrina: "(...) Lo usual sería una comunicación escrita por cartas o una llamada telefónica previa invitándolo para no recibir un rechazo vía escrita. En caso de tener una entrevista corresponde preguntar al futuro árbitro si cuenta con el tiempo idóneo para poder llevar nuestro caso, asimismo que nos indique si tuviese algún eventual conflicto de intereses con la parte contraria" (Verástegui Gastelú, 2015, p. 102).

En atención a lo precedente, es claro que, para una defensa efectiva de los intereses del Estado, todo es una cadena cuyos eslabones deben ser lo suficientemente fuertes y coordinados para que se llegue a un resultado óptimo. Los eslabones de esta cadena inician desde la propia

designación del/la árbitro de parte y es claro que la administración pública no puede ser una isla, sino que tiene que haber un trabajo coordinado entre sus organismos.

La Ley de Contrataciones del Estado otorga a los/las titulares de las entidades públicas la facultad de aprobar la designación del/la árbitro y este aspecto en particular ha traído consigo interpretaciones diversas generando criterios distintos que debilitan la toma de decisiones coordinada.

En efecto, dicha facultad está regulada en el inciso 2 del artículo 230 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N.º 344-2018-EF y sus modificatorias, el cual regula lo siguiente:

Tanto en el arbitraje institucional como en el *ad hoc*, la designación del árbitro por parte de la Entidad es aprobada por su Titular o por el servidor en quien este haya delegado tal función; sin perjuicio de la verificación oportuna que realice la institución arbitral y el contratista.

Sin embargo, cabe preguntarse: ¿Debe el titular de la entidad ser el único en participar en la elección de una/un árbitro de parte, más aún si la estrategia legal la lleva a cabo el procurador público? Consideramos que la respuesta es no. Para sustentar ello debemos entender que la Procuraduría General de Estado es el organismo técnico especializado que cuenta con autonomía funcional para defender los intereses del Estado y, por ende, establecer los lineamientos para el ejercicio de la defensa jurídica del Estado, a cargo de las/los procuradores públicos. Esto último establecido en el artículo 27.1 del Decreto Legislativo N.º 1326:

Artículo 27.- Procurador/a público

27.1 El/la procurador/a público es el/la funcionario/a que ejerce la defensa jurídica de los intereses del Estado por mandato constitucional. Por su sola designación, le son aplicables las disposiciones que corresponden al representante legal y/o al apoderado judicial, en lo que sea pertinente.

De hecho, es común que internamente las entidades y la/el procurador público coordinen tanto los aspectos de fondo, como los de forma del caso; y, por esa misma razón, nada obsta a que puedan coordinar la designación de una/un árbitro, dado que forma parte de la misma

estrategia legal. Así pues, el apoyo de las/los procuradores públicos es de gran importancia para poder determinar si una/un árbitro tiene las aptitudes o cualificaciones necesarias para resolver un caso en particular.

Mientras que las/los titulares de las entidades públicas pueden tener diversas profesiones, las/los procuradores públicos son abogadas/os que se encuentran inmersas/os en el medio de la práctica procesal en defensa del Estado. En ese sentido, su conocimiento especializado en materia de solución de conflictos en el área de arbitraje las/los dota de mayores elementos que pueden guiar la decisión de elección de una/un árbitro. Por ello, no es lo mismo que, por ejemplo, una/un economista titular de una entidad elija una/un árbitro para un caso de contratación pública a que lo haga una/un abogado especializado en contratación pública y arbitraje. Esa especialización es de gran importancia como apoyo al titular de la entidad.

Sin perjuicio de lo anterior, las razones no solo son de criterio, sino también legales, puesto que existe todo un armazón legal que regula la función de las/los procuradores públicos y ello debe analizarse de manera sistemática y articulada con las demás normas; puesto que, como hemos dicho, el trabajo en la administración pública y el éxito de la solución de controversias se sostiene sobre la base de la cooperación, por decirlo así entre cliente (entidad pública) y abogado/abogada (procuraduría pública).

Siendo ello así, cabe destacar que la defensa jurídica del Estado se regula mediante el Decreto Legislativo N.º 1326 y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 018-2019-JUS, este último con disposiciones específicas sobre la designación de los árbitros. En su artículo 39.1, inciso 17, se regula que el procurador público ejerce la defensa jurídica del Estado conforme a las siguientes acciones:

17. Aprobar, tanto en el arbitraje institucional como en el Ad Hoc, la designación del árbitro por parte de la entidad, siempre que dicha atribución haya sido previamente delegada por el/la titular del pliego (Decreto Supremo N.º 018-2019-JUS, 2019, p. 48).

Asimismo, en el artículo 50.2 del referido Reglamento se establece que:

50.2. El/La Procurador/a Público/a Especializado/a en Arbitrajes tanto en el arbitraje institucional como en el Ad Hoc, se encuentra

facultado/a para designar al árbitro por parte de la Entidad, informando dicha situación al/a la titular y al/a la procurador/a público/a de la misma, sin perjuicio de la verificación oportuna que realice la institución arbitral y el/la contratista. Solo se requiere aprobación del/de la titular de la entidad, cuando la misma no cuente con procurador/a público/a.

Además, en el artículo 50.4 se indica que:

50.4. El/La Procurador/a Público/a Especializado/a en Arbitrajes elabora una base de datos actualizada e histórica de los árbitros que intervienen en procesos arbitrales en los que participa o participó el Estado, la misma que comprende las actuaciones relevantes de dichos árbitros y contiene, como mínimo, información del sentido de los laudos, conformación de los tribunales en los que participa, recusaciones declaradas fundadas, anulaciones planteadas contra laudos emitidos, señalando cuántas fueron declaradas fundadas; así como, denuncias penales en su contra. Dicha base de datos tiene carácter público y es difundida a través de la página web institucional de la Procuraduría General del Estado.

Como se advierte de los párrafos precedentes, la labor de la/del procurador público incluye las gestiones para la designación de las/los árbitros. Asimismo, la/el procurador público especializado en arbitrajes elabora una base de datos sobre las/los árbitros con información relevante del desempeño de las/los árbitros, lo cual le dota de elementos para poder realizar una mejor elección de la/del profesional que será el encargado de resolver las controversias.

Si bien la normativa en materia de contratación pública regula que la/el árbitro es aprobado por la/el titular de la entidad, no se regula que deba ser la/el único funcionario encargado de dicho procedimiento, por lo que, interpretándose de manera sistemática con la normativa en materia de defensa jurídica del Estado, puede participar la/el procurador público en la elección de la/del árbitro que tenga el mejor desempeño y especialidad para resolver las controversias en materia de contratación pública. Es más, en base a la naturaleza propia de la designación de la/del árbitro por una parte, la participación de la/del procurador público debe ser entendida como un “debe”, pues el acto de designación de la/del árbitro por una entidad pública, es una de las primeras estrategias de defensa en el proceso arbitral luego del diseño del convenio arbitral. Sobre este último, cabe destacar que la segunda

disposición complementaria del Decreto de Urgencia N.º 020-2020 que modifica el Decreto Legislativo N.º 1071, ha establecido la importancia de la participación de la procuraduría pública en la redacción del convenio arbitral.

En esa línea, enfatizo que la/el procurador público debe participar en la designación de la/del árbitro por parte de la entidad pública a la cual representa, juntamente con los/las funcionarios/as de la entidad, pues es por mandato constitucional y legal que la/el procurador público es la/el encargado de la defensa jurídica del Estado (artículo 47 de la Constitución Política del Estado) y, por lo tanto, a cargo del diseño de la estrategia de defensa, según el acápite 5 del numeral 39.1 del artículo 39 del reglamento del Decreto Legislativo N.º 1326, el cual establece que a la/el procurador público le corresponde:

Definir y establecer las estrategias de defensa teniendo en consideración la Constitución Política del Perú, las normas que regulan el Sistema y las normas legales vigentes, en atención a la naturaleza de cada caso en particular; interponiendo las acciones legales que correspondan, a fin de ejercer debidamente la defensa jurídica de los intereses del Estado.

Ahora bien, el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado también establece que la/el titular de la entidad puede delegar la facultad de aprobar la designación de una/un árbitro en una/un servidor. En ese sentido, la interpretación que consideramos más adecuada es que, al ser las procuradurías públicas las encargadas de la defensa legal de los intereses del Estado, son las/los procuradores públicos quienes deberían ser naturalmente las/los funcionarios que pueden ser autorizados, por delegación, para aprobar la designación de una/un árbitro. En el caso de que no se produzca una delegación como lo establece la norma, la designación debe ser autorizada por la/el titular de la entidad, pero la designación debería ser realizada de manera coordinada con la/el procurador público, conforme ya lo hemos indicado.

Como se aprecia, el conocimiento especializado de la/del procurador público sirve como guía base para coadyuvar a una adecuada elección de una/un árbitro. Ello ha quedado patente incluso en el “III Pleno de Defensa Jurídica” del 18 de junio de 2016 en el que las/los procuradores públicos se reunieron y acordaron 3 temas entre los cuales se encontraba el de la participación del procurador público en la selección y elección de árbitros. Lo que se acordó en dicho pleno es

de fundamental importancia para el tema que es objeto del presente artículo, pues muestra el análisis de la normativa de contratación pública y cómo debe entenderse el trabajo articulado entre las/los funcionarios públicos. El extracto pertinente dice lo siguiente:

ACUERDO:

En caso de disputas arbitrales que se desarrollen bajo el amparo del D.L. N.º 1017 modificado por la Ley N.º 29873 y su Reglamento, el Procurador Público podrá designar al árbitro de la institución para la conformación del Tribunal Arbitral. En el caso de disputas arbitrales bajo el amparo de la Ley N.º 30225 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, el Procurador Público propondrá una terna de árbitros elegidos en base a criterios objetivos tales como la experiencia profesional, experiencia relacionada a temas de arbitraje, especialización en los temas controvertidos, entre otros; la que someterá a consideración del Titular de la Entidad o del funcionario a quien haya encargado la función de designar al árbitro de la institución. Adicionalmente, el procurador público que sustente experiencia en temas de arbitraje en la contratación pública podrá efectuar las coordinaciones necesarias con el Titular de la Entidad a fin de ser el funcionario a quien se delegue la función de designar a los árbitros de la institución” (Justicia, 2016, pp. 1-2).

De la lectura del extracto señalado se advierte claramente que el objetivo es un trabajo coordinado entre las/los funcionarios y las entidades públicas, lo cual permitiría hacer la mejor elección posible de las/los árbitros designados por las partes.

Sin embargo, existe otro motivo adicional por el cual tanto las/los titulares de las entidades públicas como las/los procuradores públicos deben trabajar de manera conjunta y eficiente, ello es el factor tiempo, el cual puede tener un impacto en el debido proceso de la entidad.

En atención al párrafo anterior, cuando las partes pactan un arbitraje institucional, a través de un convenio arbitral, se comprometen a acatar las reglas que acuerdan tanto en el convenio como en los reglamentos de las instituciones arbitrales a las que se someten. Dichos reglamentos tienen procedimientos y plazos que deben ser cumplidos por las partes.

Ahora bien, por ejemplo, cuando la entidad inicia un arbitraje o contesta una solicitud de arbitraje debe incluir el nombre de la/del árbitro de parte. En ese escenario, el trabajo entre la/el procurador público y la/el titular debe ser muy articulado, pues si la entidad no llegara a designar a su árbitro de parte, de acuerdo con las reglas procedimentales, la institución arbitral podría designarlo, en reemplazo de la entidad, en el caso de que esta no lo haga dentro del plazo establecido.

Entonces, la normativa en materia de contratación pública, al establecer que la designación de la/del árbitro debe ser aprobada por la/el titular de la entidad, implica que los procedimientos para su designación sean muy rápidos, pues en la solicitud de arbitraje debe designarse a la/al árbitro. Por ejemplo, si nos remitimos al reglamento del año 2017 del Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC-PUCP), vigente en el momento de redactarse el presente artículo, entre los requisitos de una solicitud de arbitraje se indican los siguientes:

Requisitos de la solicitud de arbitraje:

Artículo 14.-

f) El nombre, domicilio y correo electrónico del árbitro designado o el que proponga cuando corresponda, así como la forma para su designación o el pedido para que la Corte de Arbitraje del Centro realice la designación.

Asimismo, en el reglamento interno de la Unidad de Arbitraje del CARC-PUCP se regula como funciones de la Corte de Arbitraje que:

Artículo 10.-

Son funciones de la Corte de Arbitraje:

a) Designar a los árbitros para cada arbitraje, cuando las partes o los árbitros no lo hayan efectuado o cuando así lo hayan solicitado.

Entonces, al ser necesario que el titular apruebe la designación de la/del árbitro, los actos de la administración interna de las entidades deben ser expeditivos y céleres, pues la aprobación de un árbitro requerirá de un documento interno de las entidades designándolo y para ello se realizan actuaciones administrativas internas. Así, el T.U.O. de la Ley N.º 27444, regula en su artículo 1.2.1 lo siguiente:

Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios.

Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan.

Por su parte, el artículo 7.1 del mismo cuerpo normativo regula que:

Los actos de administración interna se orientan a la eficacia y eficiencia de los servicios y a los fines permanentes de las entidades. Son emitidos por el órgano competente, su objeto debe ser física y jurídicamente posible, su motivación es facultativa cuando los superiores jerárquicos impartan las órdenes a sus subalternos en la forma legalmente prevista.

De conformidad con los dispositivos normativos y el reglamento de arbitraje citado, de manera referencial, a fin de cumplir con el procedimiento de designación de una/un árbitro de cara a la institución arbitral, el engranaje entre las/los procuradores públicos y las/los titulares de las entidades, o el/la funcionario/a a quien se delegó la facultad de aprobar la designación, debe funcionar de la manera más eficiente posible. Esto, a fin de evitar escenarios en los cuales una entidad pública, a través de su procuraduría, por ejemplo, se vea forzada a solicitar ampliaciones de plazo hasta que la/el titular apruebe la designación de la/del árbitro, lo cual podría incluso poner en peligro la designación, en caso la institución arbitral estime que se deriven los actuados a la corte de arbitraje para designar a la/al árbitro en lugar de la entidad, aspecto que limitaría el derecho que tiene una parte a designar a una/un árbitro. Cabe precisar que una afectación a la forma de designación de una/un árbitro puede ser causal de anulación de laudo arbitral. Sin embargo, lo que se busca es que no se llegue a dicho extremo, pues implica una mayor carga procesal para las entidades, así como la necesidad de dedicar tiempo al proceso, generando mayor costo en presupuesto y tiempo a la administración pública.

Teniendo en cuenta lo precedente, es claro que, para tener una adecuada defensa legal de los intereses del Estado, la estrategia legal debe empezar desde la elección de la/del árbitro más cualificado para resolver la controversia. Guarda lógica y sentido que las/los procuradores públicos participen en esta etapa juntamente con la/el titular de la entidad para adecuar la estrategia desde el inicio. Conforme ha sido señalado previamente, sería de mucha utilidad que se cuente con una base de datos actualizada sobre las/los árbitros, lo que permitirá conocer más a detalle las particularidades de cada candidato/a a ser designado/a. Dicha base de datos permitiría, por ejemplo, conocer

si los/las candidatos/as tienen denuncias o una elevada cantidad de laudos arbitrales anulados, lo que servirá de guía para saber si es o no la persona idónea u óptima para resolver la controversia.

Este tipo de coordinación entre procuradores/as, titulares de entidades y bases de datos será útil para evitar o reducir actos de corrupción en el ámbito arbitral; lo cual, como ya es conocido, causa enormes pérdidas económicas para el Estado peruano.

Estar seguro de la/del profesional a designar también tiene importancia dentro del proceso arbitral, pues luego de elegido/a el/la árbitro, tanto los reglamentos de instituciones arbitrales como la propia Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N.º 1071), no permiten recusar a la/al árbitro que designó, si no es por causales de las que tomó conocimiento luego de su designación, lo cual debe ser probado dentro del procedimiento de recusación. En efecto, si nos remitimos a los reglamentos de arbitraje del CARC-PUCP, de la Cámara de Comercio y la Ley de Arbitraje tenemos:

CARC-PUCP:

Causales de Recusación:

Artículo 30.-

(...)

La parte que designó a un árbitro, o que participó de su nombramiento, solo puede recusarlo por motivos que haya tenido conocimiento después de su nombramiento (CARC-PUCP, 2017, p. 13).

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CCL:

Artículo 15

Recusación:

(...)

2. Una parte puede recusar al árbitro que haya designado solo por causas de las que haya tomado conocimiento después de la designación.

DECRETO LEGISLATIVO N.º 1071:

Artículo 28.- Motivos de abstención y de recusación:

5. Una parte solo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento.

De la lectura de los dispositivos citados tenemos claramente determinado que al ser nombrado una/un árbitro por una parte, no puede ser recusado por la parte que lo designó y ello es un criterio de coherencia, pues se entiende que al designarlo/a, la parte tiene confianza en dicho profesional, siendo la confianza de las partes en las/los árbitros uno de los pilares básicos del arbitraje como institución. Además, también se relaciona con la diligencia que debe tener cada una de las partes al momento de efectuar una designación. Si se permitiera que una parte recusara a la/al árbitro que propuso por causales ya conocidas al momento de su designación, ello traería consigo una dilación excesiva de las actuaciones arbitrales.

La coherencia toma un rol importante al momento de designar un árbitro y, por ello, es necesario que las entidades coordinen muy bien a quién designarán, pues luego no hay marcha atrás, si conocían alguna situación que le podría generar suspicacia o pérdida de confianza. Incluso la doctrina al referirse a la recusación de un árbitro designado por una misma parte deja en claro que es llamativo y crea preguntas, pues es la parte que designa al árbitro la responsable de elegirlo de la mejor manera, haciendo una investigación previa adecuada.

Hay recusaciones bastante más complicadas que obedecen a razones abominables desde cualquier punto de vista. Así, he conocido un caso en el que una de las partes recusa sorpresivamente al árbitro nombrado por ella misma aduciendo que carece de las cualidades de especialista requeridas en el convenio arbitral. Obviamente el tribunal se preguntó cómo podía esa parte haber designado a esa persona si no tenía las calidades requeridas, ya que es ella quien debió juzgar este hecho antes de hacer la propuesta (De Trazegnies Granda, 2011, p. 335).

Como hemos visto, el conocimiento especializado del procurador público, la información de la base de datos de los árbitros y la acción coordinada entre titulares de entidades y procuradores públicos asegura la mejor elección posible de árbitros por parte de las entidades, en atención a una buena estrategia legal que asegure los intereses del Estado peruano.

Referencias

Amprimo Plá, N. (2011). Art. 19 Número de árbitros. En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje Tomo I* (p. 288). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones - IPA.

Cámara de Comercio de Lima. (2017). Obtenido de Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima:

<https://apps.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/reglamento/reglamento%20y20estatuto%20de%20arbitraje.pdf>

CARC-PUCP. (2017). *Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PUCP*. <https://carc.pucp.edu.pe/servicios/arbitraje/normativa/>

De Trazegnies Granda, F. (2011). Art. 28 Motivos de Abstención y Recusación. En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje Tomo I* (p. 335). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y de Inversiones - IPA.

Diario El Peruano. (s. f.). Obtenido de Diario El Peruano:

<https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0005/13-texto-unico-ordenado-de-la-ley-27444-ey-de-procedimiento-administrativo-general-1.pdf>

Diario El Peruano. (s. f.). Obtenido de Búsquedas El Peruano:

<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-reestructura-l-sistema-administrati-decreto-legislativo-n-1326-1471010-5/>

Diario El Peruano. (2019). Obtenido de Búsquedas El Peruano:

<https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-supremo-que-aprueba-el-reglamento-del-decreto-legisl-decreto-supremo-n-018-2019-jus-1830160-5>

Estado Peruano. (2008). Obtenido de Plataforma Digital Única del Estado Peruano:

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/377449/DL-1071-ley-que-norma-el-aritraje.pdf?v=1603162151>

Estado Peruano. (2018). Obtenido de Plataforma Digital Única del Estado Peruano:

<https://www.gob.pe/institucion/mef/normas-legales/235964-344-2018-ef>

Ministerio de Justicia. (2016). *Minjus*. <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2016/07/III-PLENO-DE-DEFENSA-JURIDICA.pdf>

Verástegui Gastelú, A. (2015). Los árbitros. En A. Verástegui Gastelú, *Arbitraje buscando la justicia en la vía privada* (p. 102). Lima: Editorial Summa.

EL ROL DEL/DE LA PROCURADOR/A PÚBLICO/A EN EL PROCEDIMIENTO DE CONCILIACIÓN, SEGÚN EL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1326 Y SU REGLAMENTO

Paula Navarro Barrios¹

Sumilla

A lo largo del presente artículo la autora desarrollará las funciones y participación del/de la procurador/a público/a en el procedimiento de conciliación extrajudicial; asimismo, abordará el alcance de la delegación de facultades de representación a los/las abogados/as que ejercen la defensa jurídica del Estado a nivel nacional. De igual forma, se examinará el alcance y contenido del informe costo beneficio que elaboran el/la procurador/a público/a respecto al análisis sobre la pertinencia o no de conciliar. Finalmente, se detalla lo pertinente a las materias conciliables y no conciliables, dentro del marco de un procedimiento de conciliación extrajudicial con participación del Estado.

Palabras clave

Conciliación, procurador/a público/a, suscribir, autorizar, acuerdo conciliatorio

1. Introducción

La práctica arraigada que nos trajo el derogado Decreto Legislativo N.º 1068, y el cambio sustancial que trajo el Decreto Legislativo N.º 1326 ha llamado a una discusión sobre quién tiene la facultad de suscribir los acuerdos conciliatorios: ¿el/la procurador/a público/a o el/la

¹ Abogada por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, bachiller en Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, egresada de la Maestría de Gestión Pública de la Universidad San Martín de Porres, y estudiante de la Maestría de Arbitraje Internacional de la Universidad de La Rioja-España; con especializaciones en arbitraje comercial internacional y arbitraje de inversiones por la Universidad ESAN, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad del Pacífico y la American University Washington College of Law-USA. Conferencista en diversos seminarios sobre Arbitraje en contrataciones con el Estado y Arbitraje Internacional. Actualmente se desempeña como Especialista en procesos arbitrales en la Dirección de Aplicación Jurídico Procesal de la Procuraduría General del Estado, y cuenta con 10 años de experiencia en el ejercicio de la defensa jurídica del Estado.

titular de la entidad?, así como si la facultad de suscribir acuerdos conciliatorios puede ser delegada a los/las abogados/as de las procuradurías públicas.

En las siguientes líneas, no solo trataré de abordar el rol del/de la procurador/a público/a en el procedimiento de conciliación, sino que abordaré aspectos para el desarrollo de un informe que contenga el análisis costo beneficio de forma técnica que traslade responsabilidades sobre la suscripción o no suscripción del acuerdo conciliatorio en beneficio de los intereses del Estado, así como las materias susceptibles de conciliación. Es importante conocer cada uno de estos aspectos, a fin de ejercer una eficiente y efectiva defensa jurídica del Estado, pues no debemos olvidar que son los/las procuradores/as públicos/as quienes tienen el llamado constitucional para defender los intereses del Estado.

2. La regulación constitucional y legal del rol del/de la procurador/a público/a en el Perú

El artículo 47 de la Constitución Política prevé que: “la defensa de los intereses del Estado está a cargo de los procuradores públicos conforme a ley”. Es aquí donde advertimos que el rol de los/las procuradores/as públicos/as goza de anclaje constitucional.

Este mandato constitucional ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 01152-2010-PA/TC, en la que estableció que:

El Estado lo conformamos todos y cada uno de los ciudadanos y toda decisión que atente contra las funciones, derechos e intereses del Estado nos afecta a todos por igual, de allí que surja la necesidad que el procurador público tenga la alta responsabilidad y el privilegio de velar por los intereses del Estado, sin perjuicio de la defensa que pueda ser ejercida de manera directa por la propia entidad y por el funcionario o servidor público.

De igual modo, el referido mandato constitucional ha sido desarrollado, a nivel legal y reglamentario, a través del Decreto Legislativo N.º 1326 y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N.º 018-2019-JUS, de manera que la adecuada interpretación de dicho precepto constitucional exige necesariamente guardar congruencia con las normas del Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado, lo cual incluye pronunciamientos en materia de defensa jurídica del Estado

realizados por la Procuraduría General del Estado, en su calidad de ente rector, las cuales tienen el carácter de vinculante.

El artículo 5 del Decreto Legislativo N.º 1326 dispone que:

La defensa jurídica del Estado es la actividad de orden técnico legal que ejercen los/las procuradores/as públicos, en atención a las disposiciones contenidas en el presente decreto legislativo, su reglamento y normas conexas, con la finalidad de aplicarlas en ejercicio de sus funciones acorde con el ordenamiento jurídico vigente.

Asimismo, el artículo 27 del referido Decreto dispone que:

27.1. El/la procurador/a público/a es el/la funcionario/a que ejerce la defensa jurídica de los intereses del Estado por mandato constitucional. Por su sola designación, le son aplicables las disposiciones que corresponden al representante legal o al apoderado judicial, en lo que sea pertinente.

De igual modo, el numeral 1 del artículo 39 del citado Reglamento señala que: “El/la procurador/a público/a ejerce la defensa jurídica de los intereses del Estado en el ámbito nacional, en sede administrativa, jurisdiccional y no jurisdiccional”.

En virtud de lo expuesto, podemos colegir que el/la procurador/a público/a, en tanto se encuentra a cargo de la defensa jurídica del Estado, constitucionalmente, está facultado para intervenir en los procesos judiciales, arbitrales y extrajudiciales, incluida la conciliación, donde su entidad sea parte procesal. Para ello, el/la procurador/a público/a está facultado para interponer todas las acciones judiciales y administrativas a su alcance, en beneficio y protección de los intereses del Estado, evaluando la solución que resulte más beneficiosa, una vez suscitado el conflicto.

3. El rol del/de la procurador/a público/a en el procedimiento de conciliación y los obstáculos normativos y prácticos que enfrenta

Ingresando a un análisis comparativo, la participación del/la procurador/a público/a en el procedimiento conciliatorio se encontraba regulado en el artículo 38 del Reglamento del derogado Decreto Legislativo N.º 1068. En el año 2019, con su derogación, la participación

del/de la procurador/a público/a pasó a desarrollarse en el artículo 15 del Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1326. A continuación, se detallan ambos artículos:

NORMA DEROGADA	NORMA VIGENTE
Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1068	Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1326
Decreto Supremo N.º 017-2008-JUS	Decreto Supremo N.º 018-2019-JUS
<p>“Artículo 38.- De la atribución de conciliar, transigir o desistirse de las demandas: (...)</p> <p><u>El Titular de la entidad, o la persona a quien delegue de forma expresa y por resolución del Titular de la entidad, cuenta con facultades suficientes para participar en procedimientos de conciliación extrajudicial y suscribir los respectivos acuerdos, dentro de los límites establecidos por el presente artículo. Se puede delegar esta facultad en el procurador público de la entidad” (El énfasis es nuestro).</u></p>	<p>“Artículo 15.- Funciones de los/ las procuradores/as públicos/as: (...)</p> <p>15.8. Cuando en el ámbito extrajudicial, una entidad del Estado sea invitada a conciliar o transigir, conforme a la ley de la materia, <u>su procurador/a público/a, está facultado a representar al Estado con atribuciones exclusivas suficientes para participar en dichos procedimientos y suscribir los respectivos acuerdos previamente autorizado por el/la titular de la entidad o la persona a quien éste delegue mediante acto resolutivo, (...)</u>” (El énfasis es nuestro).</p>

Como puede apreciarse, el Reglamento del derogado Decreto Legislativo N.º 1068 disponía que el/la titular de la entidad *podía* autorizar la suscripción del acuerdo conciliatorio a un/a funcionario/a si lo estimaba conveniente, así como suscribirlo directamente, en representación de su entidad. De ello, se puede colegir que el/la procurador/a público/a no tenía la titularidad de esta facultad (conciliar) y solo podía ejercerla cuando fuese autorizado de forma expresa por el titular de la entidad.

El Decreto Legislativo N.º 1326 constituyó un cambio sustancial a esta dinámica. Esto se debió a que el legislador derogó la posibilidad de que el/la titular de la entidad suscriba directamente un acuerdo conciliatorio o que autorice a un/a funcionario/a, distinto a el/la procurador/a público/a, para suscribir dicho acuerdo. En cambio, le otorgó la facultad de suscribir los acuerdos conciliatorios de forma *exclusiva* a el/la procurador/a público/a, como bien lo señala el numeral 15.8 del artículo 15 del Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1326, siempre que haya sido previamente autorizado por el/la titular de la entidad. De esta manera, el/la titular de la entidad participa en la autorización de la suscripción del acuerdo conciliatorio; y, puede delegar esta facultad (de decidir) a otro/a funcionario/a.

Ahora bien, la facultad de autorizar la suscripción del acuerdo conciliatorio por parte del/de la titular de la entidad es una facultad que no ha variado en las dos últimas normas del sistema. Esto se debe a un aspecto relacionado con las funciones del titular de la entidad (sea este un ministro, presidente regional, alcalde u otro titular de una entidad estatal), pues es responsable de la administración de los recursos, planes de actuación y otros aspectos de la entidad, de acuerdo con lo establecido en su ley especial. La Constitución Política, así como la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, la Ley Orgánica de Municipalidades y otras normas pertinentes, establecen las funciones de sus respectivos titulares y señalan que estos tienen la responsabilidad de tomar decisiones en

materia presupuestal, funcional, de gestión, entre otras. Es decir, el/la titular puede *vincular* a su entidad a dar o hacer, en tanto ello se encuentra dentro de sus competencias.

¿Y el/la procurador/a público/a? Como lo establece el artículo 47 de la Constitución Política, el Decreto Legislativo N.º 1326, su Reglamento y normas conexas, el/la procurador/a público/a es la persona encargada de ejercer la defensa jurídica del Estado en diversos ámbitos, como lo son el administrativo, judicial, arbitral, extrajudicial, entre otras. Sin embargo, el/la procurador/a público/a no cuenta con atribuciones para administrar los recursos de la entidad a la que representa, ni tampoco para tomar decisiones sobre sus funciones y obligaciones. Por lo tanto, en una conciliación, el/la procurador/a público/a no podría tomar decisiones que obliguen a la entidad que representa, ya que esta facultad no se encuentra dentro de su competencia.

A pesar de que el Decreto Legislativo N.º 1326 se encuentra vigente desde hace aproximadamente cuatro años, muchos documentos normativos no fueron adecuados a la nueva norma, entre ellos, la Directiva N.º 001-2016-JUS/DGDP-DCMA, a través de la cual se aprueban los “Lineamientos para la correcta prestación del servicio de Conciliación Extrajudicial”.

Este documento normativo, en su sección 5.7, sumillada como “la conciliación con el Estado”, dispone que la participación del/ de la procurador/a público/a es la de “representar” al Estado-entidad, acto que puede ser delegado a los/las abogados/as mediante un documento simple. Sin embargo, es el/la titular de la entidad o la persona a quien este delegue de forma expresa y por resolución (acto administrativo), quien se encuentra facultada para participar y suscribir los acuerdos conciliatorios, pudiendo ser uno de los facultados por el/la titular de la entidad, el/la procurador/a público/a.

A la fecha de presentación de este artículo, y pese a la vigencia del Decreto Legislativo N.º 1326, no se ha adecuado la Directiva

N.º 001-2016-JUS/DGDP-DCMA, a la norma antes referida. Considero que la convivencia entre estos dos dispositivos, sin perjuicio de su jerarquía normativa, podría generar confusión entre los operadores del sistema de justicia.

Por tal consideración, resulta imprescindible que se adecúe en el menor plazo la directiva antes mencionada.

Ahora bien, en la práctica, las autoridades también han desconocido el rol del/la procurador/a público/a en el procedimiento conciliatorio. Comento brevemente el caso del exgobernador de Puno, Luque Chayña, quien autorizó al Jefe de Asesoría Jurídica del Gobierno Regional para que suscriba un acuerdo conciliatorio con el Consorcio Hospitalario Manuel Núñez, relativo a la aplicación de penalidades del Contrato N.º 04-2020-LP-GR PUNO para la contratación de la ejecución de la obra *“Fortalecimiento de la Capacidad Resolutiva del Hospital Regional Manuel Núñez Butrón Puno”*.

La autorización y la suscripción del acta de conciliación no fueron observadas por los operadores del procedimiento de conciliación, lo que condujo a un acuerdo conciliatorio, indebidamente suscrito por un funcionario no facultado según el Decreto Legislativo N.º 1326, al excluir al órgano de defensa jurídica del Estado-procurador público².

4. Alcance de la delegación de facultades de representación a los/las abogados/as del Sistema, por parte del/de la procurador/a público/a

Porotrolado,entantoelDecretoLegislativoN.º1326ysuReglamento han dotado como herramienta a favor de los/las procuradores/as públicos/as la delegación de facultades de “representación” a favor de los/as abogados/as que ejercen la defensa jurídica del Estado a nivel nacional, pudiendo extenderse a los/as abogados/as de cualquier entidad pública, entidad de economía mixta o

2 Plataforma del Estado Peruano (2021, 30 de octubre). “Gobernador Regional de Puno habría concertado anulación de penalidades a consorcio encargado de obras en hospital”. <https://www.gob.pe/institucion/mpfn/noticias/550564-gobernador-regional-de-puno-habria-concertado-anulacion-de-penalidades-a-consorcio-encargado-de-obras-en-hospital>

por mandato de Ley, surge una nueva interrogante: ¿puede el/la procurador/a público/a delegar la facultad de suscribir los acuerdos conciliatorios a un/a abogado/a?

La respuesta a esta interrogante es no. Y esta negativa se sustenta en el numeral 15.8 del artículo 15 del Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1326, el cual faculta exclusivamente al/la procurador/a público/a para suscribir los acuerdos conciliatorios. Asimismo, se sustenta en el principio de legalidad³, recogido en el numeral 1 del artículo 6 del Decreto Legislativo N.º 1326, el cual establece que cada una de las acciones ejecutadas por los operadores del Sistema debe tener sustento en la Constitución, leyes, y demás normas que integran el ordenamiento jurídico peruano. Por lo que, al no existir mandato expreso que faculte al/la procurador/a público/a delegar la facultad de suscribir acuerdos de conciliación a los/las abogados/as de sus procuradurías públicas u otros que coadyuvan la defensa jurídica del Estado, no podría hacerlo. Su facultad de delegar se limitaría solo a la representación, lo que le permitiría a los/as abogados/as asistir a audiencias, intervenir y suscribir actas de falta de acuerdo o suspensión de las audiencias.

Es preciso señalar que los/las procuradores/as públicos/as son responsables de las delegaciones efectuadas a favor de los/las abogados/as que ejercen la defensa jurídica del Estado a nivel nacional.

5. La importancia del informe emitido por el/la procurador/a público/a en el procedimiento de autorización para conciliar

En el presente acápite abordaré un tema que también es recurrente: ¿Cuándo se requiere autorización para conciliar? La respuesta a

3 "El principio de legalidad como principio fundamental está para intervenir cuando no exista el apego debido a la legalidad por parte del Estado en la afectación al subordinado. Controla la aplicación de normas adjetivas y sustantivas. Se enfoca en la competencia y la legalidad, y es en parte estático y en parte dinámico. Establece quién debe realizar el acto y cómo debe hacerlo. Verifica la conformidad de actuación de la autoridad y la conformidad del resultado de su actuación con la ley y la Constitución. En el Poder Ejecutivo y Judicial la aplicación del principio debe ser total porque estos son los encargados de guardar y hacer guardar tanto el ordenamiento supremo de cada Estado como las leyes que de él se deriven. En el Poder Legislativo es determinante su estricta aplicación porque de ello depende la validez de su creación" (Montes, 2009, pp. 97-108).

esta pregunta se encuentra desarrollada en los numerales 15.6 y 15.7 del artículo 15 del reglamento del Decreto Legislativo N.º 1326, en los cuales se establecen los requisitos para la suscripción de acuerdos conciliatorios con contenido patrimonial y sin contenido patrimonial, conforme al siguiente detalle:

Tabla 1

Requisitos para suscribir acuerdos conciliatorios según el Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1326

Contenido	Cuantía	Informe a cargo del procurador público	Autorización para conciliar	Documento que contiene la autorización	Quién autoriza
	(-) 10 UIT	Sí	Sí	Medio formal verificable	Funcionario designado
Con contenido patrimonial	(+) 10 UIT	Sí	Sí	Resolución	Secretario General o quien haga sus veces
	(+) 100 UIT	Sí	Sí	Resolución	Titular de la Entidad
Sin contenido patrimonial	s/c	Sí	Sí	Numeral 15.7 del artículo 15 del Reglamento del D.L. 1326	Titular de la Entidad

Ahora bien, el numeral 15.11 del artículo 15 del Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1326 ha establecido que el informe elaborado por el/la procurador/a público/a debe contener los parámetros de las propuestas del acuerdo al que se pretenda arribar. El fundamento de esta disposición consiste en que, previo a que el/la titular de la entidad autorice la suscripción del acuerdo conciliatorio mediante resolución autoritativa, las unidades involucradas en las controversias emitan sus informes con la evaluación y recomendación del caso, entre estos se encuentra el informe del/de la procurador/a público/a, a fin de que, con el contenido de este último, el titular de la entidad emita una decisión. Es decir, el titular solo emitirá una decisión, previo análisis del informe del/de la procurador/a público/a.

Es importante señalar, según el flujograma que se adjunta al final de este documento, el/la procurador/a público/a elabora el informe costo-beneficio posterior a la presentación de los informes a cargo de las áreas técnicas y legales, pues según el reglamento del Decreto Legislativo N.º 1326, el último de los documentos emitidos, previos a ser elevados a el/la titular de la entidad, es el informe del/la procurador/a público/a.

Ahora, ¿cuál es la importancia de que el informe del/la procurador/a público/a deba contener los parámetros de las propuestas del acuerdo al que se pretenda arribar?

Considero que la importancia del documento antes referido radica en lo siguiente: (i) para que el análisis se encuentre enfocado en las materias sometidas a discusión, y, (ii) para que la decisión del/de la titular de la entidad, o del/de la funcionario/a designado/a por este último, se encuentre en el marco de cada uno de los parámetros del acuerdo al que se pretenda arribar.

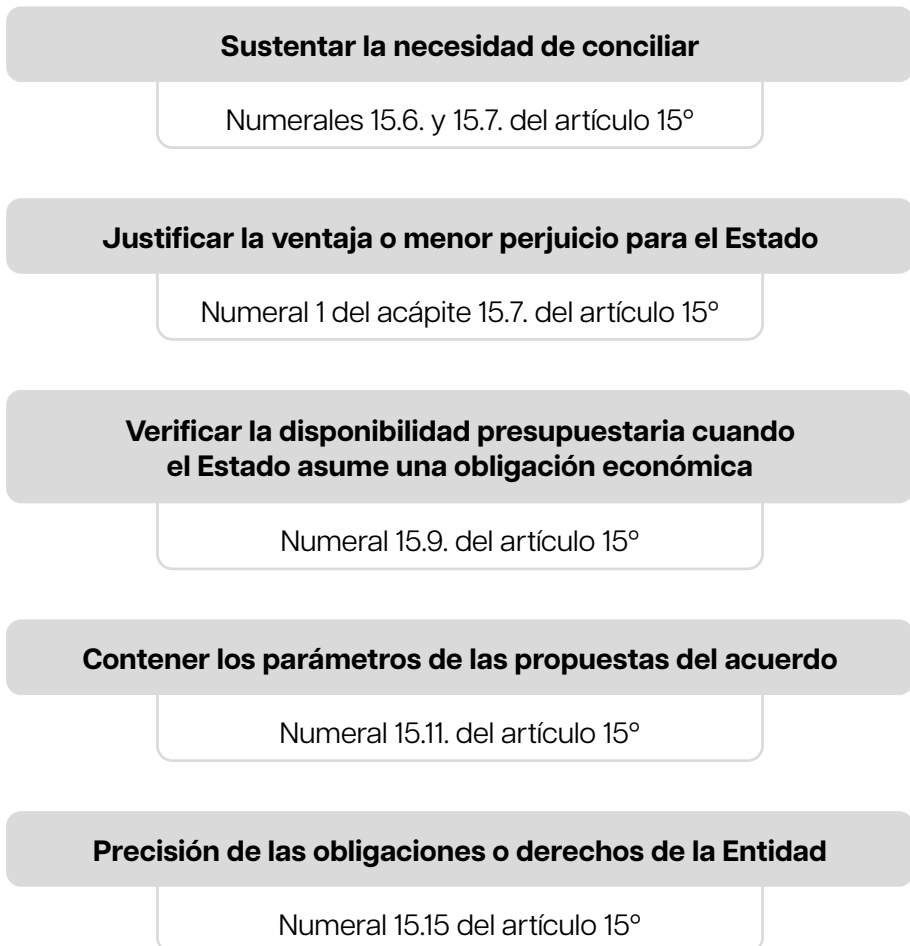
Mediante dicho informe se procura reducir la probabilidad que la resolución autoritativa sea dictada de forma general y sin el detalle de los puntos a conciliar, lo cual generaría indeterminación y libertad de decisión por parte del/la procurador/a público/a al momento de suscribir el acuerdo conciliatorio, siendo esto contrario al espíritu de la norma, cuando requiere la emisión de la resolución autoritativa que contenga disposiciones específicas. Recordemos que el/la procurador/a público/a no es titular de la entidad para disponer lo concerniente a la materia presupuestal, funcional y otros de la entidad, sino que tiene como función el ejercer la defensa jurídica

del Estado en la vía judicial, arbitral, conciliatoria, administrativa y de otra naturaleza.

Ahora, con respecto a la elaboración del *informe que sustente la necesidad de conciliar*, el cual debe contener la justificación de la ventaja o el menor perjuicio para el Estado, según los criterios y requisitos establecidos en el reglamento del Decreto Legislativo N.º 1326, los sintetizamos del modo siguiente:

Figura 1

Criterios y requisitos del informe que sustenta la necesidad de conciliar



En primer lugar, uno de estos requisitos es el informe de disponibilidad presupuestaria por parte de la entidad. Este es un documento indispensable en el supuesto de que en la conciliación se discuta una materia que obligue a la entidad al pago de una suma de dinero, requisito que guarda armonía con el artículo 41⁴ del Decreto Legislativo N.º 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público. En ese sentido, conviene preguntarnos ¿cómo el Estado podría obligarse al pago de una suma de dinero, en tiempo determinado (título ejecutivo), sin la existencia de presupuesto?

Resulta evidente que un acuerdo conciliatorio no podría suscribirse sin la existencia y certeza de la asignación de presupuesto. Por esa razón, en el marco de la Ley N.º 30137 y su Reglamento aprobado con el Decreto Supremo N.º 003-2020-JUS⁵, los acuerdos conciliatorios no están considerados como obligaciones pendientes de asignar presupuesto por parte del Comité de Priorización, debido a que nacieron (o debieron nacer) con su “Certificación del crédito presupuestario” para su cumplimiento en los plazos y formas autorizadas.

Es importante señalar que, como todo informe que sustente un análisis, los criterios previstos en el Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1326 no limitan el incremento de otros parámetros que permitan sustentar el análisis costo-beneficio a cargo del/la procurador/a público/a para sustentar la pertinencia o rechazo de la propuesta conciliatoria. Asimismo, a efectos de lograr un estudio integral del caso, deberán sumarse las áreas involucradas en la controversia sometida a conciliación, según lo señalado en el numeral 2 del artículo 33 del Decreto Legislativo N.º 1326, numeral 15.2 del artículo 15 del Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1326 y el numeral 45.12 del artículo 45 del TUO de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado (LCE). Esto, con la finalidad de que el análisis costo-beneficio que sea emitido cumpla con los siguientes aspectos: (i) análisis de la posibilidad de proseguir con la controversia, (ii) costo en tiempo y recursos del proceso arbitral, (iii) la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, y, (iv) la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible.

4 41.2 La certificación resulta requisito indispensable cada vez que se prevea realizar un gasto, suscribir un contrato o adquirir un compromiso, adjuntándose al respectivo expediente. Dicha certificación implica la reserva del crédito presupuestario, hasta el perfeccionamiento del compromiso y la realización del correspondiente registro presupuestario, bajo responsabilidad del Titular del Pliego.

5 Artículo 3. Pago de acreedores y ámbito de aplicación
(...) 2. Se encuentran en el ámbito de aplicación de esta norma las sentencias con calidad de cosa juzgada y en ejecución recaídas en procesos judiciales, con las siguientes excepciones: (...) c. Los acuerdos conciliatorios extrajudiciales y otros de similar naturaleza.

Un análisis que contenga los criterios y desarrolle los aspectos antes señalados, logrará que el mismo se encuentre acreditado respecto a la recomendación de seguir con el procedimiento conciliatorio o continuar en la vía arbitral (o judicial para los temas civiles).

Finalmente, en lo que respecta a las materias conciliables en los procedimientos con participación del Estado, debe tenerse presente que las materias sometidas a conciliación sean de libre disposición. Como segundo aspecto, debe observarse que no hayan sido excluidas de la conciliación en las normas especiales. Por ejemplo, el numeral 45.4 del artículo 45° del TUO de la Ley N.° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, dispone que no puede ser sometida a conciliación o arbitraje la decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, así como las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda. Asimismo, se tiene la Opinión N.° 037-2017-DTN, a través de la cual se desarrollan las materias que por norma expresa no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje ni a otro medio de solución de controversia; la misma que debe ser leída de forma conjunta con el artículo 7 de la Ley N.° 26872, Ley de Conciliación, modificado por el Decreto Legislativo N.° 1070, y la Ley N.° 31165 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N.° 014-2008-JUS, modificado por el Decreto Supremo N.° 008-2021-JUS.

6. La necesidad de evaluar otras vías distintas a la conciliación extrajudicial para el cumplimiento de obligaciones por parte del Estado

Como miscelánea de la materia de conciliación extrajudicial, existe un caso recurrente en muchas procuradurías públicas, y son las solicitudes de obligación de dar suma de dinero por obligaciones reconocidas por el Estado, pero no ejecutadas en el ejercicio presupuestado⁶, lo que genera que las obligaciones sean aplazadas para años posteriores.

6 Como ejemplo, se podría señalar que se autorizó la ejecución del servicio de pintura en el ejercicio presupuestal 2019 (AF-2019), servicio que se ejecutó dentro del plazo, emitiéndose el acta de conformidad. Sin embargo, debido a trámites administrativos no se pagó el servicio en el año 2019, revirtiéndose el presupuesto al cierre de dicho ejercicio, y viéndose el contratista en la obligación de requerir su pago en el año 2020.

Estas solicitudes de pago son tramitadas por los proveedores del Estado a través de procedimientos de conciliación extrajudicial. Sin embargo, se ha obviado la existencia del Decreto Supremo N.º 017-84-PCM, mediante el cual se aprueba el Reglamento del Procedimiento Administrativo para el reconocimiento y abono de créditos internos y devengados a cargo del Estado, que tiene como finalidad agilizar mediante un procedimiento administrativo oportuno y eficiente, el reconocimiento y abono de los créditos presupuestados y no ejecutados por el Estado dentro de su ejercicio presupuestal, procedimiento que se activará con la consideración del informe técnico y legal que acredite la conformidad del cumplimiento de la obligación en los casos de adquisiciones y contratos, así como de la exposición de las causales por las que no se hubiera cancelado dicha deuda.

Con la aplicación de este procedimiento⁷ se descongestionarían las solicitudes de conciliación en distintas procuradurías públicas, en tanto existiría un procedimiento idóneo para ello, y no un procedimiento en el que se discutiría la existencia y reconocimiento de un derecho.

Dejo esta normativa y un ejemplo de entre diversos que podrán encontrar en internet, a efectos de descongestionar el procedimiento de cumplimiento de deudas por parte del Estado, el cual se encuentra a cargo de las áreas técnicas y legales, y no necesariamente de la procuraduría pública, siempre que se dé el supuesto contenido en el Decreto Supremo N.º 017-84-PCM, y no exista controversia sobre el pago reclamado.

7. Conclusión

El/la procurador/a público/a desempeña un papel fundamental en el procedimiento de conciliación extrajudicial, siendo la única autoridad legalmente facultada para suscribir el acuerdo conciliatorio luego de obtener la autorización por parte del/la titular de la entidad o el/la funcionario/a a quien se le delegue dicha facultad. Además, se ha establecido claramente el alcance de la delegación de facultades de representación a los/las abogados/as que defienden los intereses del Estado, permitiendo que esta delegación se extienda de manera excepcional y específica a los/las abogados/as de cualquier entidad pública, entidad de economía mixta o por mandato de Ley.

⁷ https://www.irtp.gob.pe/sites/default/files/resolucion_oficina_de_administracion-000312-2022-0a.pdf

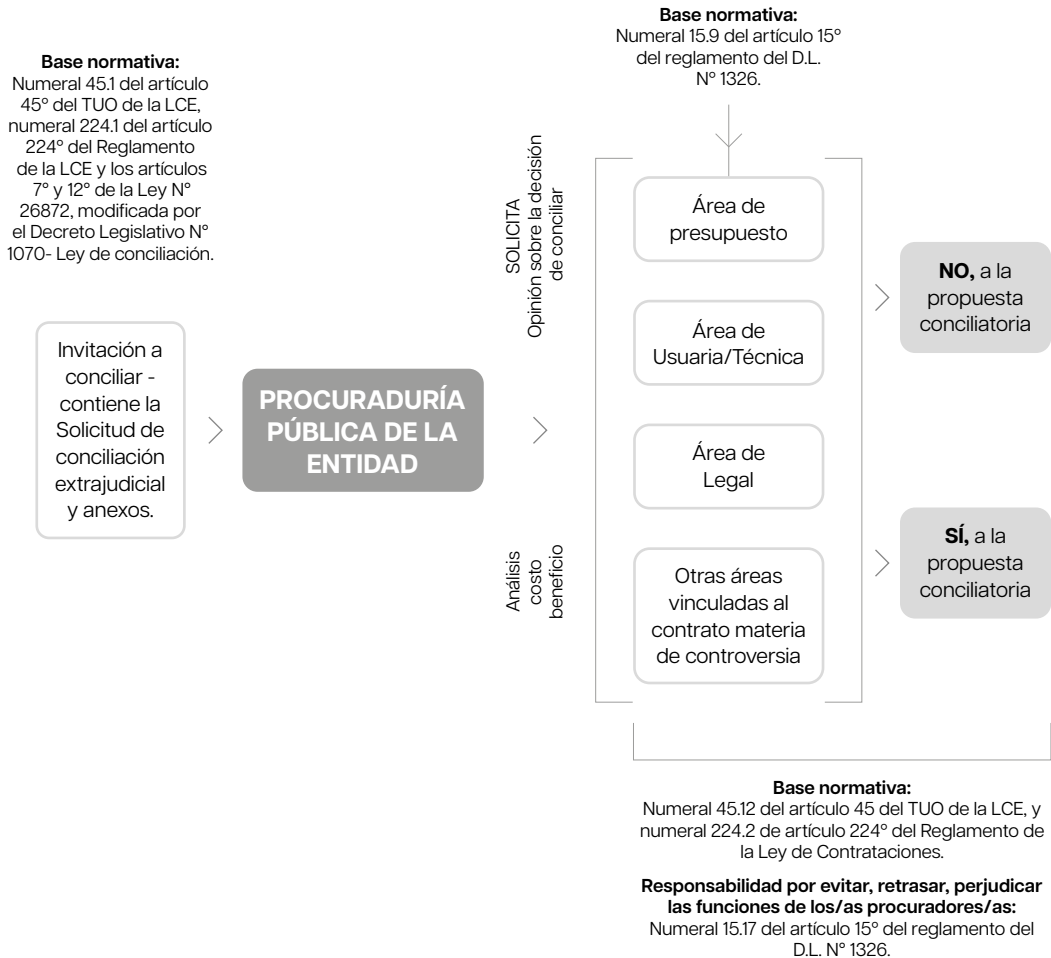
El informe costo-beneficio elaborado por el/la procurador/a público/a juega un papel crucial, ya que analiza la pertinencia de la conciliación y establece los parámetros de la propuesta conciliatoria. De esta manera, la resolución autoritativa del/ a titular de la entidad contendrá estos parámetros, garantizando que el acuerdo conciliatorio cumpla con los requisitos necesarios para tener validez como título ejecutivo.

Por último, se debe tener en cuenta las materias que son conciliables y no conciliables cuando el Estado participa en un procedimiento de conciliación extrajudicial. Esto con la finalidad de asegurar que las disputas y controversias se resuelvan de manera eficiente y justa, siempre dentro del marco legal establecido.

En conjunto, estos desarrollos y clarificaciones en el proceso de conciliación extrajudicial con la participación del Estado brindan una mayor seguridad jurídica y eficacia en la resolución de conflictos, protegiendo los intereses del Estado y fomentando el uso adecuado de este mecanismo alternativo de resolución de controversias.

Figura 2 (Anexo)

Flujograma



Es importante señalar que el flujograma presentado es uno de carácter referencial con relación a las unidades distintas al órgano de defensa, a las que se requiere el informe - análisis costo beneficio; toda vez que ello depende entre otros, de la estructura orgánica o interna de cada entidad. El flujograma expone una línea de acción general, no considerando casos específicos o supuestos que pueden darse en el procedimiento de conciliación.

Cabe acotar que, los informes emitidos en el presente flujograma y a propósito del procedimiento de conciliación se encuentran comprendidos en la excepción del derecho de acceso a la información pública, prevista en el numeral 4 del artículo 17° del TUO de la Ley N° 27806 - Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, de conformidad con el numeral 15.13 del artículo 15° del reglamento del D.L. 1326.

Base normativa:
 Literal c) del artículo 15° de la Ley N° 26872 modificado por el Decreto Legislativo N° 1070 - Ley de Conciliación.

Procurador Público (abogado delegado) suscribe acta por falta de acuerdo

Base normativa:
 Numeral 45.12 del artículo 45° del TUO de la LCE, numeral 224.2 del artículo 224° del reglamento de la LCE y numeral 8 del artículo 33° del D.L. N° 1326.

El titular de la Entidad adopta la decisión sobre la base del informe emitido por el Procurador/a Público/a así como los informes de orden técnico, presupuestal y contractual emitidos por las áreas involucradas de la entidad así como del órgano de asesoría jurídica.

Base normativa:
 literal a) y b) del artículo 15° de la Ley N° 26872 modificada por el Decreto Legislativo N° 1070 - Ley de Conciliación.

PROCURADURÍA PÚBLICA DE LA ENTIDAD

Traslada
 >
 INFORME

Titular de la Entidad o a quien se le haya delegado la función.

Resolución Autoritativa que autoriza suscribir acuerdo conciliatorio

Acta de conciliación extrajudicial con acuerdo total o parcial

Informe técnico emitido por el Procurador/a Público/a que deberá considerar en su contenido lo dispuesto en la normativa del SADJE, la ley de la materia (LCE y su Reglamento) y en lo que corresponda, la Ley N° 26872; tomando como insumo previo los informes y documentación que le faciliten las áreas técnicas y legales de la entidad.

Base normativa:
 Numeral 45.12 del artículo 45° del TUO de la LCE, numerales 2 y 8 del artículo 33° del D.L. N° 1326 y numerales 15.2, 15.6, 15.7, 15.8, 15.9, 15.10, 15.11 y 15.15 del artículo 15° del reglamento del D.L. N° 1326.

Base normativa:
 Artículo 224.3. del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, numeral 8 del artículo 33° del D.L. N° 1326 y numerales 15.6, 15.7, 15.8 y 15.10 del artículo 15° del reglamento del D.L. N° 1326.

Procurador/a Público/a debe informar a PGE de conformidad con los numerales 15.6 y 15.15 del artículo 15° del reglamento del D.L. 1326.

Área Usuaría y/o el Órgano de Contrataciones de la Entidad debe registrar el Acta en SEACE, de conformidad con numeral 224.4 del artículo 224 del reglamento de la Ley de Contrataciones.

Referencias

Artículos y libros

Islas Montes, R. (2009). *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XV*, Montevideo.

Normativa y Jurisprudencia

Congreso de la República. (1997). *Ley de Conciliación, Ley N.º 26872*.

Congreso de la República. (2013). *Ley que establece criterios de priorización para la atención del pago de sentencias judiciales, Ley N.º 30137*.

Congreso de la República. (2021). *Ley que modifica la Ley 26872, Ley de Conciliación, permitiendo la realización de la audiencia de conciliación a través de medios electrónicos u otros similares y dicta otras disposiciones para optimizar el funcionamiento del sistema conciliatorio, Ley N.º 31165*.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2016). *Lineamientos para la correcta prestación del servicio de conciliación extrajudicial, Directiva N.º 001-2016-JUS/DGDP-DCMA*.

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. (2017). *Opinión N.º 037-2017-DTN*.

Poder Ejecutivo. (1984). *Reglamento del Procedimiento Administrativo para el reconocimiento y abono de créditos internos y devengados a cargo del Estado, Decreto Supremo N.º 017-84-PCM*.

Poder Ejecutivo. (2008). *Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, Decreto Legislativo N.º 1068*.

Poder Ejecutivo. (2008). *Decreto Legislativo que modifica la Ley*

- N.º 26872, Ley de Conciliación, Decreto Legislativo N.º 1070.
Poder Ejecutivo. (2008). *Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1068 del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, Decreto Supremo N.º 017-2008-JUS.*
- Poder Ejecutivo. (2017). *Decreto Legislativo que reestructura el sistema administrativo de defensa jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado, Decreto Legislativo N.º 1326.*
- Poder Ejecutivo. (2018). *Decreto Legislativo del Sistema Nacional del Presupuesto Público, Decreto Legislativo N.º 1440.*
- Poder Ejecutivo. (2019). *Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N.º 082-2019-EF.*
- Poder Ejecutivo. (2019). *Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1326, Decreto Legislativo que reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado, Decreto Supremo N.º 018-2019-JUS.*
- Poder Ejecutivo. (2020). *Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 30137, Ley que establece criterios de priorización para la atención del pago de sentencias judiciales, Decreto Supremo N.º 003-2020-JUS.*
- Tribunal Constitucional. (2012). *Sentencia recaída en el expediente N.º 01152-2010-PA/TC.*
- Poder Ejecutivo. (2008). *Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley de Conciliación modificado por el Decreto Legislativo N.º 1070, Decreto Supremo N.º 014-2008-JUS.*
- Poder Ejecutivo. (2021). *Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley N.º 26872, Ley de Conciliación, Decreto Supremo N.º 008-2021-JUS.*

MOTIVACIÓN REFORZADA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ARBITRAJE

Pedro Grández Castro¹

Sumilla

El presente artículo aborda algunos de los problemas que plantea el ejercicio del control constitucional de las leyes por parte de las/los árbitros. En primer lugar, se analiza la diferencia entre el control difuso que realizan los/las jueces/zas respecto de las/los árbitros, a efectos de identificar elementos que puedan justificar un estándar diferenciado en la motivación. En segundo lugar, se presenta un breve recorrido por los estándares de calidad de la debida motivación que debe exigirse, de forma general, a los laudos arbitrales. Finalmente, se aborda la problemática de la justificación reforzada que requiere, desde nuestro punto de vista, la inaplicación de leyes en el arbitraje. En el cierre del trabajo se presenta, como caso emblemático, el control difuso realizado por árbitros respecto de leyes que restringen el incremento de remuneraciones en el sector público. Desde nuestro punto de vista, se trata de un caso en el que el control constitucional en el arbitraje presenta serias inconsistencias sobre las que es necesario reflexionar con miras a cambios en la regulación de la competencia arbitral.

Palabras clave

Control difuso, arbitraje, debida motivación, argumentación jurídica, presunción de constitucionalidad

1. La extensión del control difuso al ámbito del arbitraje

La Constitución Política del Perú, en su artículo 138, recoge el principio de jerarquía constitucional estatuyendo expresamente que, “[e]n todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los/las jueces/zas prefieren la primera”. Pese a los problemas que suscita, puede considerarse un tópico fuera de

1 Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú. Abogado. Profesor de Derecho Constitucional y Argumentación Jurídica. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales – GIDCYDEF de la PUCP; pgrandez@pucp.pe

discusión, el que el control constitucional no es exclusivo de los jueces, sino que alcanza, también, a la jurisdicción arbitral en la forma de control difuso. Así lo estableció el Tribunal Constitucional al recordar que la Constitución “impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla” (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 3741-2004-AA/TC, fundamento jurídico 9).

No obstante, en sede arbitral, con la finalidad de controlar el óptimo ejercicio de esa potestad, el Tribunal (Expediente N.º 0142-2011-AA/TC), en el precedente del denominado caso *Minera María Julia*, precisó que, al usar el control difuso, los árbitros debían observar algunas exigencias puntuales:

El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Solo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y, además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes (Fundamento jurídico 26)².

Siguiendo lo dispuesto por el máximo Tribunal, la doctrina ha recogido lo estatuido en esta regla a través de la configuración de cuatro parámetros que los árbitros deberían seguir al aplicar el control difuso (Bustamante, 2019): (i) El control difuso debe realizarse en armonía con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; (ii) La norma objeto de control debe ser relevante para la solución del caso y suponer un potencial perjuicio, claro y directo, para alguna de las partes; (iii) El control difuso es residual: se debe inaplicar la norma incompatible

2 En el Nuevo Código Procesal Constitucional actualmente vigente, el Artículo VII dispone: “Control difuso e interpretación constitucional.- Cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional.”

con la Constitución solo si no es posible reconducirla a través de la interpretación constitucional; (iv) El control difuso requiere aplicar el test de ponderación.

1.1. La problemática en cuestión

Vistos en toda su dimensión, los parámetros establecidos parecen configurar un modelo de arbitraje en el que las/los árbitros actúan como verdaderas/os jueces que juzgan el orden público que crea la legislación, antes de avocarse a la solución de conflictos de orden privado. Por ejemplo, la exigencia de desarrollar un control difuso residual que opera bajo el imperio del principio de interpretación conforme a la Constitución sugiere una/un árbitro incluso capaz de emitir decisiones interpretativas³. Esto no tendría nada de extraordinario si no fuera porque las leyes sometidas a control, como puede constatarse en la práctica arbitral, con frecuencia, son leyes que pretenden poner límites a los poderes económicos del mercado, donde precisamente opera el arbitraje. El riesgo mayor de estas intervenciones arbitrales se aprecia, como veremos más adelante, en los casos de inaplicación de leyes de presupuesto. En estos casos, el poder del arbitraje pone en entredicho la propia fórmula constitucional del equilibrio presupuestario al conceder, por ejemplo, aumentos salariales a trabajadores/as del sector público contra las explícitas restricciones contenidas en la ley del presupuesto⁴.

La inminencia de incurrir en excesos incontrolables por esta vía ha sido denunciada recientemente por la expresidenta del Tribunal Constitucional Marianela Ledesma, para quien:

Lo que ha hecho el Tribunal Constitucional es reconocer una facultad-deber del control difuso y guardar silencio sobre el cómo se ejerce este mecanismo a la luz de la normatividad que aplican los jueces estatales –generando con ello un gran vacío–, sin control, a esos razonamientos que, hasta la fecha, los árbitros vienen invocando para inaplicar las normas ordinarias (Ledesma, 2020, pp. 41-42).

3 Sobre las decisiones interpretativas de los Tribunales constitucionales, la literatura es muy extensa, me remito, en todo caso, al trabajo del Profesor Javier Díaz Revorio que recoge la problemática más cercana a nuestro contexto. Cfr. Díaz Revorio, *La interpretación constitucional de la ley. Las Sentencias Interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lima: Palestra, 2003.

4 Véase en este sentido decisiones como: Apelación Laboral N.º 8472-2020-Lima emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, con fecha 6 de septiembre de 2022.

La crítica de la expresidenta del Tribunal se extiende al constatar que, pese a que a las/los jueces ordinarios se les exige consultar ante la Corte Suprema cualquier intento de inaplicar una norma legal a través del ejercicio de control difuso, en el caso de las/los árbitros no se ha previsto una exigencia similar. De ahí que la ex magistrada Ledesma se pregunte si “los laudos en los que se ejerza dicho control tendrían que ser sometidos necesariamente a consulta ante un órgano jurisdiccional”, respondiendo afirmativamente precisando que deberían seguir “el mismo procedimiento y las mismas reglas que siguen los jueces del Poder Judicial cuando hacen control difuso” (Ledesma, 2020, p. 40).

Asimismo, precisa que:

A pesar de que el Tribunal Constitucional considera que la autoridad de los árbitros no viene de las partes sino del Estado que los instituye como jueces, aunque sean nombrados por las partes, y, por ello, se comportan como una autoridad jurisdiccional, este criterio –que no comparto– no solo debe leerse afirmando ese extremo de su origen, sino que también debe mirarse en toda su dimensión y extender los procedimientos para controlar el ejercicio del control difuso, tomando como referencia, por remisión, las reglas que guían la función jurisdiccional de los jueces, contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y las del Código Procesal Civil.

1.2. Sobre las exigencias al control constitucional de las/los árbitros

En efecto, sobre el control del ejercicio del control difuso en la jurisdicción ordinaria, es bastante conocido que, además de la exigencia de la consulta ante la Corte Suprema regulada en la ley⁵, desde hace unos

5 Art. 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.- Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución. (...) Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra estas no quepa recurso de casación. En todos estos casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece. Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.

Art. 408 del Código Procesal Civil.- Procedencia de la consulta. (...) También procede la consulta contra la resolución de segunda instancia no recurrida en casación en la que se prefiere la norma constitucional. En este caso es competente la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

años, las/los jueces están obligados también a aplicar un conjunto de reglas establecidas como doctrina vinculante a fin de evitar que esta herramienta sea usada “en forma irrestricta [o] vulnerando el ordenamiento jurídico y constitucional que justamente les corresponde preservar” (Corte Suprema, Ejecutoria recaída en la Consulta Exp. N.º 1618-2016-Lima Norte, considerando 2.2). Las reglas referidas han sido enunciadas por la Corte Suprema de la siguiente forma:

- (i) Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales [y por tanto] cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada.
- (ii) Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso [y por tanto] verificar si la norma cuestionada es la aplicable permitiendo la subsunción de las premisas de hecho en los supuestos normativos, constituyendo la regla relevante y determinante que aporta la solución prevista por el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto.
- (iii) Efectuar una labor interpretativa exhaustiva, distinguiendo entre disposición y norma, [y por tanto] agotar los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal.
- (iv) Iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia.

Si observamos con detenimiento estas cuatro reglas establecidas para las/los jueces ordinarios, contrastándolas con los parámetros establecidos para las/los árbitros –en la doctrina a partir de lo ordenado por el Tribunal Constitucional–, podemos notar que hay bastante cercanía y similitud. Para ambos casos se exige: demostrar que la norma que se busca inaplicar es la relevante para resolver el caso (regla ii); agotar la interpretación de la disposición normativa para saber si es posible salvar algún sentido que sea conforme a la Constitución (regla iii); y verificar que el daño que la aplicación de la norma generada en alguna de las partes sea proporcionalmente más perjudicial que el generado para la otra (si lo hubiere), a través del examen de proporcionalidad (regla iv).

Con ello, no obstante, algunos podrían pensar –de forma errónea– que la única distinción entre lo exigido para las/los jueces y las/los árbitros se encontraría en la regla (i). Sin embargo, ni siquiera aquí podemos encontrar una diferencia relevante; al contrario, se trata de exigencias que aplican para ambos casos. Como regla (i), el Tribunal Constitucional en el precedente *Minera María Julia* estatuyó la necesidad de que el control difuso sea aplicado en los laudos arbitrales en armonía con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (ver supra), mientras que, para el caso de las decisiones judiciales, la Corte Suprema dispuso la obligación de demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada. Como es evidente, ambas reglas son exigibles tanto a jueces como a árbitros, sin distinción alguna, pues, por un lado, cualquier tipo de decisión jurisdiccional debe respetar lo resuelto por el máximo intérprete de la Constitución, y por otro, jueces y árbitros están obligados/as a exponer, de forma objetiva, la inconstitucionalidad que ocasionaría, en el caso concreto, la norma que se intenta inaplicar.

Particularmente, esta última obligación emana de dos deberes fundamentales que se activan independientemente de la jurisdicción de que se trate: el deber-garantía de la debida motivación, y el deber de vencer la presunción de constitucionalidad de las leyes, que resulta de especial relevancia en la práctica del control constitucional.

Respecto de este segundo deber, la Corte Suprema ha sido enfática en señalar que “el uso indiscriminado [del control difuso] acarrea inseguridad jurídica en relación a la aplicación de las normas, vulnerando el orden del sistema normativo” (Corte Suprema, Ejecutoria recaída en la Consulta Exp. N.º 1618-2016-Lima Norte, considerando 2.5), y, por tal motivo, deben preverse todos los mecanismos necesarios para garantizar su “carácter excepcional y de última ratio” (considerando 2.2.1.). Asimismo, vinculándolo con el deber de motivación, indica con toda claridad que:

el control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando en contra del ordenamiento jurídico ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos (considerando 2.2.3.).

Así, la debida motivación y el deber de superar la presunción referida interactúan en una dinámica de exigibilidad hacia la forma en que el control difuso es aplicado. En esta dinámica, la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes funciona como un parámetro para reconocer cuándo una decisión –independientemente de su naturaleza ordinaria o arbitral– en la que se usa el control difuso, ha sido debidamente motivada o no.

Teniendo en cuenta todo lo desarrollado hasta aquí, es posible concluir, en primer lugar, que, desde un punto de vista analítico, no se puede asumir que, en nuestro país, existen estándares diferenciados para controlar el uso del control difuso en sede arbitral, respecto a lo que sucede en la jurisdicción ordinaria. Al contrario, tal como se ha demostrado, las reglas sustanciales que deben seguir las/los árbitros son, en general, las mismas que en el caso de las/los jueces.

No obstante, la ausencia de un sistema de recursos y el hecho de que los laudos no se publiquen genera un riesgo latente de que el sistema legal sea aplicado en forma dispar e incluso sea contradictorio entre las/los árbitros, generando inseguridad en el sistema arbitral. De este modo, lo que a primera vista parece como una garantía para el arbitraje, al someter las decisiones arbitrales a un estándar más alto como la Constitución, puede también significar un mayor grado de incertidumbre en los resultados. De ahí la necesidad de pensar en instituciones que logren uniformidad y la debida publicidad de las decisiones arbitrales en las que se ejerza el control difuso. La exigencia de publicidad de estas decisiones parece incuestionable, en la medida que comprometen la seguridad del orden público. Las leyes que hubieran sido inaplicadas por las/los árbitros deben ser identificadas por la comunidad en general y, en particular, por las instancias propias de la práctica arbitral. Por otro lado, la necesidad de uniformizar las respuestas a la luz de la Constitución aconseja una solución institucional que permita una única palabra para aquellos casos en los que las/los árbitros consideran que la solución arbitral pasa por la inaplicación de una ley.

Las fórmulas pueden ser diversas. La creación de una instancia que unifique la interpretación de la ley de conformidad con la Constitución a partir del control difuso en sede arbitral parece innegable. Esta instancia podría dejar fuera del control el asunto de fondo resuelto en el laudo. Ello a diferencia de lo que ocurre con la consulta ante la Corte Suprema en el caso del control difuso judicial que, como he criticado en otro lugar (Grández, 2022), pone en cuestión la independencia de las/los

jueces y la cosa juzgada, en la medida que la consulta opera respecto de decisiones que no fueron impugnadas y que, en consecuencia, tienen el carácter de decisiones firmes.

Para el caso del arbitraje podría pensarse no en una consulta, sino en una suerte de control oficioso de parte del Tribunal Constitucional, el que puede pronunciarse dejando a salvo el caso resuelto en caso sometido a arbitraje y solo respecto del razonamiento constitucional realizado por el tribunal arbitral. De este modo, mediante control constitucional de oficio, el Tribunal Constitucional podría pronunciarse validando o rechazando el razonamiento constitucional de parte de las/los árbitros, sin necesidad de convocar a las partes, que no se verían afectadas por la decisión del Tribunal. Así, el control constitucional sería objeto de escrutinio y la publicación de las decisiones del Tribunal Constitucional obligarían a las/los árbitros a tomar en cuenta el razonamiento desarrollado por el máximo intérprete de la Constitución.

Desde luego, la incorporación de estos cambios requeriría, a su vez, reformas en la regulación actual del arbitraje. Mientras ello no ocurra, hay que fortalecer las exigencias de motivación del laudo en aquellos casos en que se use el control difuso. A continuación, se expone de forma breve un recorrido por los estándares de calidad de la debida motivación que debe exigirse, de forma general, a los laudos arbitrales, con la finalidad de marcar un contraste con lo que sucede en el caso específico de la aplicación del control difuso.

2. Estándares de calidad de la debida motivación en el arbitraje

Estamos de acuerdo en que, debido a “la verdadera naturaleza del arbitraje, de base contractual”, es razonable considerar que no pueden “aplicarse a los laudos los estándares y/o exigencias de motivación propias de las resoluciones jurisdiccionales” (Canals Vaquer, 2018, pp. 552-553); pero no por ello debemos renunciar al diseño de ciertos estándares que puedan ser útiles y, al mismo tiempo, garantistas del derecho a la debida motivación.

Un punto de partida clave está en el hecho de que “no debe exigirse motivaciones complejas o sofisticadas a los árbitros, al extremo de convertir en una carga esta actividad; [así, por ejemplo] la actividad de motivar el laudo no debe estar relacionada con el tamaño o extensión del laudo o con la fundamentación, la referencia a citas legales, doctrina o cita de textos jurisprudenciales” (Guzmán Galindo, 2013, p. 37). No

obstante, al momento de valorar, de forma objetiva, cuán profunda debiera ser la motivación, debe tomarse en cuenta dos aristas: una de corte pragmatista, que lo que buscaría es persuadir a la/al juez que podría, llegado el caso, controlar la debida motivación del laudo; y otra de corte racionalista, que apuntaría más a convencer, de forma general a las partes, de que la decisión tomada en el laudo es la correcta, o, al menos, la mejor decisión posible teniendo en cuenta las variables del caso en cuestión.

Sobre la variable racionalista, no entraremos aquí en detalle por su complejidad y porque excede al objeto del presente trabajo. En cambio, respecto de la estrategia pragmatista, sí es necesario realizar una breve reflexión porque, desde esta, se hace una defensa de la importancia de exigir a las/los árbitros el respeto solo por un conjunto de reglas mínimas (determinadas a partir de un análisis sistemático de la jurisprudencia relevante) de las que se infieren algunos pasos que debería seguir un laudo para incrementar la posibilidad de estar fundado en forma suficiente, y no ser anulado por una corte judicial.

No obstante, sin perjuicio de la utilidad que pueda tener el uso de reglas mínimas, lo importante es comprender que la debida motivación en el arbitraje no debe limitarse solo a cuestiones como la presencia o no de una justificación en la que el árbitro explique por qué llegó a su decisión. Si bien es cierto, “justificar una decisión consiste en exponer por parte del árbitro o tribunal [arbitral] las distintas razones que la fundamentan”, hacerlo de forma debida implica también que dicha justificación se haya realizado “en forma lógica, suficiente y objetiva” (Guzmán Galindo, 2013, p. 37).

Por tal motivo, un equilibrio entre la protección del derecho a la debida motivación y el respeto por la autonomía contractual —principio rector del arbitraje— no puede derivar en considerar aspectos únicamente formales. Sin embargo, qué debe entenderse por motivación sustancial en el mundo del arbitraje, puede resultar en alguna medida problemático. Hay quienes proponen, por ejemplo, que como “la anulación del laudo por falta de motivación no debe dar lugar a la revisión de fondo o de los fundamentos mismos del laudo, el control judicial en este aspecto debe observar no el contenido, sino el aspecto externo o la estructura de la motivación, los argumentos en su conexión lógica y su coherencia con la decisión o fallo arbitral” (Guzmán Galindo, 2013, p. 40). El problema, no obstante, es que, en el desarrollo doctrinario y jurisprudencial, no se han establecido con claridad los linderos de conceptos como

“argumentación estructurada”, “conexión lógica”, “coherencia”, entre otros, lo que hace mucho más complejo controlar la motivación sin caer en injerencias sobre el fondo de lo resuelto en el laudo, lo cual, por supuesto, queda prohibido para la jurisdicción ordinaria⁶.

Esta ausencia de estándares claros genera, además, serios problemas respecto de los criterios objetivos y de razonabilidad que se espera que las/los árbitros utilicen al momento de fundamentar sus laudos. Así, en relación con los estándares usados en la jurisprudencia para controlar la debida motivación en los laudos cuestionados a través de demandas de anulación, se señala por ejemplo que:

Con la motivación aparente nos acercamos a una línea muy difusa que la separa de la motivación insuficiente (razones mínimas indispensables para asumir que la decisión está bien motivada), de la motivación externa defectuosa (premisas no confrontadas respecto de su validez fáctica o jurídica) y de la motivación interna defectuosa (invalidez de una inferencia a partir de las premisas establecidas previamente o incoherencia narrativa en un discurso incapaz de transmitir las razones de la decisión). Si nos acercamos mucho a ese límite de conceptos que se confunden todavía entre ellos, el arbitraje como institución empezaría a peligrar (Reggiardo, 2013, p. 211).

Ahora bien, teniendo en cuenta lo señalado, es importante mencionar que ha existido, en los últimos años, un especial interés en la doctrina por intentar proponer criterios que puedan evitar la anulación en sede judicial –cada vez más creciente– de laudos arbitrales por deficiencias en la motivación y, al mismo tiempo, brindar más garantías a las partes sobre su derecho a obtener una decisión suficientemente fundada.

6 La propia Ley del Arbitraje (artículo 62 del Decreto Legislativo N.º 1071) dispone que los tribunales, al resolver el recurso de anulación, “solo puede[n] pronunciarse revisando la validez del laudo por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63, resolviendo sobre la validez o la nulidad del laudo, estando prohibido bajo responsabilidad la revisión del fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral”. Siguiendo la misma interpretación, en la doctrina nacional se establece que: “Por medio del recurso de anulación no es posible discutir los fundamentos del laudo ni el acierto de sus disposiciones, porque no se transfiere al tribunal revisor la facultad de decidir, que es exclusiva de los árbitros, porque las partes han querido precisamente excluir a los tribunales, intervención, que solo aparece justificada para garantizar el cumplimiento de unas garantías mínimas, que son precisamente las que tratan de salvaguardar los motivos por los que pueden interponerse”.

Así, por ejemplo, encontramos la propuesta de reglas como las siguientes que, según se indica, debieran seguir las/los árbitros para motivar adecuadamente sus decisiones:

(1) eliminar y diferenciar las pretensiones; (2) desmenuzar las pretensiones en puntos controvertidos y hacer pronunciamiento expreso de cada uno de ellos; (3) pronunciarse, de manera grupal o individual, sobre todos los medios probatorios; (4) evitar que la motivación solo consista en la remisión a declaraciones testimoniales, pericias o decisiones arbitrales previas; (5) emplear más de un argumento para cada premisa; y, (6) argumentar los criterios de equidad internos si se aplicaron estos (Rivas, 2017, p. 232).

Sin ánimos de profundizar en la utilidad, pertinencia o suficiencia de cada una de las reglas citadas, y de otras similares que se proponen en la doctrina relevante que problematiza el tema (ver, por ejemplo: Cantuarias & Repetto, 2015), lo importante está en aceptar que, si bien en los laudos arbitrales la exigencia del nivel de racionalidad de la motivación no es ni puede ser el mismo que en el ámbito de las resoluciones judiciales, y que el control solo está justificado “para garantizar el cumplimiento de unas garantías mínimas” (Ledesma, 2002, p. 17)⁷, es también cierto que existe una clara necesidad por ampliar el alcance de herramientas que resulten útiles.

Por ejemplo, como veremos más adelante, distinguir entre “motivación suficiente” y “corrección del razonamiento” es un elemento clave a la hora de establecer la validez del control constitucional realizado por las/los árbitros. No obstante, las posibilidades reales de un control material del laudo en atención a los excesos o deficiencias en la corrección material del razonamiento de las/los árbitros, sigue siendo un aspecto al que la doctrina no suele atender, fundamentalmente porque la propia Ley de Arbitraje pareciera sugerir que cualquier control externo al arbitraje no

7 Bajo ese mismo razonamiento se pronuncia la doctrina comparada: “La regla de base es la imposibilidad de una intervención revisora del laudo por parte de la autoridad judicial en cuanto al fondo (*meritum causae*) y respecto a los eventuales errores in indicando; las decisiones de los árbitros están exentas de una censura ulterior en lo concerniente a la manera de apreciar los hechos o las pruebas, a la interpretación del Derecho material o a los extremos que han conducido a un determinado razonamiento jurídico. La singularidad que reviste obedece al hecho de que el juez no revisa las cuestiones de fondo que contenga el laudo, sino únicamente procede al control sobre la legalidad de las formas predispuestas” (Fernández, 2008, p. 1096).

incluye el control del contenido del laudo⁸. Los límites del propio contexto arbitral, así como la justificación de su propia naturaleza contractual y privada, deben servir como parámetros clave para incrementar la racionalidad de las decisiones arbitrales sin descuidar otros principios e intereses propios de la lógica del arbitraje.

Desde nuestro punto de vista, el control de la debida motivación del laudo puede actuar como un instrumento de control externo, pero debe ser riguroso para no desnaturalizar, ni la institución del arbitraje cuya lógica es el acuerdo entre las partes, ni la legitimidad del control, cuya esencia es residual, excepcional y nunca sustitutoria del razonamiento de fondo en el arbitraje. De este modo, pueden convivir el arbitraje y el control de la debida motivación.

3. La justificación reforzada de la inaplicación de leyes en el arbitraje

A continuación, se aborda el supuesto particular de la motivación de los laudos cuando estos disponen la inaplicación de una ley a través del control difuso, y los riesgos que este uso conlleva a la práctica del arbitraje, especialmente en casos en los que el orden público representa un límite reforzado frente a la atribución de fallar en contradicción con la ley. En una primera sección, se propone una defensa sobre la máxima racionalidad y corrección que debe exigirse a la justificación de una decisión arbitral que usa el control difuso. Ello nos lleva, en la segunda sección, a tratar, a modo de ilustración, el caso específico del control difuso usado para inaplicar normas que restringen el incremento de remuneraciones en el sector público.

3.1 El alcance de la debida motivación en el uso del control difuso en el arbitraje

Como ha sido señalado anteriormente, el objeto de reflexionar brevemente sobre el alcance de la debida motivación en sede arbitral ha sido mostrar el contraste de lo que ocurre, en particular, con la debida motivación que debiera exigirse a las/los árbitros en aquellos casos en los que deciden inaplicar una norma a través del control difuso. Así, a diferencia de lo que sucede con el estándar general de motivación para el arbitraje –que, como observamos en la sección anterior, no exige

8 Por ejemplo, el artículo 62.2 del D. L. 1071, Ley que norma el Arbitraje, dispone: “2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.”

un nivel de racionalidad equiparable al de las resoluciones judiciales—, cuando las/los árbitros usan el control difuso, la situación se torna en un supuesto excepcional. En estos casos, la regla es que se exija la misma extensión de racionalidad que se exige a los jueces cuando estos ejercen el control difuso de constitucionalidad.

Esto, como veremos a continuación, está justificado en la presencia de un principio sustancial a la estructura básica del ordenamiento jurídico: el principio de seguridad jurídica. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de definir a este principio como:

un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto del cual será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del derecho y la legalidad (Tribunal Constitucional, Sentencia del Expediente N.º 0001-0003-2003-AI/TC, fundamento 3).

Así, uno de los aspectos clave de la protección de dicha expectativa razonablemente fundada en la actuación de los poderes públicos es, a su vez, el principio de constitucionalidad de las leyes, reconocido en la Constitución, que en sus artículos 93º y 102º.1, estatuye que, en tanto el Congreso “representa a la Nación”, su función principal es “dar leyes”, y velar por su respeto y de la Constitución. Como es claro, la expectativa razonable garantizada por la seguridad jurídica es que la ley sea aplicada sin excepción ni distinción alguna, porque se asume que esta cuenta con validez y legitimidad desde el día siguiente de su publicación. En ese sentido, el Tribunal Constitucional señala que:

[d]ado que al Parlamento le asiste la legitimidad democrática directa como representante de la Nación (artículo 93º C), el juez tiene el deber de presumir la constitucionalidad de las leyes, de modo tal que solo pueda inaplicarla (control difuso) o dejarla sin efecto (control concentrado), cuando su inconstitucionalidad sea manifiesta, es decir, cuando no exista posibilidad alguna de interpretarla de conformidad con la Constitución (Tribunal Constitucional, Sentencia del Expediente N.º 0030-2005-AI/TC, fundamento 53).

Uno de los orígenes clásicos del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes se halla en la jurisprudencia

norteamericana, donde se lo describe como derivado del “respeto que proviene de la sabiduría, la integridad y el patriotismo del cuerpo legislativo, por el cual cualquier ley aprobada se presume válida hasta que se demuestre la violación de la Constitución más allá de toda duda razonable” (Rodríguez, 2006). Siguiendo este mismo razonamiento, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que:

según el artículo 109 de la Constitución, “la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial”, [por lo tanto] el principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Congreso de la República pued[e] fundamentarse, siempre y cuando hayan sido expedidas por un órgano democrático y de acuerdo al procedimiento establecido, en tanto expresión directa del principio político de soberanía popular y del principio jurídico de la soberanía constitucional antes enunciados” (Tribunal Constitucional, Sentencia del Expediente N.º 0050-2004-AI/TC).

Así, su fundamento se sostiene, a su vez, en el principio *in dubio pro legislatore*, que implica que:

al que alega la inconstitucionalidad le corresponde la carga de la prueba y que ante la falta de elementos suficientes para constatarla se utiliza la presunción como forma de salir del *impasse*. La presunción de constitucionalidad opera por tanto *ex post*, una vez comprobada que la “prueba de cargo” no es suficiente para destruir la constitucionalidad de la ley (De Lora, 2002, p. 410).

Esto último, opera tanto de forma general como en un caso en concreto.

Teniendo en cuenta todas estas razones que le dan sustento al carácter de *ultima ratio* del control de constitucionalidad de las normas, y, en particular, del control difuso cuyo ejercicio se ha autorizado para jueces y árbitros, la cuestión que toca resolver ahora es preguntarse si existe algún motivo que justifique que, en el supuesto de estos/as últimos/as, se debiera exigir una racionalidad menos estricta al momento que sustentan la prueba de cargo que destruye la constitucionalidad de la ley para el caso en concreto. Y la respuesta, con toda certeza, es negativa. No existe ningún tipo de justificación por la que puede pretenderse que las/los árbitros ejerzan la obligación de motivar objetivamente la inconstitucionalidad alegada bajo parámetros distintos que los de los jueces.

Los principios de seguridad jurídica, presunción de constitucionalidad e *indubio pro legislatore*, ejercen un poder vinculante sobre el decisor, independientemente del carácter público o privado de su jurisdicción, que, en cualquier caso, se requiere fundamentar con la racionalidad más extensa posible por qué, en el caso objeto del fallo, una ley emitida y legitimada por el máximo representante de la Nación, debe quedar inaplicada, máxime si la ley inaplicada concreta un valor constitucional de primera importancia.

En tal sentido, puede concluirse que un árbitro tiene una responsabilidad tan igual –o incluso, aún mayor (debido a que su ejercicio no pasará por la validación de la Corte Suprema, como ocurre con la consulta para el caso de los jueces)– de agotar todos los recursos y herramientas argumentativas disponibles para sustentar el ejercicio de control difuso.

En tal sentido, puede concluirse que un árbitro tiene una responsabilidad tan igual –o incluso, aún mayor (debido a que su ejercicio no pasará por la validación de la Corte Suprema, como ocurre con la consulta para el caso de los jueces)– de agotar todos los recursos y herramientas argumentativas disponibles para sustentar el ejercicio de control difuso.

3.2. Control difuso arbitral contra leyes que restringen el incremento de remuneraciones en el sector público

Al analizar el supuesto específico del control difuso en sede arbitral recaído en casos de negociación colectiva de las/los servidoras públicas sobre incrementos remunerativos, el máximo intérprete de la Constitución ha tenido oportunidad de confirmar que “los arbitrajes en materia laboral también se sujetan a las disposiciones normativas vigentes, entre las que naturalmente está la Constitución, y en ella las disposiciones referidas a la estabilidad presupuestaria” (Tribunal Constitucional, Sentencia del Expediente N.º 00003-2013-AI/TC, Expediente N.º 00004-2013-AI/TC, Expediente N.º 00023-2013-AI-TC [acumulados], fundamento 104). De este modo, se estatuye como un límite fuerte de la atribución de las/los árbitros para usar el control difuso, los principios constitutivos de competencia como lo es el principio de estabilidad presupuestaria. Tal como lo refiere el propio Tribunal Constitucional en la misma sentencia, límites como estos no implican a *priori* una prohibición en abstracto de aplicar el control difuso para el ámbito del arbitraje; pero lo que sí conlleva es la obligación para toda/o árbitro de interpretar el ordenamiento jurídico en su conjunto y de conformidad con la Constitución.

Esta obligación, en estricto, no solo restringe el uso del control difuso en el arbitraje a casos sumamente excepcionales en los que el tribunal arbitral tiene que demostrar, de forma efectiva, que no es posible resolver razonablemente el caso a través de una interpretación integral del sistema jurídico, el cual incluye por supuesto la valoración concreta de todos los principios relevantes. Sino que, además, tal obligación delinea con claridad la exigencia de una justificación reforzada para el control difuso usado por las/los árbitros, quienes, si finalmente encuentran que no existe otra alternativa para solucionar el caso más que a través de la inaplicación de una ley, deben incorporar en su fundamentación un estándar de corrección especialmente reforzado.

Reforzar las exigencias de motivación quiere significar en este punto, hacerlo excepcional dentro de la excepcionalidad que ya supone que las/los árbitros ejerciten el control constitucional de las leyes. Si se tratara de reformar los alcances del control difuso de las/los árbitros, puede resultar altamente recomendable suprimir de manera explícita el control difuso respecto de leyes presupuestales o normas que tienen como propósito precisamente delimitar el campo de actuación del propio arbitraje. Mientras ello no ocurra, la apertura que permite la actual jurisprudencia del TC debiera ser asumida con mucha precaución por los árbitros. Este reforzamiento en la motivación del laudo debe girar en torno a la relevancia que tiene el orden público constitucional concretado en el problema específico a dilucidar en el arbitraje.

Así, por ejemplo, en el supuesto de los arbitrajes en materia de incremento de remuneraciones a trabajadores públicos, el límite impuesto por el orden público constitucional está dado por el principio de competencia que irradia la validez de las normas que se intentan inaplicar con el control difuso. De este modo, cuando un árbitro decide inaplicar una ley presupuestal debe tomar en consideración, por un lado, el hecho de que esta norma concretiza la distribución de competencias dada por la propia Constitución en el marco, a su vez, del principio de división de poderes, y, por otro, debe valorar las consecuencias perversas que la inaplicación podría generar en la institucionalidad de la deliberación democrática que está detrás de la emisión de la ley presupuestal.

En el proceso de deliberación previo a la aprobación y promulgación de una norma presupuestal, se toma en cuenta una distribución de ingresos y gastos que busca lograr que el empleo del erario se realice de forma equilibrada, de tal manera que pueda cumplirse con la ejecución

de diversas obligaciones estatales sin generar desestabilidad financiera. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que la Ley de Presupuesto es:

rectora de la administración económica y financiera del Estado en la medida en que prevé, consigna o incluye la totalidad de los ingresos y gastos, debidamente equilibrados, que tiene proyectado realizar el Estado durante un concreto año presupuestal (artículos 77 y 78 de la Constitución) (Tribunal Constitucional, Sentencia del Expediente N.º 047-2004-AI/TC, fundamento 16).

Por tal motivo, este equilibrio presupuestal está vinculado, estrictamente, con “necesidades sociales básicas y de descentralización”, respecto de las cuales debe poder “concordar[se] la programación y ejecución con criterios de eficiencia” (STC N.º 004-2004-CC/TC, fundamento 10).

Teniendo en cuenta ello, para considerar que el uso del control difuso por parte de los árbitros en este tipo de casos se encuentra debidamente justificado, por lo menos, en el laudo debieran analizarse dos cuestiones relevantes. Por una parte, debiera realizarse un escrupuloso examen de proporcionalidad del que resulte la demostración de que la inaplicación de la ley no generará un desequilibrio irracional e irrazonable del gasto público. En el otro extremo, la motivación debe también poner en evidencia que la actuación arbitral, no está vaciando de contenido la cláusula constitucional de la reserva de legalidad exclusiva a favor del Congreso de la República respecto de la Ley de Presupuesto. La fórmula para que esto pueda concretarse sugiere que las decisiones arbitrales debieran ejecutarse, como ocurre con las sentencias del Poder Judicial, en la siguiente Ley de Presupuesto. Estaríamos, entonces, ante la necesidad de incorporar técnicas de decisión arbitral que posterguen su ejecución a efectos que sean compatibles con el principio de división de poderes y la competencia exclusiva que la Constitución encomienda al Poder Ejecutivo y al Congreso respecto del proceso la aprobación del Presupuesto General de la República (art. 77 y 78).

Sobre esto último, es importante tener en cuenta que la inaplicación de una norma presupuestal podría tener consecuencias negativas vinculadas con la propia configuración del modelo de organización del presupuesto que define la Constitución. Por lo que, la única posibilidad en que el control difuso pudiera considerarse justificado es en aquellos casos en los que la aplicación de la ley presupuestal conllevara una profunda y grave afectación en los derechos de los trabajadores del

sector público. La técnica de la ejecución diferida al próximo presupuesto parece por ello mucho más compatible con las competencias constitucionalmente asignadas.

Casos como el Laudo Arbitral analizado en la decisión de la Corte Suprema recaída en la Apelación Laboral N.º 26213-2022, muestran la urgencia de plantear un rediseño institucional, junto con reformas regulativas para poder exigir con mayor escrutinio el cumplimiento del requerimiento de la motivación reforzada en las decisiones arbitrales que inaplican normas de carácter presupuestal a través de la figura del control difuso de constitucionalidad. En este caso, el tribunal arbitral no desarrolló, en su justificación, un examen de proporcionalidad por demás endeble que no tuvo en cuenta el orden público constitucional concretado en la competencia de quien decide sobre la distribución del erario público; sino, lo que es peor, omitió de plano todas las consecuencias negativas que generaría la inaplicación en el equilibrio presupuestal dentro del ámbito donde recaía el arbitraje.

En su fundamentación, los árbitros ni siquiera tomaron en cuenta todas las limitaciones, validadas por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al derecho a la negociación colectiva. De acuerdo al máximo Tribunal, esta puede ser limitada legítimamente en el ámbito de las competencias que la Constitución le confiere al legislador:

[l]a Constitución ha dejado al legislador un margen de discrecionalidad dentro del cual este puede delimitar o configurar su contenido protegido, al mismo tiempo que establecer las condiciones de su ejercicio y las restricciones o limitaciones a las que este puede encontrarse sometido, las que en todos los casos han de ser idóneos, necesarias y proporcionales (Tribunal Constitucional, Sentencia del Expediente N.º 00003-2013-AI/TC, 00004-2013-AI/TC, 00023-2013-AI-TC [acumulados], fundamento jurídico 57).

Asimismo, el Tribunal también es explícito al considerar que:

[e]l bien común y el hecho de que la negociación colectiva en materia de remuneraciones y otros beneficios tengarelación directa con el manejo del presupuesto del Estado genera que se establezcan parámetros de mayor exigencia o, si se quiere, de intervención del Estado (fundamento 65).

4. Conclusiones

i) La extensión del control constitucional al ámbito de la función arbitral plantea una serie de desafíos y problemas que no han sido advertidos ni en la jurisprudencia ni en la doctrina nacional. No se trata solo de la ausencia de legitimidad de las/los árbitros frente a la legitimidad democrática de la ley, que siempre ha sido un argumento relevante en el análisis del control judicial de las leyes. En el caso del arbitraje, no solo no contamos con un sistema que identifique con precisión quiénes son las/los árbitros y a quién dan cuenta respecto de su actuación, cómo se seleccionan y tampoco existe ningún sistema de *accountability* arbitral. Por último y no menos importante, tampoco existe un sistema de reportes de las decisiones arbitrales que permita, como ocurre en el caso de las decisiones judiciales, el control y crítica pública de las decisiones arbitrales.

ii) Si bien el Tribunal Constitucional ha validado el control difuso en sede arbitral, las exigencias de motivación reforzada constituyen hoy en día una garantía irrenunciable para el control de la actuación de los árbitros. Esta motivación reforzada resulta exigida por la relevancia de los bienes en cuestión. Las/los árbitros actúan investidos del poder jurisdiccional que la Constitución les reconoce, pero también sometidos al imperio de la ley y el orden público que las leyes delimitan. De manera que la inaplicación de una ley, cuando solo está orientada a favorecer intereses de los privados, tiene que ser rechazada de plano. Su posibilidad excepcional, en todo caso, solo puede legitimarse sobre la base de razones que pongan en evidencia que la ley resulta lesiva a bienes o intereses de relevancia pública, como son los derechos fundamentales de los ciudadanos y las ciudadanas. Para ello resulta necesaria una motivación reforzada y específica del Tribunal o Árbitro, orientada a mostrar el grado de injusticia que supondría la aplicación de la ley en el caso concreto.

iii) Los casos presentados, especialmente en el ámbito del control difuso para favorecer la entrega de incrementos salariales a ciertos funcionarios y funcionarias de la administración pública, pese a que las leyes de presupuesto no lo permiten, sugieren la necesidad de poner límites institucionales al control difuso en el arbitraje. Para ello, parece aconsejable una reforma legal que incorpore, no solo mecanismos de

control al arbitraje en aquellos casos donde se ejerce las competencias de control constitucional que la Constitución de manera explícita solo confiere a los jueces, sino la regulación de algún mecanismo de control de oficio por parte del Tribunal Constitucional que, sin ingresar en el análisis del contenido que hubiera sido decidido en el arbitraje, pudiera ejercer un control respecto del razonamiento constitucional que permita unificar el control constitucional realizado en el arbitraje.

Referencias

Artículos y libros

- Bustamante, R. (2019). El control difuso en sede arbitral. *Forseti. Revista De Derecho*, 10, 93 - 115.
<https://doi.org/https://doi.org/10.21678/forseti.v0i10.1101>
- Canals Vaquer, R. (2018). La falta de motivación del laudo como motivo de su impugnación por infracción del orden público. *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2, 547-554.
- Cantuarias, F., & Repetto, J. L. (2015). El nuevo potro indomable: El problemático estándar de motivación de los laudos exigido por las cortes peruanas. *Ius et Veritas*, 24(51), 32-45.
- De Lora, P. (2002). La Presunción de Constitucionalidad de las Leyes: Una Visita a la Regla Thayer. En: Carbonell, M. (comp.) *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D.F., pp. 409-442.
- Fernández Rozas, J. C. (2008). *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*. Volumen II. I., Madrid.
- Grández, P. (2022). *El control constitucional difuso y el control convencional: algunos problemas de articulación*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, Centro de Investigaciones Judiciales.
- Guzmán Galindo, J. C. (2013). La falta de motivación del laudo como causal de anulación en la Ley de Arbitraje Peruana. *Arbitraje PUCP*, 3, pp. 35-40.
- Ledesma, M. (2020). Los precedentes del tribunal constitucional en el arbitraje. *Giuristi: Revista De Derecho Corporativo*, 1, pp. 29-46.
- Ledesma, M. (2002). Laudos arbitrales y medios impugnatorios. *Cuadernos Jurisprudenciales. Suplemento mensual de Diálogo con la Jurisprudencia*, 17, Gaceta Jurídica, 17-35.

Reggiardo, M. (2013). Derecho de defensa y defectos de motivación como causales de anulación del laudo. *Advocatus. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*, 29, 205-214.

Rivas, G. (2017). La Anulación del Laudo por su motivación en el Perú— cómo hacer frente a una Vía Distorsionada. *Themis. Revista de Derecho*, 72, 225-234. <https://doi.org/10.18800/themis.201702.013>

Rodríguez, R. (2006). Sobre los efectos normativos de la sentencia constitucional, *Gaceta del Tribunal Constitucional*, (1).

Jurisprudencia

Corte Suprema. Ejecutoria en la Consulta Exp. N.º 1618-2016-Lima Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 7 de diciembre de 2017.

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Apelación Laboral N.º 8472-2020-Lima, de 6 de septiembre de 2022.

Tribunal Constitucional. Sentencia de los Expedientes [acumulados] N.º 0001-0003-2003-AI/TC, de fecha 4 de julio de 2003.

Tribunal Constitucional. Sentencia de los Expedientes [acumulados] N.º 0050-2004-PI/TC, 0051-2004-PI/TC, 0004-2005-PI/TC y 0007-2005-PI/TC, de fecha 7 de marzo de 2005.

Tribunal Constitucional. Sentencia del Expediente N.º 3741-2004-AA/TC, de fecha 14 de noviembre de 2005.

Tribunal Constitucional. Sentencia del Expediente N.º 0142-2011-AA/TC, de fecha 21 de septiembre de 2011.

Tribunal Constitucional. Sentencia de los Expedientes [acumulados] N.º 00003-2013-AI/TC, 00004-2013-AI/TC, 00023-2013-AI-TC, de fecha 3 de septiembre de 2015.

ARBITRAJE Y CONTRATACIONES CON EL ESTADO

INTERNACIONALES

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL, ARBITRAJE Y DEFENSA DEL INTERÉS GENERAL¹

Jaime Rodríguez-Arana²

Sumilla

El artículo aborda la noción de derecho administrativo global como un campo en desarrollo que aún no ha sido completamente sistematizado. Se destaca la importancia de comprender las diversas perspectivas sobre este tema y la necesidad de establecer principios fundamentales que guíen este campo emergente. Se hace hincapié en la relevancia de los principios de seguridad jurídica y justicia, así como en la racionalidad económica, en la configuración de un derecho administrativo global que promueva la libertad solidaria de las personas y garantice el interés general en las relaciones entre Estados e inversores privados.

Palabras clave

Derecho administrativo global, principios, derechos humanos, inversiones extranjeras, arbitraje, libertad solidaria

1. Aproximación al derecho administrativo global

La existencia del derecho administrativo global es, hoy en día, una realidad indudable. Sin embargo, la ausencia de un sistema de fuentes, de principios y, sobre todo, de un ordenamiento jurídico-administrativo global es causa de que la gobernanza, o gobernabilidad, y sobre todo el modelo financiero y económico global haya campado a sus anchas durante un tiempo en que, efectivamente, la regulación en la dimensión universal y global ha brillado por su ausencia.

1 Artículo basado en el contenido del capítulo I, "El Derecho Administrativo Global: el espacio jurídico-administrativo iberoamericano", del libro "El Derecho Administrativo Global y el Arbitraje Internacional de Inversiones: Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI" de los coordinadores Jaime Rodríguez Arana y José Ignacio Hernández, publicado en el año 2016.

2 Catedrático y director del Grupo de Investigación de Derecho Público Global de la Universidad de A Coruña. Presidente del Comité Académico de *Ius Publicum Innovatio Spin Off* de la Universidad de A Coruña.

A pesar de registrar que el derecho administrativo global no ha cumplido hasta el momento el papel que se esperaba de él: ordenación jurídica del poder para la libertad de todos los seres humanos; no se puede desconocer que en la realidad jurídica general, en el espacio jurídico global se han ido produciendo, quizás demasiado tímido y probablemente demasiado lento, toda una serie de hechos y regulaciones que, aunque sea fragmentariamente, acreditan la existencia de parciales regulaciones administrativas de escala supranacional.

Esto es así, no solo porque el fenómeno de la globalización alcanza y llega a todas las ciencias sociales sin excepción, sino porque en nuestro caso comprobamos con frecuencia la existencia de sectores de la denominada actividad administrativa en sentido amplio que están trufados de regulaciones transnacionales o, por mejor decir, transgubernamentales que obligan al estudioso del derecho administrativo a tener presente esta nueva realidad. Es el caso, entre otros, de la seguridad pública, de la regulación de la energía, de las telecomunicaciones, de la inmigración, del medio ambiente o de la llamada ayuda al desarrollo. Esto es así, entre otras razones, porque hoy la interdependencia y la cooperación intergubernamental nos enseñan que la solución a muchos problemas de dimensión pública ha de buscarse a través de esta nueva versión del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario que se llama globalización.

Es decir, existen cuestiones que escapan a las fronteras de la dimensión nacional y se convierten en fenómenos globales. El más relevante, el más trascendente, aunque no el más eficaz, es la lucha por los derechos humanos en el mundo. Una asignatura todavía pendiente que aconseja que el derecho administrativo, derecho del poder para la libertad como diría el profesor González Navarro, supere rígidos esquemas y salte las trincheras de lo nacional para situarse en un nuevo plano. Un nuevo plano, el de lo global que, como señalan los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart en su trabajo titulado “El surgimiento del derecho administrativo global” (2014, pp. 166 y ss.), es la consecuencia de los sistemas transnacionales de regulación o cooperación regulatoria que se producen a través de tratados internacionales y redes intergubernamentales de cooperación informales que, en efecto, han desplazado muchas decisiones hasta ahora residenciadas en el espacio nacional al espacio global.

En efecto, estamos en presencia de una nueva realidad que hay que estudiar con otra perspectiva, con una nueva mentalidad porque, de lo

contrario, nos quedaremos atrapados en el prejuicio y en el estereotipo que tanto daño hacen a la evolución social. En efecto, estas nuevas formas de regulación proceden ahora de nuevos sujetos que no son los tradicionales y que, además, se expresan jurídicamente a través de nuevas fuentes, de nuevas maneras de producción de normas. En estos años, como recuerdan Kingsbury, Krisch y Stewart, aparecen nuevos órganos administrativos transnacionales en forma de nuevas organizaciones internacionales y grupos informales de representantes públicos que ciertamente realizan tareas de orden administrativo no sometidas al tradicional control del Estado-nación o de los entes subestatales (2014, pp. 166 y ss.). Estas nuevas decisiones de orden administrativo del sistema global también son producidas por sujetos de naturaleza privada o por órganos administrativos nacionales. En este sentido, cada vez es más importante tener presente que la regulación puede proceder del mundo privado a nivel internacional, que, en ocasiones, cuando atiende asuntos de dimensión supraindividual, se articula en instituciones que establecen patrones o estándares de proyección global que afectan a obvios intereses generales. Igualmente, en este contexto aparecen organizaciones híbridas público-privadas en las que puede haber presencia empresarial, de ONG, de gobiernos nacionales o de organizaciones intergubernamentales que también producen regulaciones globales.

Este nuevo panorama afecta sobremanera a los principios sobre los que descansa el derecho administrativo. Es verdad que en nuestra disciplina coexisten dos tradiciones jurídicas que están siendo afectadas por la globalización, más, desde luego, el sistema jurídico-administrativo de corte francés que el esquema del *rule of law* de inspiración anglosajona. Pero, en cualquier caso, ambos sistemas tienen que *aggiornarse* a la nueva realidad (2006). Es más, en sede de principios, los fundamentos del Estado de Derecho, aquellos sobre los que se han levantado ambos edificios jurídicos, cobran ahora una especial relevancia porque no podemos ocultar que estas nuevas formas de actividad pública de dimensión global no pueden ni deben escapar al control jurídico que legitima la acción pública. En el ejercicio de estos poderes regulatorios, que tienen diferentes protagonistas, incluso de naturaleza privada, deben asegurarse técnicas que impidan que la tentación de eludir el control sea la principal característica de la denominada nueva administración global que despliega su actividad en el llamado espacio jurídico global. Por eso, en los inicios, en los primeros balbuceos de este todavía incipiente derecho administrativo global, la jurisprudencia, y sobre todo los principios del derecho sobre los que se levantó esta magnífica

construcción jurídico-política, están fundando un nuevo derecho público universal, que como señalara agudamente el profesor Meilán, es ya un derecho prudencial (2013, p. 5). Está aconteciendo *mutatis mutandis* lo mismo que en los orígenes del derecho administrativo en Francia. Entonces era el Consejo de Estado el que alumbró el nuevo derecho administrativo a través de sus famosos *arrets*; ahora son los tribunales y cortes sectoriales de nivel transgubernamental o global, los que poco a poco van elaborando una doctrina jurisprudencial que, hoy como ayer, se basan en principios de derecho.

En este contexto, las experiencias de derecho administrativo global en distintos sectores como puede ser el de los derechos humanos, el del comercio internacional, el cultural, el agrícola, el deportivo, entre otros, todos ellos de dimensión universal, van a mostrarnos un conjunto de resoluciones de naturaleza judicial y unas normas y prácticas administrativas que, desde luego, superan las fronteras nacionales. En efecto, desde el principio de legalidad, hasta la separación de los poderes pasando por la primacía de los derechos fundamentales de las personas, sin perder de vista la relevancia del pluralismo, de la racionalidad, de la transparencia, del buen gobierno, de la rendición de cuentas, así como de la instauración de un efectivo sistema de *checks and balances*, encontramos principios y criterios del Estado de Derecho, que nos permiten hablar de un derecho administrativo global de base principal (Rodríguez-Arana, 2020, pp. 33-97).

Ciertamente, uno de los peligros que se avizoran cuando nos acercamos al estudio de la administración global, del espacio jurídico-administrativo global y, sobre todo, cuando estudiamos el derecho administrativo global, es la facilidad con la que estas nuevas realidades jurídicas y estructurales pueden escapar al control, al sistema de *accountability* o de rendición de cuentas que debe caracterizar a una verdadera y genuina administración democrática. Por eso, ahora que percibimos la emergencia de este nuevo derecho administrativo en el que existe, todavía *in fieri*, una nueva administración global que opera en el nuevo espacio jurídico global es fundamental, desde ya que los principios sobre los que va a descansar esta nueva realidad jurídico-público se inscriban claramente en los postulados del Estado de Derecho (Mascareño, 2013, pp. 46-68).

En este sentido, los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart son conscientes de que puede haber determinadas regulaciones globales que pueden afectar de manera distinta a unos Estados y a

otros cuestionándose incluso el régimen del Derecho Internacional Público (2014, p. 18). Para resolver este escollo, es menester que los regímenes intergubernamentales construyan estándares de derecho administrativo y técnicas jurídicas generales a las que los gobiernos nacionales deban adecuarse con el fin de asegurar que los principios del Estado de Derecho sean respetados.

Precisamente el derecho administrativo global surge para que la nueva administración global que opera, aunque todavía de manera incipiente en el nuevo espacio jurídico-administrativo global, funde toda su actividad en el marco de unos principios que no pueden ser otros que los del Estado de Derecho. Para eso surgió el derecho administrativo como sistema, recuerda Giannini (1991), como un instrumento de civilidad que asegure que el derecho está por encima del poder o, por mejor, decir, para racionalizar, para humanizar el ejercicio del poder público.

Es verdad que ahora se pone el acento en la rendición de cuentas, en la transparencia, en la racionalidad, en la evaluación, en la legalidad y, entre otros paradigmas, en la participación. Estos son los nuevos principios que ahora están de moda en los estudios de derecho administrativo global. Ahora bien, siendo muy importante que las formas de producción de actos administrativos y de normas de la administración global están inspirados por el primado de estos principios, no podemos olvidar que el Estado de Derecho, además, trae consigo, como conquista irrenunciable, la centralidad de los derechos fundamentales de las personas, y el equilibrio y separación entre los poderes. Si solo atendemos, en el estudio de los principios, a criterios de eficacia o de eficiencia y nos olvidamos de la manera en que el poder administrativo global incide en la mejora de las condiciones de vida de la ciudadanía podríamos caer en una perspectiva puramente funcionalista del derecho administrativo global.

En alguna medida, la crisis de la regulación en relación con la actividad financiera a nivel nacional en algunos Estados pone de manifiesto la importancia de una regulación global que pueda atender y realizar su papel ante fenómenos que en sí mismos son globales, tales como el sistema financiero y la economía. El control de la economía por el derecho administrativo no es más que la garantía, necesaria para que los agentes trabajen en un clima de confianza, de que el sistema de mercado se mueve en un marco de racionalidad y equilibrio.

La cuestión se va a centrar en proyectar toda la fuerza del Estado de Derecho sobre el derecho administrativo global sin olvidar que, efectivamente, hoy la acción administrativa, precisamente por la fuerza del Estado de Derecho, ha de expresarse en términos de transparencia, participación, responsabilidad, racionalidad y permanente evaluación.

El derecho administrativo global incluye todo un conjunto de técnicas que deben estar amparadas por el Estado de Derecho, particularmente a través de estándares que aseguren valores tan importantes como pueden ser la transparencia, la racionalidad, la legalidad, la participación y la evaluación. Es decir, las políticas públicas globales que produce la nueva administración global han de estar presididas por patrones jurídicos, entre los que ocupan un lugar central los derechos fundamentales de las personas.

El problema de la legitimidad de la acción administrativa global no debe ser contemplada únicamente desde la perspectiva de la eficacia y de la eficiencia. Más bien, la legitimidad ha de venir amparada por sistemas democráticos de producción de actos y normas en los que brille con luz propia el pleno respeto y promoción de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Entre los órganos que componen la realidad administrativa global se encuentran los órganos administrativos regulatorios intergubernamentales formales, redes regulatorias informales intergubernamentales, estructuras de coordinación, órganos regulatorios nacionales que operan en relación a un régimen internacional intergubernamental, órganos regulatorios híbridos público-privados, así como algunos órganos regulatorios privados que ejercen funciones de relevancia pública en sectores concretos. Esta nueva estructuración de la administración global viene a confirmar la versión objetiva o material del derecho administrativo en la medida en que la perspectiva subjetiva queda rebasada por la realidad. Ahora, lo determinante va a ser la función de esta nueva administración global en la que tienen un lugar propio los esquemas organizativos público-privados y las organizaciones privadas que realicen tareas de trascendencia pública, de interés general, en determinados sectores.

La clave del derecho administrativo global se encuentra, pues, en la acción administrativa, que ahora va a poder proceder no solo de estructuras administrativas tradicionales sino también de nuevos sujetos que ahora van a cobrar especial protagonismo en el espacio

jurídico global. La gobernanza global, la gobernabilidad global o la gobernanza global va a ser la principal actividad que va a estudiar el derecho administrativo global, que en modo alguno invade el campo de trabajo del Derecho Internacional Público, ya que aunque estamos en el marco de la gobernanza global y en ocasiones trabajamos en la frontera del Derecho Internacional, estamos en presencia de una tarea de regulación de amplios sectores de la vida económica y social de inequívoco alcance administrativo (Giannini, 1991).

No obstante, la actividad administrativa que va a estudiar el derecho administrativo global se refiere, en el plano supranacional, a estándares derivados de la cláusula del Estado de Derecho de aplicación a las regulaciones administrativas derivadas de tratados internacionales, a las regulaciones “informales” adoptadas al aplicar y ejecutar regímenes normativos internacionales, así como a la denominada función administrativa de naturaleza “jurisdiccional” distinta de la conclusión de tratados o de la resolución judicial entre sujetos del derecho internacional.

El derecho administrativo global existe porque hay una acción administrativa global. Y hay una acción administrativa porque se ha ido conformando en este tiempo un conjunto de estructuras de regulación global, no necesariamente de composición estrictamente pública, que han ido produciendo actos y normas proyectados en un espacio de orden administrativo que llamamos global. Los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart dicen que este espacio administrativo global es de orden polifacético porque en él actúan, como sujetos productores de regulación, instituciones administrativas clásicas, estructuras como ONG o personas jurídicas empresariales que adquieren relevancia administrativa en la medida en que dictan reglas de relevancia pública. Esta realidad, insistimos, permite pensar de nuevo en las posibilidades de la concepción objetiva o material del derecho administrativo y en la capitalidad de la acción administrativa como eje central del concepto mismo de nuestra disciplina.

Ciertamente, esta cuestión es polémica puesto que no toda la doctrina, ni mucho menos, admite que pueda haber regulación administrativa emanada más allá de órganos o estructuras no formalmente administrativas del nivel estatal o nacional, regional o subestatal. Sin embargo, la realidad nos muestra que en el ámbito supranacional existen órganos como la OCDE, el FMI, el Comité de Basilea, el Grupo de Acción Financiera Internacional o la OMC, por ejemplo, que en muy poco tiempo han establecido regímenes regulatorios de naturaleza

administrativa con trascendencia y repercusión jurídica a nivel supranacional. En el ámbito ambiental, uno de los más representativos, sin duda, del derecho administrativo global, se puede decir que a día de hoy existe una normativa administrativa global confeccionada en muchos casos por estructuras y organizaciones nacidas al calor de las grandes declaraciones mundiales sobre materias como el comercio de emisiones o el desarrollo limpio derivado del Protocolo de Kioto.

El espacio administrativo global es un espacio jurídico. Es importante esta precisión porque la afirmación de un espacio administrativo global sin la caracterización jurídica podría llevarnos de la mano a la perspectiva tecnoestructural en cuya virtud se intenta, tantas veces, contemplar la realidad sin más límites que los de la eficacia o la eficiencia. Algo que, en este tiempo, como en el pasado, constituye uno de los desafíos más importantes del derecho administrativo: o se convierte de verdad en el derecho del poder para la libertad, o, sencillamente, termina por ser la *longa manus* del poder, la justificación técnica del poder sin más.

Por otra parte, el derecho administrativo global encuentra también espacio propio, en coexistencia con el Derecho Internacional Público, como señalan Kingsbury, Krisch y Stewart, en la base de la acción que se realiza a nivel global en el trabajo del Consejo de Seguridad de la ONU y en la comitología de la propia organización de Naciones Unidas, así como en la regulación de la energía llevada a cabo por la Agencia Internacional de Energía Nuclear (AIEA) o en los mecanismos de supervisión de la Convención sobre Armas Químicas (2014, p. 18).

La realidad de la acción pública a nivel supranacional e intergubernamental nos ofrece un panorama bien amplio y variado de modalidades de acción pública institucional que trae su causa de regulaciones globales procedentes de la administración global. Una administración que es polifacética, poliédrica, plural, en la que la proyección del pensamiento abierto y compatible permite que la acción administrativa en sentido amplio deje de ser un coto reservado de las estructuras tradicionales de naturaleza administrativa.

Podrá decirse, con razón, que este enfoque no es nuevo. Y es cierto. Como es sabido, en el siglo XIX, a finales, surgió una perspectiva internacional del Derecho Administrativo llamada Derecho Administrativo Internacional que, lejos de sustituir al Derecho Internacional Público, trató de explicar la acción de la llamada administración internacional como consecuencia del auge de las instituciones regulatorias internacionales o “uniones

internacionales”, que según Kingsbury, Krisch y Stewart, trataban temas como los servicios postales, la navegación o las telecomunicaciones y que disponían, en ocasiones, de relevantes poderes regulatorios que incluso no precisaban de ratificación estatal para desplegar eficacia jurídica. En el marco de estas “uniones internacionales” se producía una suerte de cooperación interestatal o intergubernamental que justificó el nacimiento de una verdadera administración internacional que incluía tanto instituciones estrictamente internacionales como sujetos jurídicos internos dotados de capacidad jurídica en la dimensión transfronteriza. Estas ideas, y, sobre todo, el análisis administrativo de las relaciones internacionales, como señalan los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart, desaparecen tras la Segunda Guerra Mundial y, de alguna manera, reaparecen hoy en día en forma de derecho administrativo global.

Otra de las características que nos interesa destacar en este trabajo sobre los principios del derecho administrativo global se refiere a que, en la realidad, sin que su nacimiento se haya debido a una sistematización previa, nos encontramos ante acción administrativa global y ante entes públicos, público-privados, incluso privados, que realizan tareas regulatorias de servicio objetivo al interés general. La realidad, que es tozuda, testaruda podríamos decir en una expresión quizás no muy científica, demuestra que en el llamado espacio jurídico-administrativo global habitan toda una serie de regulaciones de este carácter que están afectando sobremedida al tradicional entendimiento del derecho administrativo. Por ello, ahora, cuando explicamos en las facultades universitarias derecho administrativo, tenemos que introducir a los alumnos en el derecho administrativo global, sobre todo en materia de derecho regulatorio y en los contenidos de algunos sectores del derecho administrativo como pueden ser, por ejemplo, el derecho ambiental, derecho sanitario, el derecho de la seguridad o el derecho marítimo.

Los actos y normas emanados por las cinco formas de administración global hasta ahora conocidas deben realizarse en el marco de los principios del Estado de Derecho que preside el entero sistema del derecho administrativo en todo el mundo. Es decir, los actos y normas procedentes de los organismos internacionales formales (Consejo de Seguridad de la ONU y comités derivados Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, Organización Mundial de la salud, Banco Mundial o Grupo de Acción Financiera Internacional) de las redes transnacionales de cooperación entre funcionarios de órganos de regulación nacional (Comité de Basilea), de órganos regulatorios

nacionales bajo tratados, redes u otros regímenes cooperativos (administración dispersa como la OMC), de órganos híbridos público-privados (Comisión del Codex Alimentarius, ICANN), o de instituciones privadas de naturaleza regulatoria (ISO) deben estar producidos en el marco del Estado de Derecho. Ello quiere decir, entre otras cosas, que el dilema entre eficacia y legalidad, tantas veces presente en la gestión pública, debe resolverse siempre, y en todo caso, en el marco de los principios del Estado de Derecho.

La acción administrativa global, desplegada en el espacio jurídico-administrativo global, afecta cada vez a más ciudadanos. Solo en el espacio jurídico europeo se calcula que las decisiones de la Unión Europea afectan directamente al 70% de empresas y ciudadanos. Por eso es cada vez más importante explicar el Derecho Administrativo en la dimensión nacional, internacional y global.

Los principios del Estado de Derecho son de aplicación tanto al derecho administrativo estatal como al derecho administrativo global, los mismos que han de estar sincronizados y actuar de manera complementaria. Al mismo tiempo, si bien existen en el ordenamiento jurídico interno instancias y técnicas de control y de *accountability*, también deben existir en el nivel global, en el espacio jurídico-administrativo global. En este sentido, ante la ausencia en el ámbito de la gobernanza global de órganos de control, de técnicas de *accountability*, ante la constatación de un espacio administrativo global, es fundamental, si queremos que ese espacio esté sometido al derecho administrativo, que en el marco de la actuación administrativa global se respeten los principios del Estado de Derecho.

2.Los principios jurídicos y el derecho administrativo global

El derecho administrativo global, tal y como sostienen Kingsbury, Krisch y Stewart, se refiere a todas la regulaciones, procedimientos y principios que ayuden a asegurar la *accountability*, la transparencia, la participación, la racionalidad y el control en la toma de decisiones en el espacio administrativo global (2014, pp. 21 y ss.). Estos autores no son muy partidarios de articular el sistema de fuentes del derecho en su versión tradicional y postulan, de alguna manera, un renovado *ius gentium* que englobaría normas que emergen entre una gran variedad de actores y en escenarios muy diversos, en lugar de depender de un *ius inter-gentes* construido sobre acuerdos entre Estados. De esta manera, desde la perspectiva de las fuentes, se podrían admitir normas no necesariamente configuradas en el seno de los centros de producción normativa tradicional, resolviendo así

el problema de la posibilidad de dictar normas con repercusión en el espacio jurídico global por parte de administraciones híbridas o de determinados sujetos jurídicos privados.

La consideración del *ius gentium*, que a los profesores anglosajones citados se les antoja, sin embargo, complicada por la dificultad de admisión global de una serie de principios generales de derecho de dimensión universal es precisamente, el punto de partida en este estudio para construir, con las dificultades que ello supone, una teoría de los principios del Derecho Administrativo Global. Esos principios, que parten del Estado de Derecho y de la centralidad de la dignidad del ser humano, como son la base del Derecho, deben aspirar a impregnar un Derecho Administrativo Global que no puede, que no debe renunciar a las conquistas más estables y humanistas de nuestra civilización. No se trata, ni mucho menos, de forzar un choque de culturas jurídicas para afirmar con pretensión de victoria que el modelo del Estado social de Derecho constituye la matriz única del Derecho Administrativo Global. No, de lo que se trata es de, partiendo de estos pilares, construir un Derecho que permita que, en el espacio jurídico global, la nueva administración global pueda realizar una actividad pública en la que a través de los controles y patrones o estándares que se determinen, puedan mejorarse permanentemente las condiciones de vida de los ciudadanos. Y, hoy por hoy, el Estado social de Derecho, no nos engañemos, es fundamento razonable para la construcción de este edificio jurídico.

De esta manera entendemos la afirmación de la cláusula del Estado de Derecho como base y fundamento del derecho administrativo global. La cuestión, sin embargo, aunque es compleja, requiere de unos mínimos básicos que han de ser aceptados por todos los integrantes de la administración global. El desarrollo del Derecho Administrativo Global, que es un derecho *in fieri*, en formación, nos irá ilustrando acerca de cómo es posible articular el Derecho interno de un Estado que participa en una administración global con la norma que regula el funcionamiento de esa institución en el plano doméstico. Partiendo de unos principios básicos, será posible, a través de algunos instrumentos como el del reconocimiento de legislaciones, como el de racionalidad, transparencia, rendición de cuentas, sometimiento al control judicial, ir construyendo un derecho que al final debiera ser el derecho regulador de la denominada gobernanza global.

Lo que se puede reclamar –en la actualidad– de este nuevo derecho administrativo es que sea capaz, y no es poco, de juridificar el orden

económico global, sometiendo a regulaciones jurídicas el complejo mundo de la actividad administrativa de orden económico que se produce en el espacio global. La panoplia de entes públicos, semipúblicos y privados que realmente están protagonizando la realidad de la normación en el espacio global, demuestra que como lo fáctico suele ir por delante de lo jurídico, es fundamental que la regulación global que va surgiendo para racionalizar el ejercicio de esos poderes globales se haga en el escenario del Estado de Derecho. A pesar de que estamos en el siglo XXI y de que deberíamos habitar en un mundo más justo y racional que en el pasado, nos enfrentamos todavía a fenomenales ejemplos de arbitrariedad y de autoritarismo en la esfera global que reclaman del derecho público soluciones jurídicas y, por ello, profundamente humanas.

La realidad nos está demostrando cómo, poco a poco, las instituciones públicas globales van formulando, sobre todo en el área de la *accountability* y la participación, reglas y principios propios. Se trata de una serie de casos que relatan Kingsbury, Krisch y Stewart (2014, pp. 23 y ss.) y que comienza con el establecimiento por el Consejo de Seguridad de la ONU de un procedimiento administrativo limitado para el listado y exclusión de personas objeto de sanciones por parte de la ONU, en el que existe la posibilidad de revisión judicial y en el que se exige la racionalidad en las decisiones.

El panel de inspección del Banco Mundial se creó para garantizar la racionalidad ambiental de los proyectos. Algunas redes intergubernamentales han ido caminando hacia una mayor transparencia en sus procedimientos, como por ejemplo el llamado Comité de Bancos Centrales de Basilea, la OCDE, la Organización Mundial de Sanidad Animal o las cumbres de jefes de Estado y de gobierno de los países iberoamericanos. También se aprecian avances en materia de participación de ONG en los procesos de toma de decisiones en la Comisión del Codex Alimentarius. Las ONG también han constituido en forma más o menos cooperativa sociedades de gobernanza regulatoria con empresas. En relación con ciertos patrones laborales y medioambientales, las empresas han intentado integrar a las ONG en lo que previamente eran estructuras autorregulatorias en orden a mejorar la legitimidad de los estándares y de los mecanismos de certificación establecidos por esas instituciones. En todos estos casos, lo que se aprecia es trabajo presidido por el Estado de Derecho, que tantas veces se expresa a través de racionalidad, participación, cooperación y posibilidad de control judicial de las decisiones administrativas.

Otro espacio en el que también encontramos derecho administrativo global se refiere a los casos en que las agencias intergubernamentales procuran que las normas globales se apliquen no solo a la sustancia de las regulaciones nacionales, sino también y, sobre todo, a los procesos de toma de decisión seguidos por los reguladores estatales cuando aplican normas globales o cuando están sujetos a sus limitaciones (Kingsbury, Krisch y Stewart, 2014). Estos requisitos otorgan, dicen estos autores, un papel especial a estos órganos reguladores nacionales como aplicadores del derecho administrativo global y como responsables de su cumplimiento. En este sentido, algunas resoluciones del órgano de apelación de la OMC obligaron a que se demostrara que a los países y a los productores extranjeros afectados en un determinado pleito habían sido otorgadas algún tipo de garantías en el proceso. También, en esta materia nos encontramos con el arbitraje internacional cuando han sido violados determinados derechos, establecidos en virtud de un tratado de inversión. Estos tribunales arbitrales, como señalan Kingsbury, Krisch y Stewart, han ido poco a poco estableciendo límites procesales y sustanciales a los reguladores internos, llegando a crear una doctrina propia.

Kingsbury, Krisch y Stewart llaman la atención acerca de cómo la teoría y la práctica del buen gobierno, de las buenas prácticas y los códigos a que han dado lugar en buena parte del sector público y privado de diferentes países, proceden de los criterios establecidos en el Banco Mundial para otorgar ayudas financieras a determinados países. Estas condiciones para acceder a los créditos requieren la obtención de una serie de estándares en cuestiones tan relevantes como la lucha contra la corrupción o prácticas que promueven transparencia (2014, pp. 23 y ss.). La corrupción es, en tantos casos, uso del poder para fines particulares. Y la transparencia refleja el empeño de los gobiernos por ser casas de cristal ante los ciudadanos. La ética pública, por tanto, se nos presenta también como un elemento transversal del derecho administrativo global en la medida en que el derecho administrativo siempre ha estado comprometido con la lucha frente a las inmunidades, oscuridades, y abusos en que puede, por acción u omisión, incurrir el poder público, sea en el marco del ejecutivo, del legislativo o del judicial.

A día de hoy, la consideración del buen gobierno y de la buena administración de los asuntos públicos es, desde luego, otro elemento principal del derecho administrativo global. En la declaración del milenio de Naciones Unidas y en los más destacados documentos de reforma

del Estado de casi todos los países, a veces incluso en el marco de leyes y normas administrativas, hoy el derecho a la buena administración y al buen gobierno es, desde luego, un derecho de los ciudadanos.

En efecto, la consideración central del ciudadano en las modernas construcciones del derecho administrativo y la administración pública proporciona, en efecto, el argumento medular para comprender en su cabal sentido este nuevo derecho fundamental a la buena administración señalado en el proyecto de la Constitución Europea (artículo II-101), de acuerdo con el artículo 41 de la Carta Europea de los derechos fundamentales. La persona, el ciudadano, el administrado o particular según la terminología jurídico administrativa al uso, ha dejado de ser un sujeto inerte, inerme e indefenso frente a un poder que intenta controlarlo, que le decía lo que era bueno o malo para él, al que estaba sometido y que infundía, gracias a sus fenomenales privilegios y prerrogativas, una suerte de amedrentamiento y temor que terminó por ponerlo de rodillas ante la todopoderosa maquinaria de poder en que se constituyó tantas veces el Estado.

El artículo 41 de la Carta constituye un precipitado de diferentes derechos ciudadanos que a lo largo del tiempo y a lo largo de los diferentes ordenamientos han caracterizado la posición central que hoy tiene la ciudadanía en todo lo que se refiere al derecho administrativo. Hoy, en el siglo XXI, el ciudadano, como ya hemos señalado, ya no es un sujeto inerte que mueve a su antojo el poder. Hoy el ciudadano participa en la determinación del interés general que ya no define unilateralmente la administración pública. El ciudadano es más consciente de que el aparato público no es de la propiedad de los partidos, de los políticos o de los propios servidores públicos.

El citado precepto dispone como premisa central, que “toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable”; incluyendo además este derecho una serie de garantías fundamentales en torno a la posición de las personas frente a la actuación de la autoridad. Precisamente, una primera lectura del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales sugiere que dicho precepto es un buen resumen de los derechos más relevantes que los ciudadanos tenemos en nuestras relaciones con la administración.

La novedad reside en que, a partir de ahora, se trata de un derecho fundamental de la persona, cuestión polémica pero que en nuestra

opinión no debiera levantar tanta polvareda porque el ciudadano, si es el dueño del aparato público, es lógico que tenga derecho a que dicho aparato facilite el desarrollo equilibrado y solidario de su personalidad en libertad, porque la razón y el sentido de la administración en la democracia reside en su disposición al servicio objetivo a la población. El problema, para que sea un derecho susceptible de invocabilidad ante los Tribunales, reside en la exigibilidad de los parámetros que caracterizan dicho derecho, parámetros que en el precepto son claros.

Lorenzo Membiela ha recopilado en un trabajo publicado en *Actualidad Administrativa*, en el número 4 de 2008, algunas de las sentencias más relevantes en la materia, bien del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, bien del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. Evidentemente, la jurisprudencia ha ido decantando el contenido y funcionalidad del llamado principio a una buena administración, principio del que más adelante se derivaría, como su corolario necesario, el derecho fundamental a la buena administración. Por ejemplo, en el 2005, el 20 de septiembre encontramos una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se afirma que en virtud del principio a la buena administración el traslado de funcionarios de un municipio a otro debe estar justificado por las necesidades del servicio.

Una sentencia de 24 de mayo de 2005, también del Tribunal Europeo de Derechos Fundamentales, señaló, en materia de justicia, que el principio de la buena administración consagra la celeridad en los procesos judiciales. Expresión del derecho fundamental a la motivación de las resoluciones administrativas la podemos encontrar en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de abril de 1997, en cuya virtud cualquier restricción de los derechos de defensa deben estar convenientemente motivados. También es consecuencia de la buena administración pública la resolución en plazo razonable de los asuntos públicos, de manera que cómo dispone la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 1995, “la inactividad de la Administración más allá de los plazos establecidos en las normas constituye una lesión al principio de la buena administración pública”. Igualmente, por sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 16 de marzo de 2005, es consecuencia del principio de la buena administración, la óptima gestión de los organismos administrativos, lo que incluye, es claro, el respeto a los plazos establecidos y al principio de confianza legítima, en virtud del

cual la administración pública, merced al principio de continuidad y a que no puede separarse del criterio mantenido en el pasado salvo que lo argumente en razones de interés general.

Es también una consecuencia del principio de la buena administración, dice el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas el 27 de febrero de 2003, que la administración ha de facilitar todas las informaciones pertinentes a la otra parte actuante en el procedimiento administrativo.

Esta dimensión del buen gobierno, de la buena administración, como obligación de la administración global y como derechos de todos los ciudadanos se encuentra presente entre las tareas más importantes que tiene por delante la globalización del derecho administrativo tal y como razona agudamente el profesor Daniel C. Esty (2006). En efecto, a través de la buena administración de las instituciones de la administración global es posible comprender mejor el alcance que tal principio proporciona como criterio fundamental para construir el derecho administrativo a nivel global a partir de la lucha contra la corrupción, tarea que como ya se ha comentado en este trabajo en más de una ocasión, es el origen de la aparición como sistema científico del derecho administrativo allá por los finales del siglo XVIII.

El profesor Esty plantea en su estudio la relevancia de esta operatividad del derecho administrativo global junto a lo que para él son las principales transformaciones que debe afrontar el derecho administrativo global que hemos planteado también en estas líneas: la mejor regulación de la responsabilidad administrativa, la necesidad de regular de la mejor forma posible los fenómenos de informalidad y flexibilidad que se aprecian tantas veces en la manera de producir actos y normas por parte de las diferentes instituciones que componen la administración pública global, un mejor encaje de los actores privados que realizan tareas de interés general entre la panoplia de entidades que conforman esta administración global, una más atinada comprensión del fenómeno del gobierno y la gobernanza de instituciones públicas a nivel mundial, un recto entendimiento desde nuevos parámetros más abiertos, plurales, dinámicos y complementarios de lo que es el interés general, así como la necesidad de resolver los problemas que la política plantea en esta materia, sobre todo cuando se intenta dominar a nivel global la administración desde determinados esquemas tecno estructurales de naturaleza política.

Es más, puede decirse, de alguna manera, que el repertorio de principios del derecho administrativo global parte de esta capital consideración.

Por una razón fundamental: porque las exigencias de transparencia, racionalidad, motivación, objetividad, responsabilidad, participación, pluralismo, entre otros, que deben caracterizar a la acción de la administración global, se deducen de este derecho del ciudadano, por ser el dueño de las instituciones públicas, a una buena administración y a un buen gobierno de los asuntos públicos.

Por ejemplo, el principio de participación en el orden procesal y el derecho de audiencia es hoy uno de los principios más relevantes de este emergente derecho administrativo global. Puede parecer algo obvio, pero algunas resoluciones del órgano de apelación de la OMC ya han entendido que los Estados miembros deben respetarlo. Kingsbury, Krisch y Stewart nos ilustran con algunos ejemplos: el derecho de las personas a ser oídas en el código antidoping del Comité Olímpico Internacional, la participación de las ONG en el proceso de toma de decisiones del Codex Alimentarius, la posibilidad de participación o de audiencia en redes globales híbridas que se ocupan de la certificación sustentable en materia de silvicultura, el acceso público a la información sobre las disposiciones medioambientales de la Convención de Aarhus.

El principio de racionalidad, corolario también del derecho a la buena administración global, es un principio que ha pasado de la dimensión interna a la global. Sin embargo, en materia de regulación global todavía hay un largo camino por recorrer, aunque algunas organizaciones globales, como el Comité de Basilea o la Corporación Financiera Internacional del Banco Mundial, poco a poco van caminando en esta dirección.

Otro principio es el de posibilitar que las decisiones de la administración global puedan ser revisadas ante un órgano judicial independiente. La revisión es, pues, una exigencia de la buena administración. Por eso, el Tribunal de Estrasburgo, en virtud de los artículos 6 y 13 de la Convención, se ha reconocido el derecho de que las decisiones de los organismos intergubernamentales puedan ser revisadas, el órgano de apelación de la OMC igualmente lo sancionó, como el Tribunal de Arbitraje para el deporte. En este punto también nos encontramos con sombras en lo que se refiere al contenido de este derecho de revisión como nos demuestran los problemas existentes para la revisión de algunas sanciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o en las dificultades para superar la perspectiva interna o doméstica de la revisión (ACNUR).

Cuando los derechos fundamentales de la persona adquieren a nivel global el lugar que le corresponde, entonces se comprende mejor que el Derecho Administrativo Global incorpore en su seno un repertorio de patrones o estándares sustanciales para la acción administrativa que tienen que ver con la proyección de la fuerza de estos derechos en orden al ejercicio de una mejor y más humana acción administrativa como comentan Kingsbury, Krisch, Stewart (2014, pp. 30 y ss.). Desde esta perspectiva se comprende bien la importancia que tiene para el Derecho Administrativo Global la incorporación a su acervo de principios, por ejemplo, del principio de proporcionalidad, que ocupa un lugar central, como se sabe, en la propia jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo al aplicar la convención en determinados casos. La proporcionalidad también aparece, como es lógico, en las resoluciones de algunos órganos administrativos globales como la federación Internacional de Deportes cuando ha de sancionar algunas conductas en materia, por ejemplo, de doping.

Una materia en la que los principios del derecho administrativo global pueden alterar el *status quo* es la referente a las inmunidades de que gozan los entes intergubernamentales para ser enjuiciados bajo una ley nacional. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos está jugando un papel muy relevante aplicando test de proporcionalidad y sopesando en la operación de balance y contraste jurídico la posibilidad de que se pueda recurrir ante el organismo intergubernamental. Así lo ha declarado el mismo Tribunal en 1997 al sentenciar que las reglas de inmunidad de Estado del Derecho Internacional Público no se pueden considerar como principio en cuya virtud se pueda imponer una restricción desproporcionada del derecho de acceso al tribunal, según lo dispuesto por el artículo 6 de la convención. Como señalan Kingsbury, Krisch y Stewart, esta línea de trabajo permite que el carácter absoluto de estas inmunidades tradiciones pierda tal naturaleza precisamente en atención al principio de proporcionalidad.

Es verdad, no se puede negar, que en el orden internacional existen diversos patrones que fundan diversos marcos normativos que han de convivir en el contexto del derecho administrativo global. El problema, todos lo sabemos, es que estos patrones admiten diversas interpretaciones, a veces incluso claramente contradictorias, entre esos marcos normativos. Este problema, sin embargo, debe resolverse en el marco del Estado de Derecho, en el marco de la centralidad de los derechos fundamentales de la persona, que conforman los criterios mínimos, el solar sobre el que descansa el derecho administrativo

global. La interpretación que se realice sobre esta cuestión entendemos que debe ser respetuosa con el sentido capital que en el ordenamiento global tiene la dignidad del ser humano.

La relevancia de estos patrones del orden internacional en materia de derecho administrativo global ha sido puesta de relieve por los profesores anglosajones que seguimos en este epígrafe al considerar que tales criterios pueden yuxtaponerse a tres conceptos diversos y complementarios de entender el derecho administrativo global, que tienen gran trascendencia desde la perspectiva de los principios: la llamada *accountability* administrativa internacional, la protección de los derechos de las personas y la promoción de la democracia. En el derecho administrativo global, ya lo hemos adelantado, hay componentes de estos tres conceptos que han de comprenderse de manera complementaria. Es posible que en ciertas materias prevalezca alguno de estos elementos, pero los tres forman parte de su esencia, y los tres son los rasgos de identidad de este ordenamiento jurídico que actualmente está todavía *in fieri*.

Si nos situamos en las coordenadas de la *accountability*, el tema central va a ser el del aseguramiento de la responsabilidad de los diferentes actores en juego, sean subordinados o periféricos en relación con el ente matriz, a través de la protección de la legalidad de la acción administrativa. Si nos centramos en la segunda dimensión, la más relevante desde mi punto de vista, nos encontramos con una acción administrativa global orientada a la protección de los derechos civiles de manera que en la conformación de los correspondientes procedimientos administrativos y de revisión, se garantice la participación, presencia y capacidad de recurrir de los particulares potencialmente afectados por estas regulaciones. Finalmente, la tercera función del derecho administrativo global se dirige a subrayar su misión de derecho promotor de democracia. Es verdad que estos tres elementos aparecen configurando el derecho nacional de muchos países del mundo, sobre todo en los que forman parte de la cultura jurídica grecorromana y anglosajona. De ahí, pues, que en la construcción del derecho administrativo global haya que tener en cuenta los diferentes sistemas jurídicos en la búsqueda de patrones comunes que se integren en forma de *accountability*, derechos, tanto de Estados como de ciudadanos, en democracia. Esta tarea es francamente difícil a la vista de las diferencias que todavía existen en este punto en muchas culturas pero que debe afrontarse en la búsqueda de mayores cotas de desarrollo y protección de la dignidad del ser humano.

En la segunda dimensión de protección de los derechos, el derecho administrativo global se basa en la cláusula del Estado de Derecho. Aquí lo importante es que la lesión del derecho en cuestión pueda ser recurrida por el Estado en favor de la persona afectada por un organismo independiente. Esta modalidad de Derecho Administrativo Global opera en aquellos casos, dicen Kingsbury, Kresch y Stewart, en que la Administración global actúa directamente sobre ciudadanos. Es el caso del reconocimiento del debido proceso ante órganos globales como el Consejo de Seguridad de la ONU o en el régimen antidoping internacional. Subrayar este enfoque, dicen estos autores, supone dar preferencia a un planteamiento liberal, al individualismo. Sin embargo, superando esta concepción ciertamente unilateral, es posible asentar la base del Derecho Administrativo Global más bien sobre una perspectiva universal de los derechos humanos. El problema vendría a partir de la interpretación de los derechos humanos, interpretación que el contenido y la letra de la declaración universal resuelve en gran medida, al menos en lo que se refiere a los mínimos que permiten un desarrollo digno del ser humano. Es verdad que en un orden plural nadie debe imponer sus puntos de vista, pero no es menos cierto que en un orden plural la dignidad del ser humano puede ser colocada como valor común, lo cual es muy importante para que ese reconocimiento de los derechos humanos sea una realidad como principio fundante del derecho administrativo global. Desde la perspectiva del Derecho Administrativo Global como derecho que protege, valga la redundancia, derechos de los Estados, las cosas se complican todavía más en la medida en que tal perspectiva no parece encaminada a solucionar, salvo por criterios de votación, los problemas de diversidad que se presentan en un mundo global de naturaleza pluralista (2014, pp. 30 y ss.).

Finalmente y, para terminar, el Derecho Administrativo Global como derecho comprometido con la democracia, presenta algunos problemas. Uno no menor es la ausencia de tribunales de justicia independientes a nivel global. Otro reside en la diversidad de entendimientos que el sistema democrático ofrece en diversas partes del globo. Sin embargo, como ha sostenido Anne-Marie Slaughter, es posible trabajar en esta dirección si se asegura la rendición de cuentas de los funcionarios encuadrados en las diferentes redes de gobierno de la administración global. Es, desde luego, una posibilidad que, en nuestra opinión, debe ser contemplada como un punto de partida posible para llegar a mayores cotas de legitimidad democrática.

3. Derechos humanos y arbitraje de inversiones extranjeras

A continuación, nos proponemos reflexionar acerca de un sector del derecho público global como es el del derecho de las inversiones extranjeras, un espacio jurídico dominado en el escenario de la resolución de los conflictos, por los arbitrajes internacionales.

En efecto, en estos casos se trata de resolver problemas de derecho público puesto que la controversia es entre un Estado y un inversor extranjero con ocasión, como es lógico, de la celebración y realización de un negocio jurídico relevante para el sector público. El inversor busca la rentabilidad económica y financiera de su aportación y el Estado pretende que con tales operaciones crezca la economía nacional o se desarrollen aspectos estratégicos de interés general para los distintos países. Insistimos en que estamos ante negocios jurídico-públicos, principalmente y, por ende, el derecho de aplicación debe ser el derecho del poder público para la libertad solidaria de los ciudadanos, el Derecho que regula la ordenación de los asuntos de interés general de acuerdo con la justicia.

Este Derecho Administrativo Global, de naturaleza principal, es el que se debe aplicar a estos conflictos teniendo muy presente el Derecho Administrativo interno que si es derecho público de un Estado social y democrático de derecho tendrá como eje central y principal objetivo la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales, individuales y sociales de las personas, también, claro está, de los inversores.

Sin embargo, las cosas, es obvio, no siempre fueron así. Cuando estamos en presencia de contratos entre un Estado y una persona física o jurídica extranjera y se producen diferencias en su ejecución, lo lógico y natural sería que los propios tribunales del país conocieran y resolvieran las tales disputas o controversias. La realidad, sin embargo, enseña que, en determinados casos, normalmente cuando existen dudas acerca de la imparcialidad de los tribunales locales, hacen acto de presencia los centros o tribunales arbitrales.

Como es sabido, en el caso de acuerdos arbitrales contenidos en los denominados Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), los redactores del Convenio de Washington ya previeron la posibilidad de que cualquier Estado receptor de inversión extranjera anticipase su consentimiento para someter las disputas sobre inversión a arbitraje internacional bajo

los auspicios de Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y de su Reglamento en los instrumentos legislativos de cualquier índole que suscribiese para la atracción y protección de inversión extranjera.

En estos casos, de acuerdo con el Convenio de Washington, artículo 42, el Derecho aplicable, en el marco de un sistema de prelación de fuentes, es el Ordenamiento del Tratado Bilateral de Inversión, las normas generales de derecho internacional aplicables y el derecho interno del país donde se celebra el negocio jurídico impugnado. En este marco, el Derecho Administrativo Global, o el Derecho Administrativo Internacional, es un elemento de primer orden a tener presente por los árbitros para resolver las disputas entre los Estados y los inversores extranjeros acogidos al CIADI. Es decir, los principios del Derecho Administrativo Global despliegan su potencial sobre las normas de aplicación. En algunos casos, a falta de norma positiva internacional y en defecto del derecho interno, los principios serán la principal fuente de resolución de estas controversias; principios que, en todo caso, informan dichos preceptos nacionales o supranacionales de aplicación.

Como es sabido, la doctrina Calvo, nacida al calor de un concreto y determinado ambiente político y comercial vinculado a las primeras andanzas de las naciones recién descolonizadas, se aplicó durante largo tiempo con el fin de restaurar la maltrecha, por entonces, cláusula de orden público. Tal teoría, escrita por el diplomático argentino de tal apellido durante su estancia en París, indicaba que el derecho interno del país donde se celebraba el negocio jurídico entre el Estado y el inversor extranjero era de aplicación a las diferencias y problemas que se pudieran suscitar entre ambos. El derecho local es el derecho aplicable a los pleitos entre Estados e inversores extranjeros. Son tiempos en los que existe una determinada manera de entender la soberanía nacional y en los que todavía no se cae en cuenta sobre las implicaciones internacionales, especialmente en países con determinados regímenes políticos, de tales disputas o controversias. En virtud de la doctrina Calvo los inversores, además de asumir el derecho local, debían renunciar a la protección diplomática de sus Estados, algo que desde el principio se entendió que estaba destinado al fracaso. El fundamento de esta peculiar forma de entender las relaciones jurídicas entre los Estados y los inversores extranjeros se hallaba en el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros ante la Ley con el fin de blindar el principio de no intervención de los Estados extranjeros en los asuntos internos. Así, de esta forma, se contribuía, de alguna manera, a potenciar una soberanía

recién alcanzada, todavía incipiente y sometida en algunos casos a los intereses comerciales de las potencias extranjeras.

En efecto, el fracaso de esta doctrina no se hizo esperar. Las personas no pueden renunciar al derecho a la protección diplomática pues disponen de él en cuanto nacionales de un Estado que tiene representación en los diferentes Estados. El individuo no puede renunciar a un derecho que le corresponde pues la protección diplomática es un deber del Estado, de manera que la doctrina Calvo empieza a ceder en beneficio de la protección diplomática, que asume la posición de última ratio, una vez agotados todos los recursos internos (Olarte Bacares, 2010, p. 685). Ante tal situación, los Estados iberoamericanos deberían encontrar nuevas fórmulas para ratificar el principio de no intervención pues este camino cedería ante la potencia de las nuevas concepciones internacionalistas.

Es entonces cuando se liga la soberanía a la no intervención de manera que la protección internacional de los derechos humanos preconizada en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, antecedente de la OEA, aprobada en Bogotá en 1948, se erigió en el centro de la cuestión. Así, de esta manera, los Estados protegen las inversiones de sus nacionales garantizando su derecho por esta vía en lugar de por la protección diplomática. La necesidad del continente americano, especialmente, en el área del sur y del centro, de blindarse de intervenciones extranjeras explicó durante algún tiempo, tampoco mucho, que a través de los derechos humanos se impidiera la intervención de los Estados en las actuaciones inversoras de sus nacionales en otros países. En realidad, tampoco esta construcción dogmática, de unión entre el sistema americano de protección de los derechos humanos y la inversión extranjera a través del principio de no intervención, duró demasiado tiempo. Entonces resucita la doctrina Calvo en las Constituciones –incluso en aquellas dictadas a finales del siglo pasado–, en las leyes y, por supuesto, en los contratos, en los negocios jurídico-públicos entre Estados e inversores privados. Y ya en las décadas de los ochenta y noventa del siglo pasado, se hace necesario estratégicamente proteger las inversiones extranjeras por lo que se facilitan fiscalmente y se les brinda un régimen beneficioso pensando que contribuirán a la mejora de las condiciones de vida de los nacionales (Olarte Bacares, 2010, p. 685).

Más adelante, sin embargo, algunas expropiaciones de la propiedad de inversores extranjeros y la presión internacional para hacer efectivo

el pago de la deuda de algunos países motivó que la nueva referencia para resolver estos problemas se ubicara en el llamado Consenso de Washington, de forma y manera que a partir de ahora el Derecho local y los tribunales locales, los de los diferentes Estados, dejarían de ser las fuentes y los enjuiciadores de las disputas entre Estados e inversores extranjeros, abriéndose el espacio para los arbitrajes internacionales como consecuencia de la liberalización de los mercados y de la privatización de numerosas empresas. Aparece por entonces el denominado derecho internacional de inversiones y se procede a la firma de numerosos tratados bilaterales de inversión, hoy en sobresaliente expansión y notorio crecimiento como lo atestigua la realidad misma (Olarte Bacares, 2010, p. 686), en los que se instaura la vía arbitral como la fórmula ordinaria para dirimir estos conflictos.

Los problemas que presentaba la protección diplomática como instrumento para resolver estas controversias eran muchos y de distinta naturaleza. Por una parte, los derechos locales ordinariamente no regulaban los derechos concretos de los inversores extranjeros en el país. Por otra, la petición de la protección diplomática, tras agotar los recursos internos, dependía de factores muchas veces extrajurídicos y, finalmente, lo que es un pleito entre un Estado y un inversor extranjero se trasladaba a una controversia entre Estados por este camino (Olarte Bacares, 2010, p. 686).

Surge, entonces el arbitraje internacional, y se crea el CIADI en 1955 para resolver las disputas internacionales), la Convención de New York de 1958, así como los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, entre los que se encuentran los tratados bilaterales de inversión y los más recientes tratados de libre comercio, en los que se instaura el arbitraje como fórmula ordinaria para la resolución de las controversias. La razón del nacimiento de estas iniciativas no es otra que la búsqueda de un sistema eficaz de defensa de la propiedad y la protección de las inversiones frente a las intervenciones públicas que lesionen los derechos de los inversores extranjeros.

Es verdad que los Estados que se lanzaron a fomentar y proteger estas inversiones eran Estados con economías frágiles y en desarrollo que pensaron que la solución a todos sus males era el crecimiento económico y la mejor ruta para alcanzarlo sería la protección de la llegada de dinero extranjero a actividades económicas estratégicas.

Sin embargo, la imposición constitucional de la doctrina Calvo se comienza a reinterpretar y a flexibilizarse, con el objeto de ofrecer

garantías a los derechos de los inversores extranjeros para ampliar su atracción, a los fines de proveer al crecimiento económico y consiguiente mejora de las condiciones de vida de los nacionales.

Efectivamente, los acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones y la aceptación de un sistema de solución de controversias al margen de las jurisdicciones nacionales favorecieron la entrada de inversores extranjeros que reclamaron, y reclaman, una posición jurídica privilegiada.

Ahora la protección de los derechos humanos se usa para la defensa del derecho de propiedad de los inversores extranjeros. Sin embargo, tal protección hasta podría colisionar, si fuera el caso, con otros derechos humanos, por ejemplo, de trabajadores nacionales que sean sometidos a condiciones laborales indignas por la empresa del inversor extranjero o por sociedades levantadas con capital extranjero.

Conformar esta materia, el derecho de las inversiones internacionales, como un derecho especial, con reglas propias y con enjuiciadores al margen del Derecho del país, se antoja un privilegio de difícil explicación salvo que, obviamente, no existan al interior de los Estados, tribunales independientes e imparciales. Entonces sí que es razonable acudir a foros de resolución de disputas que garanticen unos mínimos de autonomía y objetividad, algo que tampoco es patrimonio exclusivo, ni mucho menos, de los centros arbitrales.

El derecho de inversiones extranjeras debe convivir entre jurisdicciones clásicas y arbitraje cuando se den las circunstancias para ello. Es decir, si se dan las condiciones para que los pleitos sean enjuiciados por tribunales nacionales o supranacionales, ningún problema debería existir para que en ese espacio se resuelvan. Pero si tales condiciones afectan a la objetividad, a la especialidad, a la imparcialidad o a la independencia de los juzgadores, entonces parecería razonable que se encargaran de solventar estas disputas los centros arbitrales compuestos por profesionales de reconocida competencia en el sector.

Los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) incluyen normas y reglas dirigidas a que el Estado nacional garantice a través de su ordenamiento jurídico la protección de las inversiones. Así, de esta manera, estos Acuerdos suelen incorporar cláusulas en las que se dispensa al inversor extranjero trato nacional,

de trato de nación más favorecida, de trato justo y equitativo, de indemnización justa en caso de expropiación y, también, de protección y seguridad integrales.

En estos casos, cuando los Estados, que obviamente desean atraer inversiones extranjeras para poner en marcha programas estratégicos para el desarrollo del país, asumen este tipo de cláusulas, de alguna manera se están limitando en el ejercicio de sus poderes públicos. La clave estará, como es lógico, que la proporción y la adecuación de tales medidas de orden normativo con los principios, valores y opciones constitucionales.

En materia de expropiación o de intervención en las empresas con capital extranjero, los temas más delicados, es menester tener presente que, si el derecho del país no garantiza los principios básicos del Estado de Derecho, el sometimiento al arbitraje internacional no es solo una opción, es una necesidad. En todo caso, en estos supuestos, el análisis jurídico de las razones de interés general que pueden aconsejar estas operaciones ablatorias es de difícil enjuiciamiento, salvo que se esté en verdaderas condiciones de realizar un contraste jurídico acerca de la existencia o no de motivos reales y adecuados de interés general.

Por tanto, en estas materias nos deslizamos en el proceloso mundo de la soberanía de los Estados, en especial a una de sus principales potestades como es la facultad de dictar normas. ¿Hasta qué punto un Estado puede autolimitar su soberanía para proteger con determinada intensidad las inversiones extranjeras? ¿En qué medida es legítimo que se puedan lesionar principios básicos del Estado de Derecho para amparar determinadas condiciones que afectan a actividades realizadas con capital extranjero?

Son preguntas complejas que desde la óptica de la protección integral e internacional de los derechos humanos tienen fácil respuesta y que, en todo caso, si los inversores respetasen siempre las reglas del Estado de Derecho y los Estados actuasen solamente cuando es estrictamente imprescindible, habilitados siempre por exigentes y motivadas razones de interés general, no habría mayores problemas. Sin embargo, la realidad acredita que no siempre es así y que unos y otros en ocasiones interpretan su posición jurídica en clave de privilegio o prerrogativa, y de ahí los contenciosos, disputas y controversias.

Con frecuencia los países en vías de desarrollo, también los países subdesarrollados, encomiendan la administración y gestión de sus

principales recursos naturales, ante la inexistencia de empresas nacionales especializadas, a la inversión extranjera. Entonces los Estados que así actúan deben adecuar su régimen jurídico al derecho internacional de inversiones en el bien entendido de que tales normas sean congruentes con el Estado de Derecho pues de otra manera se estaría lesionando el derecho público global, que se funda precisamente en estos principios.

El principal dilema que nos muestra la conciliación entre el derecho global de inversiones y el derecho local es la complementariedad que debe haber entre estos ordenamientos, entre el interés general que debe presumirse del derecho interno y el derecho global de inversiones, que las protege y garantiza. Si la dignidad del ser humano es el centro y la raíz del Estado, si es un principio también jurídico que se yergue y levanta omnipotente y todopoderosa ante los embates del poder, cualquiera que sea su naturaleza, entonces el alcance y magnitud de las obligaciones del Estado y del inversor extranjero deben ser coherentes con su relevancia y calibre jurídico.

Sin embargo, como es sabido, el derecho internacional de inversiones nació y se desarrolló con la única pretensión de la protección, mejor cuanto mayor, de las inversiones extranjeras en los diferentes Estados. Por eso, tal objetivo ha chocado y sigue chocando en no pocas oportunidades con las potestades normativas de los Estados que están presididas por el interés general, provocando numerosos conflictos y disputas que se someten a los tribunales o centros arbitrales estatuidos en los acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones.

De todas maneras, desde la perspectiva del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, metodología desde la que se pueden estudiar las categorías y conceptos del Derecho, también del derecho público, hay que buscar que los tribunales locales cada vez sean más independientes e imparciales y que las normas que disciplinan el derecho global de inversiones sean más sensibles a los derechos humanos más allá del derecho de propiedad.

Esta tendencia, lógica y coherente con el denominado derecho público global, ha ido poco a poco influyendo en el derecho internacional de inversiones hasta llevar a algunos APPRI a incluir cláusulas de orden público en su seno. Cláusulas de interés general que recuerdan de alguna manera las determinaciones que han ido incrustándose en los pliegos de los contratos que se redactan desde la perspectiva de la sostenibilidad y la sensibilidad social.

En efecto, los APPRI han empezado a referirse al orden público, a la salud pública, a la protección del medio ambiente, al derecho a la vida, a los derechos laborales o al derecho al debido proceso, e incluso, hasta a la corrupción; bien en el marco de los considerandos de estos instrumentos, bien en su articulado o bien como excepciones derogatorias de las normas de protección de las Inversiones.

Los escenarios que ofrece la realidad en este espinoso y delicado asunto son dos fundamentalmente. En primer término, que las circunstancias en que se encuentra el interés general e inversión extranjera se inclinen a favor de la inversión o bien que finalmente sea preferente el interés general en detrimento de la inversión.

Los argumentos que esgrimen los inversores en sus pleitos con los Estados con ocasión de determinados negocios jurídico-públicos se centran en la defensa de su posición a partir de una interpretación del derecho global de inversiones centrada en los derechos humanos, pero del inversor. Se trata de una peculiar forma de entender la protección internacional de los derechos humanos. Los árbitros han atendido en numerosas ocasiones estas pretensiones fundándolas en la protección de los derechos humanos a partir de la protección del derecho a la propiedad de los inversores extranjeros.

Ciertamente el derecho a la propiedad, también de los extranjeros en un Estado, es un derecho humano. Así está reconocido en los instrumentos internacionales. Sin embargo, en estos pleitos, frente a la posible vulneración del derecho de propiedad existen, con más o menos intensidad, consideraciones de interés general que suelen referirse también a derechos humanos, pero a derechos humanos de los nacionales al medio ambiente, a un trabajo en dignas condiciones, al derecho a la protección social, el derecho a la vida, a la protección de las tradiciones y bienes tribales. Y el tribunal arbitral, con el derecho de aplicación en el marco de los principios del derecho público global, debe resolver cada caso con una motivación suficiente.

Además de la preferencia del derecho de propiedad, con frecuencia los inversores suelen fundar sus pretensiones en otro derecho humano como es el derecho al debido proceso, de gran raigambre en América. Un derecho que, en efecto, se refiere a la prohibición de denegación de justicia, el derecho a un proceso que termine con una sentencia motivada en plazo razonable, el derecho a ser juzgado por jueces y tribunales imparciales. En otras ocasiones, las controversias proceden

de la lesión del derecho a la igualdad como es el trato diferenciado en relación con los nacionales o en relación con la obligación de los Estados nacionales de garantizar los derechos de las poblaciones originarias en el momento de interpretar el concepto de trato justo y equitativo. También encontramos apelaciones al derecho a la integridad física y moral pues los APPRI protegen la seguridad y la protección plena de las inversiones.

En fin, al juzgador, tribunal tradicional o tribunal arbitral, compete un riguroso examen jurídico en el que ha de contrastar las exigencias del interés general y la lesión de los derechos del inversor extranjero. Para esa tarea es fundamental que sea quien fuere el encargado de dirimir las disputas sea imparcial y disponga de los conocimientos de derecho público global, para comprender lo que es y significa el interés general en cada caso y la intensidad de la protección de los derechos de los inversores extranjeros.

Los derechos humanos, pues, se pueden utilizar a favor de la posición del inversor, pero también, como hemos señalado, a favor del Estado en cuestión. También pueden ser esgrimidos para basar la defensa de personas distintas de los inversores. Algo que, lamentablemente, no ha sido suficientemente explorado por las/los árbitros en estos casos, que no admiten la doctrina de los derechos humanos más allá del derecho de propiedad y los derechos que puedan beneficiar a los inversores (Von Harten, 2014, p. 7). Se parte de la base, indubitada y dogmática, de que la inversión en sí misma es fuente de bondad y parabienes, garantía del crecimiento económico, del desarrollo y de la prosperidad. Algo que, como sabemos, es posible siempre que al amparo de dichas inversiones se defiendan, protejan y promuevan los derechos fundamentales de todos, inversores y nacionales, empresarios y trabajadores.

El problema reside en que las/los árbitros no suelen fundar sus laudos en los derechos humanos de personas distintas a los inversores. Más bien son los Estados y los *Amicus Curiae* quienes argumentan en este sentido, todavía sin demasiada fortuna, pues el llamado derecho de las inversiones extranjeros, especialmente, en su aplicación práctica por los tribunales arbitrales se orienta exclusivamente a la protección de las inversiones. Sin embargo, como sabemos, la realidad acredita, quizás con demasiada frecuencia que, en el marco de estas operaciones financieras, tantas veces en forma de contratos públicos, se lesionan determinados estándares o patrones de índole ambiental o social que contravienen cuando menos normas y principios de derecho global.

En general, los inversores argumentan sobre la base de la protección del derecho a la propiedad privada y en ocasiones a partir del derecho al debido proceso frente a la denegación de justicia y a la existencia de un juez imparcial.

En efecto, el ejercicio de las denominadas prerrogativas de poder público que limitan o restringen la posición jurídica de los inversores extranjeros han dado lugar a un sinnúmero de pleitos en los que se falla a favor del inversor (Von Harten, 2014, p. 7). Sin embargo, es relevante certificar que en algunos casos donde se ventilan asuntos relativos a recursos naturales, afortunadamente, se comienza a tener presente el interés general y se resuelve con arreglo al derecho interno (Olarte Bacares, 2010, p. 689). Más allá de la doctrina Calvo, en estos supuestos lisa y llanamente se atiende a la indisoluble correlación que existe entre el interés general y los derechos fundamentales.

Se observa que, en los escenarios de arbitrajes internacionales, la vulneración de derechos humanos no se encuentra entre los argumentos válidos para impugnar un APPRI. Tal situación, sin embargo, es inaceptable porque por mucho que los APPRI protejan las inversiones en un país no pueden amparar, de ninguna forma, lesiones de derechos fundamentales de las personas pues conforman el núcleo básico, indeleble, de lo que es el interés general en un Estado Social y Democrático de Derecho. Es decir, los APPRI pueden, es lógico, buscar el mejor trato regulatorio posible para las inversiones pues contribuyen a la prosperidad y al crecimiento económico de los países. Ahora bien, tales cláusulas en ningún caso pueden dar lugar a lesiones o contravenciones de los elementos estructurales esenciales del Estado de Derecho entre los que se encuentran la protección, defensa y promoción de los derechos humanos.

Este es, por tanto, un límite infranqueable del Derecho Internacional de Inversiones que en cada caso deberá explicitarse convenientemente, así como justificar las decisiones arbitrales. Tal cuestión no es más que la consecuencia de la existencia de un derecho público global compuesto de normas y principios a los que debe ordenarse el derecho nacional o supranacional, sea del orden o materia que sea.

La dignidad del ser humano y los derechos fundamentales que la acompañan, conforman el interés general más relevante de los Estados, y el derecho, también el mercantil, nacional o global, debe realizar su tarea de regulación en sintonía con estos principios. Por tanto, el

derecho a la salud, a dignas condiciones de trabajo, los derechos de los pueblos indígenas, la lucha contra la corrupción, el derecho a la vida o, por ejemplo, la prohibición de la discriminación, son valores y objetivos que también vinculan al derecho internacional de las inversiones, sin que las eventuales cesiones normativas que puedan asumir los Estados en los APPRI puedan renunciar a estos principios (Olarte Bacares, 2010, p. 690). Pues bien, poco a poco, estos derechos fundamentales, individuales y sociales, se van abriendo paso en la doctrina de los arbitrajes internacionales, que empiezan a pronunciarse a favor de reconocer derechos humanos más allá de la persona jurídica del inversor internacional (Olarte Bacares, 2010, p. 691).

Esta afortunada tendencia es fruto de la relevancia de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en materia de derechos humanos y de la recepción al máximo rango normativo de los tratados de derechos humanos en los ordenamientos jurídicos correspondientes. Ahora en los tratados bilaterales de inversión y de libre comercio, sus preámbulos especialmente hacen referencia, junto a la necesidad de promocionar el desarrollo económico de estos países aparecen menciones a la protección de la salud, a la seguridad, a la prevalencia del medio ambiente o al respeto a los derechos sociales. En realidad, estas referencias, que iluminan y presiden la interpretación que se realice de estos instrumentos supranacionales, son la consecuencia de entender el sentido que hoy tiene el interés general en el contexto del Estado Social y Democrático de Derecho.

Aunque sea por la vía de la excepción al régimen general de protección del inversor, han ido entrando en estos APPRI estas referencias, de forma y manera que, si se consolida esta perspectiva, el reconocimiento de los derechos humanos en todos los sentidos vinculará los arbitrajes internacionales. El problema reside en la interpretación que se haga del régimen excepcional. Por eso, si existiera un *corpus* de derecho público global al que también las/los árbitros se sometieran, el sistema del arbitraje internacional de inversiones en materia de negocios jurídico-públicos podrá cambiar en no poco tiempo.

Una concesión para construir una carretera, para levantar un colegio o un hospital, tienen obviamente consideraciones de interés general, que no pueden comprenderse únicamente desde el primado de la autonomía de la voluntad, pues están en juego muchos elementos que afectan a aspectos tan relevantes para el interés general como son, además del crecimiento económico, la promoción, defensa y

protección de los derechos fundamentales de las personas. Por eso, las/los árbitros, conocedores del derecho público global, e inspirados en sus normas y principios, disponen de los medios adecuados para resolver las disputas y controversias que se susciten en estas materias de forma armoniosa y equilibrada.

Los años transcurridos desde 1965, año de creación del sistema CIADI, ponen de relieve que, en efecto, se han producido importantes modulaciones que afectan al régimen de trabajo, introduciéndose en 2005 la publicación de los laudos, antes imposible, el acceso al proceso a terceros intervinientes o la audiencia pública de sus actuaciones, y luego, en 2022, un ajuste considerable en su reglamentación interna.

En Iberoamérica, por ejemplo, el hecho de que Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Venezuela no reconozcan el sistema CIADI, invita a que los arbitrajes en esta materia, lejos de conformar blindajes jurídicos para los inversores, se abran a los principios del Derecho Administrativo Global. Así, de esta manera, la crítica vertida desde estos países como la inaceptable sumisión de la soberanía normativa a los intereses financieros internacionales o la necesidad de aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos por encima de consideraciones eficientistas, puede coadyuvar a que estos arbitrajes ayuden a mejorar la independencia e imparcialidad de los tribunales de justicia.

4. Reflexiones finales

El Derecho Administrativo Global es un derecho *in fieri*, en formación, que no está sistematizado, que todavía no se ha estudiado con pretensiones sistémicas, aunque se admite su existencia pues se reconoce que la globalización también alcanza, como no, al campo del Derecho Administrativo. Los autores que en nuestra opinión más han estudiado el tema son Kingsbury, Krisch y Stewart, cuyo estudio sobre la emergencia del Derecho Administrativo Global es uno de los materiales más relevantes sobre la materia, son partidarios de ir con cautela, siguiendo más bien un enfoque pragmático (Kingsbury y Stewart, 2016). Observar lo que funciona y construir desde esa perspectiva.

Es verdad que la realidad nos enseña que en los últimos tiempos existen órganos intergubernamentales y estructuras público-privadas, a veces incluso privadas, que realizan tareas de relevancia jurídica en el llamado espacio jurídico global, especialmente en la vertiente administrativa.

Este dato ha de ser tenido muy en cuenta a la hora de estudiar, no solo las formas de composición de la administración global, sino los actos y las normas que se producen.

Las diversas maneras de comprender el derecho plantean algunas dificultades acerca del establecimiento de principios sobre los que levantar el edificio del Derecho Administrativo Global, pues no hay una Constitución global, ni tampoco poderes públicos a nivel global claramente establecidos. Sin embargo, sobre la base de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es más que posible, junto a la realidad de las normas, actos y resoluciones judiciales que se producen en este ámbito, establecer un catálogo de principios que para quienes escriben deben partir de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho. Si somos fieles a lo que supuso la aparición del Derecho Administrativo en Europa tras la caída del Antiguo Régimen, tenemos que ser conscientes de que hoy el régimen general del Derecho Administrativo requiere de nuevos impulsos jurídicos que restauren, que recuperen el sentido del Derecho Administrativo como un derecho que lucha por reducir a los poderes públicos y económicos a sus justos límites. A través del principio de buena administración, compendio de sus principios inspiradores: racionalidad, participación, pluralismo, rendición de cuentas, transparencia, revisión, responsabilidad, encontramos un buen camino para ir construyendo un orden jurídico-administrativo global que permita que, en efecto, el Derecho Administrativo sea lo que debe ser: el derecho del poder público para la libertad solidaria de las personas.

Agustín Gordillo (2013) nos recuerda, en un estudio de este tiempo, que son precisamente los principios de seguridad jurídica y de justicia los principios que deben presidir esta nueva expresión de la tendencia permanente a la unidad del ordenamiento jurídico que hoy, para el caso del Derecho Administrativo, denominamos, derecho administrativo global (p. 12). En ese sentido, proyectando ambos principios sobre la realidad económica, el principio de racionalidad, del que hemos tratado extensamente en estas líneas, se nos presenta, como advierte el profesor argentino, como un principio que es la misma proyección del más general principio de racionalidad derivado del Estado de Derecho al funcionamiento de la actividad económica y financiera. Probablemente, si en este tiempo de convulsiones que vivimos la racionalidad económica hubiera prevalecido, muchos de los desaguisados que han acontecido no hubieran sido posibles. La regulación habría funcionado, porque los reguladores no se habrían dejado capturar por el mercado.

En una palabra, porque los principios del Derecho Administrativo Global habrían podido detener una escalada de descontrol sin precedentes. Sin embargo, lo que prevaleció fue la irracionalidad en que consiste el mercado sin control, sin límites, sin regulación. *Mutatis mutandis*, tal reflexión debe proyectarse sobre ese Derecho Administrativo Global que precisamos que rijan los negocios jurídico-públicos entre Estados e inversores privados, aunque estén sometidos a tribunales arbitrales. La clave no está en los sujetos que resuelven sino en la existencia de normas y principios claros que garanticen en todo momento que el interés general esté presente en tales disputas o contravenciones.

En materia de inversiones extranjeras, el arbitraje ha hecho acto de presencia de forma creciente. En estos casos, estamos en presencia de negocios jurídico-públicos entre Estados y particulares extranjeros que deben estar regidos por el Derecho Administrativo Global. Muy especialmente por los principios sobre los que descansa esta moderna expresión del Derecho Administrativo.

En fin, a través de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, pensamos que es más sencillo comprender el alcance del Derecho Administrativo Global, de entre sus muchas versiones y aproximaciones, a partir de esta perspectiva de garante y asegurador de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Si nos quedamos en un enfoque funcional que legitime los excesos y los abusos de una tecnoestructura que no aspira más que al dominio global a través del poder y la economía, entonces habremos perdido el tiempo. Hoy, con un Derecho Administrativo Global emergente, en lugar de renunciar a establecer el solar sobre el que levantar este edificio, es menester contribuir al debate sobre la necesidad de que el Derecho Administrativo Global, como derecho que es y por ello producto cultural, exprese un punto de vista sobre la justicia de base profundamente humanista, de manera que la libertad solidaria de los ciudadanos pueda ser garantizada también desde el orden jurídico administrativo global.

Referencias

- Esty, D. C. (2005). Good governance at the supernational scale: Globalizing administrative law. *Yale LJ*, 115, 1490.
- Giannini, M. S. (1991). *El poder público: estados y administraciones públicas*. Civitas.
- Gordillo, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo*. FDA.
- Kingsbury, B., Krisch, N., y Stewart, R. B. (2014). The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, 15, (Summer-Autumn), 16 y ss.
- Kingsbury, B., & Stewart, R. B. (2016). *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*. Global Law Press.
- Mascareño, A. (2013). Justicia global y justicia sectorial en la sociedad mundial. Momentos de universalidad en la *lex mercatoria*. *Dilemata*, (13), pp. 45-68.
- Meilán Gil, J. L. (2011). *Una aproximación al derecho administrativo global* (Vol. 3). Global Law Press.
- Olarte Bácares, D. C. (2010). El Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina: el Reencuentro con los Derechos Humanos. *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI*, ed. Jaramillo, Carlos Ignacio (Bogotá: Temis, 2010).
- Rodríguez Arana, J. (2010). Approach to the principles of Global Administrative Law, en J. Robalino-J. Rodríguez-Arana (ed.), Cameron & May, 33-97.
- Sirvent Gutiérrez, C. (2006). *Sistemas jurídicos comparados*. Porrúa.
- Von Harten, G. (2014). El boom de las reclamaciones paralelas en arbitrajes de Tribunales de inversión. *Boletín trimestral sobre el derecho y la política de inversiones desde una política del desarrollo sostenible*. 5(1)

INFORME DE LA OCDE: “PROFESSIONALISING THE PUBLIC PROCUREMENT WORKFORCE. A REVIEW OF CURRENT INITIATIVES AND CHALLENGES”

M^a del Carmen de Guerrero Manso¹

Sumilla

El informe “Professionalising the public procurement workforce. A review of current initiatives and challenges” de la OCDE contiene un compendio de buenas prácticas llevadas a cabo por distintos Estados para lograr la profesionalización en la contratación pública. Estas buenas prácticas se articulan en torno a las tres etapas principales de las iniciativas de profesionalización y los componentes necesarios para lograr este objetivo: la evaluación del nivel de profesionalización, el desarrollo de una estrategia y la aplicación de la estrategia. En este trabajo analizo este informe, desde el convencimiento de que solo con los mejores profesionales conseguiremos la eficacia y la eficiencia en la contratación pública.

Palabras clave

Profesionalización, contratación pública, OCDE, calidad, compra pública estratégica

1. Introducción

El 30 de enero de 2023 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE) publicó el número 26 de sus Documentos de política de gobernanza pública, el cual lleva por título “Professionalising the public procurement workforce. A review of current initiatives and challenges”².

Tal y como explica esta organización internacional, este documento de orientación describe la situación actual de las medidas adoptadas por los

1 Universidad de Zaragoza (España). Profesora Titular de Derecho Administrativo, carmeng@unizar.es

2 Disponible en <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/professionalising-the-public-procurement-workforce-e2eda150-en.htm>

países para promover la profesionalización del personal de contratación pública. Con dicha finalidad, el documento se centra en los principales elementos de la profesionalización del personal de contratación pública, articulados en torno a seis bloques: 1) La evaluación del estado actual de la profesionalización, 2) El desarrollo de una estrategia de profesionalización, 3) El desarrollo de un modelo de competencias y un marco de certificación, 4) El desarrollo de sistemas de capacitación, 5) El establecimiento de mecanismos de incentivos, y finalmente, 6) La promoción de enfoques colaborativos con centros de conocimiento. El análisis plasmado en este documento tiene su fundamento en la investigación basada en los datos recogidos a través de la Encuesta de la OCDE de 2020 sobre profesionalización y la Encuesta de la OCDE de 2018 sobre la aplicación de la Recomendación de la OCDE de 2015 sobre contratación pública.

Conforme a lo anterior, la OCDE realiza un análisis de buenas prácticas de profesionalización llevadas a cabo en distintos países y aporta elementos para conseguir mejores profesionales al servicio de la contratación pública. Es decir, no se limita a realizar un análisis teórico del estado de la profesionalización de la contratación pública en diversos países, sino que desciende a aportar ejemplos específicos que sirvan como modelo e inspiración para cambiar, potenciar o evitar determinadas conductas que afectan a la correcta consecución del interés general, el cual debe ser siempre el objetivo de cualquier contrato público.

2. Importancia de la profesionalización en la contratación pública

La complejidad de la contratación pública es evidente. Se trata de un ámbito de actuación dotado de una gran trascendencia y sometido a constantes modificaciones, tanto normativas como políticas, lo cual pone de manifiesto la necesidad de constante actualización de las personas que intervienen en los diversos trámites de decisión, preparación, selección, adjudicación y ejecución de los contratos. Además, esta constante capacitación no afecta en exclusiva al sector público, sino que incide asimismo en el sector privado, ya que serán los operadores económicos los que deberán entender las licitaciones publicadas por los entes contratantes, redactar ofertas o propuestas que se adecúen a los requisitos preestablecidos y, en el caso de resultar adjudicatarios del contrato, tener capacidad para desarrollar de manera adecuada la prestación de que se trate. En todo caso, ya sean compradores o vendedores, la consecución del interés general está vinculada a la mejor actuación de todos ellos, con especial atención al

desempeño de sus funciones con honestidad, integridad, conforme a la legalidad, de forma responsable, con corrección técnica, y actuando en pro de la eficiencia, la cual también ampara la visión estratégica de la contratación pública³.

No obstante, si quedara alguna duda sobre la importancia y el alcance no solo teórico, sino también práctico, de lograr profesionales bien formados en el ámbito de la contratación pública, de forma que también puedan plantar oposición ante situaciones o solicitudes que se distancien de la legalidad o de la integridad, cabe recordar el dato objetivo recogido en la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, del 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública “Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública”⁴. En el considerando cuarto de dicha recomendación se recuerda la necesidad de garantizar un uso más eficiente de los fondos públicos unido a la mejora de las condiciones de los compradores públicos para contratar conforme a las normas más exigentes de profesionalidad, ya que esta mejora de profesionalidad puede ayudar a fomentar su impacto en la economía entendida desde una perspectiva global. Fundamenta esta afirmación en la cifra de beneficios económicos potenciales que, según el documento de trabajo de los servicios de la Comisión (SWD/2015/202) que acompaña a la Estrategia para el Mercado Único, se obtendría si se solventaran los problemas debidos a la profesionalización. Esto es, la nada desdeñable cantidad de más de 80 000 millones de euros.

Los profesionales que trabajan en el ámbito de la contratación pública deben tener, por lo tanto, una adecuada formación así como un nivel mínimo de experiencia, que les permitan prever y priorizar las necesidades públicas que se pretenden satisfacer, optar por la manera más correcta de abordarlas, preparar el expediente de contratación, con especial atención al informe de necesidad y a la redacción de las diversas cláusulas y requisitos de los pliegos que regirán posteriormente el contrato, cumplir con las exigencias de publicación y transparencia

3 De acuerdo con la importancia de esta materia, no resulta extraño que sean muchos los autores que han tratado la profesionalización en la contratación pública. En este momento nos remitimos, especialmente, a la obra colectiva dirigida por Rodríguez-Arana y Díaz Bravo (2023), que contiene diversas contribuciones de gran interés, así como a los trabajos de Sanmartín Mora (2012), Malaret (2016), Cantero Martínez (2020), Valcárcel Fernández (2020), García Meilán (2020) y De Guerrero Manso (2021a).

4 Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32017H1805>

que garanticen la igualdad de trato entre todos los posibles interesados, proceder de manera que se cumpla con la ausencia de discriminación, seleccionar y adjudicar el contrato a la mejor oferta y, posteriormente, supervisar la correcta ejecución de los contratos. Estos son solo algunos de los trámites a desarrollar en el proceso de contratación, pero a ellos hay que sumar la complejidad derivada de la implantación de la compra pública estratégica. Es decir, la utilización de la contratación pública como una vía útil para lograr objetivos vinculados a otras políticas públicas, como pueden ser las sociales, laborales, medioambientales o de innovación, mientras se logra la adquisición de bienes, servicios u obras (Gimeno Feliu, 2006, pp. 47 y 48). Es decir, en palabras de Medina Arnaiz (2011), se busca comprar no solo con la finalidad de obtener un bien, sino “para asegurar nuestro futuro”.

Ante esta dimensión del problema, que pone de manifiesto la imperiosa necesidad de profesionalización en la contratación pública, analizada en profundidad en De Guerrero Manso (2021a), no sorprende que con cierta frecuencia se publiquen, por parte de distintas entidades y organismos, orientaciones, herramientas o recopilaciones de buenas prácticas cuya finalidad es, en esencia, facilitar la labor de los profesionales de la contratación y ayudarles a ejercer mejor sus funciones. Sin embargo, seguimos corriendo el riesgo de reducir la necesidad de profesionalización a un mero desiderátum, algo positivo y anhelado pero que si no se adoptan medidas concretas y adecuadas para llevarlo a la práctica, puede quedar limitado a lo que podríamos denominar, de forma coloquial pero muy ilustrativa, un mero “propósito de año nuevo” (De Guerrero Manso, 2023), de aquellos que por falta de planificación o de impulso se incluyen en la lista año tras año sin apenas haber conseguido ningún logro efectivo. Precisamente por este motivo, y desde el convencimiento de que contamos con herramientas adecuadas para comenzar a revertir la situación, es por lo que considero de gran utilidad el nuevo impulso realizado por la OCDE en este ámbito, mediante la elaboración de este nuevo documento de orientación. Vamos a ver ahora el contenido del mismo y de qué manera se puede implantar en los diversos países interesados en mejorar el nivel de capacitación, tanto teórica como práctica, de las diversas personas que ejercen su actividad en el ámbito de la contratación pública⁵.

5 El análisis de este documento se basa en mi trabajo previo publicado en el Observatorio de contratación pública ya mencionado: De Guerrero Manso (2023).

3. Un nuevo impulso hacia la profesionalización por parte de la OCDE

Como hemos dicho al inicio de este trabajo, la OCDE publicó a principios de este año el documento “Professionalising the public procurement workforce. A review of current initiatives and challenges” (Public Governance Policy Papers - N.º 26), que puede (y debería) servir de impulso para implantar diversas medidas orientadas a mejorar la profesionalización en la contratación pública. Para ello, se incluyen dos elementos complementarios. Por un lado, el análisis de las medidas implementadas hasta el momento por diversos países con la finalidad de impulsar la profesionalización del personal de contratación pública. Por otro lado, incluye una gran variedad de buenas prácticas implementadas en distintos Estados miembros de la OCDE, de manera que sirvan como ejemplo a seguir para lograr distintos logros en este ámbito.

De acuerdo con ello, este documento de la OCDE se articula en torno a siete apartados. A continuación vamos a exponer, de manera sintética y crítica, el contenido de cada uno de ellos.

3.1. El aumento de las expectativas en materia de contratación pública exige una mano de obra más cualificada

El apartado introductorio de este documento de la OCDE parte de una afirmación rotunda: el aumento de las expectativas en materia de contratación pública exige (*require*, según el término utilizado en inglés) una mano de obra más cualificada (*a more highly skilled*). Dicha afirmación se justifica, por un lado, desde la perspectiva económica. Según el Informe de la OCDE *Government at a Glance 2021*⁶, la contratación pública representó el 12,6% del PIB y el 29,6% del gasto público total en los países de la OCDE.

Por otro lado, la importancia y complejidad de la contratación también se demuestra por la utilización de la misma como herramienta para conseguir diversos objetivos públicos mientras se adquieren los bienes, servicios u obras necesarios para satisfacer el interés general. Es decir, en la utilización estratégica de la contratación pública apuntada en el epígrafe anterior. Tal y como afirma la OCDE en este documento, si se usa de forma estratégica, la contratación pública puede desempeñar un rol esencial para que las economías sean más productivas, los sectores públicos más eficientes y las instituciones más fiables.

6 Disponible en: <https://www.oecd.org/gov/government-at-a-glance-22214399.htm>

Esta combinación de importancia económica y relevancia social tiene como consecuencia, como decíamos antes, que los profesionales dedicados a la contratación pública deban contar con conocimientos y competencias técnicas adecuadas; por ejemplo en relación al marco normativo, la investigación y el análisis de mercados o la redacción de pliegos de condiciones, pero al mismo tiempo deberán contar con otro tipo de competencias como pueden ser la gestión de proyectos o la capacidad de negociación. En consecuencia, la capacidad del personal de contratación pública es un elemento clave para garantizar un sistema de contratación sólido que ofrezca eficiencia y rentabilidad.

Junto a lo anterior, la OCDE reconoce que la contratación pública se percibe cada vez más como una tarea profesional, pero se necesitan más iniciativas para llevarla a la práctica de forma eficaz y eficiente. Por este motivo, en este documento de la OCDE se describen en torno a seis apartados distintos, las tres etapas principales de las iniciativas de profesionalización y los componentes necesarios para profesionalizar la contratación pública. La primera de ellas es la evaluación del nivel de profesionalización. La segunda, el desarrollo de una estrategia de profesionalización. Finalmente, la tercera consiste en la aplicación de una estrategia de profesionalización. Como veremos a continuación, las acciones para lograr una mejora de la profesionalización en este ámbito pueden incluir el desarrollo de un modelo de competencias y un marco de certificación, el desarrollo de sistemas de capacitación, el establecimiento de mecanismos de incentivos para aumentar el atractivo de la contratación pública como profesión y la promoción de enfoques de colaboración con centros de conocimiento, siendo algunos de ellos complementarios entre sí.

3.2. Evaluación del estado actual de la profesionalización

Desde mi punto de vista, resulta muy relevante y adecuado el hecho de que la OCDE establezca que el primer paso para avanzar en la profesionalización debe ser siempre evaluar el nivel de capacitación que tienen las personas que trabajan en este ámbito. Efectivamente, si se pretende llevar a cabo una actuación verdaderamente eficaz resulta imprescindible contar con datos reales y actualizados que permitan conocer el estado de la cuestión y tomar medidas con base en indicadores precisos. Solo de esta manera se podrán determinar los aspectos en los que hace falta centrarse de forma precisa y priorizar las medidas a adoptar.

Según el criterio de la OCDE, es preciso llevar a cabo la evaluación de dos aspectos distintos, aunque interrelacionados: el sistema de profesionalización y el nivel de capacidad del personal dedicado a la contratación pública.

La primera dimensión examina las condiciones marco para determinar hasta qué punto concurren los elementos facilitadores de la profesionalización en cada sistema nacional de contratación pública. El segundo enfoque, por su parte, analiza las evaluaciones individuales de capacidades y competencias. La combinación de ambas perspectivas resulta de gran utilidad para identificar los puntos fuertes y débiles en los que se basará el desarrollo posterior de una estrategia o un plan de acción para promover la profesionalización.

Así, en este capítulo, la OCDE ofrece una visión general de las iniciativas de los países y de las herramientas analíticas utilizadas para llevar a cabo evaluaciones desde estas dos dimensiones.

3.3. Establecimiento de una estrategia de profesionalización eficaz

De nada servirá la información obtenida del análisis del sistema de profesionalización y del nivel de capacidad del personal dedicado a la contratación pública si posteriormente no se desarrolla una estrategia o un plan de acción en los cuales se definan las actividades a llevar a cabo, así como los objetivos vinculados a cada una de ellas, y el plazo estimado para su implementación.

Para ayudar a los diversos países a desarrollar estas estrategias o planes, en este capítulo la OCDE muestra los elementos y pasos que deberían adoptarse. Estos son: evaluar el nivel actual de profesionalización del personal de contratación pública, garantizar la participación de todas las partes interesadas, redactar el contenido de la estrategia, y supervisar la aplicación, lo cual incluye su seguimiento y evaluación.

Son muchos los aspectos de gran interés y relevancia en este apartado, pero de todos ellos me gustaría destacar dos: la participación de las partes interesadas, y el seguimiento y evaluación.

La participación de las partes interesadas constituye un elemento esencial para conseguir un mayor grado de responsabilidad y vinculación de los diversos actores, puesto que su participación en el proceso de elaboración de la estrategia conllevará un mayor nivel de apoyo político y social a los resultados de la misma. Si en vez de esta vía colaborativa se opta por imponer desde fuera una estrategia determinada, es muy

probable que los actores implicados la perciban como una imposición más, ajena a ellos y, por lo tanto, será más difícil conseguir los resultados buscados con su implementación.

Es preciso destacar que la OCDE propone una participación amplia tanto de sujetos internos como externos. Puede servir como ejemplo del alcance que pretende dar la OCDE a este trámite la lista de posibles participantes, sujeta al contexto de cada país (OCDE 2023, pp. 28 y 29):

- Entidades públicas (por ejemplo, ministerios o autoridades de contratación pública) encargadas de la política o el sistema general de contratación pública
- Entidades públicas encargadas del sistema de función pública
- Entidades públicas encargadas de impartir formación a los funcionarios de contratación pública
- Entidades públicas relacionadas con cuestiones temáticas de contratación pública (ministerios relacionados con el medio ambiente, el desarrollo de las PYME, los asuntos sociales laborales, la innovación y la digitalización, la política de desarrollo sostenible, la autoridad anticorrupción, la autoridad de competencia, las autoridades de auditoría, etc.)
- Autoridades contratantes (proporcionan sus comentarios sobre el sistema de profesionalización actual o participan en el ejercicio de evaluación de la capacidad individual)
- Sector privado (operador económico/proveedor de formación, etc.)
- Sociedad civil y centros de conocimiento

Se observa, por lo tanto, la diversidad de actores propuestos, en la que se incluyen tanto entes públicos como sujetos privados. Entre todos ellos, considero importante resaltar la participación de estos últimos ya que para que un contrato público sea exitoso es imprescindible que también los operadores económicos tengan la capacidad necesaria para entender la licitación, preparar su oferta y, en el caso de resultar adjudicatarios, ejecutar adecuadamente el contrato.

Además de la implicación de todas las partes interesadas, el segundo aspecto de gran relevancia es configurar un sistema que permita controlar y evaluar la estrategia. Solo de esta manera se podrá determinar el éxito de las medidas adoptadas, en qué medida se están logrando los objetivos esperados y qué elementos sería necesario adaptar, eliminar o implementar. Es decir, sin un adecuado mecanismo de control y evaluación será complicado garantizar la eficacia de la estrategia adoptada.

3.4. Definición de un modelo de competencias y un marco de certificación

Como hemos visto en los apartados anteriores, la contratación pública es un proceso multidisciplinar, que exige la puesta en práctica de diversas habilidades y destrezas. La OCDE detalla algunas de ellas, tanto técnicas: análisis de mercado, preparación de los documentos de licitación y evaluación de licitaciones o gestión de contratos; como competencias cognitivas, sociales y de comportamiento, es decir, de comunicación, negociación o gestión de proyectos. Ciertamente serán precisas esas habilidades y destrezas para poder priorizar las necesidades de un ente público, llevar a cabo consultas previas al mercado que permitan conocer el estado del arte y difundir los futuros planes de contratación, definir criterios de selección, adjudicación y condiciones de ejecución vinculadas al objeto del contrato y proporcionales al mismo, o para determinar en qué medida a través de una licitación se van a favorecer aspectos sociales, laborales, ambientales o de innovación.

Desde esta realidad, la OCDE pretende definir de forma clara las capacidades, habilidades y competencias necesarias para garantizar el funcionamiento sólido y eficaz del sistema de contratación pública. Todas ellas deberán figurar en un modelo de competencias el cual determine cuáles son las habilidades críticas, es decir, las imprescindibles en una organización, y los niveles de capacidad necesarios de cada una de ellas para lograr la dirección estratégica global de una organización.

Como complemento, y estrechamente unido al modelo de competencias, se debe establecer un marco de certificación del nivel de aptitudes y competencias adquiridas por cada persona que trabaje en el ámbito de la contratación pública. De esta forma cada profesional podrá valorar y conocer sus debilidades y fortalezas y, además, podrá ser una herramienta muy útil para la gestión de recursos humanos, ya que se podrá contratar a perfiles hasta ahora no cubiertos o infradotados en una organización, promover cursos de formación específicos para completar las necesidades de los profesionales o promover la adquisición de nuevas competencias.

En este sentido, la OCDE pone como ejemplo la herramienta ProcurCompEU, desarrollada por la Comisión Europea con la finalidad de contribuir a la profesionalización de la contratación pública desde el reconocimiento y apoyo de su función estratégica. Esta herramienta, analizada en De Guerrero Manso (2021b), se articula en torno a tres

elementos que se retroalimentan y articulan de forma flexible: una matriz de competencias, una herramienta de autoevaluación y un programa de formación. La matriz de competencias incluye 30 competencias agrupadas en torno a dos grandes categorías: las competencias específicas de la contratación y las competencias genéricas. Además, todas ellas se clasifican en cuatro niveles de conocimiento y capacidades: básico, intermedio, avanzado o experto.

El informe de la OCDE incluye una visión panorámica de iniciativas desarrolladas por diversos países orientadas a la creación de un modelo de competencias y un marco de certificación para los profesionales dedicados a la contratación pública. Conviene destacar que en relación al marco de certificación se incluye el ejemplo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) del Perú (OCDE 2023, p. 38).

3.5. Desarrollo de sistemas de capacitación

El siguiente paso, una vez determinado el modelo de competencias a adquirir y la posibilidad de certificar el nivel de adquisición, es la implantación de los sistemas de capacitación, orientados a apoyar una cultura de aprendizaje continuo de forma que las personas que actúan en el ámbito de la contratación pública tengan siempre conocimientos actualizados.

El informe incluye tres modelos distintos y complementarios de capacitación: cursos de formación, formación práctica y asistencia metodológica.

Respecto a los cursos de formación, la OCDE no se centra en la creación o diseño de cursos básicos, sino que menciona de forma expresa la necesidad de configurar cursos de capacitación y especialización sobre temas avanzados, incluyendo como posibles temas la contratación pública estratégica o los criterios de adjudicación de los contratos. Junto a ello, no se limita esta oferta de formación a los nuevos trabajadores o a aquellos que tengan poca experiencia, sino que se consideran adecuados también para aquellos trabajadores de alto nivel, de manera que puedan entender y aplicar mejor la función de la contratación pública como herramienta estratégica para realizar un gasto público eficiente y para contribuir a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

No obstante, tal y como hemos apuntado, los sistemas de capacitación no deben limitarse a la impartición de cursos de formación teóricos, por

muy útiles e interesantes que puedan ser, sino que, al mismo tiempo, resulta imprescindible complementar estos cursos con la realización de formación práctica, que podría llevarse a cabo en el propio puesto de trabajo o mediante el intercambio de puestos. De esta forma los trabajadores podrán adquirir un conocimiento práctico del ejercicio de funciones distintas de las habitualmente desarrolladas o profundizar en la mejor manera de llevarlas a cabo.

El tercer elemento que debe estar presente en los sistemas de capacitación es la asistencia metodológica. La finalidad de este elemento formativo es asistir a las personas que ejercen competencias en el ámbito de la contratación pública, de manera que puedan llevar a cabo sus funciones habituales de una manera más eficaz y eficiente. Una forma de llevar a cabo esta asistencia metodológica es la puesta a disposición del personal de contratación de manuales, guías, directrices, formularios y servicios de ayuda, o bien la prestación de un asesoramiento directo en supuestos de mayor complejidad.

3.6. Establecimiento de incentivos: motivación de los trabajadores de contratación pública

Como se ha visto a lo largo de este trabajo, la labor desempeñada por los diversos profesionales que participan en la contratación pública no es fácil, ya que están sometidos a una gran cantidad de cambios normativos, orientaciones políticas, objetivos estratégicos e interpretaciones diversas de los órganos de control y supervisión. En consecuencia, no se trata de un destino cómodo para el personal de las administraciones públicas, lo que lleva a la OCDE a promover un conjunto de incentivos, tanto financieros como no financieros, que permitan atraer talento a este ámbito de actuación y mantenerlo una vez haya adquirido conocimientos teóricos y haya acumulado experiencia práctica.

En relación a los incentivos financieros, la OCDE parte de una idea clara: aumentar los salarios siempre es un reto en un contexto de restricciones fiscales, pero los países se han esforzado por establecer una clara carrera profesional. No podemos olvidar que, de hecho, la retribución del trabajo es una forma de valorar el esfuerzo y los resultados obtenidos por los trabajadores. Esta retribución a los trabajadores puede conformarse por diversos conceptos: el sueldo, primas vinculadas con el rendimiento, ascensos o promociones, o *stock options*. Junto a ellas es asimismo posible establecer otro tipo de prestaciones económicas directas, como por ejemplo pensiones, seguros, subsidios de alojamiento, de ropa o de viajes, o asignación por cuidado de hijos.

Además de los incentivos financieros ya mencionados, y de los cuales se recogen múltiples ejemplos en el documento de la OCDE, se analizan también posibles incentivos no financieros orientados a motivar al personal de contratación pública. Entre los supuestos apuntados por la OCDE se encuentran diversas posibilidades, como la oferta de cursos de desarrollo de capacidades, o la posibilidad de optar por una mejor conciliación de la vida laboral y familiar, plasmada en las vacaciones o en la implementación de condiciones de trabajo flexibles. Otra posibilidad apuntada es el establecimiento de mecanismos como el sistema de gestión del rendimiento (retroalimentación constructiva), es decir, un sistema de premios a la excelencia o redes profesionales el cual podría contribuir a motivar a los trabajadores de la contratación pública y, al mismo tiempo, potenciar su sentido de la profesionalidad.

Son, por lo tanto, diversas las formas en las que cada Estado y cada entidad pública puede motivar a los trabajadores que se dedican a la contratación pública, algunas de las cuales pueden tener como efecto complementario una mejor capacitación de los mismos. En todo caso, es preciso destacar la gran importancia que tiene este elemento para lograr la ansiada profesionalización del personal al servicio de la contratación pública, ya que solo ante un buen sistema de incentivos se logrará que elijan este ámbito de actuación personas bien capacitadas y que posteriormente no cambien de trabajo para desarrollar una labor menos compleja o con menos responsabilidades. Para ayudar en la tarea de elegir qué medidas implementar será de gran utilidad recurrir, como he dicho en apartados anteriores, al análisis de la situación de partida y a la evaluación de la eficacia de las medidas adoptadas.

3.7. Colaborativos con centros de conocimiento

El último aspecto incluido en el informe de la OCDE es la promoción de enfoques colaborativos con centros de conocimiento, como las universidades, ya que pueden desempeñar una importante labor en la promoción de la profesionalización de la contratación pública.

Los ejemplos expuestos por la OCDE muestran que esta colaboración puede llevarse a cabo en torno a la preparación y desarrollo de cursos de formación, la realización de investigación conjunta, la organización de seminarios o la preparación de especialistas.

Esta actividad es la más ampliamente realizada en los países de la OCDE ya que, en 2020, el 79% de los países había adoptado un enfoque

de colaboración con los centros de conocimiento, incrementando el 74% alcanzado en 2018. No obstante, esta actividad puede seguir promoviéndose y vincularla con la elaboración e impartición de cursos específicos o de nivel avanzado.

4. Conclusión

La OCDE remarca la necesidad de mejorar los conocimientos y capacidades, teóricos y prácticos, de los profesionales de la contratación pública, sometidos a una constante necesidad de adaptación. Para ello, recoge diversos ejemplos de buenas prácticas llevadas a cabo en distintos países, de forma que sirvan de ejemplo para otros.

Contamos con buenos profesionales, sin embargo, perduran algunas labores pendientes que podrían solventarse mediante un mejor proceso de capacitación. Así, podría mejorarse la gestión y la concurrencia competitiva mediante un diseño simplificado y actualizado de los documentos de contratación. También es precisa la actualización y especialización ante la progresiva complejidad de los elementos legales, técnicos y éticos implicados en los contratos públicos. Junto a ello, se debe fomentar capacitación de los operadores económicos, como garantía de su adecuada respuesta a las necesidades públicas que pretenden satisfacerse mediante cada contrato.

Este nuevo acicate de la OCDE puede servirnos como guía para conseguir profesionales (tanto en el sector público como en el privado) mejor capacitados, con incentivos y estabilidad laboral y conscientes de la importancia de trabajar en equipo para obtener mejores resultados en pro del interés general.

Referencias

- Cantero Martínez, J. (2020). La profesionalización de la contratación pública como herramienta de innovación. En Martín Delgado, I. y Moreno Molina, J. A. (Dir.): *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*. Madrid: lustel, 197-246.
- De Guerrero Manso, M.^a del Carmen (2023). ¿Es la profesionalización en la contratación pública un propósito de Año Nuevo? Propuestas de la OCDE para hacerlo realidad. En *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, mes 2, 2023.
- De Guerrero Manso, M.^a del Carmen (2021a). La imperiosa necesidad de profesionalización como clave del éxito en la contratación pública. La utilización de la herramienta ProcurCompEU. En Gimeno Feliu, J. M. (Dir.). *Observatorio de los contratos públicos 2020*, 91-125.
- De Guerrero Manso, M.^a del Carmen (2021b). ProcurCompEU, una nueva oportunidad para lograr el reto de la profesionalización en la contratación pública de gran utilidad para la gestión de los Fondos Next Generation EU. En OBCP.es, 2 de enero de 2021. Disponible en <https://obcp.es/print/pdf/node/7134>
- García Melián, J. C. (2020). Buen gobierno y profesionalización de las compras públicas. En Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M. y Sierra Rodríguez, J. (Coord.). *Transparencia y participación para un gobierno abierto*. Madrid: El consultor de los ayuntamientos, 269-289.
- Gimeno Feliu, J. M. (2006). *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Malaret, E. (2016). El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia. En *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 15, 21-60.
- Medina Arnaiz, T. (2011). Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea. En Gimeno Feliu, J. M.

- (Dir.). *Observatorio de Contratos Públicos 2010*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 43-102.
- Rodríguez-Arana, J. y Díaz Bravo, E. (Dir.) (2023). *La profesionalización en la contratación pública estratégica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sanmartín Mora, M.^a A. (2012): La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea. En Gimeno Feliu, J. M. (Dir.): *Observatorio de Contratos Públicos 2011*. Pamplona: Aranzadi-Civitas, 298-318.
- Valcárcel Fernández, P. (2020). La especialización o la profesionalización, la independencia y el liderazgo como elementos clave para el buen funcionamiento del recurso especial en materia de contratación pública español. En Díaz Bravo, E. y Moreno Molina, J. A. (Dir.), *Contratación pública global: Visiones comparadas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 587-615.

LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL: ANÁLISIS DE LOS RETOS ESPECÍFICOS PARA EL ESTADO EN EL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO

Ana María Ordoñez Puentes¹

Giovanny Vega-Barbosa²

Camilo Valdivieso³

Marcela Silva⁴

Sumilla: Este artículo analiza los retos que enfrentan los Estados durante la fase de constitución del tribunal arbitral. El trabajo se enfoca en el arbitraje inversionista-Estado con base en acuerdos internacionales de inversión. Los/las autores/as sostienen que los Estados enfrentan retos específicos a la hora de constituir tribunales arbitrales y que, en consecuencia, los funcionarios a cargo de gestionar estos retos deben desarrollar competencias igualmente especializadas y diferenciadas. El objetivo de los/las autores/as es continuar contribuyendo al proceso de discusión en relación con el rol de los equipos *in-house* de defensa jurídica en el sistema de solución de controversias inversionista-Estado.

Palabras clave: Arbitraje, inversión, independencia, imparcialidad, Estado

1. Introducción

El proceso de constitución del tribunal arbitral es una etapa crítica del procedimiento arbitral. Por esta razón, no sorprende la existencia de una abundante doctrina que analiza la importancia del proceso de selección de árbitros y de constitución del tribunal en general, así como los desafíos que se presentan generalmente (Reisman, 2015 y Seppälä, 2007). En la práctica, la constitución del tribunal arbitral es producto de

1 Directora de Defensa Jurídica Internacional de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de Colombia (ANDJE).

2 Experto de la Dirección de Defensa Jurídica Internacional de la ANDJE.

3 Experto de la Dirección de Defensa Jurídica Internacional de la ANDJE.

4 Analista de la Dirección de Defensa Jurídica Internacional de la ANDJE.

un procedimiento dialéctico en donde se negocian asuntos operativos como los tiempos y formas en que cada parte debe informar sobre sus candidatos/as, y otros de carácter sustantivo como la definición de la metodología de constitución, los requisitos aplicables al presidente del tribunal, y los supuestos en donde puede aceptarse que el proceso de selección mediante acuerdo ha fallado y debe acudir al centro de arbitraje o autoridad nominadora respectiva.

Dada la importancia del proceso de constitución del tribunal, tampoco sorprenden los esfuerzos y desarrollos privados dirigidos a la creación de directrices que aseguren que quienes integren los tribunales arbitrales generen suficientes garantías de imparcialidad e independencia (IBA, 2014; ILA, 2004; AAA, 2004; CPR, 2012). Aunque se trata de esfuerzos originados en la sociedad civil, la relevancia de algunas de esas directrices se hace visible en su invocación y discusión en el marco de los arbitrajes inversionista-Estado cuando se pretende la recusación de una/un árbitro dada la existencia de dudas razonables frente a su imparcialidad o independencia (Perenco v. Ecuador, 2009; Burlington v. Ecuador, 2013; Raiffeisen Bank v. Croacia, 2018; Orazul v. Argentina, 2022).

Sumado a lo anterior, contamos actualmente con desarrollos excepcionales en el ámbito interestatal, entre los que se incluye el acuerdo logrado el pasado 3 de abril por representantes de más de 95 Estados y 50 organizaciones, reunidos en el marco del Grupo III de Trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, 2023), frente al contenido del Proyecto de código de conducta para las/los árbitros en la solución de controversias internacionales en materia de inversión. Este documento busca generar mayores garantías frente al deber de independencia e imparcialidad, entre otras, ampliando los deberes de revelación a cargo de las/los árbitros, y estableciendo límites frente a la asunción de roles múltiples. La comunidad internacional reconoce los esfuerzos y recursos invertidos en este proceso, y destaca su importancia para abordar las actuales preocupaciones frente a la independencia e imparcialidad de las/los árbitros (CIAR, 2023 y Fernández, 2023).

Sin perjuicio de lo anterior, es escasa la doctrina en relación con los retos diferenciales que enfrentan los Estados a la hora de constituir tribunales arbitrales. Por lo tanto, se hacen urgentes y necesarias las contribuciones doctrinales que analicen los desafíos específicos que enfrentan los Estados y, en particular, los/las funcionarios/as públicos/as a cargo de la selección de árbitros/as en el arbitraje inversionista-Estado.

La contribución de los/as autores/as responde a esta necesidad. Su objetivo es continuar contribuyendo al proceso de discusión en relación con el rol de los equipos *in-house* de defensa jurídica del Estado en el sistema de solución de controversias inversionista-Estado, esta vez, abordando los retos específicos que enfrentan los Estados a la hora de tomar decisiones frente a los/as integrantes del tribunal arbitral y, de manera previa, frente a sus condiciones y requisitos.

La tesis principal de los/las autores/as es que los Estados enfrentan retos específicos a la hora de constituir tribunales arbitrales. En primer lugar, los/las autores/as destacan que, a diferencia de los actores privados que participan en el sistema, los actores estatales son responsables ante diferentes órganos regulatorios y ante los/las contribuyentes en general, razón por la cual les asiste una carga reforzada de debida diligencia al momento de constituir cada tribunal arbitral. En segundo lugar, los/las autores/as subrayan la necesidad particular del Estado de asegurar que el tribunal arbitral esté integrado por candidatos/as con conocimientos y competencias que les permitan dar cuenta de la importancia de los límites del consentimiento del Estado a esta forma excepcional de solución de controversias, así como de las complejas interacciones entre los regímenes del derecho internacional, exigencias que necesariamente limitan su marco de elección. Finalmente, el proceso de constitución en cada caso debe guardar coherencia con las posturas formuladas por el Estado en los escenarios multilaterales dirigidos a la reforma al sistema de solución de controversias inversionista-Estado. Con base en lo anterior, los/las autores/as sostienen que los/las funcionarios/as a cargo del proceso de constitución del tribunal arbitral deben desarrollar competencias igualmente especializadas y diferenciadas para gestionar exitosamente estos retos⁵.

A la luz de lo anterior, el presente artículo está dividido en tres (3) partes principales. La primera parte contiene consideraciones generales en relación con la importancia del proceso de constitución del tribunal arbitral. Esta parte es descriptiva en relación con la producción doctrinal previa sobre la materia, y los retos generales que allí se identifican. La segunda parte contiene la posición de los autores en relación con las exigencias específicas de los Estados al momento de enfrentarse a la etapa de constitución de los tribunales arbitrales, así como las recomendaciones para hacerles frente. La tercera parte contiene las conclusiones de los/las autores/as.

5 La descripción que se hace en este trabajo frente a los retos específicos que enfrentan los Estados en la etapa de constitución de tribunales arbitrales no busca ser exhaustiva, sino meramente ilustrativa.

2. La importancia del proceso de constitución del tribunal arbitral en el sistema de solución de controversias inversionista-Estado: consideraciones generales

Una de las características propias del arbitraje es la ausencia de un tribunal permanente y previamente establecido encargado de decidir sobre cualquier disputa que sea sometida a su conocimiento. Así, a diferencia de los/las jueces/zas o jurisdicciones locales, en el arbitraje internacional cada tribunal es constituido de manera independiente, caso a caso, para resolver una controversia específica. Por lo anterior, la constitución del tribunal arbitral ha sido considerada no solo como una característica propia del arbitraje, sino también como una de las etapas más importantes de todo el procedimiento arbitral (Partasides, 2001, p. 217; Redfern & Hunter, p. 190; y Sweet & Maxwell, 1999). La doctrina ha resaltado que el éxito y la calidad del arbitraje depende, en gran medida, de la calidad y competencia de las/los árbitros elegidos (Lew, Mistelis & Kroll, 2003, p. 232).

El arbitraje inversionista-Estado responde a las mismas características y expectativas. En esta forma de solución de controversias, las partes abandonan la vía del litigio tradicional y optan por el procedimiento arbitral, en el cual las partes toman un rol activo en la selección de quien o quienes decidirán su controversia. Es precisamente esta una de las principales razones para optar por el arbitraje (Born, 2021). En todo caso, es importante observar que, si bien las partes son en últimas las que acuerdan los requisitos y el procedimiento para la constitución del tribunal, en algunas ocasiones los reglamentos arbitrales incorporan requisitos específicos que deben cumplir las/los árbitros⁶.

Claro lo anterior, el proceso de constitución del tribunal es fundamental para que las partes puedan hacer realidad sus expectativas al consentir el arbitraje como mecanismo de solución de controversias. La mayoría de los arbitrajes internacionales de inversión son decididos por un tribunal arbitral de tres integrantes, donde cada parte selecciona a un/a árbitro/a, y el/la árbitro/a presidente/a es elegido por acuerdo de las partes, por las/los árbitros previamente designados por las partes o por una autoridad nominadora (Giorgetti, 2014). Naturalmente, el hecho de que sean las partes quienes estén encargadas del proceso de constitución del tribunal conlleva a que, desde el inicio, se deban

6 A manera de ejemplo puede verse que las Reglas de Arbitraje CIADI del 2022 prohíben que, por acuerdo entre las partes, en un tribunal compuesto por tres árbitros, se nombre a un nacional del Estado demandado o del Estado de origen del demandante (véase Regla 13).

controlar los posibles conflictos de intereses. En últimas, la experticia en abstracto de los/las candidatos/as pierde todo valor si existe al menos un mínimo de sospecha frente a su imparcialidad e independencia en el caso concreto. Asegurar la independencia e imparcialidad del tribunal arbitral como un todo debe ser el objetivo último del proceso de constitución (Malintropi & Yap, 2018).

También es importante poner de presente que la importancia del proceso de constitución del tribunal conlleva a que las partes sean especialmente celosas al momento de gestionar sus intereses. Esto abre el espacio para que el proceso pueda estancarse cuando los intereses no pueden ser armonizados. Veamos algunos ejemplos al respecto.

De una parte, en los eventos en que el tratado no regula esta situación, pueden existir debates frente a la secuencia de la designación de candidatos/as, siendo normal que los Estados aleguen que quien inicia el procedimiento, designe en primer lugar a su co-árbitro. Aunque en la práctica esta es la forma de actuación más común, un demandante podría alegar que la designación debería ser simultánea, posición esta que genera altos riesgos de paralizar el proceso de constitución.

De otra parte, las partes pueden dividirse de manera sustantiva en relación con los requisitos del candidato/a a presidente/a. En este punto las posibilidades de desacuerdo son múltiples. Es normal e incluso recomendable, que los Estados hagan énfasis en la experticia del candidato a presidente en el derecho internacional de la inversión extranjera, mientras que el inversionista suele exigir que el presidente tenga un conocimiento específico sobre el sector económico de la controversia. También es normal que el Estado exija que el presidente tenga un dominio avanzado de su idioma, mientras que el inversionista podría sugerir que es suficiente con que el candidato hable inglés.

Finalmente, existen múltiples metodologías para la selección del presidente del tribunal una vez se han acordado los requisitos. En este punto, lo más importante es que ambas partes sean razonables y tengan en cuenta que los/las árbitros/as elegidos/as no solo deben estar suficientemente cualificados/as para resolver la disputa, sino tener la capacidad de trabajar en conjunto (Giorgetti, 2014, pp. 134-172). En esta medida, incluso si son las partes las que definirán la lista de elegibles y, a través de las diferentes metodologías de ranqueo y exclusión escogerán al presidente, se recomienda que las partes se mantengan en contacto y en consultas con las/los co-árbitros. Un mal

tribunal arbitral no es solo uno en donde las partes que lo componen carecen de competencias o generan dudas frente a su imparcialidad o independencia, sino también uno incapaz de trabajar en equipo y conducir de forma fluida y coherente el procedimiento.

3. Retos diferenciales para los Estados en el proceso de constitución del tribunal arbitral en el sistema de solución de controversias inversionista-Estado

Según se anticipó, la tesis principal de los/las autores/as es que los Estados, en efecto, enfrentan retos específicos a la hora de constituir tribunales arbitrales. En este escrito, con un propósito meramente ilustrativo, los autores desarrollan tres (3) de los retos que puedan enfrentar los/las funcionarios/as a cargo de la constitución del tribunal en el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.

3.1. Las responsabilidades diferenciadas frente a los entes regulatorios y los/as contribuyentes

La constitución del tribunal arbitral es considerada un momento crítico en cualquier arbitraje, del cual depende en gran medida la conducción del procedimiento, e incluso una resolución exitosa de la disputa que siempre involucra el interés público, pues las pretensiones involucran cuantiosas sumas de dinero que tendrían que ser pagadas con el dinero de los/las contribuyentes, y el cuestionamiento de la institucionalidad del Estado en el sistema internacional. Es claro entonces que quienes están a cargo de esta fase del procedimiento están sometidos a importantes presiones y exigencias. No obstante, factores sistémicos explican por qué la responsabilidad que enfrentan los actores públicos es diferente e incluso mayor a la que enfrentan los actores privados que participan en el sistema de solución de controversias inversionista-Estado.

La ausencia de responsabilidad y de mecanismos centralizados de rendición de cuentas para actores privados (inversionistas, abogados, árbitros e institucionales arbitrales), es un tema previamente analizado por la doctrina (Mohlin, 2019). Algunos estudian las limitaciones de responsabilidad (*accountability*) para los árbitros en arbitraje de inversión a la luz de las limitaciones concurrentes a la transparencia o publicidad de los procedimientos y usando como referente los adjudicadores dentro de los sistemas de administración de justicia domésticos (Kaufmann-Kohler, 2016).

La falta de controles, o al menos la total ausencia de controles centralizados frente a la gestión de los actores no estatales que participan o están a cargo de la solución de controversias entre inversionistas y Estados, contrasta con las múltiples instancias y niveles de responsabilidad que asumen los/las funcionarios/as públicos/as en general, y aquellos encargados de las diferentes etapas del ciclo de defensa jurídica en particular. En Estados como Colombia, la defensa jurídica del Estado ante instancias internacionales es una función pública⁷ y, por lo tanto, los/las funcionarios/as que la desarrollan son susceptibles de incurrir en responsabilidad disciplinaria, penal e incluso fiscal con ocasión del desarrollo de estas actividades.

En palabras simples, un/a funcionario/a público/a puede ser judicializado, a nivel penal, disciplinario y fiscal, como consecuencia de su gestión en el ciclo de defensa en general, y en la etapa de constitución del tribunal en particular. No existe un riesgo similar para los actores privados.

Aunque la anterior asimetría no puede ser evitada, existen formas de mitigar el riesgo que asumen los/las funcionarios/as públicos/as a cargo de la constitución del tribunal. Las conductas que pueden adoptarse a efectos de mitigar los riesgos se traducen en medidas de diligencia reforzada durante el proceso de constitución del tribunal arbitral.

De una parte, los/las servidores/as públicos/as a cargo del proceso están obligados/as a agotar los mismos procedimientos que agotaría una parte privada al momento de analizar a las/los árbitros que integran el tribunal arbitral.

Una vez conocido el árbitro designado por el inversionista, el equipo estatal deberá hacer uso de la información pública disponible a efectos de identificar posibles conflictos de interés con la parte que lo designó –incluyendo a su representante legal en el arbitraje–, con el Estado demandado, y con los problemas jurídicos que se debatirán. Aunque actualmente existen múltiples formas de acceder de forma gratuita a información relevante para el análisis del co-árbitro del inversionista, es altamente recomendable que el Estado adquiera al menos uno de los servicios especializados que actualmente se ofrecen en el mercado

7 Véase Decreto-Ley 4085 de 2011, mediante el cual se crea la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como una entidad descentralizada del orden nacional, que forma parte de la Rama Ejecutiva. A pesar de poseer personalidad jurídica, autonomía administrativa y financiera, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de Colombia es un órgano de ese Estado y ejerce una función pública.

arbitral. En cualquier caso, estos servicios deben ser complementarios y no reemplazar las tareas a cargo de los equipos jurídicos. Un proceso similar deberá realizarse al momento de analizar a los/las candidatos/as a co-árbitro/a del Estado y a presidente/a del tribunal.

Además de las tareas exigibles tanto a los inversionistas como a los Estados, los/las funcionarios/as públicos/as están obligados/as a agotar medidas adicionales de debida diligencia. En particular, es altamente recomendable que se eleven consultas a otras entidades que desarrollen o hayan asumido la defensa jurídica internacional del Estado o de sus entidades en diferentes instancias. En la medida en que el grupo de elegibles para conformar un tribunal arbitral es por definición limitado, aumentan las posibilidades de que un perfil determinado ya haya sido previamente analizado por otra entidad del Estado. Sin perjuicio de posibles conflictos de interés que puedan advertirse, las consultas también permitirán conocer factores más íntimos frente al comportamiento del candidato, los cuales no pueden ser consultados en bases de datos tradicionales.

En tanto los/las funcionarios/as públicos/as a cargo del proceso de constitución son responsables ante múltiples instancias de rendición de cuentas, es recomendable que la totalidad de acciones de debida diligencia se documenten de manera contemporánea con los hitos del proceso. En este sentido, son altamente deseables los informes de debida diligencia en relación con los análisis surtidos frente al co-árbitro del inversionista, el co-árbitro del Estado y los/las candidatos/as a presidentes.

Ahora bien, en la práctica, el ejercicio de la debida diligencia dentro del proceso de constitución del tribunal arbitral implica la asunción de tareas que pueden desbordar a los equipos internos de defensa de los Estados. En efecto, incluso cuando los Estados cuentan con agencias especializadas en materia de defensa, las múltiples instancias de rendición de cuentas hacen que el trabajo diario de los equipos internos no se limite a la gestión dentro del procedimiento arbitral propiamente dicho. Por el contrario, un/a típico/a servidor/a público/a a cargo de la defensa jurídica del Estado debe combinar el trabajo de defensa *stricto sensu* con un repertorio interminable de tareas sensibles. Entre esas tareas se incluyen la respuesta a requerimientos de información en términos de ley perentorios. También se incluyen aquí reuniones complejas que los/las funcionarios/as a cargo de la defensa jurídica deben celebrar con actores privados, entre los que se incluyen los

inversionistas, pero también la comunidad civil afectada por las medidas que son objeto de debate en los arbitrajes de inversión, y con actores públicos pertenecientes a las demás ramas del poder público y de los órganos de control. En muchos casos, estas reuniones están dirigidas al entendimiento correcto de la controversia, pero también a la obtención de la prueba documental y testimonial que se hará valer en los arbitrajes.

Por las anteriores razones, es importante que los equipos jurídicos entiendan el proceso de constitución del tribunal como un proceso complejo, desgastante y delicado, el cual exige contar con suficientes recursos humanos y tecnológicos. Por la misma razón, es recomendable que los equipos de defensa solo se hagan cargo del proceso de constitución del tribunal arbitral cuando el conocimiento y experiencia acumulada del funcionamiento del sistema de solución de controversias inversionista-Estado, y el recurso humano y físico disponible, generen las suficientes garantías de que el proceso se llevará a cabo con responsabilidad.

A la luz de lo anterior, es posible observar que el funcionario público a cargo de la constitución del tribunal arbitral no debería estar únicamente capacitado para afrontar las específicas dinámicas y retos del proceso de constitución. Por el contrario, dadas las altísimas exigencias y riesgos a los que se enfrenta, así como las múltiples tareas a cargo, debería tratarse de un/a funcionario/a con capacidad de adaptación, competencias multidisciplinarias, y con vocación para interactuar con otros/as funcionarios/as ajenos/as a los tecnicismos propios del arbitraje de inversión.

3.2. La necesidad de asegurar que el tribunal arbitral dé cuenta de los límites del consentimiento estatal al arbitraje inversionista-Estado y de las complejas interacciones de regímenes bajo el derecho internacional

El arbitraje inversionista-Estado con base en un acuerdo internacional de inversión es un ejercicio que, de inicio a fin, estará determinado por el contenido del tratado aplicable, sin perjuicio de la interacción sistémica necesaria de ese tratado con las demás reglas de derecho internacional relevantes a la relación entre los Estados parte (Convención de Viena, 1969 y ILC Study Group, 2006). Adicionalmente, el arbitraje de inversión constituye una prerrogativa extraordinaria de los Estados a los inversionistas-extranjeros. Por ende, la oferta de arbitraje suele estar cuidadosamente delimitada (UNCTAD, 2003). Sumado a lo anterior, los

Estados se cuidan en no consentir al arbitraje inversionista-Estado en desmedro de su capacidad regulatoria, y en algunos casos excluyen incluso la posibilidad de llevar allí algunas controversias cuando estas versen sobre determinados asuntos que se estiman especialmente sensibles y valiosos para cada Estado (US Model BIT, 2012).

Los procesos de análisis anteriormente descritos requieren de un complejo conjunto de herramientas especializadas que, sin duda, no es típico de todos/as los/as abogados/as con interés en participar en el sistema de solución de controversias inversionista-Estado. De manera preocupante, los procesos informales propios de esta forma de adjudicación no excluyen la posibilidad de que las/los árbitros y litigantes exitosos en otro tipo de procedimientos arbitrales, asuman posiciones de decisión en arbitrajes inversionista-Estado conforme a tratados. La consecuencia necesaria de esta exportación de personal es una reducción ostensible de las garantías de que el tomador de decisiones valorará con suficiente rigor los límites del consentimiento estatal al arbitraje inversionista-Estado. Dicho esto, aunque el contenido del acuerdo internacional de inversión siempre constituirá un límite infranqueable para cualquier arbitraje de inversión, un tribunal sin experticia en derecho internacional público puede poner en riesgo la debida comprensión de la interacción entre los diferentes regímenes en el derecho internacional, siendo probable que se nieguen o minimicen ciertas relaciones, favoreciendo aproximaciones exegéticas al contenido del tratado aplicable.

A la luz de lo anterior, un reto diferenciado para los/las funcionarios/as públicos/as a cargo de la constitucional del tribunal es lograr una composición que dé cuenta de los límites del consentimiento al arbitraje inversionista-Estado. En la práctica, el tribunal deberá hacer un análisis estricto del cumplimiento de cada uno de esos requisitos, y reconocer la falta de competencia para decidir casos en donde las condiciones del consentimiento no hayan sido cumplidas por el inversionista. Así mismo, la composición del tribunal deberá asegurar que las formas de razonamiento propias de los litigios eminentemente contractuales o comerciales no desplacen ni deroguen las disciplinas propias del derecho internacional. Esto incluye, por supuesto, dar absoluta relevancia al contenido del contrato aplicable entre las partes, cuando el mandato del derecho internacional sea que la conducta del Estado se analice a luz de las obligaciones y derechos específicamente asumidas por la parte privada y pública en ese contrato.

Así las cosas, es recomendable que el Estado designe árbitros/as de reconocida experticia en derecho internacional público. Asimismo, es recomendable que en la metodología de constitución se exija la experticia en derecho internacional público general, y en el derecho internacional de la inversión extranjera, como requisito del presidente/a del tribunal. Esto no implica necesariamente que en todos los casos el proceso se encamine a designar árbitros de marcada tendencia a fallar en favor del Estado. Lo que se recomienda es que el proceso de debida diligencia y la metodología de constitución estén orientados a asegurar que la experticia en estas dos ramas del derecho sea protagónica.

3.3. La necesidad de guardar coherencia con las posiciones esgrimidas en instancias multilaterales de reforma

El sistema de solución de controversias inversionista-Estado es objeto de importantes críticas relacionadas con su legitimidad. Las críticas se dirigen, entre otros, a la ausencia de mecanismos para asegurar la independencia e imparcialidad de las/los árbitros, ausencia de predictibilidad, un déficit de diversidad, y niveles mínimos de transparencia (Behn et al., 2022). Estas críticas han generado importantes movimientos de reforma al sistema, algunos de los cuales se desarrollan en el marco de las instituciones arbitrales que administran la resolución de este tipo de disputas, y otros de los cuales tienen lugar en espacios interestatales de carácter multilateral. En este último se incluye el Grupo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que desde el año 2017 tiene el mandato de identificar las problemáticas más relevantes del sistema de solución de controversias inversionista-Estado.

Los reclamos de reforma que elevan los Estados en instancias multilaterales generan retos innegables no solo frente a la coherencia, sino frente a la eficacia en el proceso específico de constitución del tribunal.

De una parte, poca o ninguna relevancia tienen los reclamos del Estado en foros internacionales de reforma si en la práctica el Estado no gestiona el procedimiento de constitución arbitral para darle materialidad a esos reclamos. A manera de ejemplo, los reclamos por mayor representación y diversidad en los tribunales arbitrales pierden su coherencia si en la práctica el Estado solo designa hombres de Europa occidental. Lo mismo

ocurre si los requisitos previstos en la metodología son tan exigentes que hacen que en la práctica solo el perfil tradicional de árbitros/as pueda ser designado.

De otra parte, incluso si el Estado hace un esfuerzo por guardar coherencia entre lo que dice ante las instituciones internacionales, y lo que hace en el marco del arbitraje, el proceso de constitución del tribunal tiene un carácter dialógico y cooperativo. Por lo tanto, siempre será necesario el acuerdo del inversionista para que un determinado grupo de características hagan parte de la metodología de constitución.

En estos casos, no bastará con que el funcionario a cargo del proceso de constitución conozca los debates y reclamos de reforma, ni tampoco que esté convencido de la posición defendida por el Estado en foros internacionales, sino que será necesario que esté dotado de competencias suficientes en materia de negociación. Como se dijo, el proceso de constitución del tribunal no es unilateral, razón por la cual siempre serán necesarias las concesiones con miras a avanzar, paso a paso, en la construcción de un sistema de solución de controversias inversionista-Estado más legítimo.

4. Conclusiones

Como quedó demostrado, el Estado y sus funcionarios/as sí enfrentan retos diferenciados durante la etapa de constitución del tribunal arbitral en el marco de los arbitrajes inversionista-Estado. Con la literatura escasa en esta materia, los/as autores/as intentaron visibilizar los retos, así como las recomendaciones para enfrentarlos en la práctica. Aunque en últimas el proceso de constitución del tribunal debe estar dirigido a garantizar que todos/as los/as integrantes generen garantías de imparcialidad e independencia, y sean capaces de trabajar de forma armónica en pro de la resolución definitiva de la controversia, para el Estado existen intereses adicionales. Los Estados no solo están obligados a reforzar los ejercicios de debida diligencia asociados a la constitución del tribunal, sino que deben resguardar intereses sistémicos que pueden verse vulnerados como consecuencia de un uso y acceso indebido al arbitraje inversionista-Estado. Aquí se incluyen las complejidades de mantener la coherencia entre los reclamos por un sistema más inclusivo, y las dinámicas dialécticas del proceso de constitución.

Referencias

Doctrina

- Behn, D., Kristian, O. & Langford, M. (ed.) (2022), *The Legitimacy of Investment Arbitration*. CUP.
- Born, G. (2021). *International Commercial Arbitration*, Third Edition, Kluwer Law International.
- Fernández, J. (2023). *El Grupo de Trabajo III de UNCITRAL aprobó el proyecto de código de conducta para árbitros en la solución de controversias internacionales sobre inversiones*. El Blog de José Carlos Fernández de Rozas: <https://fernandezrozas.com/2023/05/18/el-grupo-de-trabajo-iii-de-uncitral-aprobo-el-proyecto-de-codigo-de-conducta-para-arbitros-en-la-solucion-de-controversias-internacionales-sobre-inversiones-31-marzo-2023/>
- Giorgetti, C. (2014). The Arbitral Tribunal: Selection and Replacement of Arbitrators. En *Litigating International Investment Disputes: A Practitioner's Guide*.
- Giorgetti, C. (2014). *Who Decides in International Investment Arbitration?* 35 U. PA. J. INT'L L. 101.
- Kaufmann-Kohler, G. (2016). *Charles N. Brower Lecture*, ASIL.
- Lew, J. D. M., Mistelis, L. A. & Kroll, S. M. (2003). *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer.
- Malintoppi, L. & Yap, A. (2018). Challenges of Arbitrators in Investment Treaty Arbitration: Still Work in Progress? En Yannaca-Small, K. (ed.). *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, Second Edition.
- Mohlin, A. (2019). *Relations of Power and Democratic Accountability in Investor-State Arbitration*. Stockholms universitet.
- Redfern, A. & Hunter, M. (1999). *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3rd. ed., Sweet & Maxwell.

Partasides, C. (2001). *The Selection, Appointment and Challenge of Arbitrators*.

Reisman, W., Craig, W., Park, W. & Paulsson, J. (2015). *International Commercial Arbitration* 576, 2d ed.

Seppälä, C. (2008). *Obtaining the Right International Arbitral Tribunal: A Practitioner's View*. *The International construction Law Review*, Volume 25, Part 2.

Xiao, W. (2022). *Thinking of ISDS Arbitrators Selection*. Proceedings of the 2022 2nd. International Conference on Enterprise Management and Economic Development (ICEMED 2022), *Advances in Economics, Business and Management Research*, volume 656.

Otros documentos de relevancia internacional

American Arbitration Association. (2004). *The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*.

CIAR Global (2023). Borrador De UNCITRAL Del Código De Conducta Para Árbitros Internacionales. CIAR Global Blog: <https://ciarglobal.com/borrador-de-uncitral-del-codigo-de-conducta-para-arbitros-internacionales/>

IBA. (2014). *Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional*, adoptadas por acuerdo del Consejo de la IBA el jueves 23 de octubre de 2014.

ILC. (2006). Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversity and expansion of international law. *Report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Mr. Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682 and Add.1**.

International Institute for Conflict Prevention & Resolution. (2012). *Guidelines for Arbitrators in Conducting Complex Arbitrations*.

International Law Association. (2005). *The Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary*. ILA Study Group on the Practice and Procedure of International Courts and Tribunals, p. 204.

UNCITRAL. (2023). *Draft code of conduct for arbitrators in international investment dispute resolution and commentary*. A/CN.9/1148.

UNCTAD. (2012). *Dispute Settlement-Consent to Arbitration*, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.2.

United Nations. (1969). *Vienna Convention on the Law of Treaties*. United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331, Art. 31.

United States Model Bilateral Investment Treaty. (2012). Disponible en: <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>.

Decisiones arbitrales

Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5 (formerly *Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*), Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Francisco Orrego Vicuña, 13 December 2013.

Orazul International España Holdings S.L. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/19/25, Decision on the Claimant's Proposal to Disqualify Dr. Inka Hanefeld, 11 September 2022.

Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Challenge to Arbitrator, 8 December 2009.

Raiffeisen Bank International AG and Raiffeisenbank Austria d.d. v. Republic of Croatia, ICSID Case No. ARB/17/34, Decision on the Proposal to Disqualify Stanimir Alexandrov, 17 May 2018.

ARBI-
TRAJE
Y CON-
TRATA-
MISCELÁNEA
CIONES
CON EL
ESTADO

LA CONTEXTUALIDAD DEL CRIMEN ORGANIZADO: REFLEXIONES PARA UNA RESPUESTA EQUILIBRADA DESDE EL ESTADO

Nicolas Zevallos Trigoso¹

Sumilla: El crimen organizado, en tanto fenómeno social, no opera en el vacío: construye relaciones con el contexto en el cual se desarrolla. Sin embargo, se suele abordar en el debate y las políticas como si se tratase de fenómenos aislados y marginales. Una revisión a las estructuras y procedimientos existentes del crimen organizado en el Perú, nos acerca al complejo entramado de relaciones que se tejen en torno a estos fenómenos en diferentes contextos. Ello conlleva el reto de pensar la respuesta a estos fenómenos no solo desde la política criminal, sino desde la necesidad de dar una respuesta estatal que equilibre el control con el desarrollo social e institucional.

Palabras clave: Crimen organizado, política criminal, criminología, mercados ilegales, crimen predatorio

1. La ceguera contextual del efecto Corleone

La agenda pública peruana acoge desde hace un tiempo la discusión sobre el crimen organizado. Si bien los fenómenos asociados a esta categoría no son del todo nuevos, el uso de los conceptos ha ido ampliándose progresivamente para describir tanto las formas de operación de algunos actores criminales, como las medidas de persecución que se integran a la política criminal en el Perú. Desde el 2013 la normativa nacional integra la Ley N° 30077, Ley contra el Crimen Organizado, complementada posteriormente por el Decreto Legislativo N° 1244. Y desde el 2019 el Estado peruano cuenta con una Política Nacional Multisectorial de Lucha contra el Crimen Organizado. Estos instrumentos sintetizan la visión y apuesta que tiene el Perú frente al reto que representa este fenómeno criminal.

A pesar de ello, subsisten algunos vacíos en la comprensión de los alcances de este fenómeno criminal. Estos vacíos van más allá de la liberalidad con la que se usan mediáticamente conceptos como

¹ Instituto de Criminología y Estudios sobre la Violencia

mafia o banda para catalogar a todo accionar criminal en el cual se identifica la confluencia de intereses de varias personas y un esfuerzo coordinado para cometer actos ilícitos. Así, el asunto se complica cuando una consideración –que debería permanecer anecdótica– permea la narrativa y comprensión de los/las legisladores/as y decisores responsables de diseñar, aprobar y ejecutar los dispositivos para el combate contra este fenómeno. No es ajena a la práctica de algunos/as operadores/as de seguridad y justicia, la presentación de organigramas que describen estructuras criminales jerárquicas que en la realidad responden a redes acéfalas o desconcentradas. Tampoco las consecuentes dificultades para demostrar judicialmente el accionar coordinado de sus integrantes. La literatura cataloga esta desviación como *el efecto Corleone*: la figura cinematográfica de *El Padrino* emerge como molde de la idea general de crimen organizado (De la Corte & Giménez-Salinas, 2010, p. 7).

Pero el problema no parece resumirse solo a la manera en que se concibe y ejecuta la política criminal frente al crimen organizado en el Perú. Sin ser este un asunto menor, la cuestión más seria es la compleja y menos visible forma en la que se inserta en nuestros contextos sociales e institucionales. Por la indignación que despierta, llaman más la atención los casos específicos en los que se desarticulan estructuras criminales dedicadas a prácticas corruptas en entidades gubernamentales. También ocurre ello con la fastuosidad y violencia con la que viven y operan aquellos dedicados al tráfico ilícito de drogas o a la minería ilegal. La espectacularidad de estos hechos nos deslumbra impidiéndonos mirar el complejo entramado social e institucional que se teje en torno a la expansión de estas actividades ilícitas. Si se comprende que es un fenómeno social, se comprende que el crimen organizado no opera en el vacío. No se trata de hechos marginales y aislados. Por el contrario, establece y constituye relaciones –aunque sean dañosas y nocivas– en los contextos donde se desarrolla.

Como consecuencia de esta comprensión limitada sobre el crimen organizado, el abordaje del Estado aparece restringido a la política criminal. Así, por ejemplo, ante el incremento de amenazas y asesinatos de defensores ambientales de parte de narcotraficantes, mineros y madereros ilegales, la demanda se concentra en incrementar accionar policial y judicial. De igual manera ocurre con el sostenido embate de las bandas criminales que extorsionan y asaltan a los pequeños emprendimientos familiares urbanos; la policía no patrulla, el fiscal no investiga, el juez no sanciona y la cárcel no los controla. Sin duda se trata de reclamos legítimos, pero se pierde de vista que detrás de estos fenómenos existe una pugna por los recursos de un territorio

amazónico o un claro caos en el comercio local de nuestras urbes. Se trata de cuestiones claramente estructurales que superan –pero no excluyen– a las/los operadores de seguridad y justicia. Así, el efecto Corleone incluye también algo de ceguera contextual.

2. Dimensiones básicas del crimen organizado

Para comprender la complejidad referida previamente es pertinente entender las dimensiones básicas del crimen organizado. Autores como Von Lampe (2016) señalan que existen más de doscientas definiciones de este precepto, por lo que es complejo tratar de encontrar una lectura única a este fenómeno. Lo clásico es recurrir a lo propuesto por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida como la Convención de Palermo (Naciones Unidas, 2004), y que es recogido –en parte– por diversas normativas nacionales como la peruana. Pero incluso aquí no se ubica una definición de crimen organizado, pues este instrumento es cauteloso al plantear qué se debe entender como grupo delictivo organizado. Aun así, esta prescripción propone cuando menos dos dimensiones básicas para comprender la lógica del crimen organizado: a) una estructura y b) un procedimiento. La estructura refiere a un número de personas, su estabilidad en el tiempo y con tareas diferenciadas. El procedimiento alude en la búsqueda de fines materiales a través de tareas y operaciones particularmente dañosas, pero que implican algún nivel de coordinación entre los y las participantes (que integran la estructura). La tabla 1 resume las dimensiones y sus contenidos.

Tabla 1

Dimensiones básicas del crimen organizado

Dimensión	Contenido
Estructura	Número de personas
	Estabilidad en el tiempo
	División de tareas
Procedimiento	Fines materiales
	Coordinación entre actores
	Gravedad y tipificación

Elaboración propia a partir de la Convención de Palermo

Al momento de estudiar el crimen organizado, la literatura especializada reconoce ambas dimensiones. De un lado, propone abordar las formas en las que se configuran estas estructuras. Un ejemplo de ello se ubica en las tipologías clásicas de estructuras criminales que desarrolla UNODC: jerarquía estándar, jerarquía regional, agrupación jerárquica, grupo central y red criminal (Le, 2012, p. 122). Este listado implica una secuencia en la que la estructura asume una configuración cada vez menos vertical y centralizada, y cada vez más flexible. En esta misma lista de estudios aparecen las discusiones sobre las estructuras tradicionales, cuyas evoluciones históricas dan cuenta de una relación diferenciada con sus contextos de desarrollo: lógica territorial y culturales en las mafias, dinámicas predatorias de las bandas, dinámicas de pertenencia simbólica de las pandillas o articulación empresarial global de los cárteles, por ejemplo. En la mirada desde esta dimensión se integran discusiones sobre la gobernanza criminal y la manera en las que estas estructuras se relacionan generando tensiones y sinergias con otros actores en los lugares en los que se desarrollan: sindicatos, empresas, instituciones estatales, etc. (Lampe, 2016).

De otro lado se encuentra la dimensión de las actividades, que alude al sentido procedimental del crimen organizado. En este caso, no se mira cómo se organizan y gobiernan las estructuras, sino cómo operan para conseguir sus fines materiales. Qué tareas desarrollan y de qué manera coordinan es el centro de atención de esta arista del debate. Para autores como Albanese (2000, p. 411), desde esta perspectiva el crimen organizado corresponde a una categoría de comportamientos más amplia denominada “crimen organizacional”, que implica una secuencia organizada de actividades para su realización. El crimen organizado abarca en ese sentido un encadenamiento de tareas y operaciones. Para la literatura especializada, esta perspectiva permite incorporar el paradigma empresarial en la discusión; se trata, finalmente, de un modelo de emprendimiento ilícito, organizado secuencialmente para conseguir beneficios materiales a través de actividades proscritas. Desde esta dimensión es que se abordan cuestiones como los mercados ilegales (tráficos ilícitos y contrabandos) y los crímenes predatorios (asaltos, secuestros y extorsiones). Ambas implican actividades que generan ganancias, con la diferencia que los mercados ilegales implican intercambios voluntarios, mientras que los crímenes predatorios usan la fuerza para extraer la riqueza de manera violenta.

Ambas dimensiones dialogan entre sí, es posible identificar distintas formas de estructura criminal asociadas a diferentes procedimientos

criminales. Sin embargo, la literatura sugiere que la estructura se subordina al procedimiento. En particular en los mercados ilegales, los actores ajustan sus estructuras a la necesidad de responder a la variabilidad de la oferta y demanda, y no de manera irrestricta a algún liderazgo (Von Lampe, 2016, pp. 59-60). Bajo estas perspectivas, las formas de organización aparecen subordinadas a las necesidades procedimentales para el cumplimiento de los objetivos de estas actividades criminales.

3. Elementos para contextualizar el crimen organizado en el Perú

La norma penal peruana no es ajena a las dos dimensiones señaladas al momento de abordar el crimen organizado. La Ley N° 30077 y posteriormente el Decreto Legislativo N° 1244 incorporan a la legislación penal dos tipos de estructuras básicas. De una parte, el artículo 317 del Código Penal peruano define la configuración de una organización criminal, en una línea semejante a lo previsto en la Convención de Palermo: una estructura estable en el tiempo con división coordinada de tareas. De otro lado, el artículo 317-B define la figura de banda criminal, abarcando el concierto de intereses en la comisión de delitos en el que no necesariamente confluyen características propias de las organizaciones criminales (estabilidad y división de tareas, especialmente). Lo particular es que, en ambos casos, la fórmula legal no recoge expresamente los fines económicos.

Sin embargo, aludiendo a la idea de delitos graves recogida en la Convención de Palermo, tanto la Ley N° 30077 como el DL N° 1244 definen un inventario de delitos abarcados por la figura de organización criminal. Este listado alude precisamente a los procedimientos, siendo ahí donde se evidencian –en la gran mayoría de los casos– los fines materiales de estas actividades ilícitas. Así, como se observa en la tabla 2, estos delitos comprenden tanto mercados ilegales (tráficos de drogas, armas, personas), crímenes predatorios (contra el patrimonio, estafas, usurpaciones) y delitos conexos (que facilitan el desarrollo de otros delitos o permiten aprovechar los beneficios obtenidos ilícitamente). Salvo en el delito de genocidio y en cierta medida en el de violación del secreto de las comunicaciones, el resto del inventario da clara cuenta del interés material de estas actividades. Como se sostiene es en los procedimientos de este inventario de delitos donde radica la particular amenaza que representa el crimen organizado (Adamoli et al., 1998, p. 4).

Tabla 2*Delitos abarcados por la figura de crimen organizado*

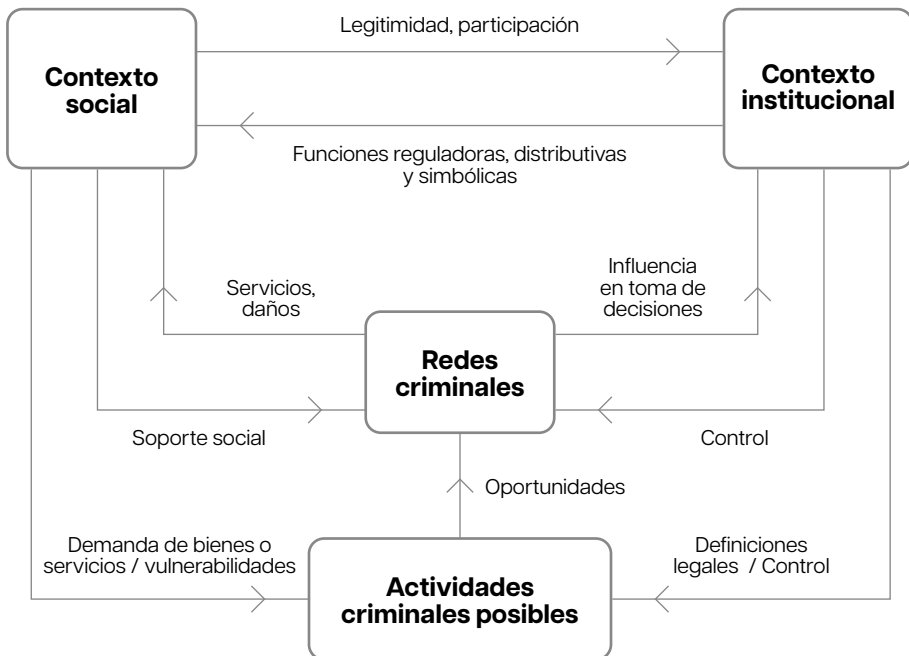
1. Homicidio calificado, sicariato y la conspiración y el ofrecimiento para el delito de sicariato	11. Tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos
2. Secuestro	12. Delitos contra la salud pública: falsificación de medicinas y su comercialización
3. Trata de personas	13. Tráfico ilícito de drogas
4. Violación del secreto de las comunicaciones por interceptación telefónica	14. Tráfico ilícito de migrantes
5. Delitos contra el patrimonio: hurto agravado, robo agravado, receptación agravada, estafa agravada, defraudación	15. Delitos ambientales
6. Pornografía infantil	16. Delito de marcaje o reglaje
7. Extorsión	17. Genocidio, desaparición forzada y tortura
8. Usurpación simple y agravada	18. Delitos contra la administración pública (corrupción)
9. Delitos informáticos previstos en la ley penal	19. Delito de falsificación de documentos
10. Delitos monetarios (falsificación de monedas, alteración de monedas y tráfico de monedas falsas)	20. Lavado de activos

Elaboración propia a partir del Decreto Legislativo N° 1244

¿Por qué son importantes estas actividades ilícitas y sus procedimientos? Porque es a partir de estas que se puede explorar cómo interactúa el crimen organizado con su contexto. Retomando las ideas iniciales, el crimen en tanto fenómeno social no opera en el vacío, por lo que construye y reconstruye relaciones y significados con su entorno. Para comprender en qué consiste esta contextualidad, Von Lampe (2016) propone un esquema a abordar brevemente. Como se observa en el diagrama 1, dos contextos priman en este análisis: el social –relacionado con el orden social en el cual se desenvuelven las actividades del crimen organizado– y el institucional, alusivo al entramado de normas y burocracia que sostiene el aparato Estatal. Como se observa en el diagrama 1, mientras el contexto institucional tiene funciones reguladoras, distributivas y simbólicas sobre el social, este último le otorga legitimidad y dinámica participativa.

Diagrama 1

Contextualidad del crimen organizado



Extraído de Von Lampe, 2016, p. 356

Asimismo, el diagrama integra a las redes criminales (anticipando un sentido orgánico y sistemático en su accionar), así como las actividades criminales que resultan posibles en este escenario. Entre estos componentes existe un vínculo de oportunidad. Se entiende entonces que algunos escenarios son proclives a ofrecer determinadas oportunidades delictivas a las redes criminales. Por ejemplo, así ocurre con la zona andina y la franja amazónica, en donde las condiciones naturales brindan una oportunidad a la producción ilícita de cocaína, la minería ilegal y la tala ilegal de madera. Aludiendo a la teoría de la oportunidad delictiva (Cohen & Felson, 1979 y Wilcox et al., 2003), estas opciones no solo refieren a la posibilidad de un objetivo alcanzable. También implican la presencia de actores motivados (las redes criminales) y la laxitud de la vigilancia (control social formal e informal).

Estos elementos se observan en la relación entre las actividades criminales posibles y ambos contextos: de un lado, la demanda de bienes y servicios que la sociedad no logra obtener ya sea porque se encuentran proscritos o porque existen barreras de acceso (superadas por delitos como el contrabando, por ejemplo). ¿Qué se obtiene a cambio de facilitar este acceso proveyendo bienes y servicios? Soporte social, incluso a pesar del daño que pueda generar en este contexto. De otro lado, relacionado con la laxitud del control, el contexto institucional plantea definiciones legales y dispositivos de control que pueden facilitar o debilitar las posibilidades de las actividades criminales. Si bien este contexto procura control sobre las redes criminales, estas últimas también buscan ejercer influencia sobre la toma de decisiones mediante prácticas de corrupción o amedrentamiento.

4. Reflexiones sobre el control del crimen organizado a partir de su contextualidad

En síntesis, la idea de contextualidad que propone Von Lampe y se desarrolla en la sección precedente invita a que la discusión trascienda aspectos de la configuración específica del crimen organizado, ya sea desde sus estructuras o desde sus procedimientos. Si se asume esta premisa, el control del crimen organizado no puede limitarse exclusivamente a sus formas específicas de operación. Es necesario pensar –cuando menos– las maneras en que penetra los contextos sociales e institucionales. La peligrosidad y amenazas que reviste el crimen organizado desde sus diversas manifestaciones se sostiene precisamente en estas interacciones. Así, si bien expresiones evidentes como el recurso a la violencia despiertan preocupación inmediata,

el verdadero peligro se ubica en la consolidación de las relaciones sociales e institucionales que el crimen organizado logra tejer en nuestras comunidades.

En ese orden de ideas, corresponde preguntarnos de qué manera las políticas del Estado están respondiendo a estas interacciones. Ello lleva a considerar que el control del crimen organizado requiere abordar, cuando menos, dos niveles. De un lado, el que refiere a la eficacia de la respuesta de los operadores de seguridad y justicia para enfrentar a las manifestaciones concretas de los mercados ilegales, delitos predatorios, organizaciones y bandas criminales. No deja de ser válido y legítimo demandar mayor capacidad estratégica, táctica y operativa, así como mejores niveles de coordinación entre la seguridad y la justicia para tener un control más efectivo. Sin embargo, el otro nivel convoca al resto del aparato del Estado para atender las vulnerabilidades que conllevan tanto las brechas sociales como la precariedad institucional en el país. Estas últimas devienen en el caldo de cultivo propicio para la expansión de las manifestaciones del crimen organizado en el Perú. Lo que corresponde entonces es evaluar qué políticas de las vigentes procuran ese equilibrio y qué sinergias son necesarias para reducir las oportunidades delictivas y así aminorar los riesgos que afectan nuestra convivencia segura y pacífica.

Referencias

- Adamoli, S., Di Nicola, A., Savona, E., & Zoffi, P. (ed.). (1998). *Organized Crime Around The World*. European Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nations.
- Albanese, J. S. (2000). The Causes of Organized Crime Do Criminals Organize Around Opportunities for Crime or Do Criminal Opportunities Create New Offenders? *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 16(4), 409-423.
- Kleemans, E. R., Soudijn, M. R. J., & Weenink, A. W. (2012). Organized crime, situational crime prevention and routine activity theory. *Trends in Organized Crime*, 15(2-3), 87-92. <https://doi.org/10.1007/s12117-012-9173-1>
- Le, V. (2012). Organized Crime Typologies: Structure, Activities and Conditions. *International Journal of Criminology and Sociology*. <https://doi.org/10.6000/1929-4409.2012.01.12>
- Liddick, D. (1999). The enterprise “model” of organized crime: Assessing theoretical propositions. *Justice Quarterly*, 16(2), 403-430. <https://doi.org/10.1080/07418829900094191>
- Naciones Unidas. (2004). *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. 96.
- Von Lampe, K. (2016). *Organized Crime: Analyzing Illegal Activities, Criminal Structures, and Extra-legal Governance*. SAGE Publications, Inc.

REPARACIÓN CIVIL Y CRIMINALIDAD AMBIENTAL

Erick Guimaray¹

Sumilla

El artículo aborda la responsabilidad y reparación civil en casos de crimen organizado, destacando la complejidad de identificar responsables y cuantificar el daño. Se destaca la importancia de considerar distintos elementos para determinar la reparación.

Palabras clave:

Crimen organizado, responsabilidad civil, reparación civil, daño, responsables

Sumario: 1. Introducción. 2. Los daños del crimen organizado. 3. La responsabilidad y la reparación civil derivadas del crimen organizado. 4. Conclusiones. Referencias

1. Introducción

Las Procuraduría Pública, en términos globales, es un órgano de defensa jurídica, cuyas atribuciones se concentran en resguardar los intereses del Estado cuando este es parte civil en el proceso penal. En tal virtud, el proceso penal le reconoce una activa participación en sus diferentes etapas, pues, por ejemplo, la Procuraduría puede apelar el extremo civil de una sentencia, aportar material probatorio, transar sobre el monto de la reparación, etc.

Cuando el Estado es víctima del crimen organizado, el daño generado suele ser muy alto. Lógicamente el daño más saltante es respecto de los intereses más importantes para la sociedad (bienes jurídicos). Pero, ese mismo daño tiene un componente económico o patrimonial que debe repararse, y en esta tarea, el rol que juega la Procuraduría es fundamental.

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz. Jefe del Knowledge Centre del Basel Institute. Ex Procurador Adjunto Nacional para delitos de corrupción. Profesor Ordinario de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Criminología, GRIPEC, de la PUCP.

En este sentido, la función de la Procuraduría Pública en la defensa jurídica de los intereses del Estado víctima de la criminalidad organizada consiste en una correcta determinación de la responsabilidad civil de los/las involucrados/as, y en la más precisa determinación del daño civil.

Ambas tareas son complejas, y su éxito no siempre depende del conocimiento o destreza del operador u operadora jurídica, sino que muchas de las veces la complejidad técnica de los hechos, sumada a la falta de recursos, condicionan el trabajo.

En este contexto se ensayan dos cuestiones transversales: i) los elementos a tomar en cuenta respecto del crimen organizado de cara a la responsabilidad y a la reparación civil; y, ii) el contenido y las formas de la reparación civil derivada de la criminalidad organizada. De modo que, al final del texto se concluye en algunas ideas preliminares en torno a la reparación civil proveniente del crimen organizado.

2. Los daños del crimen organizado

La criminalidad organizada, como fenómeno delictivo, basa su cualificación lesiva precisamente en su estructura organizativa (Terradillos Basoco, 2016, p. 39). Esta le permite funcionar de modo coordinado, asirse de una logística eficiente para sus fines y estar en capacidad de responder ante el control o la persecución de las autoridades, de modo que su pervivencia también suele estar asegurada. Entonces, en esta forma de criminalidad son importantes tanto la capacidad lesiva contra bienes jurídicos, como la capacidad de funcionar en el tiempo, lo que implica, además, alcanzar una alta tasa de impunidad y rentabilidad.

Ahora bien, el crimen organizado es una categoría criminal más descriptiva que dogmática, y como tal, está compuesto de muchos elementos y tiene diferentes manifestaciones. Por ejemplo, la gran corrupción pública es una forma de criminalidad organizada, pues convoca al más alto poder político y al poder económico del sector privado mejor posicionado en el mercado, haciéndolos funcionar en un marco sistemático (Acale Sánchez, 2017, p. 8). Y esta sinergia delictiva implica la intervención de personas desde aparatos organizados complejos (entidades públicas y sociedades mercantiles), lo cual dificulta la tarea de imputar delitos a concretos (o verdaderos) responsables. Por otro lado, en virtud del nivel de poder involucrado,

el daño de la gran corrupción es cualitativamente más grave que el de la corrupción de menor escala². Pero también en virtud de lo mismo, las ganancias de esta sinergia delictiva suelen ser muy altas. Así, como se decía antes, rentabilidad, daño e impunidad son características que señalan al problema (por fuera de cuestiones dogmáticas relacionadas a los específicos delitos que se cometen en un caso de gran corrupción).

Otra manifestación del crimen organizado es la conocida “delincuencia organizada transnacional”, que, de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 2), se caracteriza por ser un grupo estructurado con el objetivo de cometer delitos graves y beneficiarse económicamente de su actividad criminal. La potencia delictiva de este tipo de criminalidad puede afectar la economía y el mercado de los países, sin siquiera asentarse físicamente en ellos. De ahí que, “la criminalidad organizada es quizás la manifestación más evidente de la nueva criminalidad propia de la globalización” (Carnevali, 2010, p. 275).

En este detalle más descriptivo que dogmático, también podría afirmarse que el crimen organizado se manifiesta en la delincuencia económica o empresarial. En efecto, nuestra experiencia judicial no es ajena a los casos donde grandes consorcios empresariales se organizaron para ubicarse cerca de las decisiones estatales más importantes, en lo referente a la asignación de obras y recursos públicos. Solo basta citar la trama *Lava Jato* del Perú para dar cuenta de este dato, pues entre obras y servicios públicos trunco, que generaron costos de reconstrucción y mantenimiento del poco avance alcanzado de las obras, sumado a los daños que sufrieron las personas, relacionados con los costos en los que tuvieron que incurrir para suplir los servicios que precisamente no llegaron o llegaron en mal estado, el daño patrimonial del caso *Lava Jato* es ingente. Como lo fue el beneficio económico, casi siempre proveniente de las arcas del Estado, cuya espoliación siempre está a merced de quien tiene competencias sobre ellas y cuyo deber de administración ha sido comprado.

En sentido específico, tomando en consideración que la corrupción pública también puede funcionar en el marco del crimen organizado,

2 Sobre el concepto de gran corrupción, sus elementos y sus consecuencias, véase Guimaray Mori, E. V. (2021), *Delitos contra la administración pública y corrupción: criterios de imputación al superior jerárquico*. Madrid: Reus. Hava García, E. (2016). Gran corrupción: estrategias para evitar su impunidad internacional. *Revista Nuevo Foro Penal*, 2016 (87), p. 67.

lo cual agudiza sus nocivos efectos, vale la pena citar a la Contraloría General de la República para mostrar parte del daño civil resarcible en este tipo de criminalidad. En el año 2020, la Región de Huancavelica habría perdido S/ 697 millones producto de la corrupción y la conducta funcional³. La Región de Puno⁴, en el año 2019, habría perdido S/ 666 millones por las causas acabadas de mencionar, lo mismo que la Región de Ucayali⁵, que habría perdido S/ 408 millones.

Sin embargo, este tipo de daño patrimonial proveniente de la corrupción organizada (porque involucra no únicamente al funcionario corrupto, sino también a la empresa corrupta), no es una cuestión novedosa, sino que tiene larga data. Basta con recordar emblemáticos casos de corrupción del gobierno de Alberto Fujimori, como la “compra de armas y pertrechos militares”, “caja militar”, “diarios chicha”, entre otros, para recordar que la precariedad de las instituciones públicas y el fracaso del Estado de Bienestar se deben, en gran parte, al derroche delictivo de los fondos públicos.

Así las cosas, la idoneidad lesiva y patrimonial de la criminalidad organizada es una cuestión que puede ser mensurada a efectos de cuantificar la reparación civil derivada de los actos ilícitos probados en el proceso penal. Y para ello, es necesario concentrarnos en los datos o hechos que sirven para reconstruir la propia actividad criminal. Es decir, principalmente a partir de los elementos que componen el riesgo típico es que debería trabajarse sobre un monto que repare los daños del crimen organizado: por ejemplo, concertaciones que producen costos de oportunidad, sobornos en las contrataciones que se cargan sobre la calidad de la obra pública construida, repercusión social de los hechos de relevancia penal, sobrecostos que realmente significan una forma de apropiación indirecta de patrimonio público, concertada entre el empresario y la autoridad, etc.

3 Disponible en:
<https://www.gob.pe/institucion/contraloria/noticias/513351-perdida-por-corrupcion-e-inconducta-funcional-en-huancavelica-bordea-los-s-700-millones>. Consulta: 15.03.2022.

4 Disponible en:
<https://www.gob.pe/institucion/contraloria/noticias/306147-n-637-2020-cg-gcoc-corrupcion-e-inconducta-funcional-genero-mas-de-s-666-millones-en-perdidas-para-puno>. Consulta: 15.03.2022.

5 Disponible en:
<https://www.gob.pe/institucion/contraloria/noticias/306165-n-641-2020-cg-gcoc-corrupcion-e-inconducta-funcional-generan-perdidas-por-mas-de-s-400-millones-en-ucayali>. Consulta: 15.03.2022.

3. La responsabilidad y la reparación civil derivadas del crimen organizado

La labor de la procuraduría no solamente consiste en cuantificar y probar el daño, sino en señalar a las/los principales responsables y obligados a repararlo. En esta tesitura, tan importante como probar el daño es la identificación de las personas, naturales o jurídicas, que tuvieron en sus manos la gestión del daño o que se encuentran en una especial situación jurídica que las obliga a repararlo. Sin embargo, estas tareas deben ejecutarse en el complicado marco de las especiales connotaciones de impunidad y lesividad que caracterizan al crimen organizado. De modo que, para esbozar una posible forma de alcanzar el propósito de probar el daño e identificar a sus responsables, es necesario tomar en cuenta las siguientes consideraciones.

En primer lugar, la obligación de reparar un daño civil proviene de la determinación de comportamientos típicos y antijurídicos, o sea, de injustos penales (artículos 99 del Código Penal y 12.3 del Código Procesal Penal)⁶. Con lo cual, para probar la existencia del daño es necesario concentrarse en los ilícitos (por ejemplo, administrativos si nos situamos en procedimientos de contratación) cometidos, y no en cuestiones de responsabilidad penal personal. Esto permitirá al actor civil fijar una justificada relación entre el daño y el perjuicio ocasionado al agraviado⁷.

En segundo lugar, el funcionamiento del crimen organizado, se ha dicho ya, se caracteriza por su especial idoneidad lesiva. Por ende, habrá que concentrarse en el llamado injusto de organización, es decir, en la estructura y funcionamiento de un grupo de personas enlistadas para poner en zozobra la tranquilidad pública, a tal nivel que el ordenamiento punitivo de *última ratio* deba intervenir. Así, será importante considerar el superlativo daño físico o patrimonial que causa el funcionamiento de una organización criminal.

Cabe señalar que el fundamento del daño o de la propia existencia de afectados, es una cuestión aproximativa, es decir, no será necesario explicar con absoluta precisión cuánto daño se causó, como sí explicar qué criterios o elementos fueron tomados en cuenta para postular una concreta cifra (Cavanillas, 2002, p. 79). Por ejemplo, si

6 Sobre este punto, véase Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116, de fecha 13.10.06, fundamento 7.

7 Stc. Segunda Sala Superior Penal Especial, Exp. N° 011-2001, de fecha 8 de agosto de 2006.

estamos frente a un caso de corrupción organizada en el rubro de las contrataciones públicas de infraestructura, los ítems a considerar deberían ser el deterioro de materiales de construcción abandonados, los costos de mantenimiento de otros materiales abandonados, los costos de oportunidad ante una elección amañada, etc. Si estamos frente a una organización criminal de minería ilegal, la propia destrucción de fauna y flora en las excavaciones o la instalación de dragas que destruyen los cauces de los ríos serían los principales criterios para materializar el daño. Si nos referimos a organizaciones criminales que se dedican a lavar dinero, un buen punto de referencia del daño al sistema financiero es el monto del dinero ilícito que se integra al tráfico ilegal.

Y en el mismo sentido, si se trata de organizaciones criminales que se dedican a delitos económicos, el daño patrimonial individual de las víctimas sirve para cuantificar, cuanto menos, el rubro de la restitución como componente de la reparación civil⁸. De otro lado, si estamos frente a una organización criminal que trata con personas, la lesión de legítimos intereses personales⁹ como la dignidad, será el baremo de medición del daño resarcible, y que por supuesto cabe en el rubro de la indemnización.

En tercer lugar, la compleja estructura de la organización criminal es un gran reto para identificar a las/los responsables y obligados naturales o jurídicos. Es decir, si la labor de la procuraduría no solamente es la cuantificación del daño, sino también la determinación de la responsabilidad civil y sus obligados, no es recomendable situarse únicamente en el plano de la distribución del plan criminal, porque la responsabilidad civil tiene otra lógica. Esto es, estamos frente a un tipo de responsabilidad solidaria¹⁰ y que puede alcanzar –inclusive– a quienes no han participado en los hechos investigados en el fuero penal. Dicho de otro modo, en ningún caso debería preterirse del llamado tercero civilmente responsable.

Así las cosas, en la tarea de identificar a las/los responsables de la reparación civil no podemos olvidar la intervención dañina de las personas jurídicas. Se trata, nuevamente, de tener en claro los hechos y sus responsables, pero, además, de buscar asegurar, de la mejor forma posible, el resarcimiento o la indemnización por el daño civil

8 Stc. Sala Penal Transitoria, R. N. N° 206-2019, Lima, de fecha 23.01.2020, fundamento 2.11 (análisis jurídico fáctico).

9 Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116, de fecha 13.10.06, fundamento 8.

10 Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, de fecha 18.07.08, fundamento 26.

ocasionado. Por ello, el actor civil debe incorporar en su requerimiento la participación de las corporaciones que sostienen económicamente a la propia organización criminal.

Finalmente, tomando en consideración que el crimen organizado también se caracteriza por la búsqueda de lucro, tampoco debería pasar desapercibido en la determinación del daño el dinero restituible a las arcas, pues desde un punto de vista amplio, la reparación civil también es una herramienta de recuperación de activos.

4. Conclusiones

El daño civil proveniente del crimen organizado, por sus propias características de tipicidad, es ingente para los principales intereses de la sociedad, y esta característica debe ser tomada en cuenta a la hora de identificar a las/los obligados, y también en la determinación del *quantum* de reparación.

Esta determinación no requiere una pormenorizada explicación, como sí la identificación de perjuicios objetivos contra los intereses involucrados: administración pública, tranquilidad pública, orden público, ambiente, dignidad, etc. Con este método no siempre se echará mano de los bienes jurídicos de relevancia penal, pues esa afectación no es la única que importa para determinar el daño civil. Antes bien, el operador o la operadora tendrá que analizar los hechos juzgados (que serán causa del daño) como un todo, compuesto no solamente de intereses penales, sino de principios y valores normativos de otras ramas jurídicas, afectados a través de conductas ilícitas (no necesariamente culpables).

Y en el mismo sentido, la identificación de los obligados a reparar no puede quedarse únicamente en lo que señala la imputación penal, pues si los daños pueden provenir de eventos “no penales”, los obligados podrán compartir esa característica.

Finalmente, entender a la reparación civil como un método de recuperación de activos, obliga a trazar estrategias que permitan descubrir el monto del dinero sustraído, lo cual pone sobre el tapete la necesidad de potentes investigaciones financieras, como uno de los principales retos actuales de la procuraduría.

Referencias

- Acale Sánchez, M. (2017). Limitaciones criminológicas y normativas del concepto de corrupción. En Puente Alba, L. M (dir.), Fuentes Loureiro, M. A. y Rodríguez López, S. (coord.), *La proyección de la corrupción en el ámbito penal. Análisis de una realidad transversal*. Granada: Comares, pp. 3 - 40.
- Carnevali, R. (2010). La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación. *Revista Ius Et Praxis*, vol. 16 (2), pp. 273-330.
- Cavanillas, S. (2002). Efectos de la responsabilidad ex delicto: indemnización de perjuicios materiales y morales. En: AA.VV., *La responsabilidad civil ex delicto*. Navarra: Aranzadi.
- Hava García, E. (2016). Gran corrupción: estrategias para evitar su impunidad internacional. *Revista Nuevo Foro Penal*, 2016 (87), 60-98.
- Guimaray Mori, E. V. (2021). *Delitos contra la administración pública y corrupción: criterios de imputación al superior jerárquico*. Madrid: Reus.
- Terradillos Basoco, J. M. (2016). Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI, *Revista Nuevo Foro Penal*, 2016 (87), 18-59.

INTEGRIDAD, INTERÉS GENERAL Y DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

Francisco Merino Amand¹

Sumilla

A partir de una reflexión alrededor del actual concepto de integridad pública, el texto se centra en la idea de interés general o público, aquel que la integridad promueve priorizar por sobre los intereses denominados particulares, especialmente los asociados al interés económico y político. Luego, se busca precisar algunas especificidades del concepto de interés general y su vinculación con el ejercicio de derechos ciudadanos y los desafíos del desarrollo sostenible desde los parámetros de un Estado democrático de Derecho. Tomando en cuenta que la defensa jurídica del Estado tiene como razón de ser la representación de los intereses del Estado, como expresión del interés general, se plantea, finalmente, la relevancia ética de preservar la imparcialidad en el ejercicio de la defensa jurídica del Estado, frente a cualquier posibilidad de influencia por parte de intereses particulares, ya sean estos económicos, políticos o de cualquier índole.

Palabras clave

integridad pública, interés general, derechos del ciudadano, defensa jurídica del Estado, imparcialidad

1. Integridad pública, hoy

Las orientaciones para un ejercicio ético de la función pública se expresan, en la actualidad, en el lenguaje de la integridad pública. En una primera aproximación, la integridad puede referirse a una virtud o cualidad personal. Es decir, una persona íntegra es aquella que se compromete y actúa de forma consistente con relación a un conjunto determinado de principios o valores, entre los que podrían destacar, por ejemplo, la honestidad, la veracidad y el trato respetuoso hacia las

¹ Es Doctor por la Universitat de Valencia (España), del programa Ética y Democracia, y Licenciado en Sociología por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor del Departamento de Ciencias de la Gestión y docente de la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas, Facultades de Gestión y Alta Dirección, y de Ciencias Sociales PUCP. Experiencia docente y diseño de cursos de Ética en la Gestión Pública en la Escuela Nacional de Administración Pública - ENAP.

demás personas. En el caso de quienes ejercen funciones públicas, se esperan comportamientos íntegros en el desarrollo de sus labores y podrían sumarse algunos principios y valores adicionales, como los de legalidad, transparencia y responsabilidad por sus acciones.

La integridad pública busca promover comportamientos íntegros, sin duda. Sin embargo, en una segunda aproximación, se trata de un concepto que trasciende la mirada individual e intenta desarrollar un marco de gestión ética para organizaciones públicas orientado a la priorización del interés general y la prevención de la corrupción. Así, no solo se trata de la preocupación por comportamientos personales íntegros en quienes desempeñan funciones en el Estado, sino también un enfoque que busca incorporar mecanismos e instrumentos para la gestión de las entidades públicas, dirigidos a promover e incentivar tales comportamientos.

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) es quizás la instancia internacional que más ha promovido que diversos Estados incorporen la integridad pública como enfoque. En el documento *Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Integridad Pública*, se la define como “la alineación consistente con, y el cumplimiento de, los valores, principios y normas éticos compartidos, para mantener y dar prioridad a los intereses públicos, por encima de los intereses privados, en el sector público” (OCDE, 2017a; p. 3)². En el mismo sentido, la Directiva 002-2021 de la Secretaría de Integridad Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros (SIP-PCM) define integridad pública como:

la actuación coherente con valores, principios y normas, que promueve y protege el desempeño ético de la función pública, de modo que los poderes y recursos confiados al Estado se dispongan hacia los fines que se destinaron, asegurando que el servicio público a la ciudadanía esté orientado al interés general y a la generación de valor público.

Como puede constatarse, un elemento central en la manera de definir la integridad pública en estos dos documentos de referencia es la insistencia en buscar preservar el interés general o público en la acción estatal y en los servicios que ofrece el Estado a la ciudadanía. Este interés general es el que debe ser priorizado por encima de los intereses privados o particulares.

2 Esta mirada fue desarrollada en el Estudio de la OCDE sobre Integridad en el Perú. Reforzar la integridad del sector público para un crecimiento incluyente (2017b), uno de los documentos que orientó el Plan Nacional de Integridad y Lucha Contra la Corrupción 2018-2021.

2. Intereses particulares versus interés general

Los intereses particulares son las preferencias que personas, grupos y organizaciones toman en consideración para la realización de sus acciones, respondiendo a diversas motivaciones y necesidades que les llevan a orientar dichas acciones hacia determinados fines. Desde esta mirada amplia, todas las personas, grupos y organizaciones tienen intereses. En un sistema económico donde la obtención de recursos que puedan valorizarse en dinero está directamente vinculada a la posibilidad de disponer de capacidad de acción y poder, los intereses económicos son preponderantes. Pero también encontramos intereses que buscan reafirmar distintos tipos de poder, no solo económico, o que intentan fortalecer alguna identidad particular relativa a la pertenencia a determinado grupo. Así, otro tipo importante de intereses particulares son los intereses políticos, aquellos que expresan los intentos de hacerse de poder para llegar a gobernar y realizar algún plan o proyecto por parte de una agrupación o partido. Del mismo modo, tenemos intereses respecto a las personas que forman parte de los grupos a los que pertenecemos y nos dan identidad: los integrantes de mi familia, el círculo de amistades y personas conocidas, los que profesan una misma fe o religión, los que pertenecen a un mismo entorno territorial (barrio, ciudad, región), los que comparten alguna afiliación, gusto o experiencia (como, por ejemplo, quienes forman parte de la misma promoción de escuela o universidad), etc.

Es propio del ámbito de los deseos y preferencias humanas tener intereses particulares. Por tanto, no se trata de erradicar estos intereses. Cuando la integridad pública señala que ha de priorizarse el interés general o público, propone, en el caso de quienes ejerzan funciones públicas, que sus acciones tomen como prioridad este tipo de interés, lo que implica un deber de mantener los intereses particulares supeditados al mismo.

Si queremos apostar por la integridad pública, siendo tan importante la priorización del interés general, ¿cómo entender este concepto? No hay una respuesta clara ni unívoca de cómo comprender la idea de interés general. Cualquier intento de definir el interés general, interés público o, en una versión mucho más compleja, el bien *común*, se topa con la dificultad de no poder contar con alguna fórmula definitiva, atemporal o ajena a algún contexto. No hay un interés general universal o algún interés general determinado y definitivo para una sociedad particular. El interés general requiere construirse e interpretarse desde contextos históricos específicos y, desde ahí, ofrecer su pretensión universalista.

El interés general, como interés *universalizable*, pretende representar preferencias del conjunto de grupos o personas que conforman una colectividad en contextos históricos concretos. Así, delimitar qué podemos entender como interés general en una sociedad concreta, requiere un espacio de interpretación y deliberación permanente donde dar razones para optar por un conjunto específico de contenidos que definan dicho interés general.

Desde una apuesta por el fortalecimiento de un Estado democrático de Derecho en el Perú contemporáneo, tomando en cuenta una historia y un presente donde la institucionalidad democrática tiende a ser débil (Guadalupe, 2019), es posible proponer algunos parámetros que permiten dar contenido al interés general o interés público. En esta tarea, un punto de partida fundamental es considerar que el interés general procura la “defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad” (art. 1 de la Constitución Política del Perú), así como el reconocimiento, protección y garantía del ejercicio de los derechos ciudadanos; ejercicio que requiere el cumplimiento de correspondientes deberes por parte de la misma ciudadanía y el propio Estado. Esta apuesta por los derechos fundamentales es explícita en el marco constitucional y, desde ahí, busca orientar el conjunto de normas que derivan del mismo, así como las políticas públicas que puedan proponerse inspiradas en dicho marco. En este sentido, que más peruanos y peruanas y todas las personas que habitan en nuestro país puedan ejercer de manera cada vez más efectiva todos sus derechos, cumpliendo sus deberes ciudadanos, constituye una propuesta consistente de lo que constituye el interés general o público.

Este lenguaje de la dignidad y los derechos, propio de los regímenes democráticos contemporáneos, puede complementarse y profundizarse con otra propuesta de horizonte normativo que busca orientar la convivencia humana en la actualidad. Nos referimos al marco del *desarrollo sostenible* promovido por la Organización de Naciones Unidas (ONU) y que se expresa en la denominada Agenda 2030 y en los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que muchos Estados y sociedades van incorporando como estándares de justicia básica. Los ODS, en su diversidad, ofrecen un marco adicional para enriquecer nuestra comprensión del interés general, en tanto se pretende ofrecer una alternativa al modo en que se ha entendido el desarrollo, planteando una mirada de largo plazo por la sostenibilidad económica, social y ambiental. El logro progresivo de estándares en materia de eliminación de la pobreza, salud, educación de calidad, equidad de

género, energías no contaminantes, trabajo decente, etc. son también la expresión de intereses que favorecen al conjunto de grupos y personas de nuestras sociedades.

Si la integridad pública ha de centrar sus esfuerzos en promover que quienes ejercen funciones públicas prioricen en sus prácticas y decisiones el interés general por encima de los intereses particulares, es fundamental que tengamos identificados qué es lo que se busca priorizar. Hemos mostrado que la protección de derechos o los desafíos que nos plantea el desarrollo sostenible en nuestra sociedad son parámetros válidos para darle contenido al interés general.

3. Integridad y defensa jurídica del Estado

¿Y cómo pueden vincularse estas reflexiones a la defensa jurídica del Estado? ¿No se trata de una reflexión que alcanza a cualquier servicio o función pública? En principio, sí. La defensa jurídica del Estado sería una más de muchas otras importantes funciones públicas, una que va ganado en fortalecimiento institucional en los últimos años. Sin embargo, la defensa jurídica del Estado tiene una particularidad que queremos destacar: su razón de ser está centrada específica y explícitamente en la representación de los intereses del Estado. Estos últimos son una expresión del interés general, es decir, todo aquello que se oriente a la protección y garantía de derechos ciudadanos, así como el logro progresivo de estándares en su ejercicio que aporten a alcanzar objetivos de desarrollo desde horizontes de justicia y sostenibilidad.

Si la identidad de la defensa jurídica del Estado se centra en defender los intereses del Estado y estos expresan el interés general, queda clara la relevancia ética de garantizar una defensa jurídica del Estado libre de posibles injerencias por parte de intereses particulares. El compromiso por un enfoque de integridad pública en el ejercicio de la defensa de los intereses del Estado por parte de la Procuraduría General del Estado y el conjunto de procuradores/as públicos/as, pasa, por tanto, por preservar y cuidar la autonomía en el ejercicio de sus funciones.

La relevancia ética de una defensa jurídica del Estado imparcial y autónoma frente a la influencia de intereses particulares es explícita en normas específicas. El D.L. N° 1326, que reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado, postula entre los principios rectores de la defensa jurídica del Estado (art. 6), el de autonomía funcional y el de objetividad e imparcialidad, enfatizando que las funciones de los procuradores/as públicos/as deben ejercerse libre de influencias e injerencias. Como

puede constatarse, la defensa del interés general del Estado es consustancial a un ejercicio imparcial de estas funciones, lo que supone la independencia respecto al conjunto de intereses particulares que se han comentado líneas arriba.

Vivimos en tiempos en los que el Estado peruano se ve convertido en una arena donde el interés general se enfrenta a múltiples intereses particulares y sometido a acuerdos pragmáticos que buscan favorecerlos. Vemos, en los distintos poderes del Estado, la priorización de criterios no meritocráticos en la designación de funcionarios, la propuesta y elaboración de normas dirigidas a favorecer preferencias de grupos de poder económico o intereses políticos particulares e indiferencia frente a supuestos actos de corrupción. Todo ello no hace sino poner en cuestión el sentido de servicio a la ciudadanía que se espera de quienes nos gobiernan y ejercen funciones públicas. En un marco así, defender los intereses del Estado requiere la máxima autonomía y compromiso por un gobierno transparente y una gestión de lo público orientada al interés general. De ahí la necesidad de defender la imparcialidad de la labor de la Procuraduría General del Estado y de los/as procuradores/as públicos frente al acecho de intereses particulares. En un contexto donde la ciudadanía ha expresado su hartazgo respecto al uso arbitrario y abuso del poder político para fines particulares, la labor de los/as procuradores/as debe ser testimonio de defensa del interés general del Estado. La ciudadanía lo demanda en su afán por contar con un Estado que esté al servicio de las personas y sus derechos.

Referencias

- Guadalupe, C. (2019). Institucionalidad, corrupción y cultura política en el Perú contemporáneo. En Portocarrero, F. y Vergara, A. *Aproximaciones al Perú de hoy desde las ciencias sociales*, pp. 93-111.
- Merino, F. (2017). *Ética para la función pública. De la indiferencia al reconocimiento*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- OCDE. (2017a). *Recomendación del Consejo de la OCDE sobre integridad pública*. París: OCDE.
<https://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf> (consulta 30/03/22).
- OCDE. (2017b). *Estudio de la OCDE para la integridad en el Perú*. Lima: OCDE.
<https://www.oecd.org/gov/ethics/peru-estudio-integridad-folleto.pdf> (consulta 30/03/22).
- PCM-SIP. (2021). *Integridad pública: Guía de conceptos y aplicaciones*. Lima: PCM.
- UNODC. (2019). *Integridad y ética: Introducción y marco conceptual*. Serie Módulos Universitarios 1. Viena: UNODC.

LA IMPORTANCIA Y TRASCENDENCIA DE LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO FRENTE AL CRIMEN ORGANIZADO

Gino Ríos Patio¹

Sumilla

El presente artículo aborda la gravedad y trascendencia de la criminalidad organizada en el contexto de la globalización y el neoliberalismo. Se destaca la necesidad de una defensa jurídica eficaz del Estado para enfrentar este fenómeno delictivo que afecta la seguridad y los derechos humanos. Se analiza la complejidad de la criminalidad organizada y su impacto en la sociedad, así como la importancia de una intervención integral más allá del sistema penal.

Palabras clave

Criminalidad organizada, globalización, tecnología, defensa jurídica, Estado

Sumario: 1. Introducción. 2. La gravedad de la criminalidad organizada 3. La categoría de la defensa jurídica del Estado. 4. Conclusiones. Referencias

1. Introducción

La criminalidad organizada es un gravísimo problema social. En realidad, todo crimen lo es, pues al alterar la tranquilidad y la paz social –derechos fundamentales de la persona– trasciende la dolorosa situación personal de la víctima y del infractor, y por ello demanda la atención, el interés y el compromiso de todas y todos los miembros de la sociedad para prevenirlo, reducirlo, controlarlo y sancionarlo racional y adecuadamente. Pero el caso del crimen organizado tiene ribetes que lo caracterizan como un significativo flagelo para la sociedad y el Estado. Esta actividad criminal de gran estructura organizacional convoca individuos de distintas nacionalidades, se esparce en varios países, irrumpe en diversas actividades comerciales de apariencia,

¹ Director del Instituto de Investigación Jurídica. Universidad de San Martín de Porres. Correo: griosp@usmp.pe. ORCID: 0000-0002-0209-2645.

lucra con ingentes dividendos al margen de la ley y comete los más perversos crímenes. Por ello, importa examinar qué hace el Estado para contrarrestarlo más allá del empleo del sistema penal.

La realidad muestra que la criminalidad organizada acciona sin dificultad porque el sistema penal está desbordado y no puede ofrecer respuestas eficaces a un fenómeno criminal que es de antigua data, como lo demuestran el tráfico de esclavos y de pertrechos de guerra en la Roma Imperial, el bandolerismo medieval, las fechorías de piratas, corsarios y filibusteros, y las actividades delictivas de organizaciones criminales, tales como la Cosa Nostra, la Camorra, la Yakuza japonesa, las tríadas chinas, los cárteles de la droga colombianos, mexicanos y estadounidenses, las organizaciones rusas, albanesas, turcas y kurdas, las maras, entre otras (Celis, 2009). No obstante, desde que apareció la globalización, la tecnología digital de uso masivo y el sistema económico neoliberal, la criminalidad organizada se ha perfeccionado y exacerbado, con efectos demoledores e infaustos de descomunales consecuencias, logrando que las agencias penales queden rezagadas.

Este artículo analiza la relación entre la criminalidad organizada, la globalización y el neoliberalismo; explora la respuesta penal del Estado para proteger efectivamente los derechos humanos de la población, y estudia la importancia y trascendencia de la defensa jurídica del Estado para neutralizar la criminalidad organizada.

2. La gravedad de la criminalidad organizada

La vertiginosidad de las comunicaciones ha cambiado definitivamente el estilo de vida debido al avance tecnológico que simbólicamente ha empequeñecido al mundo, pues todos/as se interrelacionan por el medio electrónico de manera directa aunque fugaz. Por lo que, los hechos, actos, valores y las ideas trascienden veloz e incesantemente, generando una espiral de sometimientos recíprocos en los que no prevalece la solidaridad, sino la teoría del caos, es decir, un hecho en cualquier parte del mundo puede tener consecuencias globales.

En este escenario la globalización aparece como consecuencia del avance y la innovación tecnológica, con consecuencias en el ámbito social, económico, ambiental y político, pero sobre todo con serios efectos individuales en cada persona, porque la tecnología ha devenido en una ramificación de la conciencia, estableciendo una especie de determinismo tecnológico. Esto es gravísimo, pues toda innovación

tecnológica es literalmente una mutilación del hombre mismo y toda mutilación está acompañada de dolor. De tal modo, el impacto incontrolable de la globalización causa una auténtica conmoción social al generar con su atracción centrípeta todo lo particular, privado e individual de la población de los Estados, aparejando signos nefastos de individualismo exacerbado y codicia irrefrenable que germinan en violencia criminal global.

Por otro lado, la globalización basada en el sistema neoliberal impone un paradigma cultural sin tener en cuenta la identidad nacional, pues fomenta que las personas se trasladen frenéticamente de un lugar a otro y se sitúen en diferentes culturas, para consumir incesantemente tecnologías de la comunicación y la información que terminan transmutándose. No hay nada más tentador para un hombre común y corriente que aquello que captan sus sentidos, lo que genera un paulatino y progresivo abandono de la reflexión y la crítica.

Asimismo, la frecuencia, intensidad y velocidad con que se dirige la tecnología al hombre en la globalización, tiene deletéreas consecuencias. Hoy en día es insostenible incomunicarse o desentenderse de la tecnología. Por ello, la criminalidad organizada aprovecha este contexto para pervertir las instancias gubernamentales, obtener inmediatamente grandes cantidades de dinero mediante actividades al margen de la ley, devastar el sistema económico del país donde opera, recomponer vectores de poder, establecer alianzas clandestinas para alcanzar impunidad, desarrollar el poder operando cualquier medio, y socavar las bases del sistema democrático y de la seguridad del país. Esto suele pasar generalmente desapercibido o sin que la ciudadanía identifique el inmenso poder que tiene.

Además, la gran diversidad de sus actividades la lleva a organizar sociedades aparentemente regulares para la trata de personas con fines de explotación sexual y laboral, el comercio ilegal de armas y de narcóticos, el blanqueo de dinero y un sinnúmero de actividades de corrupción, el tráfico de tecnología y material nuclear, el comercio ilegal de tecnología y de órganos humanos, entre otras formas. Por lo que, se le reconoce como el más grave crimen en gran parte del orbe, toda vez que aspira a lograr no solo fines económicos sino también políticos. Esto es favorecido por la propensión a desvanecer las fronteras y distribuir inequitativamente la riqueza.

Esta proterva alianza estratégica entre la globalización económico-financiera y la criminalidad organizada procura ganar o crear nuevos

mercados, eludir legislaciones que no le son favorables y beneficiarse de la falencia de los controles gubernamentales, para reducir riesgos en sus operaciones. Las funestas consecuencias son la disminución de la credibilidad y la seguridad de las instituciones nucleares del Estado, la afectación de los derechos humanos y la corrupción de la política, con lo cual atenta de manera especial contra la seguridad integral del Estado.

Es preciso reconocer que este fenómeno criminal es tan vasto que no es posible intervenirlo únicamente con las fuerzas armadas y las agencias penales, sino que resulta forzoso demandar la cooperación internacional para la prevención, la interdicción, la extradición más célere, el intercambio de información y el apoyo técnico, pero se observa que el principal obstáculo es la falta de voluntad política internacional (Ríos, 2016).

Los factores criminógenos en este caso tienen origen y destino económico, tales como la ineffectividad de las instituciones estatales, la exclusión social, la proliferación de novedosos y no regulados sistemas de comercialización, la flexibilidad de la voluntad política para enfrentarla, los movimientos migratorios, el incremento de zonas francas, la habilidad para las operaciones financieras, la injusticia social y económica en los Estados, y la falta de entidades supranacionales para la aplicación de las leyes (Zaffaroni, 2007).

La criminalidad organizada es una consecuencia no deseada de la globalización económico-financiera que hace peligrar la seguridad nacional –cuyo significado originario ha devenido demasiado estrecho para poder comprender en su concepto la letal amenaza que representa la criminalidad organizada– y los legítimos intereses del Estado. Por lo que, exige una especial atención para tener presente su alcance y efectos, los cuales también abarcan la cultura política, falseando la comprensión del ciudadano sobre lo legal y lo ilegal, concibiendo lealtades alternas a las que un ciudadano debe tener con el Estado, privatizando la violencia, dificultando el control del territorio por las fuerzas del orden y afectando su soberanía.

Un elemento asaz significativo del poderío de la criminalidad organizada es el nivel global, el carácter cosmopolita y la gran especialización con la que opera, que son elocuentes de la estructura y ordenación que posee al extremo de representar una especie de denominación de origen (Avilés, 2005).

De lo dicho hasta aquí, se desprende que el crimen organizado es una derivación siniestra de la globalización y el neoliberalismo, que se

agrava porque el sistema penal no ha desarrollado a la par, lo que invita a reflexionar sobre si es posible negarse a percibir la incapacidad del derecho para hacer frente a la nueva amenaza.

La ley penal no es la panacea para la criminalidad, es una apurada alucinación funcional al sistema económico y cultural, no elimina la criminalidad, porque esta no se evita con papeles, en cambio faculta un *ius puniendi* que opera selectivamente por causas estructurales. Por ende, su poder corruptivo involucra a los más altos niveles de gobierno, de ahí que el hacer frente a la criminalidad en general y a la criminalidad organizada en particular, no debe constreñirse a la represión penal. Los paraísos en los que se oculta el dinero del crimen organizado no han sido intervenidos, pero todos saben dónde están (Zaffaroni, 2007). Esto es una elocuente muestra del poder fáctico de la criminalidad organizada, indemne e impune frente a la ley penal.

3. La categoría de la defensa jurídica del Estado

En ese escenario adverso, en que el derecho debería favorecer la reducción de la violencia criminal y de la reacción a ella mediante el empleo de la criminología –ciencia que permite identificar las causas de la criminalidad y asumir el compromiso de trazar una política criminológica idónea para la prevención, reducción y sanción razonable de dicha actividad criminal–, es imperativo estar de acuerdo en el hecho de que ante esta nueva cuestión criminal, de naturaleza económica, social y política resulta imprescindible forjar nuevas formas de intervención punitiva.

Esta nueva cuestión criminal es, ciertamente, una criminalidad del poder que se clasifica en criminalidad organizada incrustada en el nuevo orden global, criminalidad del poder económico y criminalidad del poder político. Las tres se entretajan e interactúan, mostrando una peculiar e insólita contradicción, pues el fin económico que persiguen se origina en el aprovechamiento de la miseria más absoluta como, por ejemplo, los ingentes beneficios del mercado ilegal causado por el tráfico de estupefacientes que utiliza microcomercializadores pertenecientes a los grupos marginados, las mafias del tráfico de migrantes ilegales, el terrorismo que recluta su mano de obra entre los más vulnerables, la corrupción multimodal, la sobreexplotación de los recursos naturales que ocasiona la ruina del medio ambiente, la apropiación de la cosa pública como si el Estado fuera un botín, la comisión de crímenes contra la humanidad, entre otros (Ferrajoli, 2006).

Como se puede apreciar, esta criminalidad manifiesta la existencia de extravíos de la sociedad y las instituciones, lo que es señal de la crítica situación en que se encuentra el Estado de derecho y la democracia.

En este panorama, se yergue la defensa jurídica del Estado como indispensable herramienta para velar por los intereses y derechos colectivos de todos/as, representados por esta forma de organización política y jurídica denominada Estado, entidad dotada de personalidad jurídica propia y que no debe ser confundida con el gobierno que administra el Estado, pretendiendo muchas veces quienes lo conforman aprovecharse de una aparente simbiosis para ejercer un poder desviado, extralimitado y arbitrario, que abona en favor de intereses particulares. Es por eso que el Ministerio Público no basta por sí solo para librar batalla legal contra el crimen que afecta totalmente al Estado, pues ante el rompimiento del orden legal, la afectación de los derechos ciudadanos y la violación del interés público, sus funciones apuntan más bien a representar a la sociedad en juicio, restablecer la moral pública y reparar el daño causado por el crimen, de ahí que sea imprescindible proveer de defensa jurídica al Estado, ente con personalidad jurídica a diferencia de la sociedad.

Así, el hecho de realizar la defensa y la representación jurídica del Estado está destinado a resguardar sus intereses, los cuales se encuentran comprendidos en la Constitución Política y pueden resumirse en lograr el bienestar general y la seguridad integral, que son dos fines del Estado de una amplitud vasta y una delicadez incomparable, razón por la cual su desprotección e incumplimiento afectan gravemente sus intereses vinculando el ejercicio de su defensa jurídica, no solo judicial.

Se aprecia el enorme desafío que significa dicho ejercicio, el cual muchas veces no es bien considerado por la ciudadanía ni por las autoridades estatales que no prestan la colaboración y el apoyo debidos a la función del procurador, afectando con su displicencia, desinterés o dilación el ejercicio de la defensa. Además, la deshonestidad e impudicia del ejercicio político, la función burocrática y el funcionamiento del sistema penal, conspiran contra el cumplimiento oportuno y eficiente de las funciones procuradoras.

De hecho, existen más allá de las mencionadas en el párrafo anterior, otras circunstancias que limitan o impiden el normal desarrollo de las acciones y la operatividad de la defensa jurídica del Estado que afectan su

ejercicio, como es el caso de la insuficiencia presupuestal, la sobrecarga procesal existente, los casos emblemáticos, todo lo cual revela una falta de la debida atención al sistema que debería cesar como demostración de una planificación de la política pública idónea para el beneficio de todos, que apunte al robustecimiento y progreso de la defensa jurídica del Estado con el propósito de perfeccionar su ejercicio sobre todo en las regiones, y ganar en articulación y coherencia sistémica.

La defensa jurídica requiere hacer comprender al elemento humano del Estado que es la población, su idoneidad y autonomía capaces de garantizar resultados favorables en su ámbito de competencia.

4. Conclusiones

La criminalidad organizada en cualquiera de sus manifestaciones es una actividad superlativamente gravísima para el Estado, la sociedad y cada una de las personas que las conforman. La persecución penal siendo necesaria no es, sin embargo, suficiente para neutralizar las causas y los factores que la generan y detonan, pero esto es una visión criminológica que excede los límites temáticos de este artículo, enfocado a la gravedad propia del crimen organizado y la trascendencia de la defensa jurídica del Estado.

La protección y salvaguardia jurídica de los derechos e intereses del Estado a cargo del correspondiente sistema de defensa son de importancia pública y trascendencia nacional verdaderamente inapreciables, pues sin ellas los fines estatales se verían debilitados en perjuicio de todos los que conformamos el Estado y la sociedad.

La mayor amenaza para la productividad y eficacia del sistema de defensa jurídica del Estado no proviene, sin embargo, de la criminalidad organizada, cuyas actividades constituyen precisamente una parte del objeto de competencia funcional de las procuradurías públicas, sino de la falta de apoyo del propio Estado y, peor aún, de las acciones encubiertas o no, dolosas o culposas, previas o posteriores al accionar criminal, que realizan las autoridades estatales y que dificultan la misma defensa. Cambiar esto exige la colaboración de todos/as y el saneamiento de la actividad política que es lo que forma la identidad de un Estado y la idiosincrasia de su población. Recuérdese al respecto que el poder político, tercer elemento de todo Estado, es el que potencia el territorio y unifica a la población, los otros dos elementos, en torno a los fines supremos y esenciales del Estado.

Referencias

Libros y artículos de revistas

Avilés Gómez, M. (2005). *Criminalidad organizada. Los movimientos terroristas*. Unisci Discussion Papers N° 9. Alicante: Club Universitario.

Celis Sánchez, A. (2009). *Historia del crimen organizado*. Madrid: Libsa.

Ferrajoli, L. (2006). Criminalidad y globalización. Traducción de Miguel Carbonell, revisada por Perfecto Andrés Ibáñez. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXIX, núm. 115, enero-abril, pp. 301-316.

Ríos Patio, G. (2016). El lado poco conocido de la globalización en la grave afectación a los derechos humanos: Un enfoque criminológico para prevenir y reducir la criminalidad organizada a nivel mundial. *Revista Inclusiones Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*, volumen 3, número 2, abril/junio 2016. Santiago: Universidad de los Lagos.

Zaffaroni, E. R. (2007). *Conferencia de clausura de la Primera Conferencia Mundial de Derecho Penal*, organizada por la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) en Guadalajara, Jalisco, México.

Legislación

Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú de 1993*. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/constitucion/constitucion-politica-14-03-18.pdf>

Decreto Legislativo N.º 052 de 16 de marzo de 1981. Ley Orgánica del Ministerio Público. https://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/publicaciones/26_ley_organica_mp.pdf

Decreto Legislativo N.º 1326 de 5 de enero de 2017. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-reestructura-el-sistema-administrati-decreto-legislativo-n-1326-1471010-5/>

ARBI-
TRAJE
Y CON-
TRATA-
ENTREVISTA
CIONES
CON EL
ESTADO

ENTREVISTA AL PROCURADOR DEL MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN, FERNANDO VIDAL MALCA



Fernando Vidal Malca, procurador público del Ministerio de la Producción.

Esta entrevista fue realizada por el equipo de investigación del Centro de Formación y Capacitación de la PGE. Agradecemos al procurador Vidal Malca por su buena disposición para responder a nuestras preguntas y para proponer una apreciación amplia sobre el trabajo que desempeña, poniendo de relieve la importancia del principio de colaboración a la luz de los destacados resultados obtenidos por el despacho a su cargo en los últimos años.

1. ¿Qué casos se suelen abordar en la Procuraduría Pública del Ministerio de la Producción?

La Procuraduría Pública del Ministerio de la Producción ejerce defensa jurídica en controversias derivadas de la ejecución de contratos de bienes, servicios y obras, celebrados con el Ministerio de la Producción

y sus organismos públicos ejecutores, especializados técnicos y programas. En materia arbitral, las principales controversias giran en torno a los siguientes tópicos: resoluciones de contrato, denegatoria de ampliaciones de plazo, aplicación de penalidades, liquidaciones de obra, entre otros. Cabe señalar que, la mayoría de las controversias se ubican dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aunque también tenemos procesos arbitrales, en menor cantidad, que escapan a dicha legislación y se enmarcan dentro del Código Civil.

2. Para los casos mencionados, ¿considera que es útil el principio de colaboración entre procuradurías? ¿La aplicación de este principio le ha dado buenos resultados a la procuraduría que usted dirige?

El principio de colaboración entre procuradurías es clave dentro del sistema de defensa jurídica del Estado, a efectos de compartir información sobre pronunciamientos jurisdiccionales relativos a procesos y procedimientos que mantienen identidad, esto es, que tienen características similares, a cargo de una o más procuradurías públicas.

Un claro ejemplo de lo señalado lo tenemos en un caso emblemático para nuestro sector. Un centro de arbitraje y árbitro único se avocaron al conocimiento de una causa pese a que el convenio arbitral determinaba que la conociera otro centro de arbitraje, e inmediatamente se dictó una medida cautelar arbitraria y lesiva a los intereses del Estado. Como consecuencia de la aplicación del principio de colaboración, pudimos conocer que otra procuraduría pública tiene un caso en el que se identifica la misma problemática, ante el mismo centro de arbitraje, la misma secretaria técnica del centro de arbitraje e incluso el mismo secretario arbitral. Ello nos permitió afianzar la denuncia penal que presentamos ante el Ministerio Público y que el fiscal a cargo considere adecuadamente los hechos submatéria, al no tratarse de un caso aislado.

Otro ejemplo se observa cuando invocando dicho principio, solicitamos información a otras procuradurías sobre la existencia de procesos vinculados o iniciados contra los árbitros designados en los procesos arbitrales en los que ejercemos defensa, a efectos de valorar su idoneidad en su designación dentro del arbitraje y, de ser el caso, presentar alguna recusación en su contra.

Como se puede apreciar, el principio de colaboración nos ha generado muy buenos resultados. Mantenemos coordinación permanente con varias procuradurías a nivel nacional, brindándonos apoyo mutuo en la tramitación de los procesos y procedimientos a nuestro cargo. Existe mucha apertura y receptividad de los colegas procuradores y de sus equipos para atender el apoyo que se les solicita. Nuestro despacho, en reciprocidad, igualmente colabora en la atención de los encargos que nos tienen a bien proponer.

Ahora bien, el principio de colaboración no se limita o agota a la materia arbitral, evidentemente. En nuestra experiencia, ha sido igualmente utilizada en materia judicial, principalmente en lo concerniente a participación en audiencias, vistas y diligencias en general, presentación de escritos, entrevistas con magistrados, entre otros, cuando se trata de ejercer defensa en lugares en los que no contamos con abogados contratados y se nos dificulta trasladarnos por motivos presupuestales. Con ello se evita, además, que se generen gastos a las entidades por concepto de pasajes y viáticos.

El principio de colaboración entre procuradurías públicas, qué duda cabe, fortalece el sistema de defensa jurídica del Estado.

3. ¿Cuáles son las recomendaciones de la Procuraduría del Ministerio de Producción para mejorar la colaboración e intercambio de información entre procuradurías?

Considero que debería existir un mecanismo más ágil para concretizar la colaboración e intercambio de información entre procuradurías. Sería óptimo poder contar con una plataforma electrónica que permita a las procuradurías públicas estar interconectadas, en línea, de manera tal que los requerimientos sean conocidos y atendidos rápidamente.

A través de dicha herramienta electrónica igualmente se puede compartir información acerca de experiencias, positivas y/o negativas, que se hayan tenido respecto de las actuaciones de jueces, fiscales, árbitros, centros de arbitraje, etc. Como ya lo hemos indicado, nos ha pasado que, intercambiando información con otras procuradurías, advertimos que hemos atravesado por situaciones similares, lo que nos permite potenciar nuestras estrategias de defensa.

Asimismo, considero que sería útil que, a través de la Procuraduría General del Estado, se convoque a reuniones periódicas con la participación de los procuradores públicos o abogados del área de arbitraje, a fin de intercambiar experiencias, problemáticas, así como exponer casuística.



Equipo de la Procuraduría Pública del Ministerio de la Producción. De izquierda a derecha: Diana Merino Obregón, abogada; Claudia Pamela Velarde Salazar, analista legal; Jhony Francisco Zamora Limo, procurador público adjunto; y, Fernando Vidal Malca, procurador público.

4. En los casos arbitrales que abordan desde su procuraduría, ¿recurren a otros procesos como el penal, civil y constitucional? ¿Por qué es necesario ello?

Así es. Tenemos un caso arbitral, del que ya hice mención anteriormente, en el que, ante el avocamiento indebido de un centro de arbitraje y un árbitro para conocer de una controversia, pese a que la cláusula arbitral señala como competente a otro centro de arbitraje, y ante el dictado de una irregular medida cautelar lesiva a los intereses del Estado; más allá de los recursos interpuestos al interior del propio proceso arbitral, como parte de nuestra estrategia defensiva hemos recurrido a la justicia constitucional (proceso de amparo), así como a la justicia penal (denuncia por la presunta comisión de los delitos contra la administración pública en la modalidad de cohecho pasivo específico, y el delito contra la fe pública, en la modalidad de falsedad genérica), a efectos de revertir la situación desfavorable a los intereses de nuestra representada y que se sancione a los responsables. Igualmente, se puso en conocimiento de lo acontecido a la Procuraduría General del Estado, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, a efectos de que actúen sobre el particular en el marco de sus competencias.

Asimismo, en otro proceso arbitral, ante la evidente falsedad de las certificaciones de dos cartas notariales a través de las cuales la contratista alega haber apercibido y luego resuelto un contrato de obra suscrito con el Estado, hemos interpuesto denuncia penal por la presunta comisión del delito contra la fe pública en la modalidad de falsedad genérica, así como demanda civil de nulidad de acto jurídico, en la medida que se ha evidenciado que el personal de la notaría involucrada nunca se constituyó en el domicilio de nuestra representada. De igual modo, se ha presentado la correspondiente denuncia administrativa ante el Tribunal de Honor del Colegio de Notarios de Lima.

Como vemos, existen casos en los que la estrategia de defensa debe ser interdisciplinaria.

5. ¿Cuál es su opinión sobre la figura del árbitro de emergencia? ¿Cuáles considera son las falencias de su regulación?

Mi opinión sobre la figura del árbitro de emergencia no es *per se* desfavorable, dado que, considero, se constituye como una importante herramienta procesal para obtener un pronunciamiento rápido, técnico y especializado ante un pedido cautelar, evitando de esta manera tener que recurrir ante un juez, con la sobrecarga, demora y demás inconvenientes que aquejan al sistema de administración de justicia estatal, más aún cuando este tipo de controversias muchas veces revisten aspectos técnicos complejos.

No obstante, es conocido que en algunos casos se ha venido haciendo un uso incorrecto o indebido de dicha herramienta, cuando se dictan mandatos cautelares carentes de sustento fáctico y jurídico que en buena cuenta generan la paralización de obras de alto contenido social, tales como la construcción de hospitales, carreteras, colegios, entre otros.

Esa mala *praxis* viene generando que muchas entidades opten por excluir la aplicación del árbitro de emergencia a través de un acuerdo de las partes contenido en sus cláusulas arbitrales; sin embargo, si bien esta medida viene resultando efectiva para evitar que la entidad pueda ser sorprendida con una medida cautelar irregular, considero que la utilidad del árbitro de emergencia debiera ser mejor regulada y así pueda cumplir su objeto; por ejemplo, incorporando en la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado, el requisito de la especialización en materia de arbitraje, contrataciones del Estado y derecho administrativo, así

como encontrarse inscrito en el Registro Nacional de Árbitros, de la misma forma que se requiere para el caso de los árbitros designados por la entidad y los árbitros únicos. Ello podría determinar un mayor control en la designación de profesionales que ejercerán la labor de árbitro de emergencia.

En síntesis, no considero que sea un problema de la figura procesal en sí, sino de cómo viene siendo aplicada por algunos operadores jurídicos. Ahora bien, si se quiere buscar una solución legislativa a los pronunciamientos jurisdiccionales en general que afectan la ejecución de importantes obras públicas, quizás el tema pase por modificar la Ley de Contrataciones y su Reglamento a efectos de establecer que en las controversias que planteen los contratistas respecto de las decisiones de las entidades públicas de resolver contratos de obra, no se dé la posibilidad de que Estas presenten pretensiones tendientes a paralizar la obra.

Efectivamente, podría regularse en la Ley de Contrataciones del Estado que los cuestionamientos formulados en sede arbitral por los contratistas a las decisiones de las entidades de resolver los correspondientes contratos de obra, de ninguna manera implicará que la obra se detenga. La entidad debe continuar con la ejecución de la misma (saldo de obra) a través de otro contratista. En caso el arbitraje iniciado por el contratista en el que impugna la resolución de contrato dictada por la entidad le fuese favorable, únicamente tendría derecho a una indemnización por la utilidad no percibida, pero de ninguna manera debería dársele la posibilidad al contratista de paralizar la obra. El interés general de la sociedad debe primar sobre los intereses individuales de los contratistas.

6. En la actuación de la procuraduría que usted dirige, ¿cuáles considera que son buenas prácticas o estrategias?

En nuestra oficina las buenas prácticas pasan por lo siguiente:

a. Mantener una coordinación estrecha con las entidades a quienes representamos, en particular con sus áreas jurídicas y técnicas, sosteniendo reuniones de coordinación para intercambiar información relevante y puntos de vista, así como participar conjuntamente en audiencias y diligencias arbitrales.

b. Designar árbitros probos y con experiencia en las materias jurídicas y técnicas en controversia. En esa misma línea, velar porque los co-árbitros

igualmente reúnan dichas calificaciones. De no ser así, presentamos los mecanismos que nos permite la normatividad aplicable para cuestionar la idoneidad de los árbitros.

c. Recurrir a centros de arbitraje que brinden las garantías necesarias para un adecuado desarrollo de los procesos arbitrales. En este punto, venimos participando activamente en la elaboración del convenio arbitral, de conformidad con lo previsto en la segunda disposición complementaria y final del Decreto de Urgencia N.º 020-2020, no solo proponiendo el centro de arbitraje sino también estableciendo disposiciones sobre el trámite del proceso.

d. Hemos impartido lineamientos mediante documentos oficiales a las entidades a quienes representamos sobre la oportunidad del envío de solicitudes a nuestro despacho para el inicio de acciones en sede arbitral sobre materias controvertidas enmarcadas en plazos de caducidad previstos en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, los cuales han sido los siguientes:

i) En caso se haya dispuesto que el plazo de caducidad para someter a solución de controversias sea de treinta (30) días hábiles conforme a lo previsto en la ley y reglamento aplicables: se deberá remitir los informes y documentación completa y debidamente sustentada máximo al décimo sexto día hábil (día 16) de iniciado el cómputo el plazo de caducidad previsto en la normativa de Contrataciones del Estado.

ii) En caso se haya dispuesto que el plazo de caducidad para someter a solución de controversias sea de quince (15) días hábiles conforme a lo previsto en la ley y reglamento aplicables: se deberá remitir los informes y documentación completa y debidamente sustentada máximo al octavo día hábil (día 8) de iniciado el cómputo el plazo de caducidad previsto en la normativa de Contrataciones del Estado.

Coadyuvando de ese modo con la labor de defensa jurídica que tiene nuestro despacho, dado que, brinda mayor orden y tiempo para la revisión oportuna de la documentación remitida por nuestras representadas, pudiendo inclusive requerir información o documentación adicional, de ser el caso, y analizar la mejor estrategia aplicable al caso en particular.

e. Propiciar constantes reuniones con el área arbitral de la procuraduría, a efectos de intercambiar ideas, brindar soluciones jurídicas ante las diversas problemáticas que se presenten en el ejercicio de la defensa,

evaluando la mejor estrategia a aplicar para el caso en particular, la cual se puede ir adecuando en el curso del arbitraje.

7. En su procuraduría, ¿cuáles son los casos emblemáticos que llevan o han llevado a cabo?

En materia arbitral podemos mencionar dos casos, ambos concluidos con resultado favorable para el Estado.

El primero, que involucró un monto de más de cinco millones de soles, versó sobre penalidades aplicadas por la entidad ante un incumplimiento obligacional de la empresa contratada en mérito de un convenio celebrado entre las partes, habiéndose logrado después del desarrollo de una defensa que involucró participación del personal técnico de la entidad como de la defensa de la procuraduría; que el tribunal arbitral declare la validez de las penalidades y el derecho de la entidad de cobrarlas, lo que se ha podido efectivizar a través de la ejecución de cartas fianzas y de medidas cautelares dentro de un proceso ejecución de laudo arbitral.

El segundo fue aquel en el que logramos obtener que el tribunal arbitral ordene a la contratista pagar una indemnización de más de tres millones de soles, como consecuencia de los daños irrogados como consecuencia de la declaratoria de invalidez de la resolución de contrato efectuada por el contratista y la validez de la resolución de un contrato efectuada por la entidad. Así, al tratarse de un contrato de obra, se reconoció a la entidad el derecho de ser resarcido por partidas valorizadas y no ejecutadas, partidas ejecutadas deficientes, partidas de reconstrucción o reparación de deficiencias constructivas, elaboración de expediente técnico de saldo de obra, así como gastos notariales, viáticos, de vigilancia y de supervisión de la obra. Este resultado se obtuvo también, como resultado del desarrollo de una estrategia que involucró la participación de personal técnico de la entidad, así como de la defensa de la procuraduría pública.

8. De estos casos emblemáticos, ¿considera usted que alguna estrategia debería ser conocida por las otras procuradurías?

Efectivamente, en el primer caso emblemático al que hice referencia, relativo a penalidades, utilizamos una estrategia defensiva que nos dio muy buen resultado y que considero se puede replicar en otras procuradurías.

Para ello, es necesario realizar una breve descripción del caso: la empresa señalaba que las penalidades aplicadas por nuestra representada se realizaron de mala fe y así lo plasmó en su pretensión, dado que refería que el incumplimiento obligacional que se le imputaba no era tal en la medida que, entre otros argumentos, la entidad le habría dado una orden para que precisamente no cumpla con la aludida prestación. Al respecto, cabe precisar que, la obligación que debía cumplir la empresa no solo estaba recogida en el convenio suscrito con la entidad, sino que también se encontraba prevista en una resolución ministerial, es decir, tenía carácter normativo.

Ante ello, vía reconvenición, presentamos pretensiones de corte declarativo a efectos de que el tribunal arbitral declare, valga la redundancia, entre otros, que las normas del ordenamiento jurídico involucrado, entre ellas la resolución ministerial antes aludida, son normas de obligatorio cumplimiento y, por ende, no cabe pacto en contrario, es decir, las partes no pueden disponer si se aplican o no los preceptos normativos del ordenamiento aplicable; y que en todo caso, de existir un acuerdo de voluntades sobre el particular, este sería nulo de pleno de derecho por, insistimos, ir en contra del texto expreso de una norma legal. Dichas pretensiones fueron declaradas fundadas por el tribunal arbitral, logrando con ello neutralizar la tesis de defensa de la empresa sobre una alegada orden de la entidad para que no cumpla con un término del convenio.

Considero que presentar pretensiones declarativas de este tipo, que recojan aspectos centrales de nuestros argumentos de defensa, son convenientes para poner de relieve los que deben ser los reales temas de discusión al interior del arbitraje.

9. ¿Qué ideas finales nos puede dejar sobre el trabajo realizado por la Procuraduría Pública del Ministerio de la Producción?

La procuraduría pública viene destacando en los últimos años por el alto porcentaje de casos ganados, como consecuencia de la conformación de equipos de trabajo por especialidades (áreas civil, penal, laboral, contencioso administrativo, arbitral y emblemáticos), los cuales se evidencian en los pronunciamientos judiciales que se han tenido durante la gestión de los ministros que han estado a cargo de la cartera de Producción, conforme a lo siguiente:

Tabla 1

Porcentaje de éxito de la Procuraduría Pública del Ministerio de la Producción en los pronunciamientos judiciales durante la gestión de los ministros que han estado a cargo de la cartera de Producción, entre abril 2016 y noviembre 2022.

Ministro	Periodo	Porcentaje de éxito
Piero Ghezzi Solís	Abril a julio 2016	70%
Bruno Giuffra Monteverde	Julio 2016 a mayo 2017	90%
Pedro Olaechea Álvarez-Calderón	Mayo a diciembre 2017	92%
Lieneke Schol Calle	Enero a marzo 2018	89%
Daniel Córdova Calle	Abril 2018	91%
Raúl Pérez-Reyes Espejo	Mayo 2018 a febrero 2019	93%
Rocío Barrios Alvarado	Marzo 2019 a julio 2020	86%
José Salardi Rodríguez	Agosto a octubre 2020	78%
José Chicoma Lúcar	Noviembre 2020 a julio 2021	78%
Iván Quispe Apaza	Agosto a septiembre 2021	91%
José Rogger Incio Sánchez	Octubre 2021	83%
Jorge Luis Prado Palomino	Noviembre 2021 a noviembre 2022	81%

En materia arbitral ello se refleja en que en el período del 2019-2022, las obligaciones arbitrales por cobrar por parte de nuestro portafolio ascienden a la suma de S/10'538,737.60; mientras que, las obligaciones arbitrales por pagar ascienden a la suma de S/2'104,853.90.

Revista Jurídica de la
Procuraduría General del Estado
N.º 3

