LA TENSIÓN ENTRE LO JURÍDICO Y LO POLÍTICO

LA TENSIÓN ENTRE LO JURÍDICO Y LO POLÍTICO

Un debate sobre la juridicidad de la mediación internacional

Laura Betancur Restrepo

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho

Betancur Restrepo, Laura
La tensión entre lo jurídico y lo político: un debate sobre la juridicidad de la mediación internacional / Laura Betancur Restrepo. – Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2018.

288 páginas: ilustraciones; 17 x 24 cm.

ISBN 978-958-774-548-1

1. Mediación internacional 2. Derecho internacional I. Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de Derecho II. Tít.

CDD 341.52 SBUA

Primera edición: enero del 2018

© Laura Betancur Restrepo
© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes
Calle 19 n.º 3-10, oficina 1401
Bogotá, D. C., Colombia
Teléfono: 339 49 49, ext. 2133
http://ediciones.uniandes.edu.co
infeduni@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-774-548-1
ISBN *e-book*: 978-958-774-549-8
Para citar este libro: http://dx.doi.org/10.15425/2017.125

Corrección de texto: Alejandra Muñoz
Diagramación interior y cubierta: Karina Betancur Olmos

Impresión:
Digiprint Editores S. A. S.
Calle 63 n.º 70D-34
Teléfonos: 721 76 41 - 721 77 56
Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación.
Reconocimiento como Universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964.
Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia.
Acreditación institucional de alta calidad, 10 años: Resolución 582 del 9 de enero del 2015, Mineducación.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

CONTENIDO

Agradecimientos xi

Prefacio
Lo jurídico en lo político: un análisis
desde la mediación internacional 1

Presentación 5

Introducción 7

Capítulo preliminar
Justificaciones, influencias y antecedentes 13
§1. Discursos y sensibilidades internacionalistas 13
§2. Historia *desde* y *para* el derecho internacional 19
§3. Fuentes y periodos seleccionados 25
§4. Algunos antecedentes 30

Capítulo uno
La controversia sobre la juridicidad de la mediación
en la distinción doctrinal de los mecanismos
de resolución pacífica de conflictos 37
Sección 1. El conflicto como criterio de clasificación de los mecanismos 38
§1. La importancia otorgada por las partes
o la subjetividad como criterio 38

§2. La justiciabilidad de los conflictos y la crítica de Lauterpacht o la completud del derecho 47
Sección 2. ¿Multiplicidad contemporánea de criterios? 54
§1. Diversidad doctrinal aparente 57
A. El carácter obligatorio de la solución adoptada 58
B. El derecho como elemento distintivo 61
C. El grado de participación del tercero y las partes como criterio diferenciador 64
D. Elementos complementarios: el aspecto formal o institucional del mecanismo y la imparcialidad del tercero 66
§2. Discursos que se repiten 66
Sección 3. La objetividad como factor determinante de la juridicidad 70

Capítulo dos
La controversia sobre la juridicidad de la mediación según los elementos doctrinales que la caracterizan 77
Sección 1. Mediación-buenos oficios: una cuestión de grado 77
§1. La codificación de La Haya: una diferencia más teórica que práctica 78
§2. La Organización Internacional como tercero 85
§3. Paréntesis regional: la distinción de los buenos oficios y la mediación en el Pacto de Bogotá 90
Sección 2. Mediación-conciliación: ¿precariedad versus evolución? 95
§1. El origen de la conciliación internacional: entre la investigación y la mediación 95
§2. La conciliación internacional como evolución de la mediación 99
Sección 3. La imparcialidad como evolución del derecho internacional 109
§1. Evolución como judicialización 112
§2. Evolución como tecnificación 117
§3. La imparcialidad y el lugar de la mediación 123

Capítulo tres
La mediación en el marco institucional: la sociedad de naciones y la onu 127
Sección 1. La creación de la Sociedad de Naciones y la fe en el derecho 130
§1. La mediación en el Pacto de la Sociedad de Naciones 130
§2. La práctica estatal después del pacto 137

Sección 2. La creación de la onu: la prohibición de la fuerza y la preponderancia de lo político sobre lo jurídico 142
§1. La solución pacífica de conflictos en el texto de la carta: una obligación que pesa prioritariamente sobre las partes 146
§2. El Consejo de Seguridad como mediador principal según el texto de la carta 150
§3. El papel de los otros órganos según la carta 156
Sección 3. El "espíritu" de la carta o la emergencia de un nuevo papel 159
§1. El secretario general como mediador principal según la práctica 161
§2. El consentimiento de los otros órganos 168

Capítulo cuatro
La mediación en las relaciones internacionales 177

Sección 1. La teoría de la mediación 178
§1. *¿Cómo?*: grados de mediación 182
A. Comunicación-Facilitación 183
B. Formulación 183
C. Manipulación 183
§2. *¿Quién?*: tipos de mediadores 185
A. El tipo de mediador 185
I. Individuos 186
II. Estados 186
III. Organizaciones internacionales y regionales 187
IV. Las organizaciones no gubernamentales (ong) y otras instituciones 188
B. El problema de la objetividad o imparcialidad 189
§3. *¿Cuándo?*: la oportunidad de la mediación 191
A. El momento oportuno según las condiciones internas del conflicto 191
I. Teoría del punto de madurez 192
II. Adaptabilidad para los conflictos internos 194
III. Críticas 196
B. El momento oportuno según el contexto externo 197
Sección 2. La pregunta por la interdisciplinariedad 198
§1. Interdisciplinaridad entre el derecho internacional y las relaciones internacionales 201

§2. Controversias 205
A. ¿Desnaturalización y conquista o complementariedad y fortalecimiento? 206
B. ¿Interdisciplinariedad profunda o disciplinariedad enriquecida? 214
Sección 3. El punto ciego en la interdisciplinariedad 216
§1. ¿Interdisciplinariedad con la teoría de la mediación? 216
§2. ¿Interdisciplinariedad con los estudios interdisciplinares DI/RI?: la teoría de la conformidad del derecho y el "puente" interdisciplinario de Steven Ratner 220

Conclusiones
Comentarios finales y el caso de los conflictos armados no internacionales (CANI) 229

Bibliografía 239

AGRADECIMIENTOS

Este libro está basado en mi tesis doctoral, defendida en noviembre del 2015 en la Universidad de los Andes, pero es el resultado de un trabajo que remonta a varios años atrás entre París y Bogotá. Este largo proceso hace que la lista de personas a quienes quiero agradecer sea también larga e inevitablemente incompleta.

En París hice gran parte de la investigación bibliográfica y los primeros intentos de redacción. Fue en esa ciudad donde tuve la certeza de querer hacer un doctorado, pero también donde me tropecé por primera vez, de manera más intuitiva que teórica, con sesgos y puntos ciegos disciplinares que fueron marcando el rumbo de lo que quería y cómo quería investigar.

En Bogotá fue donde mi trabajo tomó forma en realidad y se reorientó. Gran parte de esto se lo debo a la comunidad académica del doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes y al rigor y calidad del programa. Durante el doctorado tuve la fortuna de contar con una beca de la facultad y el apoyo de asistencia graduada, lo cual me permitió comenzar mi carrera como docente y asistir investigaciones y proyectos fascinantes. Todos estos apoyos me permitieron dedicarme de manera seria y constante a mi vocación académica. Hacer un doctorado nacional es muchas veces una decisión incomprendida y a veces subvalorada. Sea este el espacio para agradecerle al programa el enriquecimiento académico e intelectual que le aportaron a mi trabajo y a mi carrera y reiterar la importancia de los apoyos económicos y profesionales (lamentablemente cada vez más escasos) para el buen desempeño de un programa doctoral.

Son muchos mis agradecimientos hacia distintas personas de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Mi feliz decisión de volver y terminar en Colombia el doctorado se la debo en gran parte a la larga cena parisina que tuve con Liliana Obregón, quien, además de volverse mi directora de tesis, se convirtió en amiga y colega. Helena Alviar, entonces directora del doctorado, fue quien en una entrevista por teléfono terminó de convencerme de que la mejor decisión era hacer el doctorado en Los Andes. Más adelante, como decana, pasó también a ser una gran mentora en el plano académico, profesional y personal. Ya en el programa, siempre estaré en deuda con Isabel Cristina Jaramillo, quien desde la dirección del doctorado vivió cada etapa como si fuera propia,

se dedicó de lleno a fortalecer académicamente el programa y siempre estuvo dispuesta a aconsejar y orientar a los doctorandos. También quiero agradecer a Amanda Arévalo y los distintos coordinadores que ha tenido el programa por su dedicación y ayuda constantes. A todos los profesores de la facultad, al personal administrativo y sus directivas, gracias por abrirme un espacio y por su continua generosidad conmigo. Es un placer y un privilegio ser hoy colega suya.

Quiero hacer una mención especial a quienes además fueron mis profesores en el doctorado: Antonio Barreto, Libardo Ariza y Diego López. También a Esteban Restrepo por sus consejos y palabras de aliento cuando lo necesitaba. Por supuesto, siento un profundo agradecimiento hacia mis compañeros del doctorado, en particular hacia mis buenos amigos Mauricio Albarracín y Andrea Celemín y toda mi cohorte María Fernanda Peña, Eric Leiva y Claudio de Flaviis. Ustedes hicieron que este camino fuera mucho más agradable e interesante. Quiero también darle las gracias a Magnolia Prada y todo el equipo de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes que ella coordina por su impecable y siempre amable trabajo, y a Laura Arboleda y Juliana Barberena por su apoyo en la revisión final del texto.

La beca y la pasantía del Instituto Max Planck de Luxemburgo fueron una ayuda vital para terminar el último capítulo y revisión final del manuscrito. Varias partes de este estudio pude discutirlas en tres talleres intensivos del Institute for Global Law and Policy de la escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, donde recibí agudas observaciones y distintos apoyos de queridos colegas. Este libro sin duda se enriqueció notablemente con los comentarios de René Urueña y Arnulf Becker Lorca, jurados en mi sustentación de tesis, así como con los de dos pares anónimos cuya lectura juiciosa agradezco profundamente.

Hay un gran grupo de amigos que vivieron conmigo las crisis existenciales que me embargaron esos años doctorales. Solo voy a nombrar a Anne-Charlotte Martineau, compañera de lucha en tantos frentes, a Paola Sánchez y Albert Alarcón, mis hermanos adoptivos, y a Gilles Postel-Vinay, siempre dispuesto a tenderme una mano y ejemplo en lo personal y lo académico. Pero son muchos, allá y acá, los que me acompañaron en este enrevesado camino, ojalá puedan encontrar en este espacio el agradecimiento sincero que siento por ustedes.

Finalmente nada de esto hubiera sido posible sin mi familia. Cada uno ha sido un apoyo incondicional y amoroso durante todo este largo recorrido. Mis papás, Lucía Restrepo y Juan Sebastián Betancur, han sido siempre un ejemplo de trabajo perseverante e independiente. Además, con sus consejos precisos,

me han ayudado a sacar fuerzas cuando pensé que terminar esta travesía se volvía imposible. Mis hermanas Úrsula y Estefanía son un pilar de complicidad y amor incondicional del que me siento infinitamente orgullosa y agradecida. Tengo además una gran familia extendida a quien también quiero agradecer: Martha Senn, Alfonso Sánchez, Andrés Acosta, Juan Manuel Herrera, Amalia Aschner y mis cuatro sobrinos. Todos ustedes han celebrado, y a veces sufrido, con cada paso que he dado en mi carrera.

Quiero terminar agradeciendo a Juan Pablo Aschner. Lo mejor de esta travesía tan larga es haberte encontrado a ti en la mitad de ella. Aprendo de ti todos los días. Tu compañía me hace más fuerte y me da inspiración. Espero que todas las travesías que vengan las sigamos recorriendo juntos.

PREFACIO

LO JURÍDICO EN LO POLÍTICO: UN ANÁLISIS DESDE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL

Liliana Obregón

Aunque parezca una anécdota salida de una novela del *boom* latinoamericano del siglo xx, conocí a Laura en una noche lluviosa en París, cuando su único fin era entregarme las llaves del apartamento de nuestra amiga en común, y otra internacionalista de la nueva era, Anne-Charlotte Martineau. Al ver que compartíamos amistades, intereses académicos y orígenes bogotanos y uniandinos, decidimos salir a conversar un rato y compartir, como era lo apropiado, un buen vino francés para celebrar el encuentro. Entrada la noche, y con la confianza que producen unas copas, Laura fue comentando su frustración, por distintos motivos, con la tesis doctoral que había comenzado en la Universidad Paris 1, Panthéon-Sorbonne. Además, Laura temía que con el paso del tiempo y ante su deseo de volverse a conectar con Colombia, tuviera que abandonar el doctorado y dejar su tesis sin concluir. Como la inteligencia analítica y la pasión por sus estudios eran evidentes, me atreví sugerirle que regresara a Colombia y terminara su tesis en nuestro nuevo programa doctoral que en ese entonces dirigía Helena Alviar, actualmente exdecana de la Facultad de Derecho. Aunque sólo conocía a Laura de unas pocas horas, mi intuición era que "nosotros" (la comunidad académica, Los Andes, Colombia…) no podíamos darnos el lujo de perder a alguien con la agudeza intelectual, la formación teórica e interdisciplinaria, el compromiso con el país y el interés por la investigación y la enseñanza que ella demostraba tener.

Mi intuición resultó cierta y a los pocos meses, por múltiples circunstancias que no creo fueran solo fortuitas, Laura regresó a Colombia. Tal como le sugerí, se presentó al programa doctoral de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, en el que fue aceptada, y poco después me hizo el honor de ser su nueva directora de tesis. Sin embargo, el reto fue difícil al comienzo, pues se trataba de rescatar una tesis ya comenzada sobre la mediación internacional, tema que estaba semiarchivado no solo en la vida de Laura sino también en la conciencia jurídica de los internacionalistas del siglo xxi. Nuestra primera tarea era ver si valía la pena continuar con un tema poco interesante y convertirlo en uno que lo fuera. Entre discusiones con Laura y sus lecturas críticas e interdisciplinarias,

finalmente surgió la idea de estudiar precisamente ese punto ciego de la doctrina jurídica internacionalista: ¿Por qué la falta de interés y el lugar relegado que la mediación ocupa en el derecho internacional?, como ella bien lo describe en este libro. Es importante señalar que la pregunta de Laura no era superficial pues finalmente apuntaba a su preocupación por el tema más amplio de la resolución de conflictos, tanto de los internacionales como del colombiano, y cómo en ambos casos se habían utilizado o podían utilizarse los mecanismos de resolución pacífica que tradicionalmente ofrecía el derecho internacional.

En segundo lugar, las buenas sinergias y una gran dosis de suerte se confabularon para que el regreso de Laura y el mío a Colombia coincidieran con el comienzo de un nuevo proceso de paz liderado por el presidente Juan Manuel Santos. Las negociaciones con la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Farc), que contaron con múltiples fuentes de apoyo internacional, han sido uno de los procesos más largos y más estudiados de la historia colombiana. Este hecho significativo, que duró exactamente el tiempo en que Laura comenzó y finalizó exitosamente sus estudios de doctorado en Colombia, hizo que su tema se volviera necesario y relevante, lo cual la llevó, entre muchas otras actividades académicas, a participar en el diseño y la implementación de una nueva maestría interfacultades en construcción de paz. No es coincidencia que el trabajo de Laura tenga un gran componente interdisciplinario, especialmente desde la perspectiva de la ciencia política y las relaciones internacionales, pero no en el sentido de integrar aportes de estas disciplinas sino en la forma como ella analiza el uso, la aceptación y el estudio de la mediación.

Y es aquí donde llego al tercer punto importante que señalar de este libro y es que Laura pone en evidencia la tensión entre lo jurídico y lo político en un tema esencial al derecho internacional de la resolución de conflictos. Su meticuloso estudio sobre la forma en que la doctrina ha definido y tratado la tensión entre conflictos y mecanismos "jurídicos" o "políticos" demuestra por qué la mediación queda relegada por los juristas pero es aceptada por los politólogos. La perspectiva crítica de Laura también le permite mirar el aspecto neocolonial que algunas veces tienen las mediaciones internacionales.

Finalmente, quisiera resaltar que el valor de este libro también radica en una aproximación novedosa a la historia del derecho internacional y una reflexión sobre la historiografía que es particularmente importante en nuestro país y también en nuestra región pues no son muchos los estudios sobre estos temas que se apartan de una clásica narrativa cronológica y de progreso y que además lo

hacen en nuestro idioma. Aunque ha habido algunos aportes en los últimos años, todavía falta mucho por investigar y escribir desde una perspectiva crítica, y el estudio de Laura no solo hace un aporte en esa dirección sino que presenta una rica bibliografía en español, inglés y francés y discute las diferentes teorías relevantes, que, estoy segura, serán de gran provecho para los lectores juiciosos e interesados en los temas de más actualidad en el derecho internacional.

Podría seguir explayándome en minucias sobre el trabajo de Laura, pero considero más beneficioso para el lector explorar el texto por sí mismo y aprender de él tanto como lo hice yo. No sobra terminar con el augurio de un excelente futuro de aporte intelectual y profesional al derecho internacional, el cual ya ha comenzado con el hecho de que Laura es la primera exalumna del doctorado en derecho que contratamos como profesora asistente, después de haber sido seleccionada en un arduo proceso que implicó competir con muchos excelentes candidatos colombianos y extranjeros. Por este libro que tienen en sus manos y por muchas otras razones, estamos más que orgullosos de nuestra exalumna de pregrado, convertida en doctora con tesis aclamada y ahora como sobresaliente profesora de planta cuyos aportes continuarán con la misma excelencia académica y lucidez intelectual que la caracterizan.

PRESENTACIÓN

Helena Alviar García*

Desde finales de los noventa y durante los primeros años dos mil, un grupo de jóvenes profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes le apostó al proyecto político de fortalecer y consolidar la academia jurídica en Colombia. Este proyecto incluía la discusión y difusión de nuevas aproximaciones al quehacer y la interpretación jurídicos, la publicación de las tesis doctorales, el debate riguroso y respetuoso de las incipientes investigaciones jurídicas y sociojurídicas, así como la intervención en discusiones económicas y políticas nacionales.

Todos estos objetivos se han cristalizado en la renovación de la literatura jurídica local. Tal renovación incluye la revisión histórica de la evolución de los temas clásicos del derecho, una aproximación interdisciplinar a fenómenos ya diagnosticados y una propuesta metodológica para acercarse de manera diferente a la legislación, la regulación y la adjudicación judicial. En últimas, se trata de proponer herramientas tanto teóricas como prácticas para que el derecho contribuya a que la sociedad colombiana deje de estar marcada por una inequidad profunda en la distribución de recursos y poder.

El texto de Laura Betancur es una contribución esencial al proyecto de transformar la manera como se piensa y escribe acerca del derecho en Colombia. Es un aporte no solo a un tema que se ha analizado poco —la mediación internacional— sino que propone una narración novedosa del papel de la mediación en el derecho internacional.

Como consecuencia, el libro empieza a partir de la observación de que a pesar de que la resolución pacífica de conflictos es uno de los más temas más estudiados por la doctrina internacionalista, hay pocos escritos que analicen la mediación internacional en profundidad. En una clara demostración de su pertenencia a la tradición que utiliza herramientas críticas para entender el derecho internacional en general y el derecho internacional en particular, Laura Betancur se pregunta a qué se debe esta falta de interés, así como las razones por las

* Profesora titular, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

cuales la mediación ocupa un lugar tan marginal en la doctrina. Para responder a esta pregunta, el texto analiza cómo se estudia y diferencia la mediación internacional de otros mecanismos de resolución pacífica de conflictos.

Una contribución adicional y esencial del libro se concreta en la utilización, erudita y sofisticada, de herramientas metodológicas que pertenecen a la teoría crítica. De esta forma, la autora describe el contexto histórico, geográfico, estético y político que determina los sesgos disciplinares de la mediación. Por otra parte, usa la interdisciplinaridad cuando en el texto se presenta un estudio histórico de la doctrina internacionalista desde finales del siglo XIX hasta el momento actual.

Todo lo anterior, para demostrar claramente que la separación entre lo jurídico y lo político en el derecho internacional es una ficción. De esta forma se comprueba cómo, mediante un concepto aparentemente marginal se puede reinterpretar no sólo cómo se concibe y clasifica la mediación internacional, sino, de manera más general, lo que se considera jurídicamente relevante para el derecho internacional y que modifica constantemente la relación entre lo que es considerado jurídico y político en este campo disciplinar.

En conclusión, el libro de Laura Betancur no es solo una contribución al estudio de la mediación: es una renovación de la manera como se piensa, entiende y escribe sobre el derecho internacional. En otras palabras, es un aporte esencial a la academia jurídica con la que varios hemos soñado.

INTRODUCCIÓN*

El arreglo pacífico de controversias es una de las áreas más estudiadas en el derecho internacional, sin embargo, no todos los mecanismos de resolución pacífica de conflictos despiertan el mismo interés en la doctrina internacionalista. La mediación internacional (en adelante, mediación o mediación internacional, indistintamente) es rara vez estudiada a profundidad desde el derecho internacional[1].

El poco interés por la mediación internacional desde una perspectiva jurídica internacional, contrasta con la pertinencia y urgencia evidentes en los contextos internacional y nacional, de profundizar en las implicaciones, los alcances y limitaciones de los mecanismos disponibles. Durante los últimos años, en Colombia, hemos presenciado con particular contundencia la necesidad de tener claridad sobre los mecanismos de solución de conflictos que propone el derecho internacional y que son importantes, no solo para sortear adecuadamente situaciones jurídicas interestatales, sino también para evaluar y determinar las formas pacíficas más adecuadas y favorables de terminar el conflicto armado interno. Sobre este último punto, en medios y momentos diversos, personalidades públicas, académicos o políticos han hecho llamados que invitan a acoger o a rechazar una mediación internacional clara y directa para ayudar a resolver el conflicto armado interno colombiano o para participar activamente en futuras

* Algunas menciones en esta introducción así como parte de los análisis históricos hechos en el capítulo 1 fueron publicados en Laura Betancur Restrepo, "La mediación internacional en la primera mitad del siglo XX: una mirada desde el derecho internacional", *Pensamiento Jurídico* (Universidad Nacional, Colombia), vol. 36, 2013, pp. 205-241.

1 Por el contrario, el estudio de la mediación en derecho interno, así como de otros mecanismos denominados "alternativos para la solución de conflictos", ha sido ampliamente estudiado en la doctrina. En este texto me intereso solo en el caso de la mediación internacional y la doctrina jurídica internacionalista a menos de que haga explícita alusión al derecho y la mediación interna. Sobre la mediación en derecho interno, véase, por ejemplo, Stephen Goldberg, Frank Sander y Nancy Rogers, *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes*, 6.ª ed.: Aspen Publishers, 2012; John Lande, "Introduction to Vanisishing Trial Symposium", *Journal of Dispute Resolution*, vol. 1, 2006, pp. 1-5; Nancy A. Welsh, "The Place of Court-Connected Mediation in a Democratic Justice System", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 5, n.º 2, 2004, pp. 117-144; James R. Coben, "Gollum, Meet Smeagol: A Schizophrenic Rumination on Mediator Values beyon Self-Determination and Neutrality", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 5, n.º 2, 2004, pp. 65-86; Nancy A. Welsh, "Thinning Vision of Shelf-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization", *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 6, 2001, pp. 1-96; Germán Palacio, "Resolución alternativa de conflictos: ¿la nueva cara de la política judicial?", en *Conflicto y contexto: resolución alternativa de conflictos y contexto social*, ed. por Jaime Giraldo *et al*., Bogotá: TM, Colciencias, Programa de Reinserción, 1997, pp. 17-38.

etapas del posconflicto e implementación de los acuerdos logrados en los procesos de paz[2]. Pero, a menudo vemos que estos llamados se hacen con menciones ambiguas o equívocas sobre el tipo de participación externa que se requiere, el papel o mandato que se le otorga, o que se les debería otorgar a los participantes externos, y sobre a qué se refieren concretamente con *mediación internacional* quienes lo ven como la panacea o quienes le temen y rechazan por verlo como una intromisión indeseada en asuntos internos. ¿Por qué el poco interés en estudiar la mediación desde una perspectiva jurídica internacional? ¿Cómo se explica la confusión terminológica de este mecanismo? ¿Qué consecuencias se desprenden de ello?

La mediación es considerada uno de los mecanismos más antiguos, si no el más antiguo, de resolución de conflictos[3]. A pesar de estar presente en los instrumentos jurídicos internacionales, en las obras doctrinales generales o específicas sobre la resolución pacífica de conflictos y de ser ampliamente utilizada en la práctica internacional, existen pocos estudios jurídicos internacionales sobre el tema. Incluso, el interés que despertó alguna vez, decayó a partir de la segunda mitad del siglo XX. Hoy en día es casi siempre abordada de manera superflua y rápida. El porqué de esta falta de interés y el lugar que ella ocupa en el derecho internacional son el punto ciego[4] en la doctrina jurídica internacionalista que este libro discute.

Contrario a la poca atención dada al estudio de la mediación en el derecho internacional, es evidente el gran interés de la doctrina internacionalista por el

[2] En la prensa se constatan varios llamados de diversos sectores y en distintos momentos a aceptar una mediación internacional, como el salvavidas que falta por probar para el conflicto colombiano, así como la reticencia del Gobierno en acudir a este mecanismo. Véase, por ejemplo, *El Tiempo*, "Paz con mediación internacional", 17 de marzo de 1998; *El Espectador*, "La mediación para la paz", 24 de febrero de 1999; *El Espectador*, "La paz y la comunidad internacional", 14 de marzo del 2000; *El Espectador*, "Gobierno y FARC analizan apoyo internacional", 1.º de julio del 2000; Socorro Ramírez, "Mediación: as bajo la manda", *El Tiempo*, 20 de enero del 2002; *El Tiempo*, "Guerrilla de las FARC pidió a los no alineados mediar por paz en Colombia", 12 de septiembre del 2006; Medófilo Medina, "¿Se agotó la mediación internacional?", *Razón Pública*, 18 de julio del 2008; *El Espectador*, "FARC quieren 'Acuerdo especial'", 29 de noviembre del 2012; *El Tiempo*, "Expertos 'recomiendan' a Gobierno y FARC nombrar mediadores", 16 de octubre del 2013; *El Tiempo*, "Polémica por idea de mediadores internacionales en diálogos de paz", 18 de octubre del 2013; W Radio, "El proceso de paz necesita mediadores de altas calidades: presidenta del Polo Democrático", 24 de febrero del 2013; *El Nuevo Herald*, "Santos saluda 'buenos oficios' de Mujica pero niega que será mediador", 23 de abril del 2015; *El Tiempo*, "¿Tendrá el papa un papel mediador en el proceso de paz?", 15 de junio del 2015.

[3] Véase Jean-Pierre Cot, *La Conciliation Internationale*, París: Pedone, 1968, p. 32 y Jan Hendrik Willem Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, 11 vols., vol. 8: Inter-State Disputes and their Settlement, Leiden: A. W. Sijthoff, 1976, p. 49.

[4] Según la expresión de David Kennedy a la cual me referiré más adelante. Véase *infra* capítulo preliminar, §1: Discursos y sensibilidades internacionalistas.

estudio y análisis de otros mecanismos, como el arbitraje y el arreglo judicial (y, en menor medida, la conciliación internacional), así como la gran cantidad de estudios sobre la mediación internacional que se realizan desde las relaciones internacionales. ¿Qué implicaciones y consecuencias se derivan de esa falta de interés? ¿Es esta ausencia el resultado de un olvido, un descuido o una moda pasajera de la doctrina? ¿Es la consecuencia de una decisión doctrinal sobre lo que "amerita" y lo que "no amerita" ser estudiado desde el derecho internacional? En otras palabras, ¿la falta de atención otorgada a la mediación se debe a que no se le considera un mecanismo (suficientemente) jurídico?

Este libro no tiene la ambición de darle un lugar concreto a la mediación internacional en el derecho internacional, ni develar su verdadera naturaleza o sugerir una definición adecuada y completa de este mecanismo así como de los criterios que la distinguen de otros. Lo que resulta interesante es examinar por qué o cómo podría explicarse la falta de interés por estudiarla, qué consecuencias se desprenden de ello, qué sugiere esta ausencia en la manera de entender el derecho internacional (lo que es y no es relevante para su estudio), cómo se decide que un mecanismo deba ser estudiado y otro no y qué cambios trae esto en la percepción del derecho internacional. En suma, en este libro estudio cómo, a través de un concepto aparentemente ignorado, se modifica y se sugieren posiciones distintas sobre lo que es y lo que no es relevante para el derecho internacional y, finalmente, sobre lo que es el derecho internacional mismo. Esto nos lleva a cuestionarnos, a través del estudio de la mediación internacional, acerca de la tensión entre lo jurídico y lo no jurídico (habitualmente considerado lo político) en la doctrina internacionalista y la inestabilidad que contienen varios de sus discursos.

La inestabilidad en la que se mueven muchos discursos jurídicos (formal-informal, apología-utopía, derecho duro-derecho blando, vinculante-no vinculante, entre otros) no es una novedad[5]. En particular, las contradicciones propias de esa inestabilidad y las ansias de ocultarlo, han sido el objeto de numerosos trabajos académicos en derecho internacional y en derecho interno desde hace

[5] Por ejemplo, sobre la tensión entre argumentos apologéticos y utópicos en el discurso internacionalista, se destaca la tesis de Martti Koskenniemi *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Nueva York, *et al.*: Cambridge University Press, 2005. A su vez, Duncan Kennedy muestra cómo la diferencia entre lo formal e informal es inestable en: "Legal Formalism", en *The International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, ed. por Neil J. Smelser y Paul B. Baltes, vol. 13, Ámsterdam, París, Nueva York (*et al.*): Elsevier, 2001, pp. 8634-8638. David Kennedy, por su lado, habla de la inestabilidad y ambigüedad entre la estructura jurídica internacional y de las oscilaciones que se dan en la doctrina internacionalista en David Kennedy, *International Legal Structures*, Baden-Baden: Nomos, 1987.

varias décadas. Sin embargo, rara vez la atención se ha centrado en tratar de ver si una inestabilidad, similar a la que se ha argumentado sobre la adjudicación, opera (y cómo opera) en el caso de la mediación internacional, cuyas características y flexibilidad la hacen un elemento incómodo en la doctrina internacionalista, dificultando su clasificación, juridicidad o lugar en el derecho internacional. ¿Qué pasa si tratamos de ver las contradicciones e inestabilidades alrededor de un mecanismo que está presente en los estudios de derecho internacional, pero cuyo lugar no es claro? ¿Qué consecuencias podemos obtener de esa falta de interés, de ese lugar inestable e incómodo?

A partir de estas preguntas comenzaré por analizar cómo se entiende, delimita y diferencia la mediación internacional en la doctrina internacionalista[6] y ver así qué consecuencias se desprenden de la manera como se le estudia. Los estudios doctrinales me permitirán mostrar el punto ciego sobre la mediación y sugerir qué se deriva de este. Al examinar estos estudios, tengo particular interés en ver si en ellos resulta importante (y cómo) diferenciar lo que se considera apropiado para el estudio del derecho internacional y lo que esto nos puede decir sobre la relación entre lo jurídico y lo político.

Para ello voy a analizar la forma en que la doctrina internacionalista ha clasificado en *general* todos los mecanismos de resolución de conflictos (capítulo uno) para más adelante enfocarme en la forma como se dividen *específicamente* los mecanismos clasificados de manera similar a la mediación, generalmente denominados *diplomáticos*, *políticos*, *no jurisdiccionales* o *no obligatorios*[7] (capítulo dos). Al concentrarme en cómo se estudia la mediación, prestaré especial atención en determinar si de la forma de estudiarla (y de no estudiarla), se desprenden preguntas por la (a)juridicidad de los mecanismos y por la evolución (o precariedad) de estos.

La cuestión de la juridicidad incluye preguntarse en qué medida es posible examinar la mediación internacional desde una perspectiva jurídica o si se considera

6 La doctrina internacionalista que voy a tener en cuenta será principalmente aquella compuesta por manuales generales, enciclopedias o diccionarios de derecho internacional público y obras de esta misma disciplina que traten en concreto el tema de la resolución pacífica de conflictos, ya sea concentrándose en uno o varios mecanismos. Para una justificación de las fuentes, véase *infra* capítulo preliminar, §3: Periodos y tipos de fuentes seleccionados.

7 En esta clasificación tradicionalmente se agrupa a la mediación internacional, los buenos oficios, la conciliación internacional, las comisiones internacionales de investigación y la negociación directa. Este último mecanismo, como su nombre lo indica, se realiza directamente entre las partes sin participación de un tercero. En este estudio me interesaré por ver cómo se distingue la mediación de los otros mecanismos en los que participan terceros internacionales y, por tanto, no incluiré la negociación directa.

que su naturaleza no amerita ser estudiada desde este derecho (y sí, en cambio, desde las relaciones internacionales). La pregunta sobre la evolución / precariedad se dirige a explorar el argumento según el cual ciertos mecanismos son más evolucionados que otros. De acuerdo con este argumento, en un derecho internacional que tendería hacia la judicialización o jurisdiccionalización como forma de fortalecer el orden jurídico internacional, la utilización de métodos como la mediación sería un signo de un derecho internacional aún precario. Ambas preguntas buscan dar criterios para delimitar lo que resulta adecuado o lo que amerita ser estudiado desde el derecho internacional y lo que no.

Después de estudiar la doctrina internacionalista, me detendré a explorar cómo se entiende, modifica y utiliza la mediación internacional en el marco institucional propio de las organizaciones internacionales (en adelante OI), cuya principal vocación es preservar la paz y la seguridad internacionales, estudiando el caso de la Sociedad de Naciones y la Organización de Naciones Unidas (ONU) (capítulo 3). Los cambios sobre resolución pacífica de conflictos producidos por la creación de estas OI han sido percibidos por numerosos autores como suficientemente significativos para marcar una ruptura dentro de la clasificación tradicional de mecanismos de resolución de conflictos. Con esto pretendo acercarme a preguntas como las siguientes: ¿la creación de la Sociedad de Naciones y la ONU y su papel en la resolución pacífica de conflictos implican la creación de nuevos mecanismos? ¿Hasta qué punto se modifica la mediación internacional cuando es ejercida en el marco de una OI?

Para ello me voy a enfocar en cómo fueron creadas estas organizaciones, qué dicen sus cartas constitutivas y la doctrina de la época, buscando con ello comprender las sensibilidades en que fueron concebidas y cómo se entendía el lugar de la mediación internacional en la organización y en el ordenamiento jurídico internacional de cada época. Además, examinaré parte de la práctica de los órganos de las OI estudiadas, respecto a la manera como se ha entendido la relación entre la organización y los mecanismos de arreglo de controversias, en particular, la mediación internacional.

Después del ejercicio doctrinal y el breve paréntesis sobre los eventuales cambios producidos por las OI, abordaré las implicaciones que pueda tener el interés que despierta el tema de la mediación internacional en las relaciones internacionales frente al desinterés aparente en el derecho internacional. Me interesaré en cómo se ha estudiado la mediación desde las relaciones internacionales y, luego, compararé los tipos de preguntas y referentes que se usan en esta disciplina para

el estudio de la mediación internacional con los que se usan en la doctrina internacionalista. Con esto pretendo evaluar si una mirada interdisciplinaria desde los estudios de las relaciones internacionales sobre la mediación internacional, podría satisfacer o complementar el punto ciego de su estudio en el derecho internacional. Esto me llevará a discutir la posibilidad (beneficios, limitaciones, obstáculos) de los estudios interdisciplinares, en particular, entre el derecho internacional y las relaciones internacionales (capítulo 4).

Antes de entrar de lleno en el tema de estudio, en el capítulo preliminar desarrollaré algunas explicaciones y justificaciones e influencias esenciales y al mismo tiempo mencionaré unos breves antecedentes sobre la mediación internacional antes del periodo de estudio elegido.

CAPÍTULO PRELIMINAR

JUSTIFICACIONES, INFLUENCIAS Y ANTECEDENTES

En este capítulo haré una breve mención a algunas de las influencias teóricas más importantes que sustentan este estudio, así como algunas explicaciones y limitaciones de lo que quiero hacer con él. En ese sentido, comenzaré refiriéndome a la aproximación teórica que defiendo (§1 y §2). Luego, hablaré de las limitaciones temporales y tipos de fuentes que voy a tener en cuenta (§3). Por último, mencionaré algunos antecedentes sobre el concepto de la mediación en derecho internacional antes del periodo histórico elegido (§4).

§1. Discursos y sensibilidades internacionalistas

El estudio que hago sobre cómo se ha entendido la mediación, cómo se ha diferenciado (o confundido) con otros mecanismos y cuál ha sido su lugar en el derecho internacional se hará influenciado por una perspectiva histórico-crítica de y para el derecho internacional. Esta perspectiva analiza diferentes narrativas históricas sobre cómo la doctrina internacionalista ha entendido el derecho internacional en diferentes momentos y contextos. A continuación, voy a elaborar algunos aspectos e influencias importantes sobre lo que entiendo por perspectiva histórico-crítica y cómo es relevante para mi estudio.

Para examinar la manera como se ha entendido el concepto de la mediación internacional en el derecho internacional, resulta pertinente ver cómo se ha estudiado este en diferentes contextos y momentos por la doctrina internacionalista, al tiempo que se da seguimiento a los instrumentos jurídicos más importantes sobre el tema de la resolución pacífica de conflictos. Mi interés por estudiar los instrumentos jurídicos no es el de hacer un estudio dogmático que permita definirla "correctamente", o hacer un seguimiento sobre el "progreso" de la mediación internacional y los otros mecanismos en los instrumentos de derecho internacional, sino el de examinar la influencia de la doctrina en ellos, ver de qué forma se plasmaron o no los cambios sugeridos por ella, así como dar seguimiento a los cambios del papel que se le otorga a los diferentes mecanismos de resolución de conflictos en el derecho internacional.

El énfasis gira, entonces, alrededor de la doctrina internacionalista, lo cual me permite aproximarme al estudio de la mediación analizando la manera como diversos discursos o narrativas internacionalistas han comprendido la mediación internacional. Con este estudio doctrinal tampoco busco mostrar una línea fija sobre la "evolución" o "involución" del concepto, sino ver las fluctuaciones doctrinales, con especial énfasis en las narraciones históricas de diferentes autores. Esto con el objetivo de poder entrever las sensibilidades en que se dan los distintos discursos o narrativas doctrinales y así tratar de entender por qué la atención se centra en ciertos temas, mientras que otros se dejan de lado.

Acá es importante señalar que al hablar de discursos (o narrativas) sigo de cerca los lineamientos del filósofo francés Michel Foucault[8]. Para este autor es imposible separar al locutor de su discurso: el discurso no es un simple vehículo (transparente, neutro, ajeno) de una idea (externa, significante, subjetiva). El discurso existe materialmente con y en su enunciación misma, es un acto singular y subjetivo con una fuerza y poder propios y nunca es objetivo o verdadero. Para enfrentar la aparente veneración y respeto por el discurso (o lo que Foucault llama *logofilia* y que para él parece imperar en la tradición occidental), propone "poner en duda nuestra voluntad de verdad; restituir al discurso su carácter de acontecimiento; levantar finalmente la soberanía del significante"[9].

Lo anterior contiene ciertas exigencias metodológicas para lo cual propone cuatro principios: (1) principio de trastocamiento: en los lugares donde la tradición parece utilizar las figuras como las del autor, la disciplina o la voluntad de verdad, es preciso reconocer el "juego negativo" y el enrarecimiento que ha sufrido el discurso, para dejar de considerar esas figuras como fundamentales y creadoras de este. (2) Principio de discontinuidad: no tratar de encontrar "debajo" de los discursos enrarecidos un discurso "ilimitado, continuo y silencioso", sino entender que los discursos son discontinuos, que se yuxtaponen o cruzan, se ignoran o se excluyen[10]. (3) Principio de exclusividad: el discurso es "una violencia que hacemos a las cosas" no tiene sentido, entonces, pretender que el discurso nos está transmitiendo unos significados previos que debemos descifrar. (4) Principio de exterioridad: no hay que buscar un núcleo o corazón oculto en el discurso, un significante que se manifiesta en el discurso, sino analizar el discurso mismo, su materialidad, sus condiciones externas de posibilidad junto con las motivaciones de su aparición.

8 Véase Michel Foucault, *El orden del discurso*: Tusquets, [1970] 1992.
9 *Ibid*., p. 43.
10 *Ibid*., p. 44.

Teniendo en cuenta lo anterior, Foucault propone hacer un análisis de los discursos según dos conjuntos: uno crítico y uno genealógico. Por conjunto crítico se refiere a una forma de enfrentar lo que él ha denominado "formas de exclusión, de delimitación, de apropiación" y que utilizaría el "principio de trastocamiento" para determinar de qué forma el discurso ha sido modificado, qué tipo de coacción se ha ejercido sobre él y a qué necesidades responde[11], es decir, analizar "las instancias del control discursivo"[12]. Por conjunto genealógico se refiere a aquel que utiliza los otros tres principios para determinar

> cómo se ha formado, por medio, a pesar o con el apoyo de esos sistemas de coacción, de las series de los discursos; cuál ha sido la norma específica de cada una y cuáles sus condiciones de aparición, de crecimiento, de variación[13].

Con lo anterior se busca, entonces, proveer herramientas, estrategias y perspectivas para analizar los discursos, pero no para revelar "la universalidad de un sentido" sino justamente para entender qué se nos quiere presentar como universal, único y verdadero. Lo que se pretende es sacar a relucir "el juego de la rareza impuesta con un poder fundamental de afirmación". No debemos pretender acceder a un significado oculto, a una realidad detrás del discurso, se debe desvelar la rareza y la afirmación que ella conlleva sin ver allí una "generosidad continua del sentido, ni monarquía del significante"[14]. Foucault propone analizar el discurso, no como un reflejo de prácticas (verdaderas o falsas, buenas o malas, ocultas o evidentes), sino como una práctica en sí misma y, por ende, no buscar las ideologías o el poder trascendental fuera del discurso sino en las mismas prácticas discursivas.

Ahora bien, aproximarse al estudio historiográfico del derecho internacional desde una perspectiva de discursos o narrativas jurídicas está directamente relacionado con la forma en que me interesa analizar la mediación internacional:

11 *Ibid*., p. 50.
12 *Ibid*., p. 53.
13 *Ibid*., p. 50. Si bien ambos conjuntos proponen perspectivas diferentes, Foucault señala que en la práctica no se pueden dar de manera separada: "si bien toda tarea crítica, que ponga en duda las instancias del control, debe analizar al mismo tiempo las regularidades discursivas a través de las cuales se forman; toda descripción genealógica debe tener en cuenta los límites que intervienen en las formaciones reales. Entre la empresa crítica y la empresa genealógica la diferencia no es tanto de objeto o de dominio como de punto de ataque, de perspectiva y de delimitación" (p. 54). Las empresas crítica y genealógica deben entonces "alternarse, apoyarse […] y completarse", pues mientras "la parte crítica del análisis se refiere a los sistemas de desarrollo del discurso: intenta señalar, cercar, esos principios de libramiento, de exclusión, de rareza del discurso […] la parte genealógica se refiere por el contrario a las series de formación efectiva del discurso: intenta captarlo en su poder de afirmación, […] [es decir] un poder de constituir dominios de objetos, a propósito de los cuales se podría afirmar o negar proposiciones verdaderas o falsas" (p. 56).
14 *Ibid*., p. 57.

no como un concepto fijo o estático, verdadero u objetivo, sino como uno en constante construcción que fluctúa, a pesar de que generalmente es entendido según ciertas definiciones y clasificaciones como naturales o dadas. Esto, a su vez, se desprende de una forma de entender el mismo derecho internacional: no como algo estable o un discurso independiente de los practicantes (abogados o doctrinantes), sino como una práctica discursiva que es usada por profesionales, que no describen simplemente una verdad neutra ajena a ellos, sino que generan ciertos discursos y ocultan otros.

Así, mirar los estudios doctrinales como narrativas o discursos históricos ayuda a presentar una reconstrucción de historias del derecho internacional que nos permita entrever algunas ideas sobre por qué el derecho internacional (o ciertos abogados, doctrinantes y diplomáticos) se ha interesado en ciertos momentos o se ha dejado de interesar en otros en un concepto como la mediación internacional (y, después, por qué pasa a ser centro de atención de otra disciplina, a saber, las relaciones internacionales). Esto ayuda a entender el cambio en ciertas obras de derecho internacional y cuáles son los criterios que permiten clasificar los mecanismos y los conflictos, dando luces sobre algunas miradas alternativas, críticas internas y perspectivas discontinuas que hacen ver los discursos menos lineales y claros.

Al estudiar la doctrina busco, más que encontrar la definición correcta de un concepto, o presentar evoluciones dogmáticas, presentar los discursos jurídicos como parte de un fluir constante, imbricado de diversos contextos que generan y son generados por *sensibilidades* particulares que luego se perciben como verdades externas, naturales o dadas.

Lo anterior está directamente influido por el trabajo de los internacionalistas estadounidense y finlandés, David Kennedy y Martti Koskenniemi. Sobre cómo entiende el derecho internacional, Kennedy ha dicho: "We might define the field as people sharing professional tools and expertise, as well as a sensibility, viewpoint, and mission"[15]. En otras palabras, el derecho internacional es más un conjunto de proyectos humanos situados en el tiempo y en el espacio[16] y

[15] David Kennedy, "When Renewal Repeats: Thinking Against the Box", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 32, n.º 2, 2000, p. 340. [Nota: en el presente texto las citas textuales en inglés se dejaron en el idioma original, mientras que las que provienen de textos en otros idiomas se tradujeron al español. En estos últimos casos, se indicó en nota al pie de página que la traducción es mía y se acompañó de la versión original de la cita. En todas las citas, sin importar el idioma, se suprimieron las notas y citas de los textos originales].

[16] "It is for this reason that I focus on the sensibilities with which professionals and intellectuals in the United Sates have contributed to what they imagined as 'international law'". David Kennedy,

no un edificio de ideas, doctrinas e instituciones[17]. Al aplicar esta visión del derecho internacional, Koskenniemi explica que con su libro *Gentil civilizador de naciones* pretendía describir una "sensibilidad particular, o conjunto de actitudes y de preconceptos internacionales"[18].

No se trata, entonces, de leer la doctrina buscando la definición o la verdad del derecho, la idea o justificación de lo que es y lo que no es el derecho. Se trata de aproximarse a la doctrina como el resultado de quienes la escribieron, influidos por su contexto, por sus ideas, por sus anhelos permitiéndonos percibir una identidad que muchas veces se presenta como verdadera o natural. De nuevo, retomando a Kennedy:

> Looking back at their intellectual output, listening to their work on one thing after another, we see a coherence, an identity, and a style. In some way, international lawyers create in us the sense of their being a community, or, perhaps better, their community is our interpretive act. They create the effect of their coherence, their consensus, and their good judgment just as they create a sense for who is central and who is at the margin of their world. In establishing this sense, the field's self-definition provides only a limited starting point, since many of the things people in the field say about their discipline are best understood as polemical backdrops for their own renewal programs[19].

"The Disciplines of International Law and Policy", *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, n.º 1, 1999, p. 19.

17 "I present international law as a series of professional performances rather than as an edifice of ideas, doctrines, and institutions, recasting the discipline's intellectual tools as a lexicon for argument about reform and disciplinary renewal, as well as for professional affiliation and disaffiliation". David Kennedy, "When Renewal Repeats: Thinking Against the Box", p. 337.

18 Y continúa: "El derecho internacional que 'asciende' y 'cae' en este libro, no es, entonces, un conjunto de ideas […] ni de prácticas, sino una sensibilidad que implica tanto ideas como prácticas, pero que también incluye aspectos más amplios de la fe política, de la imagen de uno mismo y de la sociedad, así como las restricciones estructurales dentro de las cuales los profesionales del derecho internacional viven y trabajan". Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1870-1960*, Buenos Aires, Madrid: Ciudad Argentina, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2005 [2001], p. 14.

19 David Kennedy, "When Renewal Repeats: Thinking against the Box", p. 347. En el mismo sentido, y retomando a Kennedy, dice en su tesis de maestría el internacionalista chileno Arnulf Becker Lorca: "Inserto en un espacio disciplinar contestado —y siempre que se asuma la imposibilidad de recurrir a criterios de verdad objetivamente asentados— las alternativas doctrinarias y recortes disciplinarios obedecen a consideraciones propias de la interacción entre quienes practican la disciplina; sus percepciones, preferencias o representaciones políticas, sociales y culturales. En consecuencia, más que en relación a alguna de las ideas o doctrinas que se presuma 'determinan' en abstracto una delimitación disciplinar, resulta de mayor utilidad analítica explicar el DI como resultado de la práctica y el espacio que ésta constituye. […] Para efectos de este trabajo se entiende el quehacer disciplinar en tanto espacio donde se expresan, disputan y dirimen los diversos entendimientos, ideas, sentidos y aproximaciones al DI". Arnulf Becker Lorca, "El derecho internacional como disciplina y su práctica en el Chile de los noventa", tesis, Universidad de Chile, Instituto de Estudios Internacionales, 2001, p. 23.

Además, Kennedy destaca que en las sensibilidades de cada disciplina se encuentran siempre posiciones políticas, sesgos (*bias*) y puntos ciegos (*blind spots*) que están a su vez presentes en los discursos disciplinares. Algunos de esos sesgos y puntos ciegos son conscientes y fáciles de detectar (por ejemplo, el sesgo que implica que alguien se autodefina como "liberal", "conservador", de "derecha" o "izquierda") y otros son menos evidentes, más difíciles de detectar, pero no por ello menos influyentes[20]. Esto ocurre cuando se asumen como "dadas" o "naturales" ciertas condiciones del contexto que, sin embargo, son producto de una elección política, construida, y que tiene repercusiones directas sobre cómo se entiende y aplica una disciplina (por ejemplo, cuando una reforma legislativa se quiere progresista o protectora de los derechos humanos, pero se da en un ordenamiento jurídico en que ciertas comunidades —mujeres, homosexuales, indígenas, entre otros— no tienen los mismos derechos y esta disparidad no es tenida en cuenta en la norma). Muchas veces esos sesgos tienen como origen o consecuencia, que ciertos aspectos de la disciplina sean ignorados (por razones más o menos conscientes, según el caso) y que, por lo tanto, se convierten en sus puntos ciegos.

Esto supone un ejercicio metodológico que, por un lado, permite hacer conscientes las cargas políticas, sesgos y puntos ciegos de las elecciones que los profesionales y académicos internacionalistas toman y dan por sentadas como buenas, neutras o contextuales, así como de aquellas que critican y rechazan, y por qué no, de aquellas que no mencionan ni tienen en cuenta[21]. Por otro lado, es un ejercicio que nos permite ver que muchas veces aquello que es presentado como dado o parte de convenciones objetivas de la disciplina, es en realidad producto de elecciones hechas, construidas y deseadas de esos profesionales y académicos[22].

20 David Kennedy, "The Disciplines of International Law and Policy", p. 12.

21 "For example, if it turned out that international legal professionals and intellectuals routinely used arguments about overt bias to critique rules, but normally justified alternative rules they were proposing as more 'balanced' or 'neutral' in their effect, the result over time might be to moderate the capacity of the system to pursue redistributive goals through legal reform, even if all the particular claims, for both bias and balance, were wildly overstate […]. Similarly, if intellectuals and professionals within a discipline were motivated to overemphasize the universalist or balanced nature of rules and institutions and to forget the political context or compromised nature of their origins, these people might come to have a hard time identifying cultural or political biases which had become part of their background assumptions. It might be, in other words, that a discipline's blind spots, strategies of evasion, elision, or forgetfulness might be linked to bias of various sorts". *Ibid.*, pp. 12-13.

22 "[I]n exploring the sensibilities of legal internationalists, I have been repeatedly struck by the degree to which individuals are not blinded by their disciplinary commitments, but instead rush headlong to establish, embrace, and embellish their discipline's blind spots and contradictions. Their disciplinary sensibility is as much about desire, construction, and work as it is about error or ignorance. As a result, I am increasingly convinced that a disciplinary sensibility does not precede

Es decir, se trata de entender cómo se explica lo que se ha considerado relevante o propio del derecho internacional y cómo se han entendido, limitado o modificado las relaciones del derecho internacional y otras disciplinas (por ejemplo, las relaciones internacionales o la economía). Esto se relaciona con la idea de que, por un lado, el cambio de intereses doctrinales se ve influido, pero también permite y genera fluctuaciones entre lo que se considera de una disciplina u otra y, por otro lado, que esos cambios no se dan de manera lineal o fija, sino según el contexto. Es así como todos estos discursos históricos prestan una particular atención al contexto, no solo al político y social, sino al contexto intelectual de quienes practican y estudian el derecho internacional[23].

Presentar los discursos del derecho internacional como sensibilidades nos permite contrastarlos con la manera tradicional de ver la historia en la que esta se muestra como un acontecer lineal, evolutivo y de progreso. Al comprenderlos como sensibilidades, entendemos, por ejemplo, que algunos lean el pasado como anticuado, como obsoleto o peligroso y muestre un presente revolucionario, modificador y progresista[24]. Eso, a su vez, nos da pistas para entender el énfasis o desinterés que se da al estudio de ciertos conceptos, como la mediación, y para entender el contexto en que circulan los focos de interés (y desinterés).

§2. Historia *desde* y *para* el derecho internacional

La perspectiva que denomino *histórico-crítica* sin duda se nutre de varios supuestos e instrumentos que han sido señalados por historiadores. Por ejemplo, para muchos historiadores, hoy es imposible entender la historia como una "acumulación" de datos "objetivos" para explicar algo que "realmente" sucedió[25].

---

the people who occupy it, but is their common project, made and remade as they pursue the projects of their hearts and heads". *Ibid*., p. 13.

23 Véase, entre otros, David Kennedy, "International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion", *Quinnipiac Law Review*, vol. 17, n.º 1, 1998, pp. 99-138; Martti Koskenniemi, "Why History of International Law Today?", *Rechtsgeschichte*, vol. 4, 2004, pp. 61-66; Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1870-1960*; Liliana Obregón Tarazona, "Latin American International Law", en *Routledge Handbook of International Law*, David Armstrong (ed.), Londres, Nueva York: Routledge, 2009, pp. 154-164.

24 Sobre cómo la sensibilidad del siglo XX se presenta como progresista, al tiempo que se refiere a las narraciones del siglo XIX como anticuadas (a pesar de que retoma aspectos importantes de estas), véase David Kennedy, "International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion", pp. 99-138.

25 Véase, entre otros, Thomas S. Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, México: Fondo de Cultura Económica, 1971 [1962]; Edward H. Carr, *¿Qué es la historia?*, Barcelona: Ariel, 1984 [1961] y Hugo Fazio, *La historia del tiempo presente: historiografía, problemas y métodos*, Bogotá: Ediciones Uniandes, 2010.

Así mismo, es imposible pretender leer el pasado solo *desde* el pasado, pues en toda lectura hecha desde el presente se aportan elementos del presente (inclinaciones, escogencia entre lo que se lee y no se lee, cómo se lee, a qué se le da importancia, cómo se interpretan los silencios, entre otros). Cada historiador hace aportes desde su propia historia e intereses y en este sentido Edward H. Carr, historiador inglés, nos dice que los hechos históricos son determinados por quien los selecciona e interpreta, hay un diálogo constante del historiador con su propia historia y de sus intereses sobre cómo observar el pasado. No hay verdades puras, ajenas a las "cojeras" del propio historiador[26].

También, para el historiador chileno Hugo Fazio, privilegiar el enfoque del historiador forma parte de los cambios importantes sobre la manera de concebir la historia (además del abandono de la búsqueda por alcanzar y reproducir conocimiento científico objetivo), lo cual incluye una idea de ver el presente como una importante herramienta metodológica para hacer inteligible el pasado. Finalmente, la historia pasa a convertirse en una práctica "reflexiva" que, entre otros, "solo puede realizarse en la medida en que incluye al presente como elemento activo"[27]. El historiador, es un "sujeto presente en y de la historia, que no se sitúa por fuera, sino que es parte constitutiva del mismo devenir del desarrollo"[28]. Es decir, el trabajo de análisis e interpretación que hace el historiador, varía en la forma en que cada historiador puede "tramar" secuencias históricas de distintas maneras, "proporcionando diferentes interpretaciones de los acontecimientos y otorgándoles diferentes significados"[29]. Por supuesto, hay que diferenciar entre querer leer el pasado usando términos extemporáneos y querer traer al presente aprendizajes del pasado. En este sentido, es ilustrador el trabajo del historiador italiano Carlo Ginzburg, quien analiza un juicio penal contemporáneo teniendo en cuenta comparaciones y vestigios de la Edad Media[30].

Para nuestro estudio vale la pena destacar como métodos y herramientas propuestos para desarrollar una investigación histórica, el *trabajo crítico* y el *método comparativo*.

26 Edward H. Carr, *¿Qué es la historia?*, pp. 9-40.

27 De esta forma "la historia […] no alude a un campo específico de lo social ni a una condición temporal única, sino que es una imbricación polivalente de lo social en el espacio-tiempo". Hugo Fazio, *La historia del tiempo presente: historiografía, problemas y métodos*, pp. 192-193.

28 *Ibid.*

29 Hayden White, *El texto histórico como artefacto literario y otros escritos*, Barcelona: Paidós, 2003 [1978], p. 114.

30 Carlo Ginzburg, *El juez y el historiador. Anotaciones al margen del caso Sofri*, Madrid: Amaya & Mario Muchnik, 1993, pp. 9-124.

(1) *Trabajo crítico*: el historiador no tiene un acceso directo a los hechos del pasado, por lo que emprende una tarea de conocimiento a través de "huellas" que le permiten (o no)[31] reconstruir los hechos en los que basa su investigación. Ese trabajo implica, entre otras, necesariamente un trabajo analítico particular. Por un lado, hay que hacerles las preguntas pertinentes "porque los textos o los documentos […], sólo hablan cuando uno sabe interrogarlos"[32], y, por otro, es preciso elaborar un trabajo crítico frente a los mismos para así *reconstruir* los hechos[33].

(2) *Método comparativo*: defendido y criticado por muchos[34]. Se ha dicho que el mayor peligro es el anacronismo en que se puede incurrir al confundir analogías superficiales con semejanzas profundas. Este es un problema no solo entre momentos cronológicos distintos, sino entre sociedades o culturas distintas. No todo lo contemporáneo es comparable automáticamente con el pasado. Tampoco el mismo lugar geográfico permite comparaciones temporales automáticamente. En ambos casos, y más aún cuando se hace una comparación entre momentos y sociedades diferentes, se requiere particular cuidado, que incluye "una rigurosa definición de términos y conceptos" y tener muy presente el contexto de cada época y sociedad comparada para así evitar "polémicas inútiles o mal planteadas"[35]. El historiador brasilero Ciro Cardoso y el historiador costarricense Héctor Pérez consideran que no hay que exagerar las virtudes del método comparativo, pero también recuerdan que, desde los años setenta, se considera "un procedimiento esencial en el camino hacia la sistematización de los conocimientos […]". Muchos historiadores actuales están conscientes de la importancia y del carácter insustituible del método comparativo, única forma —imperfecta, desde luego— de encontrar una alternativa, en el contexto de la investigación histórica, a la imposibilidad de aplicar el método experimental"[36]. Esto es aún más inminente si se tiene en cuenta el contacto de la historia con

31 "Todas las huellas no se prestan con la misma docilidad a esa evocación posterior", Marc Bloch, *Apología para la historia o el oficio de historiador*, México: Fondo de Cultura Económica, 2001 [manuscrito interrumpido en 1944], p. 81.

32 *Ibid*., p. 86.

33 "[E]l historiador trabaja sobre esas huellas para reconstruir los hechos. Esa operación es, pues, constitutiva de la historia; en consecuencia, las reglas del método crítico que la gobiernan son, en el sentido propio del término, fundamentales". De esto se desprende que "un hecho no es otra cosa que el resultado de un razonamiento que se obtiene al aplicar reglas de la crítica sobre las huellas del pasado". Antoine Prost, *Doce lecciones sobre la historia*, Madrid-Valencia: Cátedra-Universitat de Valencia, 2001, p. 82.

34 Sobre varias de sus debilidades y fortalezas, subrayando sobre todo las precauciones para su uso. Véase, Ciro F. S. Cardoso y Héctor Pérez Brignoli, *Los métodos de la historia*, México: Grijalbo, 1977.

35 *Ibid*., p. 349.

36 *Ibid*., p. 346.

otras ciencias sociales, pues, por ejemplo, "no se puede alcanzar una generalización sociológica a partir de un solo hecho o proceso; la posibilidad de generalizar implica pues la comparación"[37].

* * *

Ahora bien, son conocidas las tensiones entre la relación del derecho y la historia, en particular, cuando los juristas proponen historias del derecho. La acusación de producir estudios anacrónicos es uno de los "pecados" con que más se inculpa a los juristas que proponen usos de la historia en sus investigaciones y, en concreto, a aquellos que buscan desestabilizar situaciones del presente a partir de lecturas del pasado, queriendo con ello mostrar la contingencia del primero y los legados del segundo[38]. Pero, como lo ha señalado la internacionalista australiana Anne Orford, tal vez esa tensión entre un trabajo que para los historiadores es considerado anacrónico, es inherente al trabajo de un jurista que quiere ver la historia con pretensiones de entender el derecho del presente:

> The past, far from being gone, is constantly being retrieved as a source or rationalisation of present obligation. For a lawyer, relating a concept to a history is not simply about making sense of something that is past and immutable as opposed to a law that is present and freely chosen. While some legal historians identify as historians, and preach against the sin of anachronism, in a sense lawyers are and must be sinners in this sense. Law necessarily has to reckon with obligations that

37 *Ibid*.

38 Sobre este tema, es particularmente interesante e inspiradora la defensa que hace Orford sobre el trabajo de Antony Anghie (y, de manera más general, de los Thirld World Approaches to International Law [TWAIL]), para lo cual retoma visiones y críticas del trabajo sobre la historia influidos, entre otros, por Foucault. Véase Anne Orford, "The Past as Law or History? The Relevance of Imperialism for Modern International Law", NYU *Institute for International Law and Justice Working Paper 2012/2*, vol., 2012, pp. 1-17. Véase, también, Antony Anghie, "Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law", *Social & Legal Studies*, vol. 5, n.º 3, 1996, pp. 321-336; Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press, 2004; Antony Anghie, "The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities", *Third World Quarterly*, vol. 27, n.º 5, 2006, pp. 739-753. Véase, sobre los TWAIL, Bhupinder Singh Chimni, "Third World Approaches to International Law: A Manifesto", *International Community Law Review*, vol. 8, 2006, pp. 3-27; Antony Anghie y Bhupinder Singh Chimni, "Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflict", *Studies in Transnational Legal Policy. The Methods of International Law*, vol. 36, 2004, pp. 185-210; y James T. Gathii, "TWAIL: A Brief History of its Origins, its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography", *Trade, Law and Development*, vol. 3, n.º 1, 2011, pp. 26-64 y Mark Toufayan, Emmanuelle Tourme-Jouannet y Hélène Ruiz-Fabri, "Avant-propos", en *Droit international et nouvelles approches sur le tiers-monde: entre répétition et renouveau / International Law and New Approaches to the Third World: Between Repetition and Renewal*, ed. por Mark Toufayan, Emmanuelle Tourme-Jouannet y Hélène Ruiz-Fabri, vol. 31, Collection de l'UMR de droit comparé, París: Société de législation comparée, 2013, pp. 17-24.

> are not solely derived from the current rulers of a state – in that sense whatever the felt urgency of breaking with the past, the past persists in custom and precedent and legal tradition. The difficulty then lies in knowing (or perhaps choosing) which precedents should be invoked to make the present intelligible[39].

En similar sentido, la internacionalista colombiana Liliana Obregón reafirma su interés como académica y abogada internacionalista de usar narrativas históricas en reclamos contemporáneos de derecho internacional, para lo cual resalta la importancia de ser consciente de su posición como autora y sus objetivos y limitaciones disciplinares[40]. Siguiendo esta misma línea de pensamiento, este estudio busca mirar cómo se ha entendido y estudiado el concepto de la mediación en la doctrina internacionalista y en los estudios hechos al respecto, desde el punto de vista de las relaciones internacionales, con el objetivo de entender cómo se comprende y se utiliza hoy ese mecanismo y, más generalmente, sobre cómo repercute esto en la manera de entender el derecho internacional.

Para esto se tendrán en cuenta diversos aspectos del contexto en que fueron producidos estos estudios, sin olvidar que se quiere realizar un estudio sobre el derecho internacional *desde* adentro. Es un trabajo que se enriquece con otras disciplinas (por ende, tiene en cuenta herramientas, metodologías, límites y lenguajes de estas) sin dejar de dialogar con la suya propia, usando unas herramientas y lenguajes especializados y respondiendo a preguntas e intereses de su disciplina[41]. En otras palabras, se quiere proponer una mirada *desde* y *para* el derecho internacional y no *desde* la historia u otra disciplina[42]. En este sentido, parto de la base de que un estudio histórico o historiográfico puede ser riguroso,

39 Anne Orford, "The Past as Law or History? The Relevance of Imperialism for Modern International Law", p. 9.

40 "I hope to contribute to the recent discussion on the uses and purposes of history writing in/on/from international law. […] I view history writing as an important tool that allows for new insights and an imaginative space in addition to or despite classical narratives. I am also aware that writing inside a discipline immersed in Power and established boundaries, new histories may backfire and be used in unforeseen ways, making us, or our work, also part of the problem". Liliana Obregón Tarazona, "Writing International Legal History: An Overview", *Monde(s): Histoire, Espaces, Relations*, vol. 7, 2015, pp. 98-99.

41 Sobre la forma de interactuar entre disciplinas, que denomino *trabajo disciplinar enriquecido*, véase *infra* capítulo 4, sección 2, §2, B: ¿Interdisciplinariedad profunda o disciplinariedad enriquecida?

42 Esta aclaración y enfoque doctrinal también están influenciados por los estudios de Koskenniemi, Kennedy, Anghie y otros. Por ejemplo, si bien Martti Koskenniemi resalta la importancia de hacer obras como las de Richard Tuck, en las que se da particular relevancia al contexto "intelectual" en que se desarrollan el pensamiento y las obras, añade también que a esas obras les hace falta abordar directamente ciertas preguntas que interesan, en particular, a los abogados, debido tal vez a la falta de conocimiento especializado. Martti Koskenniemi, "Why History of International Law Today?", p. 64. Véase Richard Tuck, *The Rights of War and Peace: Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, Oxford, Nueva York: Oxford University Press, 2001.

respetuoso del contexto y al mismo tiempo *comprometido*[43], es decir, con un objetivo en mente según el cual se critica para llegar a un punto.

Si bien es claro que se le presta una importante atención a las precauciones señaladas para el método comparativo (contexto y clarificación de términos), el objetivo o mensaje que se busca transmitir prima sobre posibles inconsistencias metodológicas propias de la historia, frente al tipo de discurso historiográfico del derecho internacional (especializado e interno) que se quiere hacer.

En este orden de ideas, el contexto que se proporciona en el análisis doctrinal busca que, por ejemplo, al examinar una clasificación de mecanismos determinada, se tengan en cuenta otros elementos, además de los argumentos esgrimidos por el autor, y que nos ayuden a entender algo más de la sensibilidad del momento. El contexto pretende situarnos en un ambiente que sin duda es propiciado e influenciado por el pensamiento intelectual de la época, pero que a la vez influencian, y en ocasiones determinan, lo que en ciertos momentos y lugares se considera dado, natural, progresista o anticuado.

Ahora bien, a menudo la manera como se delimita el contexto (antes o después de la prohibición de la fuerza, antes o después de la creación de una sociedad/organización internacional, antes o después de una guerra, como apogeo o caída del solidarismo/formalismo/tecnicismo) se presenta también enmarcado en unos acontecimientos dados, naturales y lineales, en los que hay una evolución de cómo se estudian o entienden los conceptos frente una versión antigua que es ahora presentada como obsoleta[44]. Es importante, entonces, subrayar que la razón por la que considero que el contexto resulta importante en estos casos es precisamente para permitirnos ver, con más elementos de análisis, las sensibilidades que llevan a que ciertos conceptos se entiendan de determinada forma

43 Tomo el término de la internacionalista francesa Emmanuelle Tourme-Jouannet sobre el trabajo académico de Martti Koskenniemi, el cual describe como un "pensamiento comprometido" (*pensée engagée*). Véase Emmanuelle Jouannet, "Présentation Critique", en *La Politique du Droit International*, Martti Koskenniemi (ed.), París: Pedone, 2007, p. 28.

44 Esto tiene que ver con la manera como se utiliza la historia para presentar narrativas. En particular, como lo señala David Kennedy, con una de las maneras en que generalmente los internacionalistas usan los argumentos históricos mostrando la historia como "progreso". En palabras de Kennedy: "In each generation it seamed that new theoretical insights, often from neighboring disciplines, allowed international lawyers to see, perhaps for the first time, that sovereignty and the state are illusions, linguistic misunderstandings, inconvenient superstitions, or religious fantasies that secular pragmatist best set to one side. Something called 'positivism' and 'formalism' seemed in each area to have dominated the discipline until just moments ago. And it is not surprising that almost all histories for the field are written as progress narratives away from positivism, formalism, and a focus on states". David Kennedy, "The Disciplines of International Law and Policy", *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, n.º 1, 1999, p. 95.

(por ejemplo, como veremos más adelante, que para ciertos autores los mecanismos dependen de si el conflicto es considerado político o jurídico) o a que se abandone esa clasificación y se presente una "innovadora" (por ejemplo, que se considere que la "verdadera" división de los conflictos es entre justiciables y no justiciables, lo cual depende "objetivamente" de si el derecho existente los puede o no resolver).

Al retomar varios de los argumentos esgrimidos hasta ahora, considero que todo contexto (incluyendo los autores, las tendencias doctrinales estudiadas y los periodos de tiempo seleccionados) es de alguna manera escogido[45] y que aunque se traten de presentar diversos elementos nunca será completo (ni objetivo ni neutral) pues esas elecciones están irremediablemente afectadas por mis propios intereses intelectuales (algunos conscientes que trato de justificar, otros inconscientes) y limitaciones que me son impuestas (acceso a material, número de lenguas de trabajo), entre otros.

§3. Fuentes y periodos seleccionados

El periodo estudiado de la doctrina internacionalista va desde finales del siglo XIX hasta la doctrina contemporánea. Por su parte, el periodo analizado de las relaciones internacionales comienza a mediados del siglo XX hasta los estudios contemporáneos.

Koskenniemi considera que es a partir de finales del siglo XIX la época en la que "se rastrea la aparición de una sensibilidad sobre temas internacionales"[46] que "generaron una nueva autoconsciencia y entusiasmo profesional entre 1869 y 1885"[47], por lo que resulta relevante empezar a rastrear desde ese momento las sensibilidades internacionalistas. Pero, además, la diversidad de mecanismos de resolución de conflictos que conocemos hoy en día es relativamente reciente y comienza a distinguirse solo a partir de finales del siglo XIX y principios del

45 *Ibid*., pp. 83-84.

46 Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1870-1960*, p. 14. Esta idea es también adoptada por Kennedy, quien afirma: "The last half of the nineteenth century saw a self-confident period of invention and renewal of what was then thought to have been a long-established tradition. This period lasted from roughly 1871, through the Hague conferences of the late 1890s until the First World War, and consolidated much of what we now think of as 'new thinking' about international law". David Kennedy, "When Renewal Repeats: Thinking against the Box", p. 340, retomando el trabajo de Koskenniemi.

47 Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1870-1960*, p. 15. Según Koskenniemi, en este periodo se consolida la profesión del abogado internacionalista "moderno" y que llegó hasta la Segunda Guerra Mundial, en la que hay un cambio (y para él una caída) de lo que se entiende por derecho internacional. *Ibid*., p. 14 y capítulos 5 y 6.

siglo xx. Así, en casi cualquier manual o curso general de derecho internacional contemporáneo se mencionan seis mecanismos de resolución de conflictos en los que participa un tercero[48]: el arreglo judicial, el arbitraje, la mediación, la conciliación, los buenos oficios y las comisiones internacionales de investigación. Sin embargo, hasta antes de fines del siglo xix solo se mencionaban como mecanismos existentes con la participación de un tercero a la mediación, el arbitraje y los buenos oficios[49]. Como veremos más adelante[50], en las conferencias de Paz de La Haya en 1899 se crea el mecanismo de las comisiones de investigación y, a principios del siglo xx, se comienza a hablar de la conciliación y la adjudicación internacional. Además, la Convención de La Haya de 1899 se considera el primer instrumento con pretensiones de globalidad que codifica los mecanismos de resolución de conflictos existentes en la época. Tiene sentido, entonces, comenzar el estudio doctrinal desde esta época si se quiere evaluar cómo la doctrina distingue los mecanismos propuestos y examinar por qué se centra particularmente en ciertos mecanismos (y no en la mediación).

En cuanto a los estudios hechos desde las relaciones internacionales, se considera que es a partir de la desilusión por el derecho internacional desde la Segunda Guerra Mundial que se consolidaron las relaciones internacionales como la disciplina que hoy conocemos, la cual surge y se afianza mediante una sensibilidad particularmente estadounidense[51]. Por esta razón, se tomarán en cuenta estudios de relaciones internacionales elaborados a partir de la segunda mitad del siglo xx hasta nuestros días.

Sobre resolución pacífica de conflictos destaco cuatro momentos paradigmáticos dentro del periodo de estudio. El primer momento coincide con las conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907[52] en dónde se codificaron por

48 Como ya lo anoté arriba (véase *supra*, nota 7), además de los mecanismos con la participación de un tercero está la negociación directa entre las partes.

49 En algunos manuales, sobre todo de finales del siglo xix y principios del xx se mencionan los congresos y conferencias internacionales como si fueran otros tipos de mecanismos. Véase, en este sentido, Henri Bonfils, *Droit International Public (Droit des Gens)*, 6.ª ed., París: Arthur Rousseau, éditeur, 1912, p. 594 (§932), y Paul Fauchille, *Traité de Droit International Public*, 8.ª ed., II vols., vol. Ier, 3ème Partie, París: Rousseau & Cie., 1926, pp. 518-533. Igualmente, para algunos autores la creación de la Sociedad de Naciones y la onu conlleva también a la creación de nuevos mecanismos de resolución de controversias en el marco de las oi. Como lo veremos más adelante sobre el caso de las oi (véase en *infra* capítulo 3: La mediación en el marco institucional: la Sociedad de Naciones y la onu), no considero que estos sean otros mecanismos, sino la utilización de los mismos mecanismos con diferentes tipos de terceros.

50 Véase *infra* capítulo 1, sección 1: El conflicto como criterio de clasificación de los mecanismos.

51 Sobre esto véase *infra* capítulo 1, sección 1, §2: La justiciabilidad de los conflictos y la crítica de Lauterpacht o la completud del derecho, y capítulo 4: La mediación en las relaciones internacionales.

52 En este estudio las consideraré como un solo momento, dada su cercanía cronológica y teniendo en cuenta que sobre mediación no se dan cambios entre ellas.

primera vez de manera internacional los mecanismos de resolución de conflictos. El segundo momento se refiere al fin de la Primera Guerra Mundial y la consecuente creación de la Sociedad de Naciones en 1919, primera organización intergubernamental universal que tenía dentro de sus objetivos principales regular y disminuir el recurso a la fuerza entre los Estados parte. El tercer momento remite a la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), resultado de la Segunda Guerra Mundial, en donde se consagra por primera vez la prohibición universal del uso de la fuerza y cuyo objetivo principal es el mantenimiento de la paz internacional. Además, este último momento coincide con el nacimiento o consolidación de las relaciones internacionales como disciplina independiente (y de una sensibilidad del derecho internacional pragmática con la que, según Koskenniemi, comienza la "caída" del derecho internacional tal y como se entendía hasta entonces[53]). Finalmente, el cuarto momento comprende el final de la Guerra Fría hasta hoy. Esto incluye los cambios de sensibilidades en la resolución de conflictos, en el marco de las instituciones creadas para ello y el auge de estudios interdisciplinares, en particular, entre el derecho internacional y las relaciones internacionales.

Ahora bien, los tres primeros acontecimientos señalados: las conferencias de La Haya y las dos guerras mundiales, son producto de eventos, en esencia, europeos que marcaron profundamente estos momentos históricos. Estados Unidos y su sensibilidad sobre el derecho internacional empieza a tener una marcada influencia global a partir de la creación de la ONU durante la Guerra Fría y la consolidación de las relaciones internacionales. Son, entonces, Europa (hasta la primera mitad del siglo XX) y Estados Unidos (desde la segunda mitad del siglo XX), los principales centros de poder del periodo estudiado y en donde se desarrollaban las principales discusiones doctrinales sobre el derecho internacional. Por esta razón, este estudio se concentrará principalmente en el estudio de doctrinantes de estas regiones, considerados doctrina mayoritaria (o *mainstream*). Si bien muchas veces la nacionalidad del autor coincide con la región en donde publica, la limitación señalada se refiere más a la región en donde se dan las discusiones intelectuales que prevalecen en las sensibilidades del derecho internacional de cada época, independientemente de la nacionalidad del doctrinante.

Elegir la doctrina mayoritaria que se discute en Europa y Estados Unidos no está libre de críticas y restricciones. Pero recordemos que busco rastrear un

53 Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1870-1960*, p. 14 y capítulos 5 y 6.

concepto que considero poco (o no) estudiado en la doctrina internacionalista, para determinar qué consecuencias se desprenden sobre el lugar que se le otorga a la mediación en el derecho internacional y, para lograrlo, me interesa ver cómo se le diferencia de otros mecanismos. Por ende, en buena parte estudio la mediación a través de silencios y definiciones más residuales que directas, por lo que encuentro útil interesarme, en primer lugar, en las principales discusiones doctrinales que se daban en los centros dominantes de debate del derecho internacional (eurocéntricos hasta mediados del siglo XX y luego más estadounicéntricos a partir de esa época).

Soy consciente de que una elección así tiene sesgos y en buena medida no tiene en cuenta el origen colonizador del derecho internacional ni otras posibles narrativas que se daban en "la periferia"[54] o en los mismos centros de poder "contramayoritarios"[55]. Pero mi interés no es reforzar una visión mayoritaria del derecho internacional ni olvidar que es innegable que los acontecimientos europeos y estadounidenses tuvieron repercusiones jurídicas y políticas importantes no solo en esa región sino fuera de ella[56]. Mi intención es ver cómo el

54 Becker Lorca ha señalado que los estudios eurocéntricos pierden de vista en ocasiones el análisis de otros eventos y momentos internacionales ocurridos en otras regiones del mundo y pueden provocar "distorsiones en la narrativa histórica". Arnulf Becker Lorca, "Eurocentrism in the History of Internacional Law", en *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Bardo Fassbender y Anne Peters (eds.), Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1035. Sobre eurocentrismo, véase también, Martti Koskenniemi, "Histories of International Law. Dealing with Eurocentrism", en *Inaugural Lecture Delivered on 16 November 2011 on the Occasion of Accepting the Treaty of Utrecht Chair at Utrecht University*, Oratie: Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-33. Sobre la propuesta de Becker de que el derecho internacional no es "universal" en la medida en que es una expansión del derecho, tal y como lo entendían en Europa, sino por una apropiación y utilización de la periferia, así como sobre los cambios y giros que la participación de otros países trajeron a este derecho, véase Arnulf Becker Lorca, *Mestizo International Law. A Global Intellectual History 1842-1933*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

55 Sobre cómo el discurso internacionalista fluctúa constantemente entre discursos mayoritarios y minoritarios. Véase David Kennedy, "When Renewal Repeats: Thinking against the Box", pp. 335-500.

56 En particular porque, como se ha discutido ampliamente en círculos críticos, el derecho internacional ha cargado históricamente un discurso civilizador/colonizador con pretensiones de "europeizar" (entendido como *civilizar*) las regiones del mundo. Véase, entre otros, Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*; Liliana Obregón Tarazona, "The Civilized and the Uncivilized", en *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Bardo Fassbender y Anne Peters (eds.), Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 917-939; Arnulf Becker Lorca, "International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination", en *Harvard International Law Journal*, vol. 47, n.º 1, 2006, pp. 283-305. Para una introducción reciente y esclarecedora sobre la relación entre imperialismo y derecho internacional, así como de varias propuestas de los estudios TWAIL y los estudios críticos del derecho internacional y su relación con América Latina, véase Luis Eslava, Liliana Obregón Tarazona y René Urueña, "Imperialismo(s) y derecho(s) internacional(es): ayer y hoy", en *Imperialismo y derecho internacional: historia y legado*, Luis Eslava, Liliana Obregón Tarazona y René Urueña (eds.), Colección Nuevo Pensamiento Jurídico, Bogotá: Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre, Pontificia Universidad Javeriana, 2016, pp. 13-94.

estudio de un concepto aparentemente tan periférico (no central) como la mediación se afecta por (y también afecta) la manera como se entienden los otros mecanismos y el derecho internacional. No obstante la concentración principal en el estudio de la doctrina mayoritaria eurocéntrica y estadounicéntrica, en este trabajo siempre está presente la crítica que representa tratar de develar las implicaciones del punto ciego en el estudio de la mediación y en cómo se le entiende por comparación con otros mecanismos[57].

En consecuencia, las fuentes primarias de este trabajo son esencialmente los estudios doctrinales escritos en las épocas estudiadas, más que las normas, tratados, resoluciones o actas previas a la producción de cualquiera de esos instrumentos. Para esto se tomaron diferentes manuales de derecho internacional, obras generales y otros artículos y obras especializadas en el arreglo pacífico de controversias, publicados en los periodos escogidos o que rodearon de cerca esos espacios de tiempo[58].

El análisis de la doctrina internacionalista de cada época estudiada se contrastó con fuentes secundarias provenientes de algunos autores de la doctrina internacionalista posteriores que analizan y comentan los periodos estudiados y los cambios en los mecanismos de resolución de conflictos. Algunos de esos textos se usaron como apoyo metodológico a la mirada crítica que se quiere hacer (como es el caso de varios textos de Koskenniemi y Kennedy, entre otros). Otros, cuyos autores hacen un recorrido histórico más dogmático, fueron tenidos en cuenta para entender ciertos cambios en las sensibilidades del derecho internacional y en los instrumentos adoptados (como es el caso de Lucius Calfisch, Jan Hendrik Willem Versijil, Shabtai Rosenne y Jean-Pierre Cot, entre otros).

Además, como documentos necesarios para contextualizar y entender la influencia jurídica concreta de las obras doctrinales, se tomaron unos instrumentos jurídicos como ejemplos paradigmáticos de los momentos eje seleccionados,

57 Este interés por las corrientes mayoritarias para proponer miradas alternativas y mostrar puntos ciegos es también utilizado por Kennedy, quien en alguna ocasión dijo que parte de sus intereses recaían: "about the intellectual history of the field and seeking to capture the discipline's mainstream consciousness". Véase David Kennedy, "When Renewal Repeats: Thinking against the Box", p. 483.

58 En este estudio me centraré en la doctrina para rastrear un concepto, pero no hay que olvidar que la sensibilidad internacionalista y las acciones que componen el derecho internacional no se limitan a la doctrina, sino que se extienden también al trabajo práctico de diplomáticos y abogados. Sobre esto véase David Kennedy, "The Disciplines of International Law and Policy", pp. 9-133. Véase también la tesis de maestría de Becker en la que tiene en cuenta, además de la doctrina internacionalista chilena, otros elementos de análisis (como entrevistas) para dar cuenta de la sensibilidad internacionalista en ese país. Arnulf Becker Lorca, "El derecho internacional como disciplina y su práctica en el Chile de los noventa".

a saber: las convenciones para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de La Haya, el Pacto de la Sociedad de Naciones, la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y, en menor medida, la Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales[59]. Así mismo, se consultaron algunos trabajos preparatorios relevantes de esos instrumentos internacionales para entender los debates que giraban alrededor de los temas relacionados con este trabajo y así comprender ampliamente el contexto histórico y las sensibilidades en que se desarrollaron. Es importante aclarar que estos instrumentos se tomaron como un elemento adicional que da cuenta de la sensibilidad del derecho internacional y que permite dar cuenta de la influencia o no de la doctrina de resolución pacífica de conflictos en los periodos estudiados, particularmente, de mediación internacional.

Ya se ha mencionado que la mediación es considerada uno de los mecanismos de resolución pacífica de conflictos más antiguos. Si bien este trabajo tiene un claro periodo de estudio definido, creo pertinente hacer algunas anotaciones previas sobre cómo la doctrina del siglo XIX entendía la historia de este mecanismo, permitiendo tener mayor claridad sobre ciertos temores y desconfianzas que se le atribuían a la mediación y sobre los que se hará mención más adelante.

§4. Algunos antecedentes

Varios estudios del siglo XIX y principios del XX rastrean los documentos jurídicos más antiguos en que se encuentran mencionados los mecanismos de resolución pacífica de conflictos, principalmente, con el ánimo de mostrar su evolución y su incorporación paulatina en instrumentos vinculantes. Encontramos varios manuales, compilaciones o tesis europeas interesados en hacer ese rastreo[60]. En ellos generalmente se menciona que hay vestigios de pueblos helénicos que hacían llamados a terceros en tratados de armisticio al final de un

59 Asamblea General de la ONU, "Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales", en A/37/10 1982 (15 de noviembre).

60 Véase, por ejemplo, Gaëtan de Raxis de Flassan, *Histoire générale et raisonnée de la diplomatie française ou de la politique de la France*, 2.ª ed., VII vols., vol. I, París: Imprimerie de Crapelet, 1811 (y los otros VI vols.); Émile Egger, *Études Historiques sur les Traités Publics chez les Grecs et chez les Romains*, París: A. Durand, 1866; Jules de Clercq, *Recueil des Traités de la France*, vol. I, 1718-1802, París: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1880; Paul Pradier-Fodéré, *Traité de Droit International Public Européen et Américain, Suivant les Progrès de la Science et de la Pratique Contemporaines*, IX vols., vol. II, París: Durand et Pedon-Lauriel, 1885; Comte L. Kamarowski, *Le Tribunal International*, París: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1887; Charles Fourchault, "De la Médiation", tesis, Université de Paris, Faculté de Droit, 1900; Jean Zamfiresco, "De la Médiation: Étude de Droit International", tesis, Université de Paris, Faculté de Droit, 1911 y Pierre Radulesco, "Les Solutions Pacifiques Internationales. La Médiation et l'Arbitrage", tesis, Université de Paris, Faculté de Droit, 1922.

conflicto y acuerdos formales en los que se incluye un tercero árbitro, además de algunas pocas referencias al papel de terceros mediadores[61]. A menudo se destacan también ejemplos de la participación de terceros en el arreglo pacífico de conflictos durante el Imperio romano (muchos de ellos sobre conflictos internos)[62].

Pero en la mayoría de estos estudios del siglo XIX se considera que es, sobre todo, a partir del fin del Imperio romano, desde la Edad Media, que las ideas de paz y solución pacífica de conflictos se desarrollaron en el marco de los conflictos entre pueblos. Según esta interpretación, la mediación, los buenos oficios y el arbitraje eran confundidos y el término *mediación* podía referirse a cualquier tipo de participación de un tercero, sin importar si la solución tenía pretensiones de ser obligatoria o no. Se señala que el gran "mediador" de la época era el papa[63], pero por el peso de su autoridad (política, jurídica y religiosa) el resultado de sus intervenciones se imponía a las partes[64]. En este sentido, consideraban que su participación era percibida por las partes mas como un mecanismo obligatorio.

Esta manera de percibir la intervención papal explicaría, según muchos doctrinantes, la preferencia por la mediación (no obligatoria) a partir de los siglos XIV y XV con la creación de las monarquías absolutas. Esto, pues se dice que los monarcas no querían interferencias por parte de la autoridad papal y de sus decisiones vinculantes (muchas veces percibidas como injustas), pues temían que el sometimiento de controversias a un tercero árbitro limitara su independencia y disminuyera su dignidad.

En su historia de la diplomacia francesa de 1811, el historiador Gaetan Roxis Conde de Flassan afirma que a partir del siglo XVII los conceptos de *arbitraje* y de *mediación* dejaron de confundirse, distinguiendo el *arbitraje* como un mecanismo mediante el cual se resolvía un conflicto con una solución obligatoria, mientras que la *mediación* tenía el propósito de conciliar dos posiciones de manera no vinculante[65]. Para De Flassan el primer momento en que la distinción es usada en un documento jurídico se da en 1611, cuando los ministros franceses

61 Véase Émile Egger, *Études Historiques sur les Traités Publics chez les Grecs et chez les Romains*, p. 41.

62 Véase *ibid.*, p. 152 y Comte L. Kamarowski, *Le Tribunal International*, pp. 111-123.

63 Aunque no el único, pues en el feudalismo los vasallos debían solicitar asistencia a sus soberanos y escogerlos como mediadores o árbitros. Véase Charles Fourchault, "De la Médiation", pp. 76-77 y Pierre Radulesco, "Les Solutions Pacifiques Internationales. La Médiation et l'Arbitrage", pp. 58-59.

64 Sobre el poder de los papas y su intervención en la resolución de conflictos en la Edad Media, véase Comte L. Kamarowski, *Le Tribunal International*, pp. 123-133.

65 Véase Gaëtan de Raxis de Flassan, *Histoire générale et raisonnée de la diplomatie française ou de la politique de la France*, 2.ª ed., VII vols., vol. II, París: Imprimerie de Crapelet, 1811, p. 310.

enviados como mediadores por Luis XIII a Aix-la-Chapelle para intervenir en un conflicto entre católicos y protestantes, distinguen expresamente el papel del mediador del de un juez o árbitro, así:

> Nosotros declaramos […], por parte de Su Majestad, que ella no tiene interés en perjudicar la autoridad y los derechos del emperador, del Imperio, de ningún príncipe, ni de nadie; y que para que la controversia ocurrida pueda ser discutida más fácilmente y sin confusión, nosotros los invitamos a discutir, por parte y parte, entre gente pasible y liberada de toda pasión, y que podrán conferir con nosotros, en toda confianza y seguridad, y nosotros escucharemos con paciencia todo lo que ellos quieran decir y proponer, no como jueces ni como árbitros, sino como mediadores de paz y amigables componedores[66].

En cuanto a la *mediación* y los *buenos oficios*, estos siguen confundiéndose[67]. En todo caso, la fuerza política que tenían los mediadores y la obligación moral que imponían sus soluciones y la percepción de abusos constantes de poder, se consideran que fueron los que hicieron que la desconfianza en estos mecanismos se incrementara.

El comienzo del siglo XIX, después de la Revolución francesa, y la desaparición progresiva de las monarquías absolutas en Europa, es señalado por varios autores como un periodo en el que resurge un interés y una preferencia por el arbitraje. Pero la mediación, aun siendo menos utilizada que en el periodo que

66 Citado por *ibid.* (traducción mía, original: "Nous vous déclarons […], de la part de Sa Majesté, qu'elle n'a aucun dessein de préjudicier à l'autorité et aux droits de l'empereur, de l'Empire, d'aucun prince, ni de personne; et afin que la contestation survenue puisse être discutée plus aisément et sans confusion, nous vous invitons à députer, de part et d'autre, des gens paisibles et dégagés de toute passion, lesquels pourront conférer avec nous, en toute confiance et sûreté, et nous entendrons avec patience tout ce qu'ils voudront dire et proposer, non comme juges ni arbitres mais comme médiateurs de paix et amiables compositeurs").

67 Dentro de los ejemplos que se citan, donde se entremezclan los términos, está el tratado firmado en Basilea el 22 de julio de 1795 (4 thermidor, año III según la nomenclatura usada durante la Revolución francesa) entre Francia y España en el que se dice: "La República Francesa, queriendo ofrecer un testimonio de amistad a S.M.C., acepta su mediación a favor de la Reina de Portugal, del Rey de Nápoles, del Rey de Cerdeña, […] y otros Estados de Italia" (artículo 15), pero más adelante: "La República Francesa conocedora del interés que S. M. C. tiene sobre la pacificación general de Europa, consiente igualmente a acoger sus buenos oficios a favor de otras potencias beligerantes, que se dirijan a Ella para entrar en negociaciones con el Gobierno francés" (artículo 16). Jules De Clercq, *Recueil des Traités de la France*, I, 1718-1802, p. 248 (traducción mía, original: "La République Française, voulant donner un témoignage d'amitié à S.M.C., accepte sa médiation en faveur de la Reine de Portugal, du Roi de Naples, du Roi de Sardaigne, […] et autres États d'Italie" y "La République Française connaissant l'intérêt que S.M.C. prend à la pacification générale de l'Europe, consent également à accueillir ses bons offices en faveur des autres puissances belligérantes, qui s'adresseraient à Elle pour entrer en négociations avec le gouvernement français"). Fourchault anota que esta imprecisión de lenguaje era corriente y que en varios tratados de la época también se hablaba indistintamente de *mediación* y de *intervención*. Charles Fourchault, "De la Médiation", p. 103.

la precede, no es, por tanto, abandonada; es incluida en numerosos tratados e instituciones pacíficas creadas durante este siglo. Como veremos más adelante, se consideraba que la mediación y el arbitraje tenían competencia para resolver conflictos diferentes y, por ende, de alguna manera se percibían como mecanismos complementarios[68]. De hecho, a principios del siglo XIX hay un primer intento de incluir una cláusula con recurso obligatorio a la mediación. Esto para muchos buscaba evitar que los Estados recurrieran a la fuerza como primera respuesta a los conflictos, pero rápidamente la mediación impuesta fue percibida como una forma de legitimación de la intervención de grandes potencias en los asuntos de las pequeñas, generando tensiones y aprehensión entre los Estados respecto al mecanismo.

Se señala que, dentro de los tratados e instrumentos internacionales de resolución pacífica de conflictos, el primer esbozo de recurso obligatorio a la mediación apareció en el acto final del Congreso de Viena, del 9 de junio de 1815, cuyo artículo 63§3 preveía que en caso de diferendo entre los Estados de la confederación germánica, las partes *debían* someterlo a la dieta y esta "ensayará, comisión mediante, la vía de la mediación"[69]. Poco más tarde se encuentran varios tratados firmados por diferentes Estados de América Latina, recientemente independientes, en los que preveían la mediación o los buenos oficios como mecanismos de resolución pacífica de conflictos internacionales. Así, Colombia y Perú firmaron una convención en 1822 en donde las dos partes se obligaban a "interponer sus buenos oficios ante los Gobiernos de otros Estados de América antes española, afín de hacerlos entrar en este pacto de unión, de liga y de confederación perpetuas" (artículo 2)[70]. También, los congresos de Panamá (1826) y de Lima (1848) proclamaron el principio de la mediación amigable como medio para sobrepasar todo conflicto entre las partes. El Tratado de Lima tenía por objeto la resolución pacífica de conflictos (artículo 1) y, en caso de conflicto, *invitaba* a los Gobiernos a interponer sus buenos oficios (artículos 4 y 10). Estos instrumentos no especificaban las diferencias entre mediación y buenos oficios, ni tuvieron nunca aplicación práctica[71].

68 Véase *infra* capítulo 1, sección 1: El conflicto como criterio de clasificación de los mecanismos.

69 Jules de Clercq, *Recueil des Traités de la France*, vol. II, 1803-1815, París: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1880, p. 594.

70 Paul Pradier-Fodéré, *Cours de Droit Diplomatique*, 2.ª ed., 2 vols., vol. 2, París: A. Pedone, 1900, p. 354 (traducción mía, original: "[l]es deux parties s'obligeaient à interposer leurs bons offices auprès des gouvernements des autres États de l'Amérique auparavant espagnole, afin de les faire entrer dans ce pacte d'union, de ligue et de confédération perpétuelles").

71 Sobre el contexto y las propuestas de estos dos congresos, en la doctrina de la época: véase *ibid.*, pp. 360 y ss. Y algunos comentarios posteriores en Jesús María Yepes, *Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas 1826-1954. Del genio de Bolívar a través de la historia de las relaciones internacionales*,

Estas ideas fueron retomadas después en varios tratados europeos celebrados en abiertas condiciones de desigualdad, en los que se incluye la mediación como mecanismo para ser aplicado solamente a unas de las partes del tratado, aumentando la desconfianza en las verdaderas intenciones de los posibles mediadores. Por ejemplo, durante el Congreso de París de 1856, después de la guerra de Crimea que enfrentó al Imperio ruso y la alianza creada entre ingleses, franceses y el Imperio otomano, la mediación fue consagrada en el tratado general de paz y amistad, en donde las potencias reconocían la obligación a *recurrir* a la mediación y la obligación de los terceros a *aceptar* el papel de los mediadores (artículo 8). Pero la estipulación "formal" y aparentemente "general" de la mediación obligatoria estaba dirigida exclusivamente a Turquía, y fue entendida por la doctrina como un principio de intervención obligatoria de las grandes potencias sobre los asuntos turcos[72]. Incluso, la aplicación generalizada de la cláusula (propuesta por Gran Bretaña), fue rechazada por la mayoría, por considerarla una limitación a la libertad de los signatarios. Esto derivó en que la propuesta para las otras partes del tratado quedó consignada como un "voto" o "deseo" sin fuerza obligatoria[73].

Este mismo tipo de mediación obligatoria se encuentra en el Tratado de Berlín del 13 de julio de 1878 en donde Alemania, el Imperio Austro-Húngaro, Francia, Gran Bretaña, Italia y Rusia se reservaban el derecho de ofrecer su mediación para facilitar las negociaciones (artículo 24§1), solamente a Grecia y Turquía. Igualmente, este tipo de mediación se encuentra en varios tratados bilaterales, considerados ya a fines del siglo XIX y principios del XX como firmados en condiciones desiguales[74], en los que se añadió una cláusula según la cual,

---

vol. I, Caracas, 1955, pp. 13-264, y Diego Uribe Vargas, *Solución pacífica de conflictos internacionales: La paz es una tregua*, 4.ª ed., Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2002, pp. 147-157.

72 Nicolas Politis, "L'Avenir de la Médiation", *Revue Générale du Droit International Public*, vol. xvii, 1910, p. 143; Jean-Pierre Cot, *La Conciliation Internationale*, p. 35 y Jean Zamfiresco, "De la Médiation: Étude de Droit International", pp. 78-79. De hecho, Nicolas Politis señala que el derecho positivo no se interesa en la mediación durante el siglo XIX por su carácter político, y este artículo es, según él, un ejemplo del empleo exclusivamente político y utilitarista que se hacía en esa época de la mediación.

73 "Los señores plenipotenciarios no dudaron a expresar, en nombre de sus Gobiernos, el voto/deseo de que los Estados entre los que se eleve una disidencia seria, recurran, antes de hacer uso de las armas, y en cuanto las circunstancias lo admitan, a los buenos oficios de una potencia amiga". Protocolo 23 de la Conferencia de París, 14 de abril de 1856, citado en Jules de Clercq, *Recueil des Traités de la France*, vol. VII, 1856-1859, París: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1880, p. 85 (traducción mía, original: "MM. les plénipotentiaires n' hésitèrent pas à exprimer, au nom de leurs Gouvernements, le vœu que les États, entre lesquels s'élèverait un dissentiment sérieux, avant d'en appeler aux armes, eussent recours, en tant que les circonstances l'admettraient, aux bons offices dune puissance amie").

74 Entre otros, el Tratado entre China y Estados Unidos del 18 de junio de 1858, el Tratado entre Gran Bretaña y Persia del 4 de marzo de 1857, el Tratado entre Italia y Corea del 24 de junio de 1884 y el Tratado entre Francia y Corea del 4 de junio de 1886. Véase Charles Fourchault, "De la Médiation", pp. 208-209 y Nicolas Politis, "L'Avenir de la Médiation", p. 143.

una de las partes contratantes, en caso de conflicto con un tercero, no podía rechazar la mediación de la otra parte[75].

Vale la pena mencionar un caso más, el de la Conferencia de Berlín celebrada entre 1884 y 1885, en la que grandes potencias europeas se reunieron para resolver los "problemas" de la expansión colonial en África y resolver su repartición. A menudo se celebra y destaca que es con el acta general del 26 de febrero de 1885 sobre el comercio en la cuenca del Congo, que se concretaron por primera vez obligaciones contractuales para "todas las partes" (y no para unas de ellas como en los otros tratados), aunque es de notar que entre las partes, por supuesto, no se encontraba el Congo (ni ningún territorio africano). Así, todas las partes "signatarias" se obligaron a recurrir a la mediación de una potencia amiga antes de acudir a las armas y en caso de "disidencia grave" sobre los límites territoriales (artículo 12) y a emplear los buenos oficios de las partes ante los Gobiernos establecidos sobre el litoral africano (artículo 1). Además, el acta general del 26 de febrero de 1885 consagra la facultad de acudir a los buenos oficios de la Comisión Internacional de Navegación del Congo, si hay dudas de interpretación sobre la convención (artículo 8§2), algo que en 1910 es señalado por Nicolas Politis, como una idea revolucionaria de acudir por primera vez a los buenos oficios de una institución internacional en lugar de un Estado[76].

Varios estudios anotan que a finales del siglo XIX, la incorporación de la mediación y los buenos oficios en instrumentos jurídicos (de manera indiferenciada) continúa con varios tratados entre España y distintos Estados latinoamericanos[77]. Por ejemplo, el Tratado de España y Colombia del 28 de abril de 1894 incorpora la obligación de las partes a aceptar la mediación o los buenos oficios de un tercero amigo en el caso de un conflicto, pero solamente de manera subsidiaria al arbitraje[78]. Es entonces el arbitraje el mecanismo que se quiere reforzar con estos acuerdos siendo la mediación incorporada como sustituto de este[79].

75 Sobre la desigualdad con la que se hacían estas cláusulas y la intervención que pretendían imponer en los asuntos de Estados más débiles, véase Nicolas Politis, "L'Avenir de la Médiation", p. 143 y Jean-Pierre Cot, *La Conciliation Internationale*, p. 35.

76 Nicolas Politis, "L'Avenir de la Médiation", p. 160.

77 Por ejemplo, los tratados entre España y Uruguay (1870), Venezuela (1882), Honduras (1894) y Perú (1897). Citados por Pierre Radulesco, "Les Solutions Pacifiques Internationales. La Médiation et l'Arbitrage", p. 20.

78 Charles Fourchault, "De la Médiation", pp. 208-209. En el mismo sentido se pueden ver varios tratados firmados por Estados de América Latina que preveían el recurso a la mediación. Por ejemplo, entre Costa Rica y El Salvador (20 de octubre de 1895), Honduras y Guatemala (2 de marzo de 1895), Honduras y El Salvador (19 de enero de 1895). Véase Jean Zamfiresco, "De la Médiation: Étude de Droit International", pp. 89-90.

79 Politis indica que la mediación, después de haber sido desacreditada precisamente por abuso político, encontró su lugar en estos tratados debido a que se consideraba que el arbitraje no podía

La propagación de cláusulas de mediación obligatoria en condiciones desfavorables para una de las partes, sumada a una práctica de la mediación a menudo intervencionista, contribuyeron a reforzar una actitud cada vez más temerosa, en particular, por parte de los Estados pequeños o medianos, con relación a la mediación. Actitud que contrasta y se da en paralelo con lo que se considera un auge, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, de un movimiento en Europa que se dice a favor de la paz y que se presenta como interesado en reforzar los mecanismos pacíficos de resolución de conflictos contra el recurso a la guerra[80]. Este movimiento por la paz derivó en la Conferencia de Paz de La Haya de 1899, la cual tuvo dentro de sus resultados una convención obligatoria que pretendía ser global, en la que, por primera vez, se incorporaron los mecanismos de resolución de conflictos y que marca el primer momento eje de este estudio al que me referiré en el próximo capítulo.

resolver conflictos políticos. Nicolas Politis, "L'Avenir de la Médiation", pp. 145-146. Sobre esto, véase *infra* capítulo 1, sección 1: El conflicto como criterio de clasificación de los mecanismos.

80 En su historia sobre la mediación internacional, Charles Fourchault dice que como consecuencia de este movimiento de paz se fundan múltiples sociedades de paz en Europa, dentro de las cuales están el Instituto de Derecho Internacional y la Asociación para la Reforma y la Codificación del Derecho de Gentes, ambos de 1873. En palabras de Fourchault, el Instituto tenía por objetivo la "búsqueda de la paz, preconizando el arbitraje y la mediación para la solución de conflictos internacionales; y la [Asociación] considera que la mejor forma de conseguir la paz en el mundo, es creando un código de leyes internacionales que impone el arbitraje en los diferendos entre naciones". Charles Fourchault, "De la Médiation", p. 196 (traducción mía, original: "recherche la paix, en préconisant l'arbitrage et la médiation pour la solution des conflits internationaux; la seconde trouve que le meilleur moyen d'avoir la paix dans le monde, est de créer un code des lois internationales qui impose l'arbitrage dans les différends entre nations"). Luego, Koskenniemi afirma que con la creación de estos institutos se empieza a consolidar la sensibilidad del derecho internacional moderno. Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1870-1960* (capítulo 1). Véase, también, Nicolas Politis, "L'avenir de la médiation", p. 143.

CAPÍTULO UNO

LA CONTROVERSIA SOBRE LA JURIDICIDAD DE LA MEDIACIÓN EN LA DISTINCIÓN DOCTRINAL DE LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN PACÍFICA DE CONFLICTOS

La mediación internacional es generalmente clasificada por la doctrina dentro de los mecanismos denominados *políticos*, *diplomáticos*, *no jurisdiccionales*, *informales*, *sin resultado obligatorio*, *no vinculantes* o *con un tercero poco implicado*. La mayoría de veces los autores emplean estas clasificaciones sin desarrollar los criterios que las distinguen, limitándose a mencionar la clasificación elegida como una "etiqueta" sin justificar la elección de los términos empleados. Esta etiqueta o apelación empleada parecería luego justificar en sí misma la elección del autor de enfocarse en un grupo o clasificación determinada (normalmente el de los mecanismos denominados *jurídicos*, *jurisdiccionales*, *formales* o *vinculantes*[81]) en lugar de otros. Pero, contrario a como se suele presentar, la etiqueta proporcionada no está libre de dudas, los elementos que caracterizan (y distinguen) los grupos no son siempre evidentes y una misma denominación puede tener significados diferentes: *diplomático* puede significar para algunos *político*, pero para otros puede significar *no jurídico*, *no obligatorio*, *informal*, entre otros.

Resulta entonces relevante esforzarse en destacar cuáles son los criterios diferenciadores que la mayoría de doctrinantes utilizan en esas clasificaciones.

[81] Por ejemplo, véase Franz Cede, "The Settlement of Internatonal Disputes by Legal Means - Arbitration and Judicial Settlement", en *The SAGE Handbook of Conflict Resolution*, Jacob Bercovitch, Victor Kremenyul y William Zartman (eds.), Los Ángeles: Sage, 2009, pp. 358-375; Georges Labrecque, *Les Différends Internationaux en Asie. Règlement Judiciaire*, París: L'Harmattan, 2007; Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of International Court 1920-2005*, 4.ª ed., IV vols., vol. I. The Court and the United Nations, Leiden, Boston: Martinus Nijoff Publishers, 2006; Malcolm N. Shaw, "Peaceful Resolution of "Political Disputes": The Desirable Parameters of ICJ Jurisdiction", en *Peaceful Resolution of Major International Disputes*, Julie Dahlitz (ed.), Nueva York, Ginebra: United Nations, 1999, pp. 49-75; Edward Mcwhinney, "Judicial Settlement of Dispues. Jurisdiction and Justiciability", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 224, 1990, pp. 9-194; Louis Sohn, "International Arbitration in Historical Perspective: Past and Present", en *International Arbitration: Past and Prospects*, Alfred H. A. Soons (ed.), Dordrecht, Boston, Londres: Martinus Nijhoff Publisher, 1990, pp. 9-22; Pieter Hendrik Kooijmans, "International Arbitration in Historical Perspective: Past and Present. Comments on a Paper by Professor L.B. Sohn", en *International Arbitration: Past and Prospects*, Alfred H. A. Soons (ed.), Dordrecht, Boston, Londres: Martinus Nijhoff Publisher, 1990, pp. 23-35; Richard B. Bilder, "International Dispute Settlement and the Role of International Adjudication", en *Emory Journal of International Dispute Resolution*, vol. 1, n.º 2, 1987, pp. 131-173; Georg Schwarzenberger, *International Law. As Applied by International Courts and Tribunals*, vol. IV. International Judicial Law, Londres: Stevens & Sons Limited, 1986.

Con esto quiero ver cuáles son las consecuencias sobre cómo se percibe la mediación, que se desprenden de la forma de diferenciar los mecanismos de resolución de controversias. En particular, ver si las diferentes clasificaciones propuestas cuestionan (y cómo) la juridicidad de la mediación.

Sección 1
El conflicto como criterio de clasificación de los mecanismos

El tipo de conflicto ha sido usado en diferentes periodos históricos como criterio diferenciador de los mecanismos de resolución de conflictos. Si bien los criterios de distinción de conflictos son independientes de los criterios de distinción de mecanismos, en ocasiones se les ha otorgado una relación directa en el que el tipo de conflicto determina el tipo de mecanismo. Por ejemplo, según la clasificación clásica, los mecanismos diplomáticos, políticos o no jurídicos son aquellos que se ocupan de los conflictos clasificados como políticos, no jurídicos o no justiciables. En este sentido, es interesante preguntarse si esta relación estrecha entre clasificación de conflictos y clasificación de mecanismos ha tenido consecuencias para determinar el lugar que tiene la mediación actualmente en el derecho internacional y, en particular, para determinar su juridicidad.

§1. La importancia otorgada por las partes o la subjetividad como criterio

A finales del siglo xix y principios del xx, gran parte de la doctrina internacionalista daba por sentado y asumía como cierta la distinción entre conflictos políticos y jurídicos. A grandes rasgos, se considera que los conflictos políticos son aquellos a los que las partes les otorgan gran importancia porque comprometen el *honor* o los *intereses vitales* de cualquiera de ellas[82]. Esta distinción, si bien se le adjudican sus raíces en la teoría de Vattel[83], adquiere un importante auge en el

[82] "[L]as controversias políticas serían aquellas de importancia mayor, como las relativas a la independencia, los intereses vitales o el honor del Estado. Todas las demás, es decir, las de menor importancia, serían las controversias jurídicas", José Antonio Pastor Ridruejo, "Le Droit International à la Veille du Vingt et Unième Siècle: Normes, Faits et Valeurs. Cours Général de Droit International Public", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 274, 1998, p. 91 (traducción mía, original: "[L]es différends politiques seraient ceux d'importance majeure, telles que ceux se rapportant à l'indépendance, aux intérêts vitaux ou à l'honneur de l'État. Touts les autres différends, c'est-à-dire ceux d'importance inférieure, seraient des différends juridiques").

[83] Aún si Vattel no utilizó los términos *político* y *jurídico*, distinguió entre los conflictos que recaen sobre los derechos esenciales y aquellos sobre derechos de menor importancia y de esta distinción dependía la elección del mecanismo de solución, en este caso, entre uno pacífico y el uso de las armas: "In the disputes which arise between sovereigns, a careful distinction must be made between

ámbito doctrinal[84] y normativo a finales del siglo XIX, particularmente, cuando es adoptada por las convenciones para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de La Haya (en adelante, convenciones de La Haya) de 1899 y 1907[85].

La distinción entre conflictos políticos y jurídicos se realiza de acuerdo con la importancia que las partes le otorguen a un conflicto, según la cual si se le da gran importancia, el conflicto será considerado político. En este sentido, el mismo conflicto en algunas circunstancias puede considerarse jurídico y en otras político. Sobre los tipos de conflictos, se afirma en el clásico manual del tratadista francés Paul Fauchille:

> Una controversia respecto a una cuestión de derecho puede, como resultado de las circunstancias, adoptar un aspecto político. Y, al contrario, una disputa que parece puramente política, puede, como resultado de ciertos eventos, transformarse en un desacuerdo sobre una regla de derecho. Por tanto, es imposible determinar de antemano la clasificación de los conflictos jurídicos y políticos. En nuestra opinión, uno sólo puede limitarse a dar una definición general de las disputas políticas, diciendo que por ellas debe entenderse todo conflicto, incluso aquellos que incluyen

---

essential rights and less important rights, and a different line of conduct is to be pursued accordingly. […] Each Nation, therefore, owes it to the welfare of human society to show itself open to every means of conciliation, where interests that are not essential, or are of small consequence, are involved. […] But if any one should seek to rob a Nation of an essential right, of a right without which it can not hope to maintain its existence, if an ambitious neighbor should threaten the liberty of a Republic or attempt to subject and enslave it, the Nation will take counsel only of its courage. A settlement by conference will not even be attempted with respect to so repulsive a pretension". Emer de Vattel, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law. Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns*, III vols., vol. III, Buffalo, Nueva York: Williams S. Hein & Co., 1758 [1995], p. 225 (§332, libro II, capítulo XVIII). Sobre Vattel como precursor de esta distinción véase Hersch Lauterpacht, "La Théorie des Différends Non Justiciables en Droit International", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 34, 1930-IV, pp. 551-552; Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford: Clarendon Press, 1933, pp. 6-9; José Antonio Pastor Ridruejo, "Le Droit International à la Veille du Vingt et Unième Siècle: Normes, Faits et Valeurs. Cours Général de Droit International Public", p. 91 y Lucius Caflisch, "Cent Ans de Règlement Pacifique des Différends Interétatiques", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 288, 2001, pp. 265-266.

84 Según Lauterpacth, los límites impuestos por Vattel al arbitraje se convirtieron en argumento central para numerosos autores de la segunda mitad del siglo XIX. Esto hizo que muchos "confined themselves to stating this limitation in terms of an obvious proposition not requiring any detailed elaboration". Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, p. 139. Para una breve mirada sobre las diferentes posiciones doctrinales de la época véase *ibid*., pp. 9-25 y 139-144, o Hersch Lauterpacht, "La Théorie des Différends Non Justiciables en Droit International", pp. 552-558. Véanse, también, los trabajos preparatorios del Instituto de Derecho Internacional en 1873.

85 Esta distinción es retomada también por numerosos tratados de arbitraje concluidos a finales del siglo XIX y durante la primera mitad del siglo XX.

> el examen de una cuestión de derecho, que ponga en peligro la independencia, los intereses vitales o el honor nacional de los Estados en litigio[86].

Esta discusión es relevante porque la manera como la doctrina distinguía los conflictos políticos y jurídicos determinaba, a su vez, el tipo de mecanismo de resolución apropiado para cada conflicto. Es decir, además de la obligatoriedad del resultado, el tipo de conflicto se vuelve un elemento distintivo entre los mecanismos. Así, se afirma que un conflicto político, dada la importancia que reviste para las partes, no es apto para resolverse con una decisión judicial o arbitral[87]. La mediación y los buenos oficios son considerados propicios para los conflictos políticos, ya que no imponen una solución obligatoria a las partes y porque pueden considerar otros aspectos tales como las motivaciones de las partes y el contexto político, económico o sociológico.

En realidad, el interés de los doctrinantes con esta distinción entre conflictos políticos y jurídicos recae no tanto en especificar las características propias de cada conflicto sino en delimitar el ámbito de aplicación del arbitraje, por ser obligatorio (reflejo de la renuencia de las partes a que un tercero regle ciertos conflictos y del deseo de mantener ciertas cuestiones espinosas bajo el control de las partes)[88]. Es en este punto donde se genera el verdadero debate y es este el aspecto que será criticado luego: determinar la necesidad (y para otros la im-

86 Paul Fauchille, *Traité de Droit International Public*, Ier, 3ème Partie, p. 545, §947.1 (traducción mía, original: "Un différend qui soulève une question de droit peut, par suite des circonstances, revêtir une allure politique. Et, à l'inverse, une contestation qui apparaît purement politique peut, comme conséquence de certains événements, se transformer en un désaccord sur une règle de droit. Il est donc impossible d'établir à l'avance une classification des conflits juridiques et des conflits politiques. A notre avis, on ne peut que se borner à donner une définition générale des différends d'ordre politique, en disant qu'il faut entendre par là tout conflit, même supposant l'examen d'une question de droit, qui met en cause l'indépendance, les intérêts vitaux ou l'honneur national des États en litige").

87 Por ejemplo, el internacionalista argentino Carlos Calvo afirma: "el ejercicio del arbitraje, […] contiene ciertos límites inherentes a los fundamentos mismos del derecho de gentes, al respeto que las naciones se deben mutuamente, por esto, si bien el arbitraje, puede referirse a cualquier tipo de desacuerdo o de debate internacional, no podrá abordar aquellos en los que el honor y la independencia nacional están directamente involucrados y que provienen de un sentimiento íntimo, personal, en el cual un Estado tercero no debe ser juez, pues cada nación es el único juez de su dignidad y de los derechos que garantizan la salvaguarda de la misma". Carlos Calvo, *Dictionnaire de Droit International Public et Privé*, 2 vols., vol. 1, Berlín, París: Puttkamer & Mühlbrecht, Pedone-Lauriel, Guillaumin & Cie., Rousseau, 1885, p. 56 (*arbitrage*) (traducción mía, original: "l'exercice de l'arbitrage, […] est contenu dans certaines limites inhérentes aux bases mêmes du droit des gens, au respect que les nations se doivent mutuellement des droits respectifs de chacune d'elles; c'est pourquoi l'arbitrage, bien qu'il puisse porter d'ailleurs sur toute sorte de désaccord ou de débat international, ne saurait aborder ceux dans lesquels l'honneur ou l'Independence nationale sont directement en jeu et qui relèvent d'un sentiment intime, pour ainsi dire personnel, dont un Etat tiers ne doit par se rendre juge, chaque nation étant seule juge de sa dignité et des droits qui en garantissent la sauve-garde [*sic*]").

88 Lauterpacht las llamará más tarde "doctrines of the limitation of the international judicial function". Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, p. 139.

posibilidad) de ampliar las facultades del arbitraje como mecanismo de solución "jurídico" de controversias, incluyendo la posibilidad de aceptar convencionalmente la obligatoriedad de recurrir al arbitraje antes de declarar la guerra.

En medio de este debate, la posición de la mediación internacional en la doctrina de la época resulta ambigua. Las discusiones sobre la división de los conflictos no desarrollan o destacan la mediación y, sin embargo, terminan otorgándole un lugar imprescindible, pues en ella recae la exclusividad de intervenir en los casos sensibles y de gran importancia para las partes. Además, el esfuerzo doctrinal por limitar el arbitraje *solo* a los conflictos jurídicos no necesariamente busca limitar la mediación *solo* a los conflictos políticos. Por el contrario, según varios autores de la época, la flexibilidad de la mediación la haría particularmente ventajosa y le otorgaría la facultad de "abrazar todas las cuestiones internacionales"[89], incluyendo cuestiones jurídicas y políticas, proscritas para el arbitraje[90].

Ahora bien, en las convenciones de La Haya de 1899 y 1907, la distinción doctrinal entre conflictos políticos y jurídicos fue incorporada de manera que limitaba tanto la competencia del arbitraje como de la mediación internacional. Recordemos que en los tiempos en que se celebra la primera Conferencia de la Paz en La Haya, entre el 18 de mayo y el 29 de julio de 1899, el uso de la fuerza no solamente era un mecanismo de resolución de conflictos legítimo, sino que además era considerado parte inherente de la potestad soberana de cada Estado. En estas circunstancias, los esfuerzos diplomáticos y académicos por presentar opciones para solucionar los conflictos se realizaban de manera complementaria al uso de la fuerza y buscaban llegar a propuestas y acuerdos suficientemente atractivos para que las partes prefirieran los mecanismos pacíficos a la guerra. La Conferencia de 1899 se realizó por iniciativa e invitación del zar de Rusia, cuyo propósito inicial era lograr un acuerdo global[91] sobre algunas políticas que

89 Jean Zamfiresco, "De la Médiation: Étude de Droit International", p. 42. Véase también Carlos Calvo, *Dictionnaire de Droit International Public et Privé*, 1, p. 48 (*médiation*).

90 "La mediación se puede aplicar a todo tipo de temas internacionales, sin importar cuál sea su alcance ni cuáles puedan ser sus consecuencias". Carlos Calvo, *Dictionnaire de Droit International Public et Privé*, 1, pp. 55-56 (*arbitrage*) (traducción mía, original: "la médiation peut s'appliquer à toute espèce de questions internationales quelle qu'en soit la portée et quelles qu'en puissent être les conséquences"). En este sentido véase también, Jean Zamfiresco, "De la Médiation: Étude de Droit International", p. 42 y Charles Fourchault, "De la Médiation", pp. 6-7.

91 En teoría, solamente fueron invitados los Estados con representación diplomática en San Petersburgo, lo cual equivalía a casi todos los países de Europa occidental (17 representaciones) y a Japón, China, Persia, Turquía y, por parte de las Américas, solamente Estados Unidos, México y Brasil (que no aceptó). Sin embargo, fueron invitados Siam, Luxemburgo y Montenegro, que no estaban representados en San Petersburgo, y no fue invitada Sudáfrica, que sí lo estaba (véase William Isaac Hull, *The Two Hague Conferences and Their Contributions to International Law*, Boston: Ginn & Company, 1908, p. 10). La disparidad de representación geográfica pudo afectar la percepción de que se trataba de un tema realmente *internacional* y no meramente *europeo*. En este sentido, en la

facilitaran el desarme de las potencias allí reunidas (y lograr así una disminución del presupuesto militar)[92]. En vista de que el objetivo del desarme no había despertado mucho entusiasmo, se decidió proponer una conferencia internacional con tres puntos que resultaron en la creación de tres subcomisiones, dedicadas a cada uno de ellos: (1) la limitación del armamento, (2) la regulación del derecho de la guerra y la extensión de la Convención de Ginebra a la guerra marítima, y (3) la resolución pacífica de litigios internacionales.

Los dos últimos puntos, añadidos al final, fueron aquellos en los que se obtuvieron acuerdos exitosos materializados en convenciones vinculantes para las partes. El último punto se discutió en la tercera comisión[93], en donde se planteó como objetivo impulsar la aceptación y el uso de los mecanismos de resolución de conflictos conocidos hasta entonces (los buenos oficios, la mediación y el arbitraje facultativo), para prevenir conflictos armados entre naciones[94]. Esta comisión fue presidida por el delegado francés Léon Bourgeois, internacionalista y diplomático muy influyente durante el desarrollo de los debates y quien impregnó gran parte del contenido de la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales con su ideología de solidarismo francés[95].

---

carta en la que el Gobierno brasilero rechaza la invitación se lee que no es momento de inmiscuirse en "temas que no lo tocan directamente", pues "por encontrarse tan alejado y sin ninguna influencia en los asuntos políticos de Europa, su rol en la conferencia sería nulo". *Relatorio apresentado ao présidente da Republica dos Estados Unidos do Brazil pelo ministro de estado das relações exteriores, 1899*, citado en James Brown Scott (ed.), *Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, Nueva York: Oxford University Press, 1918, p. vi (nota al pie n.º 3) (traducción mía, original: "questions qui ne le toucheraient pas directement" "se truvant très éloigné et sans aucune influence dans les affaires politiques d'Europe").

92 Jean Zamfiresco explica que la intención original del zar era la de lograr un acuerdo con Austria, país que buscaba renovar su armamento, lo cual obligaba a Rusia a hacer lo mismo y a incurrir así en un gasto importante que quería evitar. Al considerar que ese acuerdo bilateral no tendría consecuencias importantes, el zar se propuso hacer una conferencia internacional sobre el tema del desarme. Véase Jean Zamfiresco, "De la Médiation: Étude de Droit International", pp. 147-151.

93 *Ibid*., pp. 153-154 y Karin Oellers-Frahm y Andreas Zimmermann (eds.), *Dispute Settlement in Public International Law. Textes and Materials*, 2.ª ed., Publication of the Max Planck Institute for comparative public law and international law, Heidelberg, Berlín, Nueva York: Springer, 2001, p. 3.

94 Algunos autores afirman que los trabajos de la tercera comisión son los que llamaron más la atención en su momento. Véase Léon Bourgeois, *Pour la Société des Nations*, París, Londres, Nueva York: G. Crès, J. M. Dent & Sons, E. P. Dutton, 1914, p. 195 y Jean Zamfiresco, "De la Médiation: Étude de Droit International", p. 153.

95 El solidarismo surge como una corriente contra la idea de los derechos individuales. Se destaca la importancia de entender las relaciones, la interdependencia mutua de los individuos y, en temas internacionales, de los Estados. Es fundamental la idea de "comunidad". Se considera importante incorporar aspectos sociológicos y se destaca la existencia de una "conciencia universal" ligada a un derecho natural, véase Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1870-1960*, pp. 276-282. Véanse las exaltaciones sobre la contribución de la delegación francesa, en especial de Bourgeois en Frantz Despagnet y Aléxandre Mérignhac, "Opinion sur la Conférence de la Haye et ses résultats", *Revue Générale du Droit International Public*, (1900), pp. 879-881, citado por *ibid*., p. 276.

En esa convención, se delimitaron los mecanismos tradicionales (incluyendo la mediación internacional[96] y los buenos oficios), se añadió un mecanismo nuevo denominado *comisiones internacionales de investigaciones* (en adelante, comisiones internacionales de investigación, comisiones de investigación o investigación, indistintamente)[97] y se instauró la Corte Permanente de Arbitraje. En 1907 se convocó nuevamente a las partes para revisar y aumentar las decisiones tomadas[98]. En la convención adoptada en 1907 se dejaron intactos los artículos correspondientes a la mediación y los buenos oficios y se desarrollaron únicamente las partes consagradas a las comisiones de investigación y arbitraje.

La Conferencia de 1899 fue el primer intento de codificar los mecanismos existentes en un marco no solamente regional sino global (aunque con las limitaciones geográficas mencionadas) y que concluyó en un acuerdo legalmente vinculante (a diferencia de los actos y declaraciones generales a los que usualmente se llegaba en las diferentes sociedades, congresos y conferencias, que discutían sobre la materia). Además, querer afianzar los mecanismos de resolución pacífica y alentar a los Estados a utilizarlos, era algo particularmente innovador en un contexto en el que no existían OI a las cuales acudir en caso de conflicto y en donde la guerra era la única herramienta efectiva cuando había una controversia suficientemente grave[99].

El internacionalista finlandés Martti Koskenniemi, argumenta que para los ideales solidaristas franceses la ambición de afianzar los mecanismos de resolución de conflictos y de recordar a los Estados sus obligaciones convencionales, iban encaminados a reafirmar su idea de obtener la paz mediante el derecho (en lugar del tradicional equilibrio de poderes) y crear una conciencia universal[100]. Por ello, a pesar de no haber obtenido avances en los puntos más espinosos como

96 Según las convenciones de La Haya, el rol del mediador consiste en "reconciliar las pretensiones opuestas y en apaciguar los resentimientos que puedan haber surgido entre los Estados en conflicto" (artículo 4). Se subraya como elemento esencial de la mediación su carácter no vinculante, pues se establece expresamente que la mediación y los buenos oficios "tienen exclusivamente el carácter de consejo y no tienen jamás fuerza obligatoria" (artículo 6).

97 Este mecanismo tiene por función principal esclarecer divergencias "de apreciación sobre los hechos" (artículo 9). Es entonces un mecanismo cuyo resultado no es obligatorio, pero con un procedimiento formalmente previsto.

98 Si bien la invitación estaba limitada a las partes que originalmente habían asistido en 1899, Estados Unidos logró el acuerdo de los demás signatarios para que se invitara a todos los países de Latinoamérica y se les permitiera adherir a las convenciones adoptadas en la primera. Por esta razón, salvo Honduras y Costa Rica, todos los demás Estados de la región participaron en esta segunda conferencia. Véase James Brown Scott, "Introduction", en *Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, James Brown Scott (ed.), Nueva York: Oxford University Press, 1918, pp. viii-ix.

99 Jean-Pierre Cot, *La Conciliation Internationale*, p. 33.

100 Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1870-1960*, p. 278.

el desarme o la obligatoriedad de recurrir al arbitraje, los franceses destacaban de manera entusiasta el esfuerzo común y los alcances logrados por medio de la solidaridad internacional y veían en los resultados de las conferencias de La Haya la expresión tangible del solidarismo en acción[101]. La doctrina francesa mayoritaria de la época consideraba esencial la influencia de Francia en el desarrollo del derecho internacional y de los mecanismos para contribuir a la paz, en particular, el arbitraje[102], y veían con entusiasmo y optimismo los avances para formalizar e impulsar los mecanismos pacíficos, pues consideraban que si bien el sentimiento solidario común era esencial, este necesitaba indiscutiblemente del derecho para tener resultados[103].

El sentimiento optimista de solidaridad internacional puede verse como renovador en varios aspectos, en concreto, en lo que se refiere a su fe en las capacidades del derecho positivo. Pero en el momento de materializar su idea de impulsar la paz mediante un acuerdo solidario y vinculante que promueva la utilización de las soluciones pacíficas, retoma las clasificaciones doctrinarias clásicas basadas en la distinción entre los conflictos políticos y jurídicos.

Así, el artículo 16 de la Convención de 1899 (artículo 38 en la Convención de 1907) estipula que el arbitraje conocerá solamente sobre "cuestiones de naturaleza jurídica" y el artículo 2 de ambas convenciones, que la mediación y los buenos oficios se limitarán a casos de "grave disentimiento o de conflicto, antes de recurrir a las armas", excluyendo cualquier otra situación "menor"[104]. En

101 *Ibid.*

102 "La mejor parte de la tarea que deben llevar a cabo aquellos que están a cargo de nuestra política exterior, es el desarrollo de la organización jurídica de la paz, la constitución del derecho internacional, la extensión del arbitraje y los métodos jurídicos que lo complementan. Aquí es donde Francia establecerá su influencia y encontrará su futuro". Invitación al VI Congreso Nacional de la Paz, celebrado en Reims, Francia, el 31 de mayo de 1909. Citado en Léon Bourgeois, *Pour la Société des Nations*, pp. 7-8 (traducción mía, original: "La meilleure part de la tâche que doivent mener à bien ceux qui ont la charge de notre politique extérieure, c'est le développement de l'organisation juridique de la paix, de la constitution du droit international, l'extension de l'arbitrage e des méthodes juridiques qui la compètent. C'est par là que la France établira son influence et trouvera son avenir").

103 "[N]o hay verdadera paz sino bajo el imperio del derecho. […] Pero es preciso que los derechos sean determinados antes de poder ser garantizados. La definición de los derechos de las naciones y la organización de una jurisdicción destinada a garantizarlos son entonces las condiciones esenciales para el establecimiento y el mantenimiento de la paz". *Ibid.*, p. 10 (traducción mía, original: "[I]l n'y a de paix véritable que sous le règne du droit. […] Mais il faut que les droits soient déterminés avant de pouvoir être garantis. La définition des droits des nations et l'organisation d'une juridiction destinée à les garantir sont donc les conditions essentielles de l'établissement et du maintien de la paix").

104 Esta voluntad de limitarla a los conflictos graves se lee expresamente en el informe de la comisión tercera: "La esfera de gravitación de los buenos oficios y la mediación es aquella de los desacuerdos graves que ponen en peligro el mantenimiento de las relaciones pacíficas. Fuera de allí, su intervención podría constituir una injerencia sin justificación y peligrosa". Troisième

otras palabras, en estos instrumentos jurídicos se consideró necesario limitar la gran flexibilidad de la mediación —y excluirla de los conflictos jurídicos—, pero, al mismo tiempo, es gracias a su flexibilidad e informalidad que se le sigue considerando el único mecanismo aceptable para los conflictos que las partes consideran como los más graves y sensibles[105].

Todas estas limitaciones dan cuenta de un ambiente ambivalente frente al derecho. Por un lado, en la doctrina mayoritaria y la diplomacia internacional parece haber optimismo por el derecho y la forma jurídica: se exaltaba ese "magnífico movimiento a favor de la paz"[106] capaz de codificar de manera universal los mecanismos que ayudarían a preservar la paz internacional y que eran prueba de la fe en la solidaridad y en una "paz fundada en el derecho"[107]. Pero, por otro lado, son claros los temores y desconfianzas en relación con lo que podía efectivamente tratarse mediante el derecho. Si bien la doctrina centraba su desconfianza en lo que podía o no conocer el arbitraje (según criterios de lo que podía o no ser jurídico), mantenía una posición más abierta frente a lo que podía o no conocer la mediación. Pero la práctica diplomática, plasmada en los instrumentos internacionales adoptados, desconfiaba del uso que se le podía dar a cualquiera de esos mecanismos una vez codificados y, por ende, le daba gran importancia a la forma en que quedaran codificados: al valor de cada palabra. Y la mediación no escapaba a estos miedos, por el contrario, debido a una fama construida durante siglos de ser un instrumento utilizado por reyes, papas y grandes potencias para obligar a Estados menos poderosos a adoptar una solución determinada o para interferir en asuntos que incumbían la soberanía nacional, todas los deliberaciones concernientes a su codificación fueron minuciosamente discutidas

---

Commission de la Conférence Internationale de la Paix de 1889 Relatif au Règlement Pacifique des Conflits Internationaux, "Rapport", en *Les Conférences de la Paix de La Haye de 1899 et 1907 et l'Arbitrage International. Actes et Documents*, Shabtai Rosenne (ed.), Bruselas: Bruylant, 2007, p. 29 (traducción mía, original: "La sphère de gravitation des bons offices et de la médiation est celle des dissidents graves qui mettent en danger le maintien des relations pacifiques. Hors de là, leur intervention pourrait constituer une ingérence sans raison d'être et non sans danger"). Además, Frederick Holls, delegado en la Conferencia por parte de Estados Unidos, anota en sus memorias que para que pueda utilizarse la mediación, se requiere que se trate de un conflicto entre dos Estados, descartando también que todo asunto interno pueda caer en la competencia de la mediación. Frederick W. Holls, *The Peace Conference at The Hague. And Its Bearings on International Law and Policy*, Nueva York: The Macmillan Company, 1900, p. 181.

105 Las comisiones de investigación, nuevo mecanismo "diplomático" pero "formal", también se limita a "las controversias de orden internacional, que no comprometan el honor ni intereses vitales" (artículo 9, Convención de La Haya, 1899).

106 Léon Bourgeois, *Pour la Société des Nations*, p. 8 (traducción mía, original: "magnifique mouvement en faveur de la paix").

107 *Ibid*., p. 9 (traducción mía, original: "paix fondée sur le droit").

en 1899 y resultaron en que el mecanismo fue limitado solamente a los conflictos considerados graves o sensibles[108].

Vemos también que en la sensibilidad de finales del siglo XIX y principios del XX, en la doctrina y práctica diplomática, se percibe un creciente interés por los mecanismos formales. De hecho, en la resolución pacífica de conflictos, la atención en la segunda Conferencia de La Haya (1907) se centró exclusivamente en desarrollar el arbitraje y las comisiones de investigación, es decir, en detallar los métodos que se consideraban más formales. La mediación no fue modificada, ni discutida. Es difícil afirmar si eso se debió a un desinterés por este mecanismo, a un descuido o a la convicción de que no había necesidad de modificar nada. En su tesis doctoral dedicada a la mediación internacional, el francés Jean Zamfiresco afirma que ninguna modificación era posible, "la mediación llegó al máximo nivel de progreso al que puede llegar, cualquier otro cambio que se introduzca afectaría su carácter de consejo totalmente facultativo"[109]. En cambio, Nicolas Politis, diplomático griego quien ejerciera numerosos cargos como el de embajador, ministro de Relaciones Exteriores, miembro y vicepresidente del Instituto de Derecho Internacional y de la Academia de Derecho Internacional, así como delegado y presidente de la Asamblea de la Sociedad de Naciones[110], considera que fue un "olvido" desafortunado, una ocasión perdida para hacer evolucionar el mecanismo[111]. Lo que sí está claro es que, dentro de los mecanismos no vinculantes, son las comisiones de investigación las que atraen la atención de los juristas.

En todo caso, vemos que la manera como se distinguen los conflictos en la época pretende trazar una línea divisoria entre lo que es jurídico y lo que no lo es y

108 Véase Troisième Commission de la Conférence Internationale de la Paix de 1889 Relatif au Règlement Pacifique des Conflits Internationaux, "Rapport", p. 32. Véase también William Isaac Hull, *The Two Hague Conferences and Their Contributions to International Law*, p. 271 y Jean-Pierre Cot, *La Conciliation Internationale*, p. 34.

109 Jean Zamfiresco, "De la Médiation: Étude de Droit International", p. 200 (traducción mía, original: "la médiation est arrivée au maximum de progrès qu'on pouvait souhaiter; toute nouvelle modification à introduire porterait atteinte à son caractère de conseil absolument facultatif").

110 Véase Vanessa Benalloul, "Les procédures diplomatiques de règlement des différends internationaux: Fondements, pratiques et perspectives", tesis, Université de Nice-Sophia Antipolis, 2004, p. 211 (nota al pie).

111 "Sería erróneo concluir que todo se ha hecho lo mejor posible y que no hay progreso posible o deseable [en lo que respecta a la mediación]. La obra de 1899 está lejos de ser definitiva. Su revisión, a propósito descuidada en 1907, será sin duda retomada un día", Nicolas Politis, "L'Avenir de la Médiation", pp. 147-148 (traducción mía, original: "On aurait tort d'en conclure que tout est pour le mieux et qu'il n'y a plus de progrès possible ou désirable [par rapport à la médiation]. L'œuvre de 1899 est loin d'être définitive. Sa révision, négligée à dessein en 1907, sera sans doute entreprise un jour").

que esa misma línea debía separar los modos de resolución de conflictos (pues el criterio para la clasificación de los modos de resolución de conflictos dependía del tipo de conflicto). De esta forma, a un conflicto de tipo A ("político" o conflicto de gran importancia) le corresponde un mecanismo de resolución A ("político" o "diplomático") y a un conflicto B ("jurídico" o menos importante) un mecanismo de resolución B ("jurídico" o "jurisdiccional").

§2. La justiciabilidad de los conflictos y la crítica de Lauterpacht o la completud del derecho

La clasificación anterior entre el conflicto jurídico y político ha dado lugar a otras variaciones según las cuales los conflictos se dividen entre "justiciables" y "no justiciables". Algunas de estas variantes y sus críticas se dan durante la primera mitad del siglo XX, época en que continuaba el optimismo y la fe en los mecanismos formales. En este periodo, las comisiones de investigación, mecanismo recientemente creado en las convenciones de La Haya, conoce un rápido éxito doctrinal y normativo.

En plena efervescencia de firmas de tratados bilaterales y multilaterales en donde se contemplan comisiones de investigación y arbitrajes, estalla la Primera Guerra Mundial. Si bien algunas guerras habían hecho dudar de la importancia y eficacia de los acuerdos de La Haya y otros, esta vez queda la sensación de certeza de que las promesas jurídicas fracasaron rotundamente. Alemania viola prácticamente todos los acuerdos de paz, de derecho de la guerra y de neutralidad celebrados en La Haya, dando así un duro golpe al optimismo pacifista que había prevalecido hasta entonces. El internacionalista francés Antoine Pillet, por ejemplo, creía que las convenciones de La Haya habían sido "una farsa, una peligrosa fachada que creó un espejismo de seguridad"[112], y, según él, esa farsa se repitió en el Tratado de Versalles: un tratado injusto que seguía deslindado de la realidad y proponía soluciones irrealizables.

Pero a pesar de estas opiniones, la fe en el derecho creció. En Estados Unidos se vivía la efervescencia de la victoria y se buscó dar una respuesta a la crisis fortaleciendo el derecho internacional. En 1950, el internacionalista austriaco, naturalizado estadounidense, Josef Kunz, expresó la sensibilidad de la época con estas palabras:

[112] Citando las opiniones de Antoine Pillet en 1915, en Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1870-1960*, p. 283.

> At the end of the first World War […] boundless optimism prevailed. There was everywhere, in victors, neutrals and vanquished, not only the will to achieve a better world, through international law, but also the firm conviction that it could be done. Hence the ambitious experiment of the League of Nations. Away with power politics! […] Democracy and the rule of international law will change the world[113].

En 1998, refiriéndose también a la sensibilidad durante el periodo de entreguerras, David Kennedy afirmó que si bien el entusiasmo por las reglas siguió después de la Primera Guerra Mundial, la actitud del abogado internacionalista cambió profundamente:

> In the nineteen twenties, enthusiasm for rules takes the form of urgent calls for codification, which might both root law in norms […] and clarify what the rules of international law are […]. At the same time, enthusiasm for international judiciary and for arbitration evaporated. To a certain extent, this resulted from the association of the judiciary with the Hague regime, so palpably unable to deal with the crisis leading up to the War […]. But this change was also linked to an altered consciousness of the methodology of legal reasoning itself, which made the judicious reasoning of the pre-1914 period seem naïve […]. International law must start again and be built scientifically, from real politics and experience, from sociological observation through codification […]. The world of doctrines must be replaced by a system of institutions. International law must become substantive, and deal directly with war and peace through institutions of collective security and disarmament[114].

En estas condiciones se creó la Sociedad de Naciones, primera OI que pretendía regular y limitar la guerra, sin prohibirla. Se buscaba crear una institución global a la que los Estados parte recurrieran para resolver sus conflictos antes de

[113] Josef L. Kunz, "The Swing of the Pendulum: From Overestimation to Underestimation of International Law", *American Journal of International Law*, vol. 44, n.º 1, 1950, p. 136. En este sentido, para Anghie: "[I]international jurists of the League period set about the task of creating a new international order base on respect for the international rule of law". Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, p. 124. De modo similar, el francés Louis Delbez cree que es clara la preferencia por el derecho sobre la política en la creación del Pacto de la Sociedad de Naciones: "En 1919, la influencia de los juristas es la que prevalece y la preferencia del derecho positivo tiende hacia el arreglo jurisdiccional". Louis Delbez, "L'évolution des idées en matière de règlement pacifique des conflits", *Revue Générale du Droit International Public*, vol. 55, 1951, p. 7 (traducción mía, original: "En 1919, c'est l'influence des juristes qui prévaut et la préférence du droit positif va au règlement juridictionnel").

[114] David Kennedy, "International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion", pp. 131-132. Y continúa: "This rejections of nineteen century international law, [is] now termed 'classic' international law. […] Classic international law is repeatedly chided for being 'formal'". *Ibid*., pp. 133-134.

emplear la fuerza y, en caso de no hacerlo, la guerra sería no solo contra un Estado, sino contra toda la sociedad (artículo 11). Como veremos más adelante con mayor detalle[115], el texto del Pacto de la Sociedad de Naciones considera que el arbitraje es el mecanismo ideal para cierto tipo de disputas y no menciona en forma expresa la mediación ni los otros métodos diplomáticos de solución de controversias. Sin embargo, encarga al Consejo Ejecutivo de conocer los conflictos que no se resolvieran mediante arbitraje y proponer recomendaciones en un informe, cuya función se llama a veces *mediación* a veces *conciliación*.

La doctrina de resolución de conflictos tras la Primera Guerra Mundial se debatía principalmente entre los límites que se podían poner al arbitraje y la "evolución" de los mecanismos no vinculantes existentes, en particular en lo referente a ese nuevo mecanismos híbrido que sería la conciliación internacional[116]. En cuanto a la forma de clasificar y diferenciar los mecanismos, vemos que aún era común encontrar referencias a la clasificación clásica de la división de conflictos entre políticos y jurídicos[117], pero empiezan a surgir importantes críticas doctrinales contra la distinción tradicional de los conflictos. En este sentido, se destacan las críticas hechas por el jurista británico, de origen polaco, Hersch Lauterpacht, quien fuera uno de los primeros en afirmar la insostenibilidad de esta clasificación[118]. Lauterpacht, además de señalar el evidente aspecto subjetivo en que se basaba este tipo de clasificación, afirmaba que cualquier conflicto podía ser evaluado en términos jurídicos: el derecho era completo y no tenía límites respecto a ningún tipo de disputa[119]. También consideraba que cualquier disputa jurídica tenía necesariamente aspectos políticos, pues, en la medida en que el Estado era una institución política, todo conflicto que le afectare y que afectare sus relaciones con otros Estados tenía algo de político y, por lo mismo, era siempre importante para él[120].

115 Véase *infra* capítulo 3, sección 1, §2: La mediación en el Pacto de la Sociedad de Naciones.

116 Véase *infra* capítulo 2, sección 2: Mediación-conciliación: ¿precariedad *versus* evolución?

117 Véase Paul Fauchille, *Traité de Droit International Public*, Ier, 3ème Partie, pp. 522-545; Sir Frederick Pollock, *The League of Nations*, 2.ª ed., Londres: Stevens and Sons, Limited, 1922, pp. 142 y ss. y Pierre Radulesco, "Les Solutions Pacifiques Internationales. La Médiation et l'Arbitrage", pp. 15, 30.

118 Lauterpacht tuvo gran influencia en la doctrina no solo británica, sino europea continental. Sus enunciados principales fueron retomados por teóricos importantes francoparlantes, como por ejemplo el belga Charles de Visscher, influyente a su vez en la academia francesa. *Ibid*. Por ejemplo véase Charles de Visscher, *Théories et Réalités en Droit International Public*, 4.ª ed., París [1953] 1970.

119 Para Lauterpacht "el derecho es lo que se interpreta de él", no hay límites sustanciales. "[N]ingún hecho internacional es por su "esencia" legal o político, su carácter es el resultado de la proyección, de la interpretación desde algún punto de vista particular". Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1870-1960*, pp. 343, 353.

120 Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, pp. 153-160.

Pero la crítica de Lauterpacht se dirige no solo a la clasificación tradicional de los conflictos políticos y jurídicos según la importancia del conflicto para las partes, sino a otras variaciones de las clasificaciones de los conflictos que la doctrina de la época había empezado desarrollar. Algunas de esas variaciones diferenciaban entre conflictos jurídicos y políticos o justiciables y no justiciables según diversos criterios. En particular, una de esas variantes los diferenciaba según la existencia o ausencia de derecho aplicable[121] y otra según la posibilidad de resolver efectivamente la disputa aplicando el derecho[122]. Independientemente de las extensísimas discusiones a las que estas divisiones han dado lugar (en particular, sobre la existencia o no de lagunas en el derecho internacional o la posibilidad o imposibilidad del *non liquet*), me interesa resaltar que cualquiera de ellas pretendía conducir a dividir los mecanismos de resolución según el tipo de conflicto. Así, si hay derecho aplicable (o si se considera que la disputa efectivamente se resolvería aplicando el derecho), se determina que los mecanismos adecuados son la solución judicial o el arbitraje, de lo contrario deben ser sometidos ante un mecanismo diplomático como la mediación.

Nuevamente es claro que el objetivo de esas posiciones es limitar (y el de la crítica a ellas, ampliar) la competencia del arbitraje y la función judicial, y con ello limitar o ampliar lo que consideraban jurídico. Se traza una línea divisoria que no distingue solamente dos enfoques o dos formas de resolver conflictos sino que reflejaba una forma de comprender el derecho internacional, pues determina lo que entra en la órbita del derecho internacional (lo objetivo, lo judicial)[123]

121 Véase Boris Noldé, *Annuaire de l'Institut* (1921), p. 174, citado por Hans J. Morgenthau, *La notion du "politique" et la théorie des différends internationaux*, París: Recuiel Sirey, 1933, p. 20 (nota 1).

122 Algunas veces se pueden mezclar las divisiones, como por ejemplo: "Si […] una Parte alega que es una cuestión que afecta a su independencia, la integridad territorial o intereses vitales de una importancia extrema […], el conflicto no se someterá a arbitraje, sino al procedimiento de conciliación. […] Sucederá lo mismo si […] una Parte […] alega que la disputa es sobre todo de naturaleza política y que por este motivo, no se presta a una sentencia basada en principios exclusivamente jurídicos", artículo 4, Tratado de arbitraje y de conciliación entre la Confederación suiza y el Reich alemán, firmado en Berna el 3 de diciembre de 1921, en Sociedad de Naciones, *Recueil des Traités et des Engagements Internationaux Enregistrés par le Secrétariat de la Société des Nations*, vol. XII, 1922, p. 282 (traducción mía, original: "Si […] une Partie excipe du fait qu'il s'agit d'une affaire qui affecte son indépendance, l'intégrité de son territoire ou d'autres intérêts vitaux d'une importance extrême […], le litige n'est pas soumis à l'arbitrage, mais à la procédure de conciliation. […] II en sera de même si […] une Partie […] excipe du fait que la contestation revêt un caractère avant tout politique et ne se prête pas, pour ce motif, à une sentence reposant sur des principes exclusivement juridiques").

123 "The basic position about the objectivity of international law is clearest within the doctrines of the judicial function. Their identity as distinct doctrines depends on the way they explain the law-ascertainment job as more objective than the legislative one. […] The classic separation of justiciable from non-justiciable disputes is one manner of upholding this distinction". Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, p. 28.

y lo que está fuera de ella (lo subjetivo o político)[124]. Por lo tanto, incluso sustituyendo un criterio de clasificación determinado (por ejemplo, el criterio sobre la importancia concedida por las partes al conflicto) por otro (por ejemplo, determinar si un conflicto es justiciable según el derecho internacional aplicable o existente) no se altera la división sustantiva que delimitaba tanto los mecanismos correspondientes como lo que se consideraba jurídico y lo que no.

La crítica de Lauterpacht va contra toda forma de dividir los mecanismos según los conflictos, pero con ello busca llegar a una visión más extensa de lo jurídico. Él consideraba que todos los conflictos pueden ser sometidos a los mecanismos jurisdiccionales para ser resueltos. Su mirada estaba puesta también esencialmente en el arbitraje, el arreglo judicial y los límites —a su parecer insostenibles— que se les había querido imponer con esas clasificaciones. De su tesis se desprende que lo deseable era resolver los conflictos utilizando los mecanismos de arbitraje o adjudicación, por lo tanto, en él no encontramos ningún interés en desarrollar o explicar el lugar de los mecanismos diplomáticos[125]. Sin embargo, las críticas a las distinciones entre los conflictos como elemento esencial para dividir los mecanismos, permitirán que surjan nuevas aproximaciones a los mecanismos diplomáticos como veremos en el próximo capítulo[126].

124 "La mediación […] es esencialmente un medio político que en teoría se puede adaptar a todos los conflictos, pero que, en la práctica, solo conviene para los conflictos políticos, es decir, en aquellos en que la gravedad proviene del hecho de que al menos uno de los Estados en litigio no se interesa por el derecho, solo persigue su interés y lo quiere hacer prevalecer a toda costa. El mediador no está en lo absoluto sometido, en su asesoramiento, a las normas del derecho", Charles Dupuis, "Règles Générales du Droit de la Paix", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 32, 1930-II, p. 227 (traducción mía, original: "La médiation […] est essentiellement un moyen politique qui, théoriquement, peut s'adapter à tous les conflits, qui, pratiquement, ne convient guère qu'aux conflits politiques, c'est-à-dire que conflits dont la gravité provient de ce que l'un au moins des États en litige se soucie fort peu du droit, ne poursuit que son intérêt et veut le faire prévaloir à tout prix. Le médiateur n'est nullement lié, en ses conseils, par les règles du droit").

125 Koskenniemi resalta la voluntad de Lauterpacht en reforzar el lugar del derecho internacional en esos periodos de guerras y zozobra. En este sentido explica cómo Lauterpacht reafirma la necesidad de un sistema fuerte de derecho y orden cosmopolita (resaltando las virtudes de la idea de una organización mundial como la Sociedad de Naciones), al tiempo que critica y se distancia del positivismo que había "ensalzado las virtudes del Estado y la soberanía, aliándose con el agresivo nacionalismo". Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1870-1960*, p. 341.

126 Por ejemplo, el jurista suizo Georges Kaeckenbeeck considera que la diferencia entre los mecanismos es una cuestión del grado de intervención del tercero. "Me parece conveniente considerar los buenos oficios, la mediación y el arbitraje como tres tipos de métodos de intervención de terceros para ayudar a mantener o restablecer la paz. […] Por lo demás, […] no tratemos de establecer entre ellos barreras lógicas, sino más bien considerémoslos como una gama o un crescendo interrumpido tendiente hacia el mismo objetivo: mantener o restablecer la paz, es decir, el acuerdo entre las partes en conflicto". Georges Kaeckenbeeck, *De la Guerre à la Paix*, Ginebra: Naville et Cie, 1940, p. 26 (traducción mía, original: "Il me paraît utile, […] de considérer bons offices, médiation et arbitrage comme trois méthodes types d'intervention de tiers en vue d'aider au maintien ou au rétablissement de la paix. […] Pour le reste, […] ne cherchons pas à établir entre elles des barrières

Mientras tanto, la doctrina se dividía entre aquellos que creían en la Sociedad de Naciones y en las posibilidades de un mantenimiento de la paz a través de ella y del derecho internacional y los que empezaron a temer una nueva guerra dudando de las capacidades del Consejo de la Sociedad de Naciones de poder evitarlo[127]. Así, una parte de la doctrina y de la práctica diplomática parece haber decidido privilegiar lo formal para disipar esa "obsesión" mediante la celebración de tratados que incorporan soluciones formales[128]. Pero, otra parte de la doctrina, no menos obsesionada con la posibilidad de otro nuevo conflicto, veía en esas posiciones el camino que conduciría a repetir la historia.

En este sentido, se destaca el doctrinante alemán, posteriormente naturalizado estadounidense, Hans Morgenthau, para quien la obsesión positivista de querer encasillar todo en términos jurídicos era errado y peligroso. Él consideraba, al igual que Lauterpacht, que todos los criterios utilizados para diferenciar un conflicto como político o no justiciable de los jurídicos o justiciables eran insostenibles. Sin embargo, esto no lo llevó a concluir, como a Lauterpacht, que todos los conflictos pudieran ser resueltos jurídicamente. Por el contrario, Morgenthau consideraba que "es imposible establecer una distinción, según su objeto, entre cuestiones políticas y no políticas, pues la noción de política no es inherente a ciertos objetos determinados, así como tampoco está necesariamente ausente de otros"[129]. Lo político se relacionaba con la realidad social, no pertenecía a la

---

logiques, mais considérons-les plutôt comme une gamme ou un crescendo interrompu tendant vers le même but : maintenir ou rétablir la paix, c'est-à-dire l'accord entre parités en conflit"). Sobre cómo se distinguen los diferentes mecanismos considerados "políticos" o "diplomáticos", véase *infra*, capítulo 2: La controversia sobre la juridicidad de la mediación según los elementos doctrinales que la caracterizan.

127 En palabras de Clafisch: "el pensamiento político del periodo posterior a la Primera Guerra Mundial estaba impregnado con la *obsesión de un conflicto generalizado*", Lucius Caflisch, "Cent Ans de Règlement Pacifique des Différends Interétatiques", p. 317 (traducción mía, énfasis en el texto original: "la pensée politique de la période consécutive à la première guerre mondiale était imprégné de la *hantise d'un nouveau conflit généralisé*").

128 Según Delbez, la preferencia por el derecho positivo que había marcado la creación del Pacto "se acentúa entre las dos guerras" como lo demuestra "el movimiento convencional multiforme" de la época. Esta tendencia que denomina *neoarbitraje* pretendía tener "la plenitud y la eficacia de una solución mediadora, y al mismo tiempo la autoridad sin apelación de una decisión de justicia". Louis Delbez, "L'évolution des idées en matière de règlement pacifique des conflits", p. 7 (traducción mía, original: "la tendance s'accentue entre les deux guerres", "mouvement conventionnel multiforme", "la plénitude et l'efficacité d'une solution médiatrice, en même temps que l'autorité sans appel d'une décision de justice").

129 Hans J. Morgenthau, *La notion du "politique" et la théorie des différends internationaux*, p. 32 (traducción mía, original: "il est impossible d'établir une distinction, d'après leur objet, entre les questions politiques et non politiques, étant donné que la notion du politique n'est pas nécessairement inhérente à certains objets déterminés, comme elle n'est pas nécessairement absente d'autres objets déterminés").

"esfera de las nociones jurídicas"[130]. Para Morgenthau, lo político siempre dominaba sobre lo jurídico[131]. No entender esta relación y tratar de resolver todas las *tensiones* mediante argumentos jurídicos, llevarían necesariamente al fracaso del derecho internacional en preservar la paz[132].

Para Koskenniemi, detrás de los argumentos de Morgenthau, aparentemente dirigidos a explicar los límites de la función judicial y arbitral, hay "un intento de algún modo ansioso de aceptar la relación entre el derecho y la política en la vida internacional y, particularmente, de desarrollar una explicación de qué fue lo que hizo del derecho internacional una estructura tan frágil"[133]. Los escritos jurídicos de Morgenthau se produjeron entre los años 1920 y 1940, y la irrupción de la Segunda Guerra Mundial no hizo sino afianzar su visión de la primacía de lo político y la necesidad de enfocar desde una perspectiva diferente la manera de entender los conflictos y las soluciones a estos. Durante este periodo, las ideas de Morgenthau, específicamente, la incapacidad que él veía en el derecho internacional de ocuparse de los problemas reales de la sociedad, lo alejaron de esta disciplina. Para él, la falta de precisión del derecho internacional y su idealismo excesivo lo debilitaban. Por ejemplo, el formalismo jurídico impedía entender que las relaciones de poder primaban sobre las normas en el papel, es más, él consideraba que el ánimo de mostrar el derecho como "despolitizado" era una estrategia de poder de ciertas potencias para garantizar el *statu quo*[134].

130 "La noción de lo político es, de hecho, una de las nociones ante las cuales la dogmática positivista se queda corta; pues esta noción no es de naturaleza jurídica, sino que pertenece más bien al ámbito de la realidad social; ella es ciertamente susceptible de ser objeto de una regulación jurídica, que incluso puede ser indispensable para la salvaguarda de la paz; pero esto no modifica el que no pertenezca, como tal, a la esfera de las nociones jurídicas". *Ibid*., p. 42 (traducción mía, original: "La notion du politique est, en fait, l'une de ces notions justement à l'égard desquelles la dogmatique positiviste se trouve en défaut ; car cette notion n'est pas de nature juridique, et relève plutôt du domaine de la réalité sociale ; elle est certes susceptible de faire l'objet d'une réglementation juridique, qui est même indispensable pour la sauvegarde de la paix ; il n'en reste pas moins qu'elle n'appartient pas, comme telle, à la sphère des notions juridiques").

131 En palabras de la académica estadounidense en derecho internacional y relaciones internacionales Anne-Marie Slaughter: "The only 'laws' Hans Morghentau was prepared to recognize as operating in the international sphere were the 'laws of politics'. And he saw politics as 'a struggle for power'". Anne-Marie Burley-Slaughter, "Law and the Liberal Paradigm in International Relations Theory", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 86, 1992, p. 181.

132 Morgenthau diferencia entre los litigios/conflictos (*différends*) y las tensiones. Según él las tensiones son de naturaleza política y ocurren cuando hay una oposición entre las fuerzas reales y las necesidades de un Estado y la situación jurídica existente. Algunas veces las tensiones pueden ser absorbidas por el ámbito de los conflictos, pero otras veces lo desbordan. Véase Hans Morgenthau, *La notion du "politique" et la théorie des différends internationaux*, pp. 77-85.

133 Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1870-1960*, p. 421.

134 *Ibid*., p. 440.

Su posición cada vez más crítica y escéptica frente al derecho internacional, lo llevó al punto de afianzar una nueva disciplina: las relaciones internacionales[135]. Morgenthau abandonó definitivamente sus escritos jurídicos, concentrándose en escribir sobre las relaciones internacionales desde la perspectiva del poder[136].

Sección 2
¿Multiplicidad contemporánea de criterios?

La Segunda Guerra Mundial le dio un golpe mortal a la Sociedad de Naciones aunque la idea de una organización que reagrupara las naciones se consolidó[137]. La creación de la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU) es un nuevo intento por concentrar en una organización los esfuerzos colectivos estatales sobre paz y seguridad internacionales en la que todas las grandes potencias vieron la necesidad de ser parte y de proporcionar a la organización una capacidad de respuesta más eficaz ante las amenazas a la paz mundial que habían faltado a la Sociedad de Naciones. Pero, esta vez, en lugar de fe por el derecho

135 "Los argumentos de Morgenthau proporcionaban bases mucho más creíbles para entender la violencia y la irracionalidad del mundo internacional, así como una guía más efectiva para la política exterior. Al mismo tiempo, proporcionaban identidad y fundamento a la disciplina académica de las relaciones internacionales que había existido hasta ese momento con cierta inseguridad en las fronteras del derecho y la ciencia política". *Ibid*., p. 445. Slaughter recuenta cómo se ha entendido que las relaciones internacionales de las posguerras, surgen y se consolidan en oposición al derecho internacional y en respuesta al denominado "paradigma realista": "The Realist paradigm establishes a polarity between law and power, opposing one to the other as the respective emblems of the domestic versus the international realm, normative aspiration versus positive description, cooperation versus conflict, soft versus hard, idealist versus realist". Anne-Marie Burley-Slaughter, "Law and the Liberal Paradigm in International Relations Theory", p. 181.

136 Si bien es claro el alejamiento y escepticismo de Morgenthau del derecho internacional, Koskenniemi señala que mantenía cierta fe en el derecho interno y que, en alguna medida, consideraba que el mismo derecho internacional desempeñaba un papel modesto de coordinación de las relaciones internacionales en asuntos poco importantes (algo que podría verse como una reivindicación de la distinción de lo jurídico y político basada la gravedad de los conflictos). Este es un punto interesante de distinción con otro importante pensador de la época: Carl Schmitt, con quien habitualmente se le compara por su mutua crítica al papel del derecho en las relaciones internacionales. Con él compartió varios puntos y críticas al derecho internacional, en particular, sobre la utopía que veían en el formalismo jurídico, la primacía del poder sobre la norma jurídica, la incapacidad del derecho internacional de reflejar y responder a las relaciones internacionales en la práctica y se ha especulado incluso sobre el mutuo plagio de ideas entre ellos. Sin embargo, las críticas de Schmitt llegaban incluso a abarcar el ordenamiento jurídico interno y veía al derecho como un simple ratificador del orden de poder. Sobre un análisis y comparación entre las similitudes y diferencias del pensamiento de Schmitt y Morgenthau, véase Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1870-1960*, pp. 417-452. Sobre la relación de Morgenthau y Schmitt con el derecho internacional y la política / relaciones internacionales, véase, también, Martti Koskenniemi, "Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations", en *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Michael Byers (ed.), Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 17-34.

137 Véase Pierre Gerbet, *Le rêve d'un ordre mondial de la SDN à l'ONU*, París, 1996, pp. 129 y ss.

internacional prima el pesimismo jurídico como lo dejan ver la doctrina de mediados del siglo XX y los estatutos de la ONU[138].

Acerca de la resolución pacífica de conflictos, la Carta de la ONU de 1945 no hace mención al tipo de conflicto como elemento diferenciador de los mecanismos existentes. De hecho, la carta no se detiene a describir ni caracterizar los mecanismos existentes. El capítulo VI de la Carta de la ONU está totalmente consagrado a la solución pacífica de las controversias y contiene una lista, no taxativa, de posibles mecanismos (donde se mencionan la negociación, la mediación, la conciliación, la investigación, el arreglo judicial y el arbitraje) pero no se describen los mecanismos, no se da prelación a uno sobre los otros y no se diferencia entre el tipo de conflictos (artículo 33)[139].

Como es sabido, uno de los cambios esenciales sobre paz y guerra que trajo la creación de la ONU fue la prohibición formal de la utilización de la fuerza armada como medio legítimo para resolver las controversias entre los Estados[140]. La prohibición de recurrir a la guerra hizo parte de la Carta Constitutiva de la organización (artículo 2§4) en donde también se consagró que el arreglo pacífico de controversias es una *obligación* de las partes (artículo 2§3 y 33) y uno de los *medios* para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (artículo 1§1)[141]. Esto quiere decir que la resolución *efectiva* de controversias no era la meta sino un medio para el verdadero fin de la ONU de *mantener* la paz[142].

La ONU, sus órganos, su función, la carta y práctica de la organización, así como numerosos y varios instrumentos productos de sus organismos dependientes,

138 Véase Josef Kunz, "The Swing of the Pendulum: From Overestimation to Underestimation of International Law", p. 138, y Louis Delbez, "L'évolution des idées en matière de règlement pacifique des conflits", p. 8.

139 Sobre la creación de la ONU y el lugar de la mediación en su carta constitutiva véase *infra* capítulo 3, sección 2: La creación de la ONU: la prohibición de la fuerza y la preponderancia de lo político sobre lo jurídico.

140 Durante el tiempo de la Sociedad de Naciones se firmó en París el 27 de agosto de 1928 el Tratado General para la Renuncia a la Guerra (conocido como el Pacto Briand-Kellogg, pues fue impulsado por el ministro de Asuntos Exteriores de Francia, Aristide Briand, y el secretario de Estado de Estados Unidos, Frank Kellogg), en el que se estipuló por primera vez la prohibición total del uso la guerra para la solución de controversias. Este tratado, creado fuera del marco de la Sociedad de Naciones, fue firmado originalmente por quince Estados y a él se adhirieron después cerca de otros sesenta Estados, pero en él no se preveían sanciones contra el infractor y resultó ser inútil frente a la amenaza de la Segunda Guerra Mundial.

141 Véase *infra* capítulo 3, sección 2, §1: La mediación en el texto de la Carta: una obligación que pesa prioritariamente sobre las partes.

142 "*Because Allies regarded maintenance of the peace, not the final settlement of disputes, as the UN's core mission, Chapter VI put the UN in a position more akin to a* facilitator *of the settlement of interstate conflicts*". Steven R. Ratner, "Image and Reality in the UN's Peaceful Settlement of Disputes", *European Journal of International Law*, vol. 6, n.º 3, 1995, p. 429 (énfasis en el texto original).

irrumpen con fuerza en los estudios doctrinales de paz y resolución pacífica de conflictos. Numerosos estudios analizan, elogian y critican la manera como la organización ha actuado o como se considera que debería haberlo hecho. Es claro que el contexto y las sensibilidades continúan modificándose desde la creación de la ONU, en particular, el pesimismo jurídico en el que se crea la ONU después de la Segunda Guerra Mundial no hace sino empeorar con la Guerra Fría. Los postulados internacionalistas, cargados de humanismo del siglo XIX se perciben como anticuados y utópicos frente a las tensiones y profundas desconfianzas marcadas por divisiones tajantes entre Estados del Norte y del Sur, socialistas y capitalistas, desarrollados y no desarrollados, colonias y excolonias. Como lo señala Caflisch, la atmósfera de la Guerra Fría era la antítesis misma de la voluntad concertada de "*resolver* pacíficamente los conflictos", por lo que en la época se hablaba más de "coexistencia pacífica" (basada en relaciones políticas) y no de "cooperación"[143].

Además de la Guerra Fría, las numerosas guerras y cambios geográficos en diversas partes del globo, la consolidación de Estados Unidos como primera potencia mundial, la conformación de los Países No Alineados y la guerra contra el terrorismo, entre otros, influyeron y continúan influyendo sin duda en cómo se percibe el papel del derecho internacional, de la ONU y de la paz. Pero también es cierto que con la ONU comienza una nueva era *contemporánea* sobre la forma de abordar los temas de paz y resolución pacífica de conflictos. La denomino contemporánea porque, a pesar de todos estos cambios de contexto y sensibilidades, hay algo que se ha mantenido constante desde entonces: desde su creación hasta la actualidad siempre se hacen referencias a la ONU o a la función que tiene o debería tener en la materia, ya sea para elogiar sus logros o para criticar su inacción, para afirmar su (in)eficacia o incluso para vaticinar su pronta desaparición. Esta nueva y reforzada "apuesta" por la creación de una OI ha dejado una huella que continúa hoy en día en la manera como se entiende la resolución de conflictos ya sea en la Carta Constitutiva de la ONU, la práctica de la organización y de los Estados miembro o en la doctrina que la analiza. Sobre esto nos detendremos más adelante[144].

143 Lucius Caflisch, "Cent Ans de Règlement Pacifique des Différends Interétatiques", p. 327 (traducción mía, énfasis en el texto, original: "la guerre froide, même dans ses moments les moins critiques, était l'antithèse même d'une volonté concertée de régler pacifiquement les différends interétatiques – c'est de « coexistence pacifique » que l'on parlait, plutôt que de « coopération » , ce qui signifiait qu'un vaste réalignement des relations politiques sur le plan universel était nécessaire pour faire avancer les choses").

144 En *infra* capítulo 3: La mediación en el marco institucional: la Sociedad de Naciones y la ONU, analizaré la manera como la mediación y, en general, los mecanismos de resolución de conflictos, son plasmados en los textos de dos organizaciones intergubernamentales globales, a saber: la Sociedad de Naciones y la ONU.

Volviendo a los criterios con los que se clasifican los mecanismos, encontramos que en la doctrina contemporánea, a partir de la segunda mitad del siglo XX y hasta nuestros días, es muy raro encontrar como criterio esencial diferenciador al tipo de conflicto[145] e incluso los términos *políticos* y *jurídicos*, tan utilizados hasta principios del siglo XX para designar los mecanismos de resolución de conflictos, son progresivamente abandonados[146]. En su lugar, se usan más comúnmente los términos de mecanismos *diplomáticos* y *jurisdiccionales*.

Sin embargo, la variación nominal adoptada por la mayoría, no simplifica la tarea de distinguirlos. Los discursos parecen ser más diversos y el cambio de nombre que se usa para clasificar los mecanismos no está explícitamente justificado. A veces los diferentes términos (políticos o diplomáticos, jurídicos o jurisdiccionales) se usan indistintamente y otras veces los términos políticos y diplomáticos son ambos conservados[147]. De hecho, la distinción entre los mecanismos diplomáticos y judiciales es justificada con una multiplicidad de elementos sin que haya unanimidad doctrinal sobre cuál es el criterio diferenciador esencial. Finalmente, aunque las denominaciones *diplomático* y *jurisdiccional* se utilizan con frecuencia, no son las únicas.

¿A qué hacen referencia estas denominaciones? ¿Cuántos y cuáles son los criterios que se consideran diferenciadores de los mecanismos de resolución de conflictos? ¿Cómo se establece la juridicidad de los mecanismos en estas clasificaciones? Con estas preguntas en mente me voy a detener a continuación en examinar cuáles son los elementos que se utilizan para distinguir los mecanismos de resolución de conflictos en la doctrina contemporánea.

§1. Diversidad doctrinal aparente

Una revisión de distintas definiciones de los mecanismos deja claro que la mayoría de los autores contemporáneos utiliza una diversidad de elementos para

145 Aunque véase *infra* capítulo 1, sección 2, § 2: Discursos que se repiten.

146 Ciertos autores continúan utilizándolos. Así Dominique Carreau, Rosalyn Higgins, José Antonio Pastor Ridruejo o Derek Bowett, continúan empleando las denominaciones *político/jurídico*, y otros, como Richard Bilder, prefieren la denominación *diplomático* pero conservan la denominación de mecanismos *jurídicos*.

147 Además de la resolución jurisdiccional, Joe Verhoeven ofrece una distinción entre la resolución política y la resolución diplomática que se encuentra en el tipo de tercero al que se acude. Según él, en la resolución política, el tercero es una "autoridad" para las partes (como es el caso de las OI), a diferencia de la resolución diplomática en la que las partes son los protagonistas y el tercero simplemente "alienta" las negociaciones. En este último grupo, él incluye la mediación, los buenos oficios, la conciliación y la investigación. Joe Verhoeven, *Droit International Public*, Bruselas: Larcier, 2000, pp. 701-788. Véase también, Georges Labrecque, *Les Différends Internationaux en Asie. Règlement Judiciaire*, pp. 11-14.

definir los mecanismos. Sin embargo, cada autor destaca algún elemento que considera el principal criterio de distinción y lo completa con otros elementos complementarios. A continuación voy a exponer brevemente cuáles son los elementos más utilizados por los autores estudiados y que se consideran el criterio esencial para distinguir los mecanismos de resolución de controversias.

A. El carácter obligatorio de la solución adoptada

Dentro de los criterios utilizados por la doctrina, a partir de la segunda mitad del siglo XX, la mayoría hace hincapié en el *carácter obligatorio* del resultado como criterio esencial de diferenciación entre los mecanismos de resolución pacífica de conflictos (*e. g.* Benedetto Conforti[148], Patrick Daillier, Mathias Forteau y Alain Pellet[149], Pierre-Marie Dupuy[150], Paul Guggenheim[151], Eduardo Jiménez Aréchaga[152], Hans Kelsen[153], Georges Labrecque[154]). Independientemente de las críticas sobre la eficacidad del cumplimiento de las decisiones, el criterio de distinción reposaría en el peso de un resultado obligatorio frente a uno facultativo.

Algunos de los autores que consideran este criterio esencial en la delimitación de los mecanismos no usan la misma denominación de los mecanismos. Varios manuales (*e. g.* Conforti[155], Labrecque[156], P-M Dupuy[157]) definen los "meca-

148 Benedetto Conforti, *Diritto Internazionale*, 6.ª ed., Nápoles: Editoriale Scientifica, 2002, p. 436.

149 Patrick Daillier, Mathias Forteau y Alain Pellet, *Droit International Public*, 8.ª ed., París: LGDJ, 2009, p. 921.

150 Pierre-Marie Dupuy, *Droit International Public*, 9.ª ed., París: Dalloz, 2008, p. 591.

151 Paul Guggenheim, *Traité de Droit International Public*, vol. II, Ginebra: Librairie de l'Université, Georg & CIE, 1954, p. 197.

152 Eduardo Jiménez de Aréchaga (ed.), *Derecho internacional público*, vol. IV, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1991, p. 188.

153 Hans Kelsen, *Principles of International Law*, Nueva York: Rinehar & Company, 1952, p. 522.

154 Georges Labrecque, *Les Différends Internationaux en Asie. Règlement Judiciaire*, pp. 11-14.

155 "[Los mecanismos diplomáticos de solución de controversias internacionales] se distinguen de los mecanismos jurisdiccionales en que tienden exclusivamente a facilitar el acuerdo de las partes: por lo tanto no son vinculantes para las partes y a la hora de utilizarlos no se descuidan los aspectos jurídicos de la controversia, el objeto principal es siempre un compromiso entre las pretensiones opuestas, y no la determinación de quién está equivocado y quién tiene la razón". Benedetto Conforti, *Diritto Internazionale*, p. 436 (traducción mía, original: "I mezzi diplomatici di soluzione delle controversie internazionali] si distinguono dai mezzi giurisdizionali di soluzione delle controversie in quanto tendono esclusivamente a facilitare l'accordo delle parti: di conseguenza essi non hanno carattere vincolante per le parti e anche quando, nell'utilizzarli, non vengono trascurati gli aspetti giuridici della controversia, è sempre il compromesso tra le opposte pretese, e non la determinazione di chi ha torto e chi ha ragione, a costituirne l'oggetto principale").

156 Georges Labrecque, *Les Différends Internationaux en Asie. Règlement Judiciaire*, pp. 11-14.

157 "Habitualmente se clasifican los diversos métodos de resolución en función de una distinción fundamental, la de los métodos diplomáticos que dejan en principio a las partes libres de aceptar o de rechazar la solución, eventualmente propuesta por un tercero; la de los métodos jurisdiccionales, que reagrupan el arbitraje y el recurso a la jurisdicción internacional propiamente dicha. Contrario a los primeros, estos obligan a las partes del conflicto a aceptar, con autoridad de cosa juzgada, la solución elaborada por el juez o el árbitro". Pierre-Marie Dupuy, *Droit International Public*, p. 591

nismos diplomáticos" como aquellos que no tienen resultado obligatorio, en contraste de los mecanismos "jurisdiccionales" que sí lo tienen. Pero otros autores (e.g. Kelsen[158], Daillier, Forteau y Pellet[159], Jiménez Aréchaga[160], Guggenheim[161]), clasifican igualmente los mecanismos según el carácter vinculante del resultado sin denominarlos *diplomáticos* ni *jurisdiccionales*.

Según esta forma de clasificar los mecanismos, entre los que no tienen resultado vinculante (*diplomáticos* o *no jurisdiccionales*) figuran la negociación, los buenos oficios, la mediación, la conciliación y la investigación. Y entre los que tienen un resultado vinculante (*jurisdiccionales*) figuran el arreglo judicial y el arbitraje. Sin embargo, su identificación no siempre está exenta de duda, como lo demuestra el caso Raimbow Warrior[162].

Como es bien conocido, en este caso las dos partes (Francia y Nueva Zelanda) llamaron al secretario general de la ONU para que adoptara el "papel de mediador"[163], resolviera la controversia y se comprometieron a "aceptar la

---

(traducción mía, original: "On a coutume de classifier les divers modes de règlement en fonction d'une distinction fondamentale, celle des modes diplomatiques, qui laissent en principe les parties libres d'accepter ou de refuser la solution, éventuellement proposée par un tiers ; celle des modes juridictionnels, qui regroupent l'arbitrage et le recours à la juridiction internationale proprement dite. Contrairement aux précédents, ils obligent les parties au différend à accepter, avec autorité de chose jugée, la solution élaborée par le juge ou l'arbitre").

158 "Totally different from the settlement of a dispute by an agreement of the parties, […] is the settlement of a dispute by the decision of an international agency. […] [Parties] are obligated to execute the decision even if they do not consent to it". Hans Kelsen, *Principles of International Law*, 2.ª ed., Nueva York: Holt, Rinehar and Winston Inc., 1966, p. 522.

159 Ellos emplean las denominaciones *resolución jurisdiccional* y *no jurisdiccional* (en lugar de *diplomático*). "De un punto de vista jurídico, es una distinción que presenta una relativa claridad y en la que el alcance es menos controvertido que en las precedentes. Ella consiste en oponer los mecanismos de resolución que permiten imponer una solución a las partes en conflicto, y aquellos en los que una solución les es simplemente propuesta y que no están obligados a respetar". Patrick Daillier, Mathias Forteau y Alain Pellet, *Droit International Public*, p. 921 (traducción mía, original: "D'un point de vue juridique, il est une distinction qui présente une relative clarté et dont la portée est moins contestable que les précédentes. Elle consiste à opposer les modes de règlement qui permettent d'imposer une solution aux parties à un différend, et ceux par lesquels une solution leur est seulement proposée, qu'ils ne sont pas tenus de respecter").

160 Él explica así la sección sobre el tema en su manual: "En esta sección se estudiarán los diferentes procedimientos cuya característica general es no llegar a una solución obligatoria de la controversia y también el arbitraje. [Después] se estudiará […] la solución judicial". Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Derecho internacional público*, p. 188.

161 "No todos los diferendos nacidos entre Estados u otros sujetos de derecho internacional deben ser sometidos a un procedimiento de resolución que tenga como resultado una decisión obligatoria". Paul Guggenheim, *Traité de Droit International Public*, II, p. 197 (traducción mía, original: "Les différends nés entre États ou autres sujets de droit international ne doivent pas tous être soumis à une procédure de règlement aboutissant à une décision obligatoire").

162 Me refiero acá exclusivamente a la decisión del secretario general de 1986 y no al laudo arbitral sobre el mismo caso y del mismo nombre de 1990.

163 Véanse las declaraciones a la prensa del primer ministro de Nueva Zelanda, del 17 junio de 1986, citadas por ONU, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, Nueva York: United Nations, 1992, p. 103, §301.

solución adoptada"[164]. La decisión se tomó el 9 de julio de 1986. El papel que el secretario general desempeñó en esa ocasión ha sido interpretado de diferentes formas. A menudo se le considera un caso simple de arbitraje debido al carácter obligatorio de la solución adoptada[165] y, por ejemplo, su decisión está incluida en los *Reports of International Arbitral Awards*[166]. Algunos lo ven como un caso híbrido en que se mezclan diferentes mecanismos[167] y otros dudan de la clasificación apropiada[168]. El manual de resolución pacífica de controversias entre Estados, realizado por la oficina de asuntos jurídicos de la ONU, estima que el carácter facultativo es un elemento clave de la mediación y por tanto su modificación hace que ya no se pueda hablar de mediación. Pero, para este manual, el carácter obligatorio no es suficiente tampoco para que este caso se considere un arbitraje. Se trataría entonces de un mecanismo nuevo y distinto que proviene de una "adaptación" de mecanismos[169].

Otros autores sostienen que se trata de un caso de mediación en el que las partes eligieron libremente los términos en los que el mediador establecería su solución. En consecuencia, la flexibilidad de la mediación le permitiría a las partes convenir libremente, incluso por anticipado, en la aceptación de una decisión obligatoria. En este sentido, en un estudio sobre esta decisión, el internacionalista francés Jean Charpentier explica que el carácter obligatorio de la solución como criterio de distinción entre el arbitraje y la mediación se refiere a una interpretación de la forma en la que el tercero toma la decisión. Para este autor, el arbitraje es vinculante porque aplica exclusivamente el derecho y que sus decisiones concretizan una regla obligatoria. El mediador, por su parte, "prepara un arreglo amigable en función de la idea que él se hace del litigio, de la equidad y la oportunidad", sin poder imponer su criterio debido a que es meramente

164 *Ibid*., véase también Jean Charpentier, "L'Affaire du Rainbow Warrior: le Règlement Interétatique", *Annuaire Français de Droit International*, vol. 32, 1986, p. 876.

165 John Graham Merrills, *International Dispute Settlement*, 4.ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 91-126; Benedetto Conforti, *Diritto Internazionale*, pp. 695, 701; Malcolm N. Shaw, *International Law*, 5.ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Sin embargo, Merrills considera que es un caso "inusual" de arbitraje y Shaw se refiere algunas veces al "arbitraje" y otras a la "mediación" del secretario general.

166 ONU, "Case concerning the differences between New Zealand and France arising from the Rainbow Warrior affair (Ruling of 6 July 1986 by the Secretary-General of the United Nations)", en *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIX, 2006, pp. 199-213.

167 Jean-Pierre Quéneudec, "Article 33", en *La Charte des Nations Unies. Commentaire Article par Article*, Alain Pellet y Jean-Pierre Cot (eds.), París: Economica, 1991, p. 569, y Jean Combacau y Serge Sur, *Droit International Public*, 5.ª ed., París: Montchrestien, 2001, pp. 564-565.

168 Emanuel Decaux se pregunta si se trata de una "mediación obligatoria" o de un "arbitraje político". Emanuel Decaux, "Chapitre 10: Règlement des Différends", en *Droit International Public*, Denis Alland (ed.), París: PUF, 2000, pp. 484-485.

169 ONU, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, p. 108, §296.

"subjetivo". Pero, añade, que en el caso de una mediación "nada impide tampoco que las partes acuerden con anticipación aceptar la solución. En ese caso, el fundamento del carácter obligatorio del informe del mediador reposa en la voluntad de las partes"[170].

De manera general se constata que el carácter obligatorio es considerado un elemento indispensable en un mecanismo jurisdiccional, de la misma forma en que *a priori* los mecanismos diplomáticos son facultativos. Pero, para algunos, la esencia de la diferencia entre unos y otros es precisamente ese carácter obligatorio de la solución mientras que para otros la flexibilidad de los diplomáticos permite incluir el componente obligatorio sin desnaturalizar el mecanismo.

B. El derecho como elemento distintivo

La *conformidad con el derecho* también se utiliza como un elemento distintivo. Para Bowett[171] y Verhoeven[172] los mecanismos *jurídicos* o *jurisdiccionales* están obligados a aplicar exclusivamente el derecho (excluyendo así cualquier otro factor *no jurídico* en su decisión), mientras que los mecanismos *diplomáticos* no lo están.

Más globalmente, Combacau y Sur consideran que en el momento en que se aborda el tema de la resolución de conflictos en derecho internacional, hace falta establecer una distinción teleológica entre la *función política* y la *función jurídica* de los mecanismos contenciosos de resolución de diferendos. Así, la función política está esencialmente destinada a asegurar la paz, mientras que la

170 "Porque sin duda se trata de una mediación: encontramos a la vez la acción de un tercero tendiente a favorecer que se llegue a una negociación entre las partes mediante sus propuestas, y la preocupación tan diplomática de determinar la solución propuesta en función de las opciones que tiene de ser aceptada por las partes". Jean Charpentier, "L'Affaire du Rainbow Warrior: le Règlement Interétatique", p. 878 (traducciones mías, originales: "'prépare un arrangement amiable' en fonction de l'idée qu'il se fait, à propos du litige, de l'équité et de l'opportunité", "rien n'interdit non plus aux parties de convenir à l'avance de s'y conformer. En ce cas, le fondement du caractère obligatoire du rapport du médiateur réside dans la volonté des parties"; "rien n'interdit non plus aux parties de convenir à l'avance de s'y conformer. En ce cas, le fondement du caractère obligatoire du rapport du médiateur réside dans la volonté des parties"; "Car il s'agit bien d'une médiation : on y trouve à la fois cette action du tiers tendant à favoriser l'aboutissement d'une négociation entre les parties par ses propositions, et cette préoccupation très diplomatique de déterminer la solution proposée en fonction de ses chances d'être acceptée par les parties").

171 "[B]y legal means, […] I mean resort to either arbitration or judicial settlement. It is the characteristic of these techniques that they involve the application of law —to the exclusion of political discretion or, indeed, any other 'non-legal' factors— and result in a binding award or judgment". Derek Bowett, "Contemporary Developments in Legal Techniques in the Settlement of Disputes", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 180, 1983-II, p. 177.

172 Joe Verhoeven, *Droit International Public*, p. 783. Para Verhoeven la aplicación del derecho se añade a los criterios de imparcialidad del órgano decisorio y del carácter obligatorio de la decisión.

función jurídica tiene como objetivo principal la "realización del derecho" en los casos en los que "la certeza y el valor objetivo peligran por la confrontación de pretensiones divergentes"[173].

Para estos autores, los mecanismos jurisdiccionales son aquellos que cumplen plenamente su función jurídica "porque la preocupación de la realización del derecho aparece allí normalmente en estado puro"[174]. En cambio, esta "pureza" no es característica de los mecanismos diplomáticos:

> Los mecanismos diplomáticos no se prestan con facilidad […] a un análisis jurídico, porque sus características los convierten en mecanismos de transacción que no pueden apreciarse sino en términos de "política jurídica", es decir de estrategias de utilización de las vías de derecho[175].

Esta distinción hace que ellos prefieran no utilizar la expresión *resolución pacífica de conflictos* porque consideran que esta denominación puede hacer perder de vista la juridicidad misma del derecho internacional. Para centrarse solo en los aspectos jurídicos prefieren hablar de *derecho contencioso internacional* para designar la rama del derecho internacional público que estudia las reglas y las instituciones concernientes a asegurar la realización del derecho en caso de contestación[176].

No es claro si para estos autores los mecanismos diplomáticos pueden también tener en cuenta el derecho o, incluso, fundar la totalidad de su decisión en argumentos jurídicos. Por ejemplo, el mismo Bowett dice que distinguir entre los mecanismos, usando el derecho como criterio, es una distinción teórica ya que en la práctica todos los mecanismos de solución de conflictos tienen en cuenta el derecho de las partes[177]. Jhon Collier y Vaughm Lowe también creen que el

173 Jean Combacau y Serge Sur, *Droit International Public*, p. 555 (traducción mía, original: "réalisation du droit" "la certitude et la valeur objective sont mises en péril par la confrontation de prétentions divergentes").

174 *Ibid.* (traducción mía, original: "parce que le souci de réalisation du droit y apparaît normalement à l'état pur").

175 *Ibid*., p. 563 (traducción mía, original: "Les modes diplomatiques se prêtent mal […] à une analyse juridique, parce que leurs caractères en font des mécanismes de transaction qui ne peuvent être appréciés qu'en termes de « politique juridique », c'est-à-dire de stratégies d'utilisation des voies de droit").

176 *Ibid*., p. 555 (traducción mía, original: "appellation peut faire perdre de vue la juridicité même du droit international"; "parler ici de droit du contentieux international, pour désigner la branche du droit international public qui traite des règles et institutions visant à assurer la réalisation du droit en cas de contestation"). De manera similar, Bowett afirma: "Yet settlement of disputes by peaceful means is not the same as settlement by legal means". Derek Bowett, "Contemporary Developments in Legal Techniques in the Settlement of Disputes", p. 177.

177 "[W]hatever its form, these techniques of settlement are rarely indifferent to the legal rights of the parties. Obviously, the relevance of the law will depend on how far the parties invoke legal

derecho es una "tercera parte invisible" en todas las técnicas de resolución de conflictos[178].

Parecería que ese criterio busca poner en evidencia que la aplicación del derecho es un elemento esencial en las soluciones provenientes de un mecanismo jurisdiccional, pues ellas deben fundarse necesaria y exclusivamente en el derecho, contrario a las soluciones de los mecanismos diplomáticos en donde el derecho puede ser o no tenido en cuenta.

Pero, nuevamente la pertinencia de este criterio no es siempre evidente. Para comenzar, ya ha sido anotado que incluso los mecanismos jurisdiccionales necesitan tener en cuenta otros elementos al decidir. Koskenniemi, por ejemplo, anota que a pesar de la firme posición defendida por la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) en sus decisiones[179] una cierta discreción en el funcionamiento judicial está siempre presente[180]. Pero, además, parece poco probable que las soluciones de los mecanismos diplomáticos tengan la facultad real de alejarse completamente del derecho. No solamente porque es difícil que las partes acepten una solución contraria a sus derechos, sino porque podría argumentarse que tendrían que tener en cuenta al menos ciertas normas como las del derecho internacional humanitario o del derecho penal internacional (o incluso del *jus cogens*).

---

arguments. In general, however, they will do so and the settlement process has to take account of them". Derek Bowett, "Contemporary Developments in Legal Techniques in the Settlement of Disputes", p. 177.

178 Y esto, "even in negotiations; and the disputing parties perceptions of the strength of their respective legal arguments is a major factor influencing the outcome of the negotiations or the decision to move from negotiation to some other form of dispute settlement". John Greenwood Collier y Vaughn Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law. Institutions and Procedures*, Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 8.

179 Él resume así la posición de la CIJ sobre la posibilidad de tener en cuenta otros elementos diferentes al derecho: "1) the legal system is based on political processes; 2) it is, however, autonomous from political views; 3) the court's function is to ascertain the content of the legal system and apply it and 4) if legal standards are lacking, then the claim must be dismissed. No discretion seems allowed. Legal systems are absolutely determinate. If the Court cannot reach decision, this is not due to any indeterminacy in law". Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, p. 32.

180 Véase, en particular, el análisis que hace de la función judicial y los "casos difíciles" (*ibid*., pp. 28-58), que le permiten afirmar: "subjective discretion is necessary" (*ibid*., p. 34). Bilder, por su lado, dice que en la práctica la distinción entre mecanismos es más teórica que real (y que pueden combinarse varios mecanismos) y afirma: "For example, international arbitration or adjudication may often embody compromises reflecting strong elements of negotiation or mediation among the arbitrators or judges, at least some of whom see their role as safeguarding the interests or representing the point of view of one or the other party". Richard B. Bilder, "An Overview of International Dispute Settlement", *Emory Journal of International Dispute Resolution*, vol. 1, n.º 1, 1986, p. 22.

C. El grado de participación del tercero y las partes como criterio diferenciador

Finalmente, el tercer aspecto usado como criterio principal de distinción de mecanismos se refiere al *nivel de participación del tercero* para llegar a la solución. Para ello se examina quién es el responsable de determinar el resultado (*outcome*) del conflicto. Los mecanismos son así divididos entre los que dejan la solución definitiva del conflicto en manos de un tercero y los que la dejan en manos de las partes, con o sin la ayuda de un tercero.

En el célebre manual de derecho internacional del británico Malcolm Shaw se dice:

> Basically the techniques of conflict management fall into two categories: diplomatic procedures and adjudication. The former involves an attempt to resolve differences either by the contending parties themselves or with the aid of other entities […]. Adjudication procedures involve the determination by a disinterested third party of the legal and factual issues involved[181].

Esta clasificación está estrechamente vinculada con la de la obligatoriedad de la solución, ya que es precisamente por tener la capacidad de tomar decisiones vinculantes, que se considera que el tercero tiene un mayor grado de participación en la solución de los conflictos. Sin embargo, aquí el criterio se examina desde otro ángulo: el énfasis no está en el carácter vinculante del resultado, sino en el grado de participación del tercero y, por lo tanto, en el margen de maniobra que le queda a las partes para gestionar el resultado del conflicto.

Esto permite a las clasificaciones tener un abanico más amplio de matices, porque más que una distinción neta se trata de grados de participación que van de la negociación al arreglo judicial[182]. Así, cuando este criterio es empleado como caracterizando a los mecanismos jurisdiccionales se hace énfasis en que es un

[181] Malcom N. Shaw, *International Law*, p. 914. Así mismo: "From the outset States have forged two classes of means of settling disputes: those which aim at inducing the contesting parties to reach agreement, and those which instead are designed to confer on a third party the power to settle the dispute by a legally binding decision". Antonio Cassese, *International Law*, 2.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 279. La definición de Kelsen, citada arriba, puede ser interpretada en este sentido también. Véase *supra*, capítulo 1, sección 2, §1, A: El carácter obligatorio de la solución adoptada, citación en nota 158 (Hans Kelsen, *Principles of International Law*, p. 522).

[182] Como lo veremos más adelante, esta forma progresiva de comprender la implicación del tercero es importante también para distinguir entre los diferentes mecanismos "diplomáticos". Sin embargo, según esta forma de clasificación, siempre que se trata de mecanismos diplomáticos, son las partes quienes conservan el control final del resultado pues son ellas las que deciden (aun tácitamente) respecto a las modificaciones del rol que asume el mediador, véase *infra*, capítulo 2: La controversia sobre la juridicidad de la mediación según los elementos doctrinales que la caracterizan.

tercero quien conserva el control y quien decide[183]. Incluso si la voluntad de las partes es indispensable para que un órgano jurisdiccional sea competente, a partir del momento en que el diferendo se encuentra ante el tribunal, el control de la decisión recae en el tercero que está obligado a respetar el reglamento preestablecido y cuya solución será vinculante[184].

De manera más general, el aspecto gradual de la participación de un tercero hace que este criterio se asocie a los otros criterios examinados precedentemente. Por ejemplo, para Collier y Lowe, el grado de implicación del tercero repercute en el nivel de formalismo del procedimiento y del papel que tendrá el derecho en la solución. En ese sentido afirman: "[t]he law, which can be almost entirely disregard in negotiated settlements, comes to take an increasingly determinative role in structuring the settlement"[185].

Esto sugiere que el grado de intervención del tercero está ligado al grado de juridicidad del mecanismo. Por ejemplo, el internacionalista estadounidense Richard Bilder divide los mecanismos en *jurídicos* y *diplomáticos* en donde un procedimiento es más *jurídico* si es más externo a las partes[186]. Según esto, si se toma toda la gama de intervenciones, el arreglo judicial se encuentra del lado más *jurídico*, porque el tercero detiene el poder decisorio. En el medio se encuentran los mecanismos como la conciliación y las comisiones de investigación, en los que aún sin producir un resultado obligatorio, el tercero interviene desde unas bases más *formales* y "the third party finding or recommendation may exercise an important influence on the settlement". En el otro extremo menos jurídico, se encuentran los mecanismos como la mediación y los buenos oficios (además de la negociación directa), en el que las partes tienen una fuerte o total incidencia sobre el desenlace del conflicto[187].

183 "There existed a spectrum of procedures reaching from negotiations to judicial settlement marked by a decrease of power of the parties to the dispute over, and their participation in, the settlement procedure. On the one side of the spectrum, there were the negotiations, being totally under the control of the parties, whereas on the other side, there were judicial procedures which to a certain extent escaped the control of the parties […] The grater the political impact of the case, the more the parties wished to exercise control over the procedure", ONU, *Le Droit International comme Langage des Relations Internationales. Proceedings of the United Nations Congress on Public International Law* (New York, 13-17 mars 1995), La Haya, Londres, Boston: Kluwer Law International, 1996, p. 571.

184 A diferencia, por ejemplo, del caso Rainbow Warrior, en el que las partes continuaron negociando con el secretario general como intermediario y, de esta forma, participaron en la solución final.

185 Ellos estiman, además, que este carácter progresivo se refleja en el orden propuesto por el artículo 33 de la Carta de la ONU. John Greenwood Collier y Vaughn Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law. Institutions and Procedures*, pp. 7-8.

186 Richard B. Bilder, "International Third Party Dispute Settlement", *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 17, 1988-1989, p. 480.

187 *Ibid.*, p. 481. En términos similares, Rosenne explica que la Carta de Naciones Unidas, en su artículo 33, propone una gama de mecanismos que van desde los más politizados hasta los menos

D. Elementos complementarios: el aspecto formal o institucional del mecanismo y la imparcialidad del tercero

Además de estos criterios, otros elementos son utilizados como complementarios por algunos autores. Dentro de ellos encontramos el aspecto *formal* del mecanismo, el aspecto *institucional* o la *imparcialidad* del tercero. Al igual que los otros criterios estudiados, son considerados por la gran mayoría de autores atributos necesarios a la composición de estos mecanismos, pero no son subrayados como el criterio esencial que los distingue de los mecanismos diplomáticos.

En efecto, para la doctrina, estos elementos hacen también parte de ciertos mecanismos clasificados como diplomáticos, como la investigación y la conciliación. Por tanto, son rara vez utilizados para distinguir los mecanismos jurisdiccionales y diplomáticos, pero sí son en cambio empleados para distinguir entre los mecanismos diplomáticos[188].

§2. Discursos que se repiten

El análisis doctrinal que he hecho hasta ahora (y que haré en otros capítulos) lo he realizado tratando de seguir el contexto histórico-cronológico en el que se fueron dando y señalando los cambios principales constatados en la doctrina mayoritaria y reflejados en los principales instrumentos jurídicos sobre resolución de conflictos. Esto para ver las formas en que en la doctrina mayoritaria, mediante manuales y obras generales, ha modificado su manera de clasificar los mecanismos y los modos en que esto ha (directa o indirectamente) determinado el lugar que se le ha dado a la mediación en el derecho internacional.

Al recordar la aclaración que hice en el capítulo preliminar[189], la presentación que hago de los contextos no pretende afirmar la idea de una historia compartimentada ni lineal, en la que ciertos discursos surgen y mueren en momentos

---

politizados, característica que describe teniendo en cuenta varios criterios como el grado de participación del tercero, el grado de interés, la aplicación del derecho y obligatoriedad de la solución: "The enumeration of the means of pacific settlement of disputes set in the Article 33 of the Carter marches from the extreme of politicization –negotiation– to the extreme of depoliticization judicial settlement. It goes from the purely political level of discussion between the parties themselves with or without the assistance of third parties to the purely legal level od disinterested third-party adjudication producing a binding decision on the basis of the law". Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of International Court 1920-2005*, I The Court and the United Nations, pp. 11-12.

188 Véase *infra* capítulo 2: La controversia sobre la juridicidad de la mediación según los elementos doctrinales que la caracterizan.

189 Véase *supra* capítulo preliminar, §2: Historia *desde* y *para* el derecho internacional.

cronológicos precisos, dando lugar a "nuevos" conceptos o visiones "evolucionadas" mientras se dejan otros atrás. Esto es, sin embargo, la impresión que dan justamente ciertas sensibilidades de varias épocas, a pesar de que los discursos presentados como novedosos y aquellos vistos como obsoletos, generalmente, fluctúan y reaparecen con frecuencia[190].

Precisamente, si bien a finales del siglo XIX y principios del XX el conflicto es el criterio preponderante para clasificar los mecanismos, en ese periodo se encuentran también discursos que hacen énfasis en otros en criterios utilizados por la doctrina contemporánea[191]. De la misma manera, si bien es cierto que a partir de la mitad del siglo XX muchos consideran que la doctrina que utiliza la importancia de los conflictos para clasificar los mecanismos de resolución pacífica de controversias es obsoleta, que ha sido revaluada e, incluso, que ha sido abandonada[192], también es posible encontrar discursos posteriores a esa época que retoman esta clasificación[193].

En efecto, estos discursos fuertemente criticados o considerados por muchos en desuso, pueden reaparecer en momentos para justificar una posición determinada. En este sentido, vuelve con cierta frecuencia la tensión entre el discurso que justifica las razones por las que es legítimo evitar un mecanismo jurisdiccional obligatorio (generalmente defendido en términos de soberanía y apoyado en la práctica estatal[194]) y el discurso que defiende que todo (o casi todo) puede

190 Sobre la forma en que los discursos fluctúan, tomando como ejemplo varios discursos del siglo XX se presentan como "evolucionados" o "modernos" al mismo tiempo (y debido a) que le aportan la connotación de "anticuado" o "premoderno" a conceptos del siglo XIX, pero en realidad hay muchos aspectos que se repiten, véase David Kennedy, "International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion" y Martti Koskenniemi, "The Legacy of the Nineteenth Century", en *Routledge Handbook of International Law*, David Armstrong (ed.), Londres, Nueva York: Routledge, 2009.

191 Por ejemplo, véase Jean Pierre Adrien François, "Règles Générales du Droit de la Paix", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 66, 1938-IV, p. 202.

192 Esto lo afirman, por ejemplo, Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, p. 29, y Sven M. G. Koopmans, *Diplomatic Dispute Settlement. The Use of Inter-State Conciliation*, La Haya: TMC Asser Press, 2008, p. 11.

193 No es raro encontrar aún hoy en día autores que retienen estas clasificaciones y discuten sobre su pertinencia en detalle. Véase, entre otros, Karl Zemanek, "The Legal Foundations of the International System", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 266, 1997, pp. 274-292; Louis Sohn, "International Arbitration in Historical Perspective: Past and Present", pp. 20-22; ONU, *Le Droit International comme Langage des Relations Internationales. Proceedings of the United Nations Congress on Public International Law* (New York, 13-17 mars 1995), pp. 559-574, y ciertos manuales que utilizan estas clasificaciones también.

194 Photini Pazartzis anota que, incluso si estas distinciones conceptuales no son pertinentes en derecho, ellas reflejan una realidad importante: "Las nociones de diferendo no justiciables, de intereses vitales […] son […] fundamentales en la práctica: ellas son prueba de la resistencia de los Estados en contra de la intervención de la jurisdicción en los asuntos que consideran que no se prestan para un arreglo jurisdiccional". Photini Pazartzis, *Les Engagements Internationaux en Matière de Règlement Pacifique des Différends Entre États*, París: LGDJ, 1992, p. 235 (traducción mía, original: "Les

ser abordado (y resuelto) por tales mecanismos (ampliamente preconizado por la doctrina internacionalistas y la jurisprudencia[195]).

Otras veces, los discursos y las divisiones presentadas como anticuadas pueden volver en el momento en el que la utilización profesional lo crea conveniente o mediante un planteamiento teórico con algunas variaciones. Ese es el caso, por ejemplo, de la línea divisoria entre lo que se considera *jurídico* y *político*. Así, el tratadista belga Charles de Visscher, quien fuera delegado de su país en la Conferencia de San Francisco, juez de la Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante CPJI) y de la CIJ, critica las clasificaciones de los conflictos según su naturaleza intrínseca (la clasificación proviene de la voluntad de las partes), pero considera que el tipo de conflicto (político o jurídico) determina, en todo caso, el método de la resolución[196]. Similar pero no exactamente igual,

---

notions de différends non-justiciables, d'intérêts vitaux […] sont […] fondamentales en pratique : elles témoignent de la résistance des Etats à l'encontre de l'intervention de la juridiction dans des affaires qu'ils considèrent comme ne se prêtant pas à un règlement juridictionnel"). Un ejemplo reciente en que se utiliza el aparente "obsoleto" criterio "subjetivo" de conflictos justiciables y no justiciables, lo encontramos cuando el presidente de Colombia, Juan Manuel Santos, afirmó que un conflicto que toca las fronteras de un Estado no puede ser resuelto por un tribunal como la CIJ. Según Santos, este tipo de conflictos solamente pueden ser negociados directamente por las partes. En este sentido dijo: "El fallo de la Corte Internacional de Justicia no es aplicable —no es y no será aplicable— hasta tanto se celebre un tratado que proteja los derechos de los colombianos". Alocución presidencial sobre el fallo de la CIJ, "Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua *vs*. Colombia)", 2012 (19 de noviembre), citado en *El Espectador*, "'Vamos a frenar el ánimo expansionista de Nicaragua': presidente Santos", 9 de septiembre del 2013.

195 La CIJ ha rechazado en varias ocasiones el argumento según el cual este tribunal no sería competente para conocer algún asunto que tiene aspectos políticos. Ha dicho: "The Court […] pointed out that no provision of the Statute or Rules contemplates that the Court should decline to take cognizance of one aspect of a dispute merely because that dispute has other aspects, however important", y más adelante: "Yet never has the view been put forward before that, because a legal dispute submitted to the Court is only one aspect of a political dispute, the Court should decline to resolve for the parties the legal questions at issue between them". Corte Internacional de Justicia, "Case Concerning United Sates Diplomatic and Consultar Staff in Tehran (USA *vs*. Iran), Judgment", *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, 1980 (24 de mayo), pp. 19-20 (§36-37). Y también: "the Court is aware that political aspects may be present in any legal dispute brought before it. The Court, as a judicial organ, is however only concerned to establish, first, that the dispute before it is a legal dispute, in he sense of a dispute capable of being settled by the application of principles and rules of international law, and secondly, that the Court has jurisdiction to deal with it, and that that jurisdiction is not fettered by any circumstance rendering the application inadmissible. The purpose of recourse to the Court is the peaceful settlement of such disputes; the Court's judgment is a legal pronouncement, and it cannot concern itself with the political motivation which may lead a State at a particular time, or in particular circumstances, to choose judicial settlement". Corte Internacional de Justicia, "Case Concerning Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua *vs*. Honduras), Jurisdiction of th Court and Admissibility of the Application", *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, 1988 (20 de diciembre), p. 91 (§52) (este argumento fue retomado en: Corte Internacional de Justicia, "Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua *vs*. United States of America), Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application", *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, 1986 (26 de noviembre), pp. 439-440 (§105).

196 "Los conflictos, por su lado, pueden afectarse en grados variables por la presencia o la ausencia de lo político. De su presencia y su intensidad dependen las posibilidades y, en consecuencia, los

la también antigua juez de la CIJ y doctrinante británica, Rosalyne Higgins, critica las distinciones tradicionales y estima que no existe un criterio válido para distinguir entre conflictos políticos y jurídicos, o justiciables y no justiciables, según un aspecto inherente a uno u otro. Ella invierte la propuesta y afirma que son los mecanismos elegidos los que determinan el tipo de conflicto: si las partes eligen un mecanismo jurídico, el conflicto es jurídico, si las partes eligen un mecanismo político, el conflicto es entonces político[197].

Higgins busca rechazar los argumentos que justificarían que un conflicto escape (por razones inherentes a su naturaleza) a la competencia de un juez o un árbitro. Pero, al hacerlo, permite que la línea que distingue entre un mecanismo y otro (y que finalmente distingue entre un conflicto y otro), siga siendo una línea que distingue entre lo jurídico y lo no jurídico. Acá los mecanismos denominados *políticos* se oponen a los denominados *jurídicos* (*legal*) y su utilización hace que el tipo de conflicto sea apreciado en términos *jurídicos* o *no jurídicos*[198].

---

mecanismos para su resolución. Ningún criterio único sacado del objeto o de la naturaleza del conflicto permite clasificar *a priori* los conflictos políticos y los conflictos jurídicos, es únicamente la actitud de las partes la que resulta decisiva en el ordenamiento procedural. Su voluntad de reservarse la libertad de juzgar las conclusiones de un procedimiento de resolución revela una despolitización incompleta, si no con respecto del objeto propiamente dicho del conflicto, al menos respecto de los intereses que consideran que están en juego según las consecuencias del mecanismo intervenido. En sentido inverso, el acuerdo de las partes en considerar estas conclusiones como obligatorias y definitivas son prueba, generalmente, de una despolitización completa". Charles de Visscher, *Théories et Réalités en Droit International Public*, p. 371 (traducción mía, original: "Les différends, à leur tour, peuvent être affectés à des degrés variables par la présence ou l'absence du politique. De sa présence et de son intensité dépendent les possibilités et, par conséquent, les méthodes de leur règlement. Aucun critère ferme tiré de l'objet ou de la nature du différend ne permettant de ranger *à priori* les différends politiques et différends juridiques, c'est l'attitude des parties qui, dans l'ordre procédural, est seul décisive. Leur volonté affirmée de réserver leur liberté de jugement à l'égard des conclusions d'une procédure de règlement dénote une dépolitisation incomplète, sinon quant à l'objet proprement dit du différend, du moins quant aux intérêts qu'il met en jeu tels que ceux-ci leur apparaissent dans les conséquences du règlement à intervenir. En sens inverse, l'accord des parties pour considérer ces conclusions comme obligatoires et définitives témoigne, très généralement, d'une dépolitisation complète").

197 "[…] the terms 'political dispute' and 'legal dispute' refer to the decision-making process which is to be employed in respect of them, and not to the nature of the dispute itself. A dispute is a 'legal' dispute if it is to be resolved by authoritative legal decision, no matter what the component elements of that dispute. In other words, there is little reality in any definition of a political, or legal, question; what is relevant is the distinction between a political method and a legal method of solving disputes". Rosalyn Higgins, "Policy Considerations and the International Judicial Process", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 17, n.º 1, 1968, p. 74.

198 En el mismo sentido: "La verdadera distinción no recae en el objeto del litigio, sino en el mecanismo elegido para resolverlo, en referencia al derecho positivo o en equidad, *ex aequo et bono*, o incluso en pura oportunidad. La misma carta traduce esa distinción entre una solución diplomática y una solución 'en derecho'". Emanuel Decaux, "Chapitre 10: Règlement des Différends", p. 453 (traducción mía, original: "La véritable distinction no porte sur l'objet du litige, mais bien sur la méthode choisie pour le résoudre, en référence au droit positif ou en équité, ex æquo et bono, ou encore en pure opportunité. La charte traduit elle-même ce distinguo entre une solution diplomatique et une solution « en droit »").

Así las cosas, las divisiones o clasificaciones presentadas como enmarcadas en un contexto no deben entenderse como discursos que nacen en un periodo preciso y que mueren con la llegada de una nueva clasificación. Ellas provienen de sensibilidades que van oscilando en ciertos contextos, en donde ciertos discursos reaparecen de manera explícita (como la utilización concreta de un criterio antes utilizado) o implícita, oculta por aparentes cambios de criterios pero que contienen aspectos discursivos similares sobre los que no se presta atención directa. Esto sucede con la clasificación más sutil pero al tiempo más poderosa, entre lo político y lo jurídico en que está envuelta la mediación de manera residual.

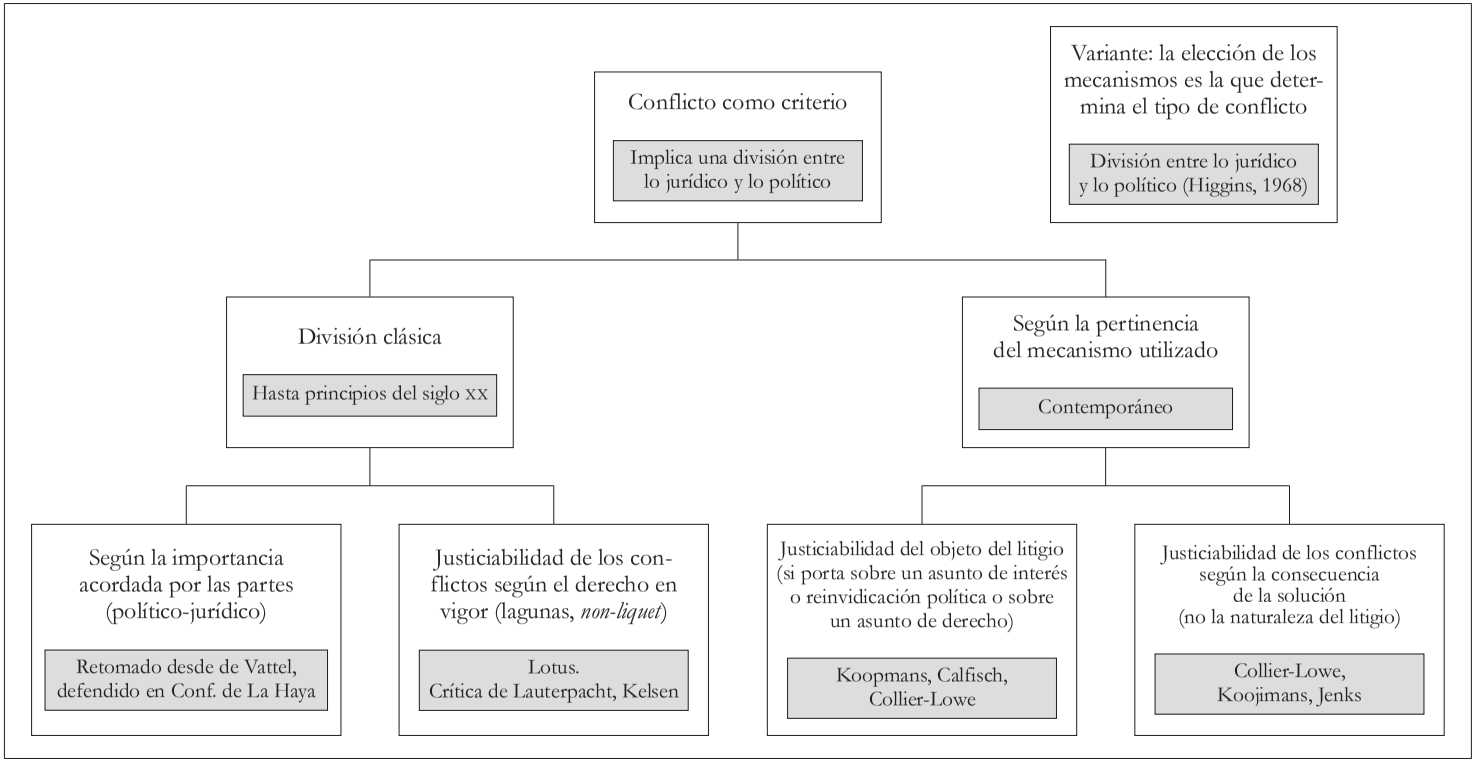
Con estas ideas en mente, se elaboraron los cuadros 1 y 2, en los que se trata de esquematizar las clasificaciones de los mecanismos de conflictos encontrados en la doctrina.

Sección 3
La objetividad como factor determinante de la juridicidad

Hemos visto que la división entre mecanismos jurisdiccionales (o jurídicos) y diplomáticos (o políticos) ha sido generalmente aceptada y utilizada por la doctrina como un hecho, pero al mismo tiempo no hay un criterio aceptado de manera unánime por la doctrina internacionalista como el elemento clave que los diferencia. Vimos también que las definiciones dadas por la doctrina dan cuenta de un esfuerzo particular por resaltar las diferentes características propias de los mecanismos jurisdiccionales. Esforzándose así en delimitar el núcleo esencial de este tipo de técnicas de resolución.

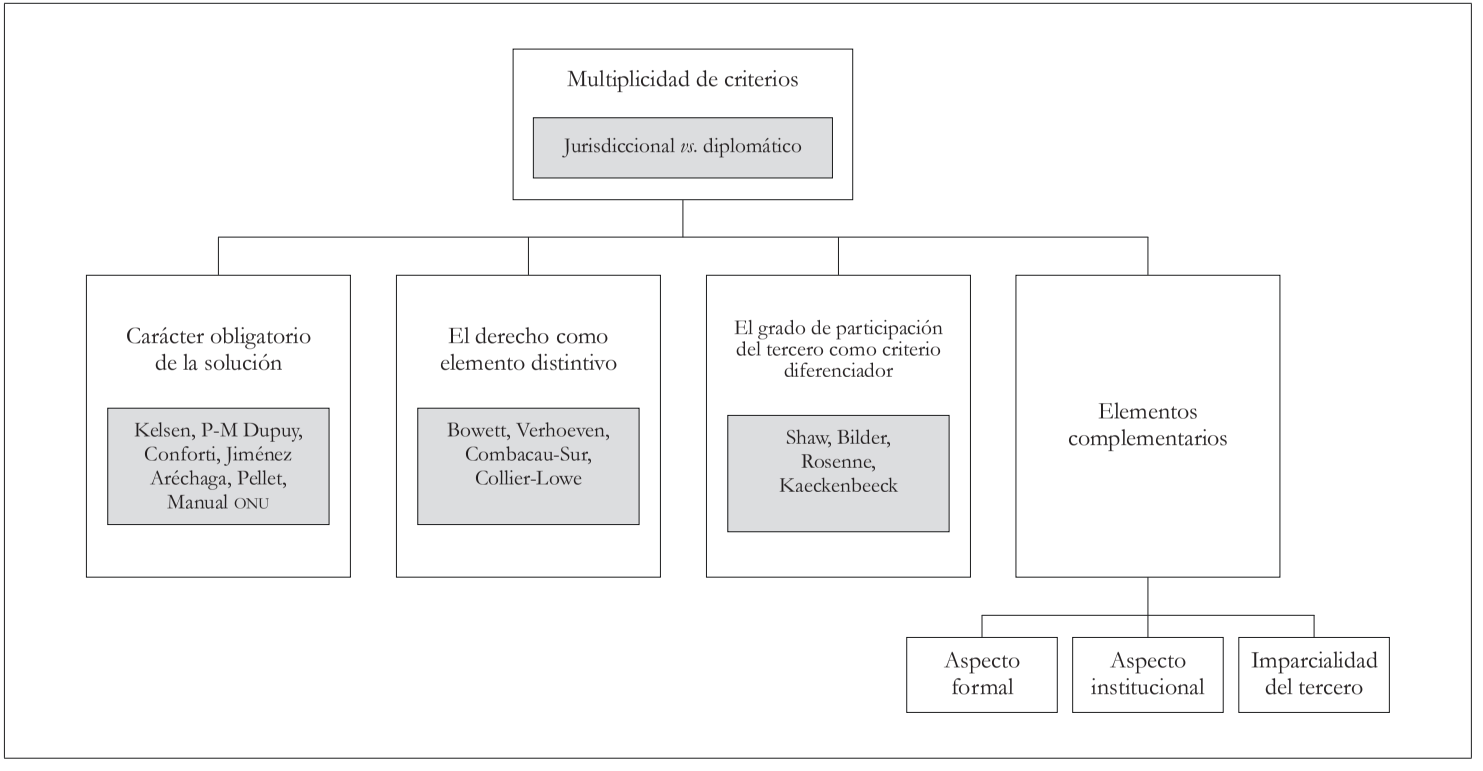
La flexibilidad inherente de los mecanismos diplomáticos hace que sea especialmente difícil describirlos y hacer una lista de elementos constitutivos fijos y excluyentes. De hecho, la oposición obligatorio-facultativo, basado en el derecho-basado en intereses o en la oportunidad, formal-informal y, así sucesivamente, no dan cuenta de la flexibilidad de los mecanismos diplomáticos. La flexibilidad de estos mecanismos les permite tomar o no en consideración cada uno de estos elementos sin que por ello se desnaturalice el mecanismo, pues si bien los mecanismos diplomáticos no son *necesariamente* obligatorios, ni formales, ni basados en el derecho, *pueden* ser obligatorios, formales o basados en derecho, si así lo acuerdan las partes.

Cuadro 1. Clasificación de los mecanismos
en el derecho internacional según el conflicto



Fuente: elaboración propia.

Cuadro 2. Multiplicidad de criterios de clasificación de los mecanismos en el derecho internacional



Fuente: elaboración propia.

La complejidad de los mecanismos diplomáticos se encuentra mejor representada en el criterio distintivo según el grado de participación del tercero. Su carácter gradual y matizado le permite incluir aspectos de varios elementos (solución obligatoria, aplicación del derecho, formalidad) sin que implique una oposición simple entre ellos y deja, por lo tanto, traslucir de forma más clara la flexibilidad característica de los mecanismos diplomáticos. Sin embargo, ya hemos mencionado también que este criterio, al tiempo que acepta los matices intermedios, incorpora una división entre mecanismos que va de los más jurídicos a los más políticos.

En realidad, esta forma de evaluar los grados de participación del tercero comparte con los otros criterios un denominador común: todos aspiran a mostrar que los mecanismos jurisdiccionales son los más *objetivos*. La objetividad parece ser el criterio distintivo común y esencial tras la mayoría de discursos acá estudiados. Todas las características (solución obligatoria, basada en derecho, procedimiento formal, decisión de un tercero imparcial) distinguen en el fondo entre lo más *objetivo* y lo más *subjetivo*. E incluso si el criterio sobre el grado de participación del tercero no impone una línea divisoria neta, ella presenta una zona gradual en donde el extremo más *objetivo* (con mayor intervención del tercero) es finalmente el más *jurídico*.

Esta tensión objetivo / subjetivo se encontraba presente ya en las clasificaciones clásicas estudiadas al comienzo de este capítulo. Según estos criterios, las características de los conflictos determinan un mecanismo de resolución más o menos objetivo. Por ejemplo, un conflicto es político porque contiene *intereses subjetivos* (por la importancia acordada por las partes o porque se considera que el conflicto recae sobre un *interés* y no sobre un *derecho*) y, por ende, no es justiciable y requiere de un mecanismo flexible, *subjetivo*, para ser resuelto. Por el contrario, un conflicto jurídico requiere una aplicación clara y exclusiva del derecho en vigor por un tercero imparcial, es decir, requiere una solución *objetiva*.

Es conocido que el énfasis en la objetividad del derecho internacional no es exclusivo de la distinción entre mecanismos de resolución pacífica de conflictos[199].

[199] Ni tampoco se circunscribe al derecho internacional. Este tema ha sido ampliamente tratado en los estudios críticos del derecho (*critical legal studies* [CLS]) en derecho interno. Véase, en particular, Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication: Fin de Siècle*, Cambridge: Harvard University Press, 1997. Para una introducción sobre los estudios críticos del derecho y otras corrientes críticas véase Mauricio García, Isabel Cristina Jaramillo y Esteban Restrepo, "Estudio preliminar", en *Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Mauricio García, Isabel Cristina Jaramillo y Esteban Restrepo (eds.), Bogotá: Ediciones Uniandes, Universidad Nacional de Colombia, 2006, pp. 7-56, y César Rodríguez, "Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial",

Martti Koskenniemi, internacionalista y diplomático finlandés y reconocido teórico crítico del derecho internacional, ha dicho en este sentido: "The fight for an international Rule of Law is a fight against politics, understood as a matter of furthering subjective desires and leading into an international anarchy". Por lo cual: "Organizing society through legal rules is premised on the assumption that these rules are objective in some sense that political ideas, views, or preferences are not"[200]. Para Koskenniemi, querer afirmar la objetividad absoluta del derecho y, en general, una idea de la primacía del derecho sobre la política "es pura ilusión"[201]. En su análisis demuestra que, incluso en un arreglo judicial, es imposible reivindicar la objetividad total[202].

Koskenniemi muestra que esta tensión entre objetividad del derecho y subjetividad de la política está presente en todas las corrientes doctrinales, incluso cuando se basan en aproximaciones contradictorias. Él constata que existen críticas doctrinales a la objetividad en distintos aspectos del derecho internacional, pero subraya que el

> mainstream scholarship remains unmoved by such criticisms. It points out that even if much of international law is in one sense or other "political", its core, namely the practice of dispute-settlement has independence from political ideologies and positions. It is objective in a way that politics is not[203].

Esta necesidad de defender la objetividad del derecho, expresada, en particular, en la resolución de conflictos, puede explicar ese deseo que hemos constatado en este capítulo en preferir los mecanismos jurisdiccionales. Todos los criterios

---

en *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Duncan Kennedy (ed.), Bogotá: Ediciones Uniandes, 1999, pp. 19-88.

200 Martti Koskenniemi, "The Politics of International Law", *European Journal of International Law*, vol. 1, 1990, pp. 6-7.

201 Emmanuelle Jouannet, "Présentation Critique", p. 22 (traducción mía, original: "est une pure illusion"). Por supuesto, la crítica de Koskenniemi va más allá del caso de resolución de conflictos que acá se muestra. Él demuestra que las contradicciones debidas al deseo de objetividad están presentes en otras áreas del derecho internacional. Él resume el presente dilema de las diversas corrientes internacionales así: "the structure of international legal discourse on all doctrinal spheres undermined the objectivity on which it constructed it self. In all spheres, lawyers are left with uncertainty and seemingly valid argument to challenge whatever conclusion they have come to. Moreover, they constantly make assumptions and enter into arguments which conflict with the way in which they initially defined 'law' as something separate from politics, ideologies, moral or religious theories and so on". Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, p. 515.

202 Véase, en particular, su análisis sobre la función judicial y los "casos difíciles" que le permiten concluir que: "subjective discretion is necessary", y esto a pesar de que: "The ICJ itself has frequently pointed out the objective-legal character of its function". Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, pp. 34 y 28.

203 *Ibid*., p. 24.

que son propuestos como diferenciadores de los mecanismos tienen un fondo de *objetividad* (que buscan ser también criterios de *juridicidad*) con respecto a los otros considerados *subjetivos* (y por ende *políticos*). En otras palabras, la necesidad de oponer lo que es objetivo de lo subjetivo, como criterio que a su vez opone lo jurídico de lo político, puede ayudar a explicar el poco interés de los internacionalistas frente a los mecanismos considerados subjetivos y el lugar poco importante que se le atribuye en el estudio del derecho internacional[204]. Pero, ¿es posible afirmar que puede haber algo de jurídico en esos mecanismos (tan políticos)? Si la juridicidad no se determina solamente según la objetividad de sus elementos, ¿cómo podemos determinar la juridicidad de un mecanismo de resolución de controversias? ¿Es posible hacerlo? En otras palabras ¿qué (si no es la objetividad) determinaría el lugar y la relevancia de un mecanismo en el derecho internacional?

Koskenniemi, al subrayar la imposibilidad de una *objetividad pura* del derecho (y de los mecanismos jurisdiccionales), busca demostrar la imposibilidad de erradicar la política del derecho internacional. Sin embargo, su análisis no se centra en los mecanismos diplomáticos ni nos permite evaluar su juridicidad (o no). Por ejemplo, podemos preguntarnos si para él la política es entendida como *subjetividad pura* (y en ese sentido si lo *jurídico* es en todo caso más *objetivo* que lo *puro político*). En otras palabras, en estos estudios la mediación y los mecanismos diplomáticos, las preguntas por su juridicidad y el lugar que ocupan en el derecho internacional siguen siendo un punto ciego.

Todas estas preguntas y, en general, la pregunta por la juridicidad de los mecanismos diplomáticos (y, en consecuencia, de la mediación), dejan entrever el lugar incómodo que estos mecanismos ocupan en el derecho internacional. No hay una única respuesta a estos interrogantes (ni es el interés de este estudio encontrarla) pues cada respuesta dependerá de la concepción del derecho internacional que se adopte. Por ejemplo, considerar que el derecho internacional (sobre la resolución pacífica de conflictos) se limita a la estricta función jurisdiccional, sin duda descartaría la pregunta por la juridicidad de los otros mecanismos. Sin embargo, también se puede considerar que, dado que solucionar las controversias de manera pacífica es una obligación jurídica (de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales), todos los

[204] Para Combacau y Sur la flexibilidad de estos mecanismos, la libertad de las partes y la diversidad de las aplicaciones posibles, hacen que, a excepción de la conciliación, todas las técnicas diplomáticas "requieran […] comentarios más sucintos". Jean Combacau y Serge Sur, *Droit International Public*, p. 563 (traducción mía, original: "appellent […] des commentaires plus succincts").

mecanismos propuestos por estos instrumentos que permitan cumplir con esta obligación serían jurídicos y parte del derecho internacional[205].

La pregunta por la juridicidad de los mecanismos de arreglo pacífico de controversias, en particular, de los mecanismos diplomáticos (incluyendo la mediación), depende de la manera de delimitar y concebir el derecho internacional. Los interrogantes y el lugar incómodo que su estudio refleja, dejan concluir que en el fondo sigue estando presente el dilema entre decidir si aceptar o rechazar (y cómo) toda relación entre la política y el derecho y, aún más, de decidir si es necesario otorgarle a la política un lugar propiamente dicho en el estudio del derecho internacional.

Pero esta no es la única pregunta que nos recuerda el lugar incómodo que estos mecanismos ocupan en el derecho internacional. Otra forma de examinar el lugar de la mediación en el derecho internacional se refiere a la "evolución" de este derecho. Algunos académicos consideran que la mediación tiene un lugar en el derecho internacional actual, pero que, en la medida en que este derecho "evolucione" su lugar tenderá a desaparecer para dar paso a mecanismos más "jurídicos" más "aptos" para ocupar un lugar permanente en el sistema jurídico internacional. Este aspecto es en especial evidente en la forma como la doctrina distingue la mediación de los demás mecanismos diplomáticos y será el tema del próximo capítulo.

[205] "For it should not be forgotten that it is the peaceful settlement of disputes and not adjudication as such which is called for by the Charter of the United Nations and other relevant instruments". Pieter Hendrik Kooijmans, "International Arbitration in Historical Perspective: Past and Present. Comments on a Paper by Professor L. B. Sohn", p. 30. Véase, también, Jorge Peirano Basso, *Buenos oficios y mediación: la práctica internacional en el último cuarto de siglo*, Montevideo: Idea, 1983, p. 24.

CAPÍTULO DOS

LA CONTROVERSIA SOBRE LA JURIDICIDAD DE LA MEDIACIÓN SEGÚN LOS ELEMENTOS DOCTRINALES QUE LA CARACTERIZAN

En el capítulo anterior sobre las distintas formas en que la doctrina internacionalista ha clasificado los mecanismos de resolución de controversias, vimos que la delimitación de un mecanismo como la mediación se ha dado más de forma residual con respecto al arreglo judicial y al arbitraje, que mediante un estudio a profundidad sobre esta. En ese capítulo se detectó a la objetividad como elemento diferenciador subyacente a otros criterios enunciados, atribuyéndosele una carga importante a la hora de determinar qué mecanismos de resolución pacífica de controversias son o no *jurídicos*.

Ahora me interesa ver cómo se ha entendido la mediación propiamente dicha, frente a los mecanismos que se clasifican habitualmente como ella (*políticos*, *diplomáticos*, *no obligatorios* o *no jurisdiccionales*). Con ello busco determinar si los criterios diferenciadores utilizados entre estos mecanismos difieren o se asemejan a los utilizados en la clasificación general, para después ver si estos criterios tienen repercusiones sobre la manera como se ha percibido la juridicidad de la medicación en el derecho internacional.

Como vimos en el capítulo precedente, los mecanismos que la doctrina internacionalista generalmente clasifica en el mismo grupo de aquellos en los que participa un tercero son los buenos oficios, la mediación internacional, las comisiones internacionales de investigación y la conciliación internacional. Las discusiones o confusiones principales se dan entre la mediación y los buenos oficios, por un lado, y entre la mediación y la conciliación, por otro. En este capítulo me centraré esencialmente en estos tres mecanismos, refiriéndome solo a las comisiones de investigación, en la medida en que se les considera el origen o precedente directo de la conciliación.

Sección 1
Mediación-buenos oficios: una cuestión de grado

A la mediación y los buenos oficios se les atribuye un antiguo origen consuetudinario, pero, a pesar de las innumerables referencias a estos dos mecanismos, la distinción entre uno y otro ha sido bastante confusa, tanto en la doctrina como

en los instrumentos jurídicos internacionales[206]. A menudo se les menciona simultáneamente, en ocasiones se les considera términos intercambiables y, en otras, se les concede una diferencia teórica pero no práctica. Tampoco hay unanimidad sobre si un término engloba al otro.

En donde sí hay unanimidad es en agrupar siempre a la mediación y a los buenos oficios en el mismo tipo de clasificación de mecanismos (ya sea que los denominen *políticos*, *diplomáticos*, *no jurisdiccionales*) y en considerar que entre ellos hay una diferencia de grado en la participación del tercero. Según esto, el tercero en los buenos oficios tiene un grado de participación menor o más vago que en la mediación y fácilmente puede pasar de un rol a otro. Esto ha llevado a que en muchos casos se considere que la diferencia entre ellos es simplemente una sutileza teórica sin repercusiones prácticas reales.

Resulta interesante darse cuenta que la diferenciación de grado, como elemento que distingue y a la vez acerca a la mediación de los buenos oficios, se mantiene a lo largo de los diferentes contextos y sensibilidades abordados en este estudio. Como veremos, las variaciones en la distinción de estos dos mecanismos se refieren más a cómo se manifiesta la diferencia de grado (participación del tercero, formalidad e institucionalidad del mecanismo, aceptación de las partes, entre otros), pero, por lo demás, se considera que ellos comparten una misma naturaleza jurídica y, por ende, numerosas características comunes (como el tipo de tercero, el resultado no obligatorio y la flexibilidad del mecanismo según el tipo de procedimiento o papel que las partes determinen).

§1. La codificación de La Haya: una diferencia más teórica que práctica

Ya hemos dicho que la mediación y los buenos oficios eran, junto con el arbitraje, los únicos mecanismos existentes hasta la codificación realizada con la Convención de La Haya de 1899. No es de extrañar, entonces, que a finales del siglo XIX múltiples estudios doctrinales se refirieran a la mediación y los buenos oficios. Estos estudios además de señalar el grado de intervención del tercero

206 En su estudio histórico sobre los mecanismos de resolución de conflictos, Jan Hendrik Willem Verzijl (sin distinguir entre mediación y buenos oficios) afirma: "The oldest method of assistance by third parties to bring about the settlement of international disputes is designated as either good offices or mediation". Jan Hendrik Willem Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, 8: Inter-State Disputes and their Settlement, p. 49. También véase: Patrick Daillier, Mathias Forteau y Alain Pellet, *Droit International Public*, p. 929; Vanessa Benalloul, "Les procédures diplomatiques de règlement des différends internationaux: Fondements, pratiques et perspectives", p. 133; Jean-Pierre Cot, *La Conciliation Internationale*, p. 32.

como elemento distintivo principal, incorporan una serie de variables como características de cada mecanismo que también los distinguirían. Algunos se concentran en el tema de la neutralidad del tercero, otros en la naturaleza que debe o puede tener el tercero y otros en la formalidad o generalidad del mecanismo o el tipo de resultado esperado.

Johann Caspar Bluntschli, abogado suizo, profesor de ciencia política en Heidelberg y partícipe importante en la redacción del Estatuto del Instituto de Derecho Internacional[207], considera que en los buenos oficios un tercero se limita a usar su autoridad o influencia moral y a dar buenos consejos para salir de una controversia[208] y que ellos "se transforman en mediación", cuando hay acuerdo de las partes en que el tercero, siempre de manera imparcial, se involucre en buscar un acuerdo[209]. Esto se asemeja a lo propuesto por Carlos Calvo, reconocido diplomático y doctrinante argentino, quien define los buenos oficios como "los pasos o los actos por los cuales una tercera potencia intenta abrir el camino para las negociaciones con las partes interesadas, o reanudar las negociaciones cuando son interrumpidas" y asegura que estos "se convierten en mediación cuando la potencia amiga no se limita a dar consejos, sino que, de acuerdo con las partes, se vuelve parte regular de las negociaciones abiertas, hasta su conclusión o su ruptura"[210].

Fyodor Martens, diplomático y profesor internacionalista ruso del periodo zarista, quien tuvo un destacado papel en nombre del Gobierno ruso durante la Primera Conferencia de Paz de La Haya de 1899[211], reconoce que los buenos

207 Koskenniemi dice que, por ejemplo, la redacción del Artículo 1 es de su autoría, en particular el énfasis en que éste debería ser un "órgano científico de la conciencia legal común", pero solamente "del mundo civilizado". Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1870-1960*, pp. 52-57.

208 Johann Caspar Bluntschli, *Le droit international codifié*, 2.ª ed., París: Guillaumin et cie, 1874, p. 274.

209 *Ibid*., p. 275.

210 Carlos Calvo, *Dictionnaire Manuel de Diplomatie et de Droit International Public et Privé*, Berlín: Puttkamer & Mühlbrecht, 1885, p. 54 (Bons Offices) (traducción mía, original: "Les bons offices sont les démarches ou les actes a moyen desquels une tierce puissance essaie d'ouvrir la voie aux négociations des parties intéressées, ou de renouer les négociations quand elles sont interrompues. […] Les bons offices se transforment en médiation lorsque la puissance amie ne se borne pas à donner des conseils, mais que, d'accord avec les parties, elle prend une part régulière aux négociations ouvertes, jusqu'à leur conclusion ou à leur rupture"). Vale la pena señalar que, si bien el autor señala esa diferencia de grado, también se refiere en ocasiones de manera indiferenciada a ellos. Así, en el momento de definir la mediación, dice que la *mediación política* ocurre "cuando un Estado amigo presta sus *buenos oficios* para arreglar y resolver cuestiones internacionales pendientes entre dos o más Estados" (*Ibid*., p. 258 Médiation) (traducción mía, original: "En politique la médiation se produit quand un Etat ami prête ses bons offices pour résoudre et régler des questions internationales pendantes entre deux ou plusieurs autres Etats").

211 Lauri Mälksoo, "Friedrich Fromhold von Martens (Fyodor Fyodorovich Martens) (1845-1909)", en *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Bardo Fassbender y Anne Peters (eds.), Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 1147-1148.

oficios y la mediación son a menudo confundidos, y cree que es preciso diferenciarlos. Para él, los buenos oficios son más vagos: el tercero ayuda a tratar de suavizar una controversia sin tomar un papel muy activo ni comprometido[212]. En cambio, la mediación tiene ciertas características formales que acentuarían su diferencia con los buenos oficios: el tercero debe ser aceptado como intermediario por las partes en un tratado formal en el que se estipulan los deberes y derechos del mediador y su papel debe ser continuo de principio a fin en las negociaciones. Para Martens el objetivo de la mediación

> no consiste en encontrar un compromiso o en terminar materialmente una disputa. La mediación debe tener por resultado un acuerdo formal consagrado en un tratado. Además, el mediador generalmente pone su firma en la parte baja del acta y de esta forma asegura su ejecución[213].

La participación más formal en las negociaciones también es el criterio diferenciador del francés Paul Pradier-Fodéré, para quien los buenos oficios ayudan a las partes de diferentes formas (a acercarlas, a preparar sus negociaciones, a darles recomendaciones, entre otros), pero no forman parte de las negociaciones, mientras que el mediador participa en las negociaciones de principio a fin[214].

Otro francés, Charles Fourchault, se esfuerza por matizar las diferencias entre los buenos oficios y la mediación señalándolas en los roles del intermediario o en la calidad de quien puede actuar como tercero. Así, en su tesis doctoral dedicada a la mediación internacional y finalizada en los albores del siglo XX y un año después de realizarse la Primera Conferencia de Paz de La Haya, considera que a pesar de que muchos autores e instrumentos jurídicos han confundido o tratado de manera indistinta la mediación y los buenos oficios, hay entre ellos diferencias que merecen ser resaltadas: (1) los buenos oficios pueden ejercerse sin que hayan sido formalmente aceptados por las partes o por el Estado al que se les solicita, puede incluso dársele a una sola parte o que cada parte reciba buenos oficios de terceros diferentes; (2) los buenos oficios no son, como la

212 Fedor Fedorovi de Martens, *Traité de droit international*, vol. III, París: Librairie A. Marescq ainé, 1887, p. 133.

213 *Ibid*., p. 136 (traducción mía, original: "Le but final de la médiation ne consiste pas à trouver un compromis ou à mettre en terme matériel à la lutte. La médiation doit avoir pour résultat un accommodement formel consacré par un traité. En outre le médiateur appose généralement sa signature au bas de cet acte en assure par là l'exécution").

214 Paul Pradier-Fodéré, *Traité de Droit International Public Européen et Américain, Suivant les Progrès de la Science et de la Pratique Contemporaines*, IX vols., vol. VI, París: Durand et Pedon-Lauriel, 1894, pp. 210-211 (Moyens Amiables: Bons Ofiices-Médiateur).

mediación, privilegio exclusivo de los Estados[215]; (3) los buenos oficios, a diferencia de la mediación, no se ejercen abiertamente: "El secreto más absoluto es exigido particularmente del Estado que da sus buenos oficios […]. En una palabra, mientras el mediador es un intermediario oficial, él es por su parte solamente un intermediario oficioso"[216]; (4) en los buenos oficios el intermediario no participa en las negociaciones de manera regular y continua; (5) en los buenos oficios no se puede exigir, como sí lo puede hacer el mediador, que todo le sea comunicado pues el tercero no cuenta con los mismos derechos de un mediador ni las partes con los mismos deberes, a saber: no están obligadas a suspender las hostilidades si se encuentran en guerra[217].

Cuando se celebró la Convención de La Haya de 1899[218], en ella se incluyeron los mecanismos de resolución pacífica de conflictos existentes hasta el momento y se añadió uno nuevo: las comisiones internacionales de investigación. La Convención de 1899 dedica su título II a los buenos oficios y la mediación internacional (arts. 2 al 8), el título III a las comisiones internacionales de investigación (arts. 9 al 14) y el título IV al arbitraje (arts. 15 al 19). Si bien se ha dicho varias veces que el principal objetivo de la convención era reforzar principalmente el arbitraje, en el texto de 1899 todos los mecanismos son desarrollados en un número equivalente de artículos. Durante la revisión hecha en la Conferencia de 1907, el interés claramente se inclina hacia las comisiones internacionales de investigación y el arbitraje. El texto de la nueva convención prácticamente no desarrolla ni modifica la parte dedicada a la mediación y los buenos oficios y en cambio sí añade una serie de artículos sobre el procedimiento de las comisiones de investigación (arts. 9 al 36) y del arbitraje (arts. 37 al 90).

A pesar de que uno de los objetivos de esta convención era codificar y detallar los diferentes mecanismos disponibles, no resulta claro para la doctrina si en el título II sobre los buenos oficios y la mediación se quieren codificar dos modalidades de resolución de controversias diferentes o si se trata de un mismo

215 Resulta interesante anotar que esta distinción que hace Fourchault entre el tipo de sujeto que puede ejercer como tercero en la mediación y los buenos oficios no es generalizada. En esta época, la naturaleza del tercero no es un aspecto abordado directamente, pero en la redacción de los textos de muchos doctrinantes se asume que son los Estados, único sujeto de derecho internacional reconocido entonces, quienes podrían fungir de terceros en cualquiera de los dos mecanismos.

216 Charles Fourchault, "De la Médiation", pp. 55-56 (traducción mía, original: "Le secret le plus absolu est exigé particulièrement de l'État qui donne ses bons offices […] En un mot, tandis que le médiateur est un intermédiaire officiel, il est seulement, quant à lui, un intermédiaire officieux").

217 *Ibid*. Varios de estos esfuerzos son retomados en la también tesis doctoral de 1911 dedicada a la mediación internacional, de otro francés, Jean Zamfiresco. Véase Jean Zamfiresco, "De la Médiation: Étude de Droit International".

218 Véase *supra* capítulo 1, sección 1, §1: La importancia otorgada por las partes o la subjetividad como criterio.

método con dos apelaciones. La confusión se da principalmente por la manera como están redactados los artículos que componen el título II de la convención. En él los artículos 2, 3 y 6 hacen referencia a los buenos oficios o la mediación[219], pero los artículos 4, 5 y 7 se refieren únicamente a la mediación[220].

Resulta difícil saber por qué se quiso mencionar la mediación y no los buenos oficios en ciertos artículos, debido a que no se dice nada al respecto en las discusiones de la época[221]. Pero el informe de la Comisión Tercera relativa al reglamento pacífico de conflictos internacionales de la Conferencia de 1899[222] y las memorias del delegado de Estados Unidos en la Conferencia de 1899 Frederick W. Holls[223], así como las memorias del periodista William Isaac Hull[224], muestran

219 Artículo 2: "En caso de grave disentimiento o de conflicto, antes de convocar a las armas, las Potencias Signatarias acuerdan recurrir, tanto cuanto las circunstancias lo permitan, a los buenos oficios o a la mediación de una o de varias Potencias amigas".
Artículo 3: "Independientemente de este recurso, las Potencias Signatarias, consideran útil que una o más Potencias, extrañas al conflicto, ofrezcan por iniciativa propia, tanto cuanto las circunstancias lo permitan, sus buenos oficios o la mediación a los Estados en conflicto.
Las Potencias extrañas al conflicto tienen el derecho de ofrecer los buenos oficios o la mediación, aún durante el curso de las hostilidades.
El ejercicio de este derecho, no puede ser jamás considerado por una u otra de las Partes en controversia como un acto poco amistoso".
Artículo 6: "Los buenos oficios y la mediación, ya sea a requerimiento de las Partes en controversia o por iniciativa de las Potencias extrañas al conflicto, tienen exclusivamente el carácter de consejo y no tienen jamás fuerza obligatoria".

220 Artículo 4: "El papel del mediador consiste en reconciliar las pretensiones opuestas y en apaciguar los resentimientos que puedan haber surgido entre los Estados en conflicto".
Artículo 5: "Las funciones del mediador cesan en cuanto una de las Partes en controversia o el mediador ha hecho constar que los medios de conciliación propuestos por éste no son aceptados".
Artículo 7: "La aceptación de la mediación no puede tener el efecto, salvo acuerdo en contrario, de interrumpir, retardar u obstaculizar la movilización u otras medidas preparatorias de guerra.
Si la mediación ocurre después del inicio de las hostilidades, ésta no interrumpe, salvo acuerdo en contrario, las operaciones militares en curso".

221 Esto hace que Verzjil se pregunte si no se trata de un simple problema de redacción: "[…] perhaps this is only due to the linguistic difficulty of chaperoning the 'mediator' of the former Articles with a 'good officer'". Jan Hendrik Willem Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, 8: Inter-State Disputes and their Settlement, p. 50.

222 Acudir a los informes de la Comisión Tercera relativa al reglamento pacífico de conflictos internacionales de la Conferencia de 1899 para tratar de dilucidar este interrogante no resulta muy exitoso. Allí se dice que "Los buenos oficios pueden distinguirse en ciertos aspectos de la mediación", pero que "estos mecanismos de acción se diferencian menos por su naturaleza que por su participación / penetración más o menos importante en la esfera de acercamientos amigables". El comentario acepta que a menudo existe una confusión práctica pues "Los actos diplomáticos no insisten en esta distinción" y concluye: "La presente Convención concierne a la interposición conciliadora, en su doble forma". Véase Troisième Commission de la Conférence Internationale de la Paix de 1889 Relatif Au Règlement Pacifique Des Conflits Internationaux, "Rapport", p. 29 (traducción mía, original: "Les bons offices peuvent être distingués à certains égards de la médiation"; "ces moyens d'action se différencient moins par leur nature que par leur pénétration plus ou moins grande dans la sphère des rapprochements amiables"; "Les actes diplomatiques n'insistent pas sur cette distinction" y "La présente Convention vise, sous sa double forme, l'interposition conciliatrice").

223 Holls explica en sus memorias de la Conferencia: "There is a nominal difference only, between good offices and mediation, and practically both of these means of action are distinguished less by their intrinsic quality, than by the extent to which they contribute toward a friendly understanding. In other words, good offices constitute a mild and more general form of mediation".

que para los comisionados había una diferencia de grado entre los tipos de participación. Podemos decir, entonces, que la distinción conceptual entre la mediación y los buenos oficios sí fue discutida y que se quisieron incorporar las dos formas de participación de un tercero, pero que para la convención los dos mecanismos tenían un trato intercambiable.

La confusión sobre lo que se quería o no decir en esta convención es un tema que ha intrigado también a comentaristas posteriores de las conferencias de La Haya. En la extensa enciclopedia histórica hecha a mediados del siglo XX por el tratadista neerlandés Jan Hendrik Willem Verzijil, se dice que las conferencias son uno de los pocos instrumentos jurídicos que hacen una diferencia entre estos dos mecanismos, sin que por ello sea claro en qué difieren exactamente[225]. Por su parte, en la tesis doctoral del doctrinante francés Jean-Pierre Cot se dice que la incorporación de los dos mecanismos en el mismo título de la convención muestra la imposibilidad de distinguirlos *jurídicamente*, distinción que, según él, interesa principalmente a la doctrina a pesar de que la práctica ha probado lo contrario[226]. Así mismo, el manual elaborado sobre la resolución pacífica de conflictos por la Oficina de Asuntos Jurídicos, División de Codificación de Naciones Unidas, afirma que en estas convenciones los buenos oficios son tratados como intercambiables con la mediación[227] lo cual explicaría por qué en la práctica no es posible distinguir entre sus roles.

En realidad, el debate durante la Conferencia de 1899 no giró en torno a distinguir entre la mediación y los buenos oficios, pero sí sobre la forma en que quedaban estos mecanismos redactados para contrarrestar los temores y desconfianza

---

Y continúa: "Very often mediation follows the extending of good offices, and a third Power which has begun to reestablish relations between two Powers in conflict is requested to participate in the further negotiations: sometimes even to conduct them. Diplomatic usage therefore makes no real distinction between good offices and mediation, the present treaty in using both expressions looks simply toward a conciliatory interposition". Frederick W. Holls, *The Peace Conference at The Hague. And Its Bearings on International Law and Policy*, p. 177.

224 Hull, miembro de la asociación de periodistas de La Haya durante la segunda conferencia de 1907, cuenta que durante la Conferencia de 1899, el relator de la III Comisión explicó las diferencias entre los buenos oficios y la mediación así: "[…] the former [good offices] are considered more friendly an less definite that the latter [mediation], and are often followed by a "mediation" in which the third power, having extended its good offices, is called upon to act as mediator between the combatants". Véase William Isaac Hull, *The Two Hague Conferences and Their Contributions to International Law*, p. 267.

225 Jan Hendrik Willem Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, 8: Inter-State Disputes and their Settlement, p. 50.

226 Jean-Pierre Cot, *La Conciliation Internationale*, p. 33. Politis cree también que las convenciones de La Haya confunden (infortunadamente, en su opinión) los buenos oficios y la mediación. Véase Nicolas Politis, "L'Avenir de la Médiation", p. 140.

227 ONU, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, p. 33.

de los Estados pequeños sobre los posibles excesos que las grandes potencias podían adjudicarse para intervenir en sus asuntos[228]. Recordemos el sentimiento de la época, de cierta manera ambivalente ante el derecho, mencionado en el capítulo anterior: el optimismo y la fe en el derecho, que se manifestaban en la importancia dada a codificar los mecanismos de resolución de conflictos como forma de fortalecerlos, pero la desconfianza entre las potencias y la protección a ultranza de lo que consideraban asuntos soberanos. En este sentido, Hull explica que para tranquilizar los miedos de los Estados pequeños fue expresamente estipulado que la mediación y los buenos oficios "tienen exclusivamente el carácter de consejo y no tienen jamás fuerza obligatoria" (art. 6).

Este miedo se manifestó durante las discusiones del artículo 2, primero del título consagrado a la mediación y los buenos oficios, el cual finalmente contiene dos limitaciones al empleo de estos mecanismos. Por un lado, el uso de la mediación y los buenos oficios es limitado a casos de "grave disentimiento o de conflicto, antes de convocar a las armas", descartando así toda otra situación "menor"[229]. Por otro lado, no hay obligación incondicional de recurrir a la mediación o a los buenos oficios, pues el artículo 2 consagra que las partes se comprometen solamente a hacerlo "tanto cuanto las circunstancias lo permitan".

Esta última limitación fue muy debatida en el seno de la comisión. Ciertas delegaciones que querían consagrar la mediación obligatoria consideraron que la inclusión de esta cláusula significaba retroceder un paso en la materia[230]. Pero estas propuestas fueron vivamente rechazadas por otras que temían una limitante a su soberanía. Así, Philippe Zorn, delegado alemán y gran opositor de la mediación obligatoria, afirmaba que si no se limitaba así a la mediación esto significaría que

228 Al respecto dice Cot: "La lectura de los debates de La Haya dedicados a la mediación, deja ver más miedos que esperanzas. Las potencias medianas y pequeñas dudan que un gran Estado use como pretexto una controversia menor para intervenir en sus asuntos e imponer su solución". Jean-Pierre Cot, *La Conciliation Internationale*, p. 34 (traducción mía, original: "La lecture des débats de La Haye consacrés au profit de la médiation laisse entrevoir plus de craintes que d'espoirs. Les petites et moyennes puissances redoutent qu'un grand Etat ne prenne prétexte d'une contestation mineure pour intervenir dans leurs affaires et imposer sa solution").

229 Esta voluntad de limitar los conflictos graves está expresamente incluida en el informe de la Tercera Comisión, en el cual se lee "La esfera de gravitación de los buenos oficios y de la mediación es la de desacuerdos graves que pongan en peligro el mantenimiento de las relaciones pacíficas. Fuera de esto, su intervención podría constituir una injerencia sin razón de ser y no estaría exenta de peligro". Troisième Commission de la Conférence Internationale de la Paix de 1889 Relatif Au Règlement Pacifique Des Conflits Internationaux, "Rapport", p. 29 (traducción mía, original: "La sphère de gravitation des bons offices et de la médiation est celle des dissidents graves qui mettent en danger le maintien des relations pacifiques. Hors de là, leur intervention pourrait constituer une ingérence sans raison d'être et non sans danger").

230 Se consideraba un retroceso con respecto a lo que se tenía por progreso logrado en la Conferencia de Berlín de 1885. Véase *supra* capítulo preliminar, §4: Algunos antecedentes.

> no solamente el artículo 2, sino toda la convención fuera absolutamente inaceptable. Ningún Estado, consciente de su dignidad podría, al igual que las grades potencias, dejarse constreñir en la satisfacción de sus intereses al punto que lo haría este texto sin la válvula de escape de la cláusula[231].

Finalmente, el informe de la Comisión Tercera concluye que "[e]s prudente no exponer la ejecución de una estipulación de este tipo a resistencias que podrían llegar a quebrantar la autoridad de toda la Convención"[232].

Esto llevó a que se incluyera una cláusula en el artículo 3 en el que se habla del derecho de todo tercero a ofrecer sus buenos oficios o mediación "tanto cuanto las circunstancias lo permitan" sin que esto pueda "ser jamás considerado por una u otra de las Partes en controversia como un acto poco amistoso". Se buscaba así fortalecer la oferta de mediación y buenos oficios, pero la desconfianza de una posible interpretación amplia de este "derecho" produjo una redacción moderada[233].

§2. La Organización Internacional como tercero

Después de las convenciones de La Haya, los dos principales tratados internacionales vinculantes a escala global que tienen relación con la paz y la resolución de controversias se desprenden de la creación de las dos grandes OI creadas después de las dos guerras mundiales para tratar de asegurar la paz entre las naciones, a saber: el Pacto de la Sociedad de Naciones y la Carta de la ONU. Se ha dicho que la creación de estas organizaciones implica una nueva forma "institucionalizada" de los mecanismos de resolución de conflictos, pero estos

231 Philippe Zorn, "Pour Apprécier la Conférence de La Haye", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, vol. 21, 1904, p. 238 (traducción mía, original: "non seulement l'article 2, mais la convention entière serait absolument inacceptable. Aucun État, conscient de sa dignité ne pourrait, pas plus que les grands puissances, se laisser lier dans la satisfaction de ses intérêts au point où le ferait ce texte sans la soupape de la clause").

232 Troisième Commission de la Conférence Internationale de la Paix de 1889 Relatif Au Règlement Pacifique Des Conflits Internationaux, "Rapport", p. 30 (traducción mía, original: "Il peut être prudent de ne pas exposer l'exécution d'une telle stipulation à des résistances de nature à ébranler l'autorité de toute la Convention").

233 Nuevamente, las palabras del relator de la comisión muestran el esfuerzo por dar seguridad a las partes: "Un temperamento práctico se logró acá nuevamente, en la disposición principal. La reserva "tanto cuanto las circunstancias lo permitan" indica expresamente que no se trata acá de alentar conductas que no estén marcadas por el sello de la prudencia, de la oportunidad, de una sabia apreciación de los eventos y de un sincero deseo de pacificación". *Ibid*., p. 31 (traducción mía, original: "Un tempérament pratique est apporté, ici encore, à la disposition principale. La réserve "en tant que les circonstance s'y prêtent" indique nettement qu'il ne s'agit pas de donner carrière à des démarches qui ne seraient point marquées de sceau de la prudence, de l'opportunité, d'une sage appréciation des évènements et d'un sincère désir de pacification").

tratados no aportan cambios sustanciales a la manera como se entienden o diferencian los mecanismos, incluyendo los buenos oficios y la mediación[234].

El Pacto de la Sociedad de Naciones no menciona directamente ningún mecanismo de resolución "diplomático" y, por ende, no aborda los elementos diferenciadores entre uno y otro. Simplemente, se limita a dejar entrever la existencia de estos mecanismos cuando afirma en su artículo 13§1 que una controversia será sometida a un arreglo arbitral o judicial "si esta divergencia no pudiese solucionarse satisfactoriamente por la vía diplomática". Por su lado, el artículo 33 de la Carta constitutiva de la ONU, en donde se enlistan los mecanismos a los que las partes pueden acudir para resolver sus controversias, no detallan ninguno de los mecanismos y los buenos oficios no están siquiera mencionados en la lista. Esto ha sido entendido por algunos como una muestra de que los dos son intercambiables entre sí (o que son apelaciones diferentes de un mismo mecanismo)[235] y por otros como una laguna de la Carta[236].

En cuanto a la doctrina, la diferencia de grado seguirá siendo el elemento distintivo predominante entre los buenos oficios y la mediación internacional durante todo el siglo XX. Durante la primera mitad del siglo XX se encuentran referencias según las cuales el tercero en los buenos oficios se limita a impulsar la comunicación entre las partes y a reanudar las negociaciones mientras que en la mediación puede, además, examinar el fondo de la controversia y sugerir soluciones[237].

234 Estas dos organizaciones marcan sin duda una importante pauta en la manera como se entiende el papel de la paz y la resolución pacífica de conflictos en derecho internacional. En el próximo capítulo examinaré la manera como es entendida la mediación en el marco de estas dos organizaciones, sus repercusiones y diferencias. Véase *infra* capítulo 3: La mediación en el marco institucional: la Sociedad de Naciones y la ONU.

235 Jean-Pierre Quéneudec, "Article 33", p. 567.

236 Christian Tomuschat, "Article 33", en *The Charter of the United Nations. A Commentary*, vol. 1, Bruno Simma (ed.), Oxford, Nueva York: Oxford University Press, 2002, p. 590. Como lo veremos más adelante (véase *infra* capítulo 3, sección 2: La creación de la ONU: La prohibición de la fuerza y la preponderancia de lo político sobre lo jurídico), en el sistema onusiano ha habido otros instrumentos, ya no de manera vinculante sino mediante declaraciones o informes de organismos, que incluyen tanto los buenos oficios como la mediación. Véase, por ejemplo, Asamblea General de la ONU, "Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales" y otros ejemplos en ONU, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, pp. 33-44.

237 Henri Bonfils, *Droit International Public (Droit des Gens)*, p. 593; Charles Dupuis, "Règles Générales du Droit de la Paix", p. 227; Stélio Séfériadès, "Principes Généraux du Droit International de la Paix", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 34, 1930-IV, pp. 452-453; Baron Edouard-Eugène-François Descamps, "L'Influence de la Condamnation de la Guerre sur l'Évolution Juridique Internationale", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 31, 1930-I, p. 532. Es interesante señalar que para el jurista y diplomático belga, Georges Kaeckerbeeck, son tres los métodos de participación de un tercero que vale la pena distinguir: los buenos oficios, la mediación y el arbitraje. En cuanto a las comisiones de investigación y la conciliación, considera que son variaciones de estos tres métodos originales: "Me parece útil […] considerar los buenos oficios, la mediación y el arbitraje, como los tres métodos de intervención de un tercero con el objetivo de ayudar a mantener o restablecer la paz: el arbitraje substituyendo

También, en algunos autores sigue presente la diferencia de grado en la formalidad del mecanismo[238] y se sigue considerando de manera general que el tercero es en ambos casos un Estado y que es necesario que los terceros sean imparciales para evitar el temor constante a que la participación derive en una intervención no deseada[239]. Sobre este último punto es común seguir encontrando referencias al temor de intervención estatal disfrazada de mediación[240] y algunos llamados a una "evolución" de la mediación en la que los terceros sean individuos en lugar de Estados para evitar la desviación a la intervención[241].

---

la falta de acuerdo de las partes de una decisión que las vincule, la mediación conciliando las propuestas o consejos de pretensiones opuestas, y los buenos oficios formando una categoría inferior y menos precisa de intervención, que se ocupa menos directamente del contenido propio del conflicto y más de los mecanismos de establecer o mantener los contactos entre las partes o de crear un ambiente más favorable para la discusión o el acuerdo. Por lo demás, solo debemos ver tipos de intervención, no tratemos de establecer entre ellos barreras lógicas, sino considerémoslos mejor como una gama o un *crescendo* ininterrumpido tendiente hacia un mismo objetivo: mantener o restablecer la paz, es decir, el acuerdo entre las partes en conflicto". Georges Kaeckenbeeck, *De la Guerre à la Paix*, p. 26 (traducción mía, original: "Il me paraît utile, […] de considérer bons offices, médiation et arbitrage comme trois méthodes types d'intervention de tiers en vue d'aider au maintien ou au rétablissement de la paix : l'arbitrage substituant au manque d'accord des parties une décision qui les lie, la médiation consistant à concilier par des propositions ou des conseils les prétentions opposées, et les bons offices formant une catégorie inférieure et moins précise d'intervention, moins directement occupée du contenu même du conflit que des moyens d'établir ou de maintenir des contacts entre les parties ou de créer une ambiance plus favorable à la discussion et à l'accord. Pour le reste, ne voyons là que des types d'intervention, ne cherchons pas à établir entre elles des barrières logiques, mais considérons-les plutôt comme une gamme ou un crescendo interrompu tendant vers le même but : maintenir ou rétablir la paix, c'est-à-dire l'accord entre parités en conflit").

238 Henri Bonfils, *Droit International Public (Droit des Gens)*, p. 594.

239 Politis reafirma esta necesidad de imparcialidad para el buen ejercicio de la mediación, al tiempo que expone sus dudas frente a la posibilidad real de encontrarla: "Para que la mediación pueda ser exitosa […], hace falta ante todo que el mediador inspire confianza a las dos partes por igual, que su imparcialidad y sabiduría sean reconocidas e indiscutibles para las partes. Se requieren tantas y tan grandes cualidades en el mediador que la mayoría de las veces resulta imposible de encontrar". Nicolas Politis, "L'Avenir de la Médiation", p. 157 (traducción mía, original: "Pour que la médiation puisse réussir […], il faut avant toute chose que le médiateur inspire également confiance aux deux parties, que son impartialité, sa sagesse soient de part d'autre reconnues et incontestées. Tant et de si grandes qualités sont nécessaires chez le médiateur que la plupart du temps il demeure introuvable").

240 Fauchille afirma, por ejemplo, que la mediación es "un procedimiento delicado, en el cual hace falta una gran prudencia. La proposición puede algunas veces tener un carácter hiriente. Puede dejar entrever un cierto deseo de prepotencia, una oculta tendencia hacia la dominación". Fauchille, *Traité de Droit International Public*, Ier, 3ème Partie, p. 518 (traducción mía, original: "Démarche délicate, dans laquelle on ne saurait apporter une trop grande prudence. La proposition peut avoir parfois un caractère blessant. Elle déguise mal quelquefois un désir de prépotence, un secret penchant à la domination"). Así mismo, Dupuis considera que "La mediación ha jugado desde hace mucho tiempo un gran rol en la historia, pero ella ha sido a menudo el preludio de intervenciones, lo cual la ha hecho un poco sospechosa" (traducción mía, original: "La médiation a joué un grand rôle dans l'Histoire, et depuis fort longtemps, mais elle a été souvent le prélude d'interventions, ce qui l'a rendue quelque peu suspecte"). Charles Dupuis, "Règles Générales du Droit de la Paix", p. 227. Véase también, Jean Efremoff, "La Conciliation Internationale", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. III- t 18, 1927, pp. 8 y ss.

241 "Si la elección de un mediador común es difícil, es porque hasta ahora se le ha buscado allí donde es casi imposible de encontrar. Solo se ha pensado en los Estados. Porque históricamente ellos han

Ya hemos mencionado que a mediados del siglo xx, después de la Segunda Guerra Mundial, se crearon las Naciones Unidas, esto se da en medio de un cambio de sensibilidad de un optimismo a un pesimismo jurídico y que este pesimismo jurídico sigue empeorando con la Guerra Fría[242]. Pero estos cambios profundos de sensibilidades ocurridos desde mediados del siglo xx no parecen tener repercusiones mayores en cómo se entiende y distingue la mediación y los buenos oficios en la doctrina de la época. Durante y después de la Guerra Fría, la distinción de grado se mantuvo. Para la mayoría, esta distinción se enfoca en el grado de participación del tercero[243], para otros también está enmarcada en una mayor o menor institucionalidad o formalidad[244].

Tal vez la diferencia más llamativa en la doctrina posterior a la segunda mitad del siglo xx hasta nuestros días, estriba en quién puede fungir como mediador,

---

sido los primeros mediadores, se ha terminado por ver en ellos los únicos mediadores posibles. Sin embargo, […] los Estados no tienen normalmente las cualidades necesarias para ser mediadores […]. [La mediación,] a medida que se despoja de su forma política para convertirse en un instrumento normal de paz, debe pasar de los Estados a los conciliadores de profesión. Hecha fuera de los Estados, por hombres o corporaciones reputadas por su sabiduría, moderación y honorabilidad, la búsqueda de un mediador sería más fácil, y los consejos de un intermediario de esta forma escogido tendrían más peso". Nicolas Politis, "L'Avenir de la Médiation", p. 159 (traducción mía, original: "Si le choix d'un médiateur commun est difficile, c'est que jusqu'ici, on l'a cherché là où il est presque introuvable. On n'a songé qu'aux États. Parce qu'historiquement ils ont été les premiers médiateurs, on a fini par voir en eux les seuls médiateurs possibles. Or, […] les États n'ont pas ordinairement les qualités nécessaires pour être des médiateurs. […]. [La médiation,] á mesure qu'elle se dépouille de sa forme politique pour devenir un instrument normal de paix, doit passer des États à des conciliateurs de profession. Faite, en dehors des États, dans les rangs des hommes ou des corporations réputés par leur sagesse, leur modération, leur honorabilité, la recherche d'un médiateur serait plus aisée, et les conseils d'un intermédiaire ainsi choisi auraient plus de poids"). Véase, también, Henri Bonfils, *Droit International Public (Droit des Gens)*, p. 600.

242 Véase *supra* capítulo 1, sección 2: ¿Multiplicidad contemporánea de criterios?

243 Así, encontramos que el manual sobre mecanismos de resolución pacífica de conflictos de la ONU afirma que: "[t]he third party exercising good offices normally seeks to encourage parties to the dispute to resume negotiations, thus providing them with a channel of communication. However, there are cases in which the third party exercising good offices is authorized to do more than merely act as a go-between and is allowed to take active part in the dispute settlement process, by making proposals for its solution and holing meetings with the parties to the dispute to discuss such proposals. In such situations, the third party in question may be considered as not only contributing his good offices but also as undertaking mediation". ONU, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, p. 33. Véase Rudolf L. Bidschedler, "Good Offices", *Encyclopedia of Public International Law*, Rudolf Bernhart (ed.), vol. 1: Settlement of Disputes, Amsterdam, Nueva York, Oxford: North-Holland, 1981, pp. 67-69; Rudolf L. Bidschedler, "Conciliation and Mediation", *Encyclopedia of Public International Law*, Rudolf Bernhart (ed.), vol. 1: Settlement of Disputes, Amsterdam, Nueva York, Oxford: North-Holland, 1981, pp. 47-51; Isaac Paenson, *Manuel Anglais-Français-Espagnol-Russe de la Terminologie du Droit International Public (Droit de la Paix) et des Organisations Internationales*, Bruxelles: Bruylant, 1983, pp. 576 y ss. (B. Règlement amiable de différends entre Etats - Procédés diplomatiques); Christian Tomuschat, "Article 33", p. 590; John P. Grant y J. Craig Barker, *Parry and Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law*, 2.ª ed., Nueva York, Londres, Roma: Oceana, 2004, pp. 206, 311 (Good Offices, Mediation).

244 Sobre la diferencia de grado enmarcada en una mayor o menor institucionalidad, formalidad o marco legal, véase John Greenwood y Vaughn Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law.*

cambios que coinciden con la creación de la ONU y el fortalecimiento y consolidación de la OI y su reconocimiento como sujeto de derecho internacional. Así, se reconoce que, tanto para la mediación como para los buenos oficios, el tercero puede ser no solo un Estado, sino también una OI[245] (bien sea un representante suyo o un órgano) y, después, individuos y organizaciones no consideradas aún sujetos de derecho internacional[246]. Incluso, hay autores para quienes acudir a un individuo es un recurso cada vez más frecuente, precisamente porque pueden levantar menos suspicacias frente a si están actuando en su propio interés o si quieren inmiscuirse en los asuntos internos de otro Estado[247]. Así mismo, la estricta necesidad de imparcialidad exigida al tercero mediador es un criterio que empieza a encontrar voces contradictoras. Algunos consideran que el mediador puede ejercer su poder e influencia[248] llegando en ocasiones a afirmar contundentemente que "la mediación no es imparcial"[249].

Vemos entonces que, de manera general, la idea de que la diferencia entre la mediación y los buenos oficios es la intensidad o el grado de participación del tercero ha sido una constante en la doctrina internacionalista, pero se han modificado algunos de los elementos con que se diferencia ese grado o intensidad.

Institutions and Procedures, pp. 7 y ss.; Patrick Daillier, Mathias Forteau y Alain Pellet, *Droit International Public*, p. 928 y Jean Combacau y Serge Sur, *Droit International Public*, p. 563.

245 Véase, por ejemplo, Paul Guggenheim, *Traité de Droit International Public*, II, p. 200.

246 Después de la segunda mitad del siglo XX la mayoría de autores especifican quién debe ser el tercero y, cuando lo hacen, incluyen además de los Estados a las OI, sus órganos y generalmente también a individuos y organismos independientes. Véase, por ejemplo, ONU, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, pp. 33 y ss.; John Greenwood Collier y Vaughn Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law. Institutions and Procedures*, p. 27; Patrick Daillier, Mathias Forteau y Alain Pellet, *Droit International Public*, p. 930; Benedetto Conforti, *Diritto Internazionale*, p. 436; Antonio Cassese, *International Law*, p. 280; Rudolf L. Bidschedler, "Conciliation and Mediation", p. 47. Sin embargo, Paeson sigue afirmando que es un o unos Estados los que actúan de terceros y Carreau considera que, aunque puede ser por un individuo, la mayoría de las veces lo hace un Estado. Véase Isaac Paenson, *Manuel Anglais-Français-Espagnol-Russe de la Terminologie du Droit International Public (Droit de la Paix) et des Organisations Internationales*, p. 576 y Dominique Carreau, *Droit International*, 10.ª ed., París: Pedone, 2009, p. 547.

247 "[E]l recurso a personalidades, antes muy excepcional, se ha vuelto más frecuente […] [N]o se sospechará de que un particular actúe en su propio interés o de querer inmiscuirse en los asuntos internos de otros Estados". Patrick Daillier, Mathias Forteau y Alain Pellet, *Droit International Public*, p. 930 (traducción mía, original: "[L]e recours à des personnalités, autrefois très exceptionnel, est devenu plus fréquent […] un particulier ne sera guère suspecté d'agir dans son intérêt propre ou de vouloir s'immiscer dans les affaires intérieures d'autres États").

248 Bidschedler lo dice concretamente con respecto a los Estados como mediadores, sin que quede claro si en el caso de una OI o individuo esto no fuera posible o deseable. Bidschedler dice: "When States act as mediators, they can also bring their own influence and power to bear", Rudolf L. Bidschedler, "Conciliation and Mediation", p. 48.

249 Según Caflisch, el mediador no es imparcial y no sugiere un tipo de solución "por pura caridad, sino que persigue también su propia ventaja política". Lucius Caflisch, "Cent Ans de Règlement Pacifique des Différends Interétatiques", p. 281 (traducción mía, original: "par pure charité, mais poursuit aussi son propre avantage politique").

Es así como la exigencia de que el mediador sea un Estado se ha ido perdiendo a medida de que las OI se han fortalecido y aceptado como sujetos de derecho internacional y que individuos y otras organizaciones se han desempeñado como exitosos mediadores.

§3. Paréntesis regional: la distinción de los buenos oficios y la mediación en el Pacto de Bogotá

Si bien en este estudio mi interés principal es enfocarme en cómo se ha entendido y clasificado la mediación en los estudios doctrinales que podemos denominar mayoritarios o *mainstream*, es decir, aquellos que se hacen o discuten desde los centros dominantes de debate y elaboración del derecho internacional (y, por ende, eurocéntricos hasta mediados del siglo XX, y luego más estadounicéntricos a partir de esa época), en este punto voy a hacer un breve paréntesis regional. Esto lo hago pues a pesar de que los tratados en el contexto global no se detienen en definir los mecanismos diplomáticos, ni mucho menos en diferenciar entre la mediación y los buenos oficios, sí lo hace el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas de 1948 (conocido como el Pacto de Bogotá).

Sin llegar a profundizar tanto en lo que implica hablar de sensibilidad latinoamericana, podemos decir, brevemente, que doctrinantes internacionalistas en la región latinoamericana y desde su independencia, han reivindicado ciertas particularidades del derecho internacional en la región y aportes que desde allí se han hecho al derecho internacional global. Las particularidades latinoamericanas muchas veces han ido de la mano con un esfuerzo por mostrarse semejantes y, por ende, parte de las naciones "civilizadas". Así, desde el siglo XIX hay representantes de la región en los debates globales[250] que se esforzaron desde muy temprano después de la independencia, por demostrar que la región era digna heredera de la cultura europea y, por tanto, sus naciones debían ser reconocidas como soberanas, en igualdad de condiciones con sus pares europeos. Esto contrasta con otras regiones que luego de liberarse del yugo colonial han mostrado su inconformidad con las imposiciones de Occidente mediante principios aparentemente globales de derecho internacional, que conservan sus orígenes coloniales.

Pero, en este esfuerzo por demostrar la igualdad, soberanía y "civilización" entre regiones, también se revindicaban diversidades propias de América Latina

[250] En este estudio hemos citado en particular a uno de sus exponentes más importantes, el jurista argentino Carlos Calvo.

que llegaron al punto de que varios autores reclamaran la existencia de un derecho internacional latinoamericano separado del europeo[251]. Se consideraba que el derecho internacional latinoamericano era del mismo rango que el europeo, pero que debía primar sobre este último entre las relaciones de los países latinoamericanos. Esta "conciencia jurídica"[252] que retoma y asume como propia varios de los legados eurocéntricos del derecho internacional global, pero les imprime unas características propias en el momento de incorporarlos y adaptarlos a lo local, ha sido denominada por Liliana Obregón como una "conciencia jurídica criolla"[253].

Para Obregón, la sensibilidad de un derecho internacional latinoamericano vive un auge durante la primera mitad del siglo XX, periodo en el cual se teoriza concretamente sobre la importancia y diferencia del derecho en esta región, en particular, en cabeza del juez de la CIJ y jurista chileno, Alejandro Álvarez[254]. Álvarez, junto con otros juristas de la región, destaca las similitudes compartidas por los Estados latinoamericanos y afirman ser los herederos de la "civilización" europea[255]. Pero considera que los países de esta región comparten una

251 Para un análisis contemporáneo véase Jorge L. Esquirol, "Latin America", en *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Bardo Fassbender y Anne Peters (eds.), Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 562-566; Liliana Obregón Tarazona, "Latin American International Law" y Arnulf Becker Lorca, "International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination".

252 La expresión *conciencia jurídica* es retomada por Obregón de Duncan Kennedy, quien la define como una "forma particular de conciencia que caracteriza a los abogados de un grupo social en un momento determinado". Liliana Obregón Tarazona, "Construyendo la región americana: Andrés Bello y el Derecho Internacional", en *La idea de América en el pensamiento ius internacionalista del siglo XXI*, Yolanda Gamarra Copo (ed.), Zaragoza: Institución "Fernando el Católico", 2010, p. 65 (citando a Duncan Kennedy, "Toward a Historical Understanding of Legal Consciousness: the Case of Classical Legal Thought in America 1850-1940", *Research in Law and Sociology*, n.º 3, 1980, p. 23).

253 La autora define la *conciencia jurídica criolla* como "aquel conjunto de ideas sobre el derecho que compartían los letrados americanos en la era postindependentista". Ella considera que dos conceptos son en particular generalizables: la idea de que existe una identidad jurídica americana y la intención o voluntad de civilización. Véase *ibid*., p. 67, Liliana Obregón Tarazona, "Latin American International Law", p. 155.

254 Y un declive a partir de los años sesenta. Sobre Álvarez, véase Arnulf Becker Lorca, "Alejandro Álvarez Situated: Subaltern Modernities and Modernisms that Subvert", *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, n.º 4, 2006; Jorge L. Esquirol, "Alejandro Álvarez's Latin American Law: A Question of Identity", *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, n.º 4, 2006; Carl Landauer, "A Latin American in Paris: Alejandro Álvarez's *Le droit international américain*", *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, n.º 4, 2006; Liliana Obregón Tarazona, "Noted for Dissent: The International Life of Alejandro Álvarez", *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, n.º 4, 2006; Katharina Zobel, "Judge Alejandro Álvarez at the International Court of Justice (1946-1955): His Theory of a 'New International Law' and Judicial Lawmaking", *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, n.º 4, 2006.

255 Álvarez afirma incluso, que "las ciencias políticas y sociales deben ser 'americanizadas' […] si quieren reflejar las nuevas condiciones de la vida de los pueblos". Considera que en el continente americano (hablando de la 'raza blanca' que proviene de la inmigración europea) será el lugar donde se dará la "renovación de la civilización occidental". Alejandro Álvarez, *La Psychologie des Peuples et la Reconstruction du Droit International. Le Problème de la Paix*, París: Les éditions internationales, 1936, pp. 257-258 (traducción mía, original: "les sciences politiques et sociales doivent être « américanisées » […] si elles veulent réfléter [*sic*] les nouvelles conditions de la vie des peuples";

"mentalidad" diferente a la europea, comparten un "sentimiento de solidaridad americano" que les es propio[256] (en parte compartido con Estados Unidos, en parte diferente de estos también)[257]. En ocasiones, incluso afirma que las naciones latinoamericanas son más civilizadas que Europa pues todas tienen una conciencia y origen similares, a diferencia de Europa cuyos orígenes diferentes e inestables han demostrado con sus guerras los peligros que pueden acarrear[258].

Sobre la resolución pacífica de conflictos, varios doctrinantes consideraban que la región tenía mucho que aportar a Europa. Durante el siglo XIX, desde las descolonizaciones, se celebraron repetidas conferencias regionales donde el tema de la resolución pacífica de los conflictos era importante[259]. El sentimiento de que este tema era de gran relevancia en la región resulta evidente en las palabras del tratadista argentino Juan Carlos Puig, para quien "[l]a solución de controversias internaciones mediante mecanismos pacíficos es tradicional en América"[260].

Como resultado de una serie de acuerdos y discusiones abordados en esa serie de conferencias y que fueron momentáneamente interrumpidos por la Segunda Guerra Mundial (en la cual participaron activamente varios Estados latinoamericanos), se celebró la Novena Conferencia Panamericana, en Bogotá, en 1948[261].

"L'Amérique apparaît ainsi, comme un continent où s'opère une transformation de la race blanche et où se renouvelle la civilisation occidentale").

256 *Ibid*., pp. 255-256.

257 Además de los propios latinoamericanos, el caso de la región y su relación con el derecho internacional también fue abordado por doctrinantes europeos, como es el caso del profesor y doctrinante francés René-Jean Dupuy. René-Jean Dupuy, *Le Nouveau Panaméricanisme. L'evolution du système Inter-Américain vers le fédéralisme*, París: Pedone, 1956.

258 Liliana Obregón Tarazona, "Noted for Dissent: The International Life of Alejandro Álvarez", pp. 992-993.

259 En este sentido, la poca invitación que tuvieron los países latinoamericanos a la Conferencia de La Haya de 1899 fue resentida por varios doctrinantes. Por ejemplo, el colombiano Jesús María Yepes considera que en América Latina se habían logrado avances con respecto a la solución pacífica de conflictos más importantes que los de Europa y compara varias conferencias americanas con la Conferencia de Paz en La Haya de 1899 diciendo que tuvieron retrocesos frente lo acordado en Latinoamérica en materia de arbitraje. Jesús María Yepes, *Le Panaméricanisme. Au Point de vue historique, juridique et politique*, París: Les éditions internationales, 1936, pp. 100-102. Véase, también, Jesús María Yepes, *Philosophie du Panaméricanisme et Organisation de la Paix*, Neuchatel: La Baconnière, 1945.

260 Juan Carlos Puig, *Les Principes du Droit International Public Américain*, París: Pedone, 1954, p. 64 (traducción mía, original: "La solution des controverses internationales par des moyens pacifiques est traditionnelle en Amérique").

261 En este sentido, Yepes afirma: "No se comprenderá nunca el Panamericanismo si solo se consideran sus manifestaciones aisladas. Puesto que el Panamericanismo es un movimiento solidario continental, que tiene sus raíces en la historia misma de las Repúblicas americanas". Jesús María Yepes, "La Conférence Panaméricaine de Bogota et le Droit International Américain", *Revue Générale du Droit International Public*, vol. 1, 1949, p. 18 (traducción mía, original: "On ne comprendra jamais rien au Panaméricanisme si l'on ne considère que ses manifestations isolées. Car le Panaméricanisme est un mouvement de solidarité continentale, qui puise ses sources dans l'histoire même des Républiques américaines").

Durante esta conferencia se adoptaron dos de los instrumentos más importantes sobre paz y solución de conflictos de la región, vigentes hasta nuestros días: la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) y el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá).

Jesús María Yepes, diplomático colombiano, profesor de derecho internacional en la Academia de Derecho Internacional de La Haya y miembro del Instituto Americano de Derecho Internacional, explica que el Pacto de Bogotá pretendía unificar en un solo instrumento una diversidad de disposiciones regionales de solución pacífica de controversias, codificando las nociones y los mecanismos dispersos entre ellos[262]. En él, tal y como lo hace la Carta de la ONU, no se establece una jerarquía entre mecanismos, se da libertad a las partes para utilizar los mecanismos de su preferencia, siempre y cuando cumplan con su obligación de resolver de manera pacífica sus controversias.

El capítulo II del pacto está dedicado a los procedimientos de los buenos oficios y de mediación (arts. IX-XIV). En su recuento sobre las discusiones y desarrollo de la conferencia, Yepes no se detiene en este capítulo (ni en el II, dedicado a la investigación y a la conciliación), diciendo que no requieren ninguna explicación particular ya que son

> en gran parte, una codificación muy inteligente de principios antes consignados en el tratado de 1923 (Santiago de Chile) para prevenir los conflictos, en la Convención general de conciliación Interamericana de 1929 (Washington) y en el Protocolo adicional a esta última convención (Montevideo 1933)[263].

[262] Resulta interesante resaltar el optimismo con que Yepes, quien participó activamente en la conferencia, describe el haber logrado recopilar en un solo instrumento los acuerdos hasta entonces desperdigados en varios tratados sobre resolución de conflictos (considerado una de las críticas que a menudo se le hacían al sistema americano). Este "logro" contrasta con la visión contemporánea del también colombiano Diego Uribe Vargas, quien dice que el pacto "tuvo como efecto negativo el dejar en interinidad el conjunto de normas elaboradas pacientemente por los países del hemisferio en más de medio siglo […]. El Pacto de Bogotá no ha alcanzado real vigencia. Ningún descalabro ha sido mayor en la historia de las relaciones interamericanas. La supuesta perfección de las cláusulas fue camino expedito para la inactividad completa. El refuerzo de la obligatoriedad le sustrajo la flexibilidad característica del Pacto Gondra […]. Nunca se creyó avanzar con mayor audacia, pero con el funesto resultado de devolver las soluciones pacíficas al punto cero, como si de un plumazo se hubiese abrogado el contexto normativo tan pacientemente concertado". Diego Uribe Vargas, *Solución pacífica de conflictos internacionales: la paz es una tregua*, p. 164.

[263] Jesús María Yepes, "La Conférence Panaméricaine de Bogota et le Droit International Américain", p. 59 (traducción mía, original: "Ils sont, pour leur plus grande partie, une codification très intelligente des principes consignés déjà dans le traité de 1923 [Santiago du Chili] pour prévenir les conflits, dans la Convention générale de conciliation Interaméricaine de 1929 [Washington] et dans le Protocole additionnel à cette dernière Convention [Montévidéo [*sic*] 1933]").

A pesar del poco interés que le despierta este aparte a Yepes, es de resaltar que el Pacto de Bogotá tiene la particularidad de ser el primer instrumento internacional (y hoy único vigente)[264] que se esfuerza por diferenciar los buenos oficios de la mediación en el cuerpo del texto adoptado.

El texto del pacto define el procedimiento de los buenos oficios como

> la gestión de uno o más Gobiernos Americanos o de uno o más ciudadanos eminentes de cualquier Estado Americano, ajenos a la controversia, en el sentido de aproximar a las partes, proporcionándoles la posibilidad de que encuentren directamente una solución adecuada (artículo IX).

Y dice que una vez que se han logrado las aproximaciones entre las partes y estas han retomado las negociaciones, los buenos oficios terminan (art. X). En cuanto a la mediación, dice el pacto que

> consiste en someter la controversia a uno o más gobiernos americanos, o a uno o más ciudadanos eminentes de cualquier Estado Americano extraños a la controversia. En uno y otro caso el mediador o los mediadores serán escogidos de común acuerdo por las partes (artículo XI).

Por otro lado, dice que el mediador tiene como función "asistir a las partes en el arreglo de las controversias de la manera más sencilla y directa, evitando formalidades y procurando hallar una solución aceptable" (art. XII). El pacto conserva entonces la idea de que entre estos mecanismos hay una diferencia de grado, en donde en los buenos oficios el papel del tercero se limita a aproximar a las partes para que entre ellas logren una solución, mientras que en la mediación el tercero asiste a las partes en la búsqueda de esa solución.

Habiendo hecho este paréntesis y notado la particularidad de este tratado regional que se esfuerza en describir y diferenciar cada mecanismo, vemos, sin embargo, que su contenido no difiere de la manera tradicional como la doctrina de la época ha entendido los buenos oficios y la mediación. Tal y como lo afirma

[264] Salvo la excepción del Protocolo de 1964 en el que se creó una comisión de mediación, conciliación y arbitraje en la extinta Organización de la Unidad Africana, el cual retomó la diferenciación del Pacto de Bogotá. Por lo demás, los instrumentos regionales se limitan a proporcionar una lista de los modos de resolución de conflictos en donde generalmente se incluye la mediación, y a veces los buenos oficios, sin diferenciar entre estos conceptos. Véase, entre otros, el Pacto de la Liga de los Estados Árabes en 1945, el Tratado de la Antártica de 1959, el Acta Constitutiva de la Unión Africana del 2000, el Convenio Europeo para la solución pacífica de controversias de 1957 o el Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa de 1975.

Uribe Vargas "esa reglamentación pormenorizada […] no aporta nada nuevo a los preceptos ya consagrados por el derecho internacional"[265].

Sección 2
Mediación-conciliación: ¿precariedad versus evolución?

Tal y como sucede con la mediación y los buenos oficios, una parte de la doctrina internacionalista considera que no hay distinción entre la mediación y la conciliación[266], sin embargo, la gran mayoría sí encuentra algunas diferencias entre estos dos mecanismos. De manera general, se afirma que la conciliación, a diferencia de la mediación y los buenos oficios, tiene un origen convencional y que es el resultado de la combinación de la mediación y de las comisiones internacionales de investigación. Resulta entonces pertinente comenzar por estudiar cómo se ha entendido "el nacimiento" de la conciliación y su derivación de las comisiones de investigación antes de centrarnos propiamente en los elementos que la doctrina destaca como comunes o diferenciadores entre la mediación y la conciliación.

§1. El origen de la conciliación internacional: entre la investigación y la mediación

Las comisiones internacionales de investigación son creadas en la Convención de La Haya de 1899 en donde se les diferencia expresamente de la mediación internacional. Según esta convención, la investigación es llamada a elucidar los hechos en controversias "que no comprometan el honor ni intereses vitales" y debe hacerlo de manera "imparcial", mientras que la mediación y los buenos oficios son llamados a intervenir en situaciones suficientemente graves, susceptibles de convertirse en conflictos armados con el propósito de conciliar los intereses de las partes y de atenuar las animosidades, sin referirse expresamente a si el mediador debe o no actuar de manera imparcial[267].

265 Diego Uribe Vargas, *Solución pacífica de conflictos internacionales: la paz es una tregua*, p. 165.

266 Por ejemplo, Howard Holtzman no hace diferencia entre uno y otro término y cree que hoy en día se entiende que *conciliación* reemplaza a *mediación*. Howard M. Holtzmann, "Dispute Resolution in Europe Under the Uncitral Conciliation Rules", en *Le Règlement Pacifique des Différends Internationaux en Europe*, Daniel Bardonnet (ed.), Dorecht, Boston, Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 293-299.

267 Las comisiones de investigación tienen un título propio dentro de la Convención (título III) y su rol se define como el de "dilucida[r] los hechos mediante una investigación imparcial y meticulosa" (art. 9). Este papel es bastante más restringido y preciso que el que se le atribuye al medidor de "reconciliar las pretensiones opuestas y en apaciguar los resentimientos que puedan haber surgido entre los Estados en conflicto" (art. 4). Por otro lado, las comisiones de investigación se limitan a las "controversias de orden internacional, que no comprometan el honor ni intereses vitales y que surjan de una divergencia de apreciación sobre los hechos" (art. 9), mientras que, como lo hemos

La convención incluye también ciertas características formales de la investigación[268], algo que no ocurre con la mediación[269]. Esas características formales fueron profundizadas en la revisión de la convención que se hizo en 1907, en la que se extendió el título sobre las comisiones de investigación, pasando de 6 artículos a 28[270], mientras que el título referente a la mediación y los buenos oficios fue dejado prácticamente intacto[271]. Como se mencionó antes, Politis comentó al respecto que la Convención de 1907 fue una ocasión perdida de hacer "evolucionar" la mediación hacia un mecanismo más formal, como consideraba deseable que ocurriera, mientras que para Zamfiresco esta es una evidencia de que no se puede modificar el carácter flexible de la mediación pues es este el que la define[272].

La atracción que despertaba la investigación se debe principalmente a que se le precia de ser un mecanismo "imparcial" compuesto de "expertos" y más "formal". Características tradicionalmente reclamadas a la mediación, cuyos críticos lo consideraban "informal", muy "político", "subjetivo" y propenso a volverse intervención no deseada[273]. En cualquier caso, son las comisiones de investigación las que concentran la atención doctrinal y convencional de la época y esta tendencia tendrá efectos contundentes sobre el interés de la doctrina y práctica internacionalista en la resolución pacífica de conflictos durante la primera mitad del siglo XX.

---

visto antes, la mediación y los buenos oficios se reservan a "casos de disentimiento grave o de conflicto, antes de convocar a las armas" (art. 2).

268 Artículo 10: "Las Comisiones internacionales de investigación se constituyen por convenio especial entre las Partes en controversia. La convención de investigación define los hechos que han de ser examinados y la extensión de los poderes de los Comisionados. Establece el procedimiento. Durante la investigación se oirá a ambas Partes. La forma y los términos a ser observados, en caso de no haber sido establecidos por la convención de investigación, son determinados por la Comisión misma".
Artículo 11: "Las Comisiones internacionales de investigación se formarán, salvo estipulación contraria, de la manera prevista en el artículo 32 de la presente Convención".
Artículo 13: "La Comisión Internacional de Investigación presenta su informe a las Potencias en controversia, firmado por todos los miembros de la Comisión".

269 Resulta interesante constatar que las únicas características que la convención incorpora sobre la mediación tienen por efecto hacerla un mecanismo particularmente flexible (limitándola a "grave disentimiento o de conflicto" [art. 2] y solo en "tanto cuanto las condiciones lo permitan" [arts. 2 y 3]).

270 Recordemos que uno de los objetivos principales de la revisión de 1907 era el de profundizar el procedimiento de las comisiones de investigación y del arbitraje.

271 La única modificación incluida en los ocho primeros artículos de la Convención de 1899 es que en el artículo 3 pasa de decir que "las Potencias Signatarias consideran útil" que se pueda ofrecer la mediación y los buenos oficios, a decir en 1907 que lo "consideran útil y deseable".

272 Véase *supra* capítulo 1, sección 1, §1: La importancia otorgada por las partes o la subjetividad como criterio. Véanse citas en las notas al pie 109 y 111 (Jean Zamfiresco, "De la Médiation: Étude de Droit International", p. 200 y Nicolas Politis, "L'Avenir de la Médiation", pp. 147-148).

273 Véase Nicolas Politis, "L'Avenir de la Médiation", pp. 136-163.

Desde su creación, la investigación es frecuentemente añadida en tratados bilaterales o multilaterales como mecanismo que antecede al arbitraje, tendencia que refleja la acogida que tuvo el mecanismo. Y es mediante la práctica convencional en la que, poco a poco, se le van incluyendo por medio de diversas cláusulas, características que dan lugar a un nuevo mecanismo que conocemos hoy en día como conciliación internacional (en adelante conciliación)[274].

Si bien hay algunas controversias, en general, se afirma que las modificaciones principales entre la propuesta de La Haya y el nacimiento de la conciliación como nuevo mecanismo de resolución pacífica de conflictos, empezaron muy pronto. En particular, se señalan los tratados denominados Knox de 1911[275] y Bryan de 1913[276] como los primeros en los que se incorporan cláusulas sobre la investigación pero que amplían la propuesta de La Haya y las facultades del tercero. Algunas de las características principales de los tratados Knox y Bryan es que no limitan la competencia de la investigación según el tipo de conflicto (no hacen distinción entre conflictos mayores y menores, ni entre conflictos de hecho y de derecho) y prevén la creación de comisiones (*ad hoc* en los tratados Knox o una comisión permanente en los tratados Bryan) que pueden conocer de todo diferendo entre las partes signatarias. En esos tratados queda previsto que las comisiones deben procurar ser "imparciales" en su composición[277] y que tienen la obligación de hacer un informe[278]. El contenido del informe también fue ampliado y es en su ampliación en la que los autores han entendido que se modifica el mecanismo y se incorporan elementos hasta ahora propios de la mediación.

El punto clave es que el informe estipulado en estos tratados, además de simplemente tratar de esclarecer los hechos, autoriza al tercero a proponer soluciones para resolver el diferendo de las partes[279]. Al ser una modificación que se fue

274 Además de la práctica convencional, Cot resalta el papel de la doctrina en "dar forma a la institución" que paulatinamente se creaba mediante tratados internacionales. Jean-Pierre Cot, *La Conciliation Internationale*, p. 60.

275 Los tratados denominados Knox (por el secretario de Estado de Estados Unidos) fueron concluidos a partir de 1911 entre Estados Unidos y Francia y Estados Unidos y Gran Bretaña (pero nunca ratificados).

276 Los tratados denominados Bryan (por el nuevo secretario de Estado estadounidense) fueron concluidos a partir de 1913 entre Estados Unidos y una treintena de Estados.

277 La gran mayoría de los tratados prevé comisiones con cinco miembros: cada parte designa dos miembros, de los cuales uno solo es de sus nacionales y el quinto es nombrado por mutuo acuerdo. Véase Jean Efremoff, "La Conciliation Internationale", p. 29.

278 También podemos notar que los tratados Bryan estipulan el uso obligatorio de las comisiones de investigación y que la comisión tiene la capacidad de autoconvocarse. Véase *ibid*.; Jean-Pierre Cot, *La Conciliation Internationale*, p. 71 y Jean-Grégoire P. Hiette, "L'évolution de la conciliation internationale", tesis, Université de Dijon, Faculté de Droit, 1934, p. 37.

279 Cot considera que la investigación, tal y como fue concebida en La Haya, era contradictoria. Esto porque, si bien dice expresamente que su informe solo debe esclarecer los hechos, sin que la

haciendo de manera convencional y gradual, no hay unanimidad sobre en qué tratado se da el cambio de fondo, como lo demuestran algunos estudios de principios del siglo xx dedicados a la conciliación. En un curso sobre la conciliación internacional dictado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1927, el internacionalista y diplomático ruso Jean Efremoff dice que la autorización a formular propuestas o recomendaciones a las partes viene desde los tratados Knox y Bryan. Según él, los tratados Knox expresamente estipulan la capacidad de la comisión de hacer recomendaciones que podrían resolver el diferendo[280] y los tratados Bryan, debido a que las comisiones deben conocer todo tipo de conflicto "para hacer un examen e informe", tienen también la competencia de dar consejos y de sugerir las bases de una solución[281]. Por su lado, Jean-Grégoire Hiette en su tesis doctoral de 1937 sobre la "evolución de la conciliación internacional", afirma que los tratados Bryan "por lo menos en el texto […] no autoriza[n] expresamente [a hacer] sugerencias, propuestas con miras a conciliar las Partes"[282]. Sea como fuere, es de general aceptación que

---

comisión pueda dar recomendaciones a las partes, este "esclarecimiento" trae unas connotaciones políticas importantes pues se les presenta a las partes como imposible de refutar, como algo meramente descriptivo. También, afirma que la voluntad de establecer los hechos no es algo que se relacione únicamente con el pasado, sin influenciar el porvenir del conflicto, sino que afecta directamente la disputa de las partes. Jean-Pierre Cot, *La Conciliation Internationale*, pp. 54-57.

280 "La Alta Comisión […] está autorizada a examinar preguntas o temáticas específicas que le son presentadas y a hacer un informe sobre ellas a fin de facilitar la resolución de controversias mediante la aclaración de los hechos; a aclarar los puntos de controversia que presentan estas cuestiones; por último, a incluir en su informe las recomendaciones y conclusiones que podrían ser adecuadas" (art. 3). Citado por Jean Efremoff, "La Conciliation Internationale", p. 24 (traducción mía, original: "La Haute Commission […] est autorisée à examiner les questions ou matières particulières qui lui sont soumises et à faire sur elles un rapport dans le but de faciliter la solution des litiges en élucidant les faits ; à précises les points de controverse que présent ces questions ; enfin, à comprendre dans son rapport telles recommandations et conclusions qui pourraient convenir").

281 "[P]or una parte los tratados someten a las Comisiones todos los conflictos […]. Por otra parte, en muchos casos, los propios hechos no plantean ningún desacuerdo entre las Partes; son las conclusiones que se pueden extraer que los dividen. Si limitamos el alcance de las Comisiones solamente a la constatación y al esclarecimiento de los hechos, su actividad no tendría, en ese caso, ningún objeto". *Ibid.* pp. 36-37 (traducción mía, original: "[D]'une part les traités soumettent aux Commissions tous les conflits, […] d'autre part, dans beaucoup. de cas, les faits eux-mêmes ne soulèvent aucune divergence d'opinion entre les Parties ; ce sont les conclusions à tirer qui les divisent. Si on bornait le champ. d'action des Commissions à la seule constatation et à l'élucidation des faits, leur activité n'aurait, dans ce cas, aucun objet"). Esta posición es compartida por Caflisch quien afirma categóricamente que en los tratados Bryan el órgano de investigación "podía igualmente presentar un informe variado de recomendaciones sobre la manera de resolver el contencioso". Lucius Caflisch, "Cent Ans de Règlement Pacifique des Différends Interétatiques", p. 312 (traducción mía, original: "pouvait également présenter un rapport assorti de recommandations sur la manière de régler le contentieux").

282 Jean-Grégoire P. Hiette, "L'évolution de la conciliation internationale", pp. 31-32 (traducción mía, original: "du moins dans le texte des traités on ne les autorise pas expressément [à faire] des suggestions, des propositions en vue de la conciliation des Parties"). Así mismo, Cot cree que el deber que tiene el tercero de dar "sus conclusiones" según los tratados Bryan, puede interpretarse como que se le permite a la comisión ir más lejos que un simple establecimiento de los hechos. Sin embargo, esta duda queda despejada a partir de la conclusión de tratados ulteriores en los que

a partir de las dos primeras décadas del siglo xx, fueron firmados numerosos tratados bilaterales y multilaterales en que se preveía la incorporación de comisiones de investigación con roles ampliados, que dieron lugar a lo que hoy conocemos como conciliación internacional[283].

Esta tendencia de suscribir tratados que prevén comisiones de investigación modificadas se detuvo momentáneamente por el desencadenamiento de la Primera Guerra Mundial, después de la cual se creó la Sociedad de Naciones. Como veremos con más detenimiento en el próximo capítulo[284], si bien el Pacto de la Sociedad de Naciones pretendía concentrar en la nueva organización la solución a todas las disputas entre los Estados, estos continuaron con la tendencia de firmar tratados bilaterales y multilaterales (fuera del marco de la sociedad) en los que se preveía la investigación y la conciliación como antesala a un eventual arbitraje. Cot considera que el modelo de la conciliación se concreta específicamente con la conclusión de los acuerdos firmados en Locarno (Suiza) de 1925 entre Alemania, Bélgica, Francia, Gran Bretaña e Italia, que luego serán utilizados como modelo para futuros acuerdos[285].

§2. La conciliación internacional como evolución de la mediación

La conciliación no estaba (como tampoco la mediación) expresamente mencionada en el Pacto de la Sociedad de Naciones ni se preveían otros mecanismos

---

se añade explícitamente la posibilidad de la función de conciliación a la comisión, razón por la que concluye que "no parece entonces que las Comisiones internacionales permanentes [de los tratados Bryan] hayan recibido el poder de presentar propuestas de solución a las Partes". Jean-Pierre Cot, *La Conciliation Internationale*, p. 75 (traducción mía, original: "il ne semble donc pas que les Commissions internationales permanentes [des traités Bryan] aient reçu le pouvoir de présenter des propositions de règlement aux Parties").

283 Varios autores que aparecieron después de la segunda mitad del siglo xx conceden una importancia particular a los tratados Bryan. Caflisch dice que la conciliación nace con los tratados Bryan (Lucius Caflisch, "Cent Ans de Règlement Pacifique des Différends Interétatiques", p. 281) y Koopmans dice que nace de la investigación y de los cambios producidos por los tratados Bryan y unos informes elaborados por el Gobierno suizo (Sven M. G. Koopmans, *Diplomatic Dispute Settlement. The Use of Inter-State Conciliation*, p. 37). Cot, por su parte, cree que los orígenes inmediatos de la conciliación se remontan a los tratados Bryan pero logran su "equilibrio" con los acuerdos de Locarno (Jean-Pierre Cot, *La Conciliation Internationale*, p. 85).

284 Véase *infra* capítulo 3: La mediación en el marco institucional: la Sociedad de Naciones y la ONU.

285 Los acuerdos de Locarno comprenden siete tratados en los que la conciliación se inserta para garantizar la paz en Europa. En ellos se distingue aún por tipo de conflicto, pues la conciliación es facultativa si las partes contestan un derecho (competencia directamente de un tribunal de arbitraje) y es obligatoria en los otros diferendos. Solo después de frustrarse una eventual conciliación, el diferendo sería llevado ante el Consejo de la Sociedad de Naciones de conformidad con el artículo 15 del pacto. Para Cot, en los acuerdos de Locarno se "imponen los cánones de la conciliación; los textos no evolucionan más después de Locarno". Jean-Pierre Cot, *La Conciliation Internationale*, pp. 85-86 (traducción mía, original: "Ils posent les canons de la conciliation ; les textes n'évoluent plus après Locarno").

de resolución de controversias fuera de la organización[286]. Sin embargo, en la época de entreguerras y durante toda la vigencia de la Sociedad de Naciones, la conciliación atrajo un interés convencional y doctrinal mucho mayor que los otros mecanismos no vinculantes como la mediación o los buenos oficios.

La gran acogida que tuvo la conciliación despierta fascinación en unos autores y preocupación en otros, pero todos parecen coincidir en que era deseable que, sobre la resolución de conflictos, se prefirieran (o se tendiera a preferir) los mecanismos jurisdiccionales. En particular, Lauterpacht, de manera clara y contundente, no celebra el auge de la conciliación y, por el contrario, ve el incremento práctico[287] y teórico de este mecanismo como un obstáculo al progreso[288]. Para él, la conciliación no es un mecanismo equivalente al arreglo judicial y al arbitraje, pues la conciliación (como la mediación) es tan solo un "intento" de dirimir un conflicto mientras que el arreglo judicial y el arbitraje son medios de resolución propiamente dichos[289]. Él ve en la preferencia por la conciliación un paso insuficiente y hasta peligroso para la "evolución" hacia un "verdadero" derecho internacional, en el que se fortalezcan los mecanismos formales y obligatorios[290].

Pero en la mayoría de estudios, la conciliación es exaltada[291] y continúa siendo incorporada a nivel convencional en tratados bilaterales y multilaterales. Si bien la

286 Sobre los órganos de la Sociedad de Naciones como comisiones de conciliación y el debate sobre la inclusión de una comisión de conciliación en la Conferencia de París de 1919, véase *infra* capítulo 3, sección 1: La creación de la Sociedad de Naciones y la fe en el derecho.

287 Práctico entendido por las múltiples firmas de tratados bilaterales y multilaterales, pues dice que su aplicación real ha sido inexistente. Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, p. 267.

288 "[B]y reducing the fundamental postulate of the obligatory rule of law to one of many means of settlement of equal value", *ibid.* Otros autores, menos detractores de la conciliación, también resaltan sus limitaciones frente a otros mecanismos, por ejemplo en el diccionario de Bidschedler se dice: "These proceedings [conciliation & mediation] contribute less to the development of law than do arbitral tribunals or international courts". Rudolf L. Bidschedler, "Conciliation and Mediation", p. 50.

289 Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, p. 267. El temor de que la conciliación reemplace el arreglo judicial ha sido señalado también posteriormente por el juez Gross de la CIJ, quien en su opinión disidente en el caso Túnez/Libia de 1982, dice que el auge de la conciliación explica en parte que los Estados acudan cada vez menos ante la corte, pues prefieren arreglos por "persuasión" y no por "aplicación del derecho". Citado por Derek Bowett, "Contemporary Developments in Legal Techniques in the Settlement of Disputes", p. 199.

290 Sobre la posición de Lauterpacht con respecto a la conciliación: véase Sven M. G. Koopmans, *Diplomatic Dispute Settlement. The Use of Inter-State Conciliation*, pp. 86-87 (concluyendo que la oposición a la conciliación de Lauterpacht debe leerse a la luz de su oposición a la noción imperante en su época de conflictos políticos como no-justiciables) y Derek Bowett, "Contemporary Developments in Legal Techniques in the Settlement of Disputes", p. 186 (quien afirma que "Lauterpacht saw increased reliance on conciliation as weakening the rule of law in international society. […] The criticism is probably "misplaced". […] Why therefore, should negotiation assisted by conciliation […] be any greater threat to the rule of law than the technique of settlement by negotiation?").

291 En el periodo de entreguerras encontramos la publicación de tesis doctorales, cursos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya y otros estudios doctrinales dedicados expresamente

no obligatoriedad del mecanismo no es puesta en duda, es recurrente encontrar afirmaciones que muestran que lo que se exalta es su mayor cercanía a los mecanismos jurisdiccionales. La mayor formalidad de la conciliación, frente la informalidad, subjetividad y desconfianza con que se caracterizaba a la mediación y los buenos oficios[292], es presentada como un logro, dentro de una "evolución" que debería continuar[293]. Doctrinantes de la primera mitad del siglo XX conciben la conciliación como una "nueva mediación"[294] o como un derivado de las comisiones de investigación[295] (a las que se les suma la posibilidad de hacer recomendaciones en el informe[296]), lo cual la hace más "confiable" e "imparcial"[297] y, por ende, un "avance" frente a los otros mecanismos no vinculantes.

---

a la conciliación internacional. Véase Jean-Grégoire P. Hiette, "L'évolution de la conciliation internationale"; Francisco León de la Barra, "Médiation et Conciliation Internationale", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 1, 1923; Jean Efremoff, "La Conciliation Internationale", pp. 5-148; Jean Efremoff, "Organisation de la Conciliation Internationale comme Moyen de Prévenir les Guerres", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. I-59, 1937, pp. 99-223; André Mandelstam, "La Conciliation d'après le Pacte et la Jurisprudence du Conseil de la Société des Nations", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 14-IV, 1926, pp. 333-648; James Leslie Brierly, "The General Act of Geneva 1928", *British Year Book of International Law*, vol. 11, 1930, pp. 119-133; Charles Cheney Hyde, "Place of Commissions of Inquiry and Conciliation Treaties in the Peaceful Settlement of International Disputes", *British Year Book of International Law*, vol. 10, 1929, pp. 96-110; John Fischer Williams, "Pan-American and League of Nations Treaties of Arbitration and Conciliation", *British Year Book of International Law*, vol. 10, 1929, pp. 14-31; Camille Corgé, "L'évolution de la conciliation internationale", *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, vol. VIII, 1927, pp. 58-106.

292 Sobre la desconfianza de la mediación véase Jean Efremoff, "La Conciliation Internationale", pp. 11-13, 61.

293 Véase, por ejemplo, "Treaties of conciliation are designed primarily for use in situations where statesmen are reluctant to have recourse to judicial tribunals of any kind. That reluctance may slowly sink into a much-desired desuetude. Before it does, however, foreign offices are burdened with the task of determining how the recommendations of conciliators may be most wisely utilized". Charles Cheney Hyde, "Place of Commissions of Inquiry and Conciliation Treaties in the Peaceful Settlement of International Disputes", p. 108.

294 Jean Efremoff, "La Conciliation Internationale", p. 8. De la Barra dice que la conciliación es una forma de mediación internacional. Francisco León de la Barra, "Médiation et Conciliation Internationale", p. 565.

295 "Si queremos encontrar el origen de la […] conciliación, debemos dirigirnos a la propuesta del Gobierno ruso en 1899, en la primera Conferencia de La Haya. Sin pronunciar la palabra 'conciliación', sin prever el desarrollo que tendría su idea un cuarto de siglo más tarde, el proyecto ruso presenta en los cinco artículos sobre comisiones internacionales de investigación, el prototipo de las comisiones de conciliación actuales", Jean Efremoff, "La Conciliation Internationale", p. 18 (traducción mía, original: "Si nous voulons Rechercher l'origine de […] la conciliation, nous devons nous adresser à la proposition faite par le Gouvernement russe en 1899, à la première Conférence de la Haye. Sans prononcer le mot 'conciliation', sans prévoir le développement que prendrait son idée un quart de siècle plus tard, le projet russe présentait dans les cinq articles concernant les commissions internationales d'enquête, le prototype des commissions actuelles de conciliation").

296 Para una discusión sobre hasta dónde puede ir el papel del tercero actuando como investigador o como conciliador, véase Charles Cheney Hyde, "Place of Commissions of Inquiry and Conciliation Treaties in the Peaceful Settlement of International Disputes", p. 98.

297 "Encontramos, también, la obligación de las partes a proporcionar a la Comisión todas las facilidades necesarias y la confianza que se le tiene con respecto de la imparcialidad de sus investigaciones. […] Estos son los principios básicos que encontramos en casi todos los tratados de conciliación, conocidos desde las Conferencias de La Haya hasta nuestros días". Jean Efremoff,

A mediados del siglo xx podemos tomar como referencia la tesis doctoral y posterior libro sobre conciliación internacional del francés Jean-Pierre Cot, cuya obra será un referente en la segunda mitad del siglo xx en la materia. En ella, el autor destaca la imparcialidad como característica principal de la conciliación (y de diferencia con la mediación) al tiempo que la presenta como un rasgo de despolitización del mecanismo. Según Cot, las partes en conflicto a escala internacional, cuando no recurren a un juez o un árbitro para que dirima su controversia, recurren a un tercero que, usando sus palabras, representa bien sea a un "príncipe", bien sea a un "sabio". El recurso más antiguo es que los Estados, al ser soberanos, busquen un príncipe que sea su par (soberano), neutro al conflicto, para que las aconseje y ayude a resolver el litigio, sin imponer un resultado obligatorio. Pero, aclara Cot:

> por ser neutro, el Príncipe no es menos poderoso, pues él posee una autoridad política. Rasgo que puede acelerar la resolución del conflicto. Después de llegar a la solución que le parece sensata, el Príncipe se verá tentado a lanzar su espada en la balanza para que su propuesta prevalezca[298].

Esto, continúa Cot, es lo que ocurría habitualmente cuando el tercero era un rey, emperador, papa u otro soberano, pero el riesgo persiste al tratarse de un tercero-Estado, pues es un par que no representa un interés superior al de las partes y en cambio siempre posee un interés propio. Por ende, concluye: "[l]a neutralidad de una autoridad política es siempre sospechosa"[299].

Entre tanto, "el recurso al Sabio aparece como un mecanismo para evitar los inconvenientes inherentes a toda presión política exterior"[300]. El sabio al ser:

> Una persona privada, cuyas cualidades y competencia son reconocidos por ambas Partes, puede dar un consejo perfectamente desinteresado. El llamado a la razón

---

"La Conciliation Internationale", p. 18 (traducción mía, original: "Nous y trouvons, également, l'obligation des Parties de fournir à la Commission toutes les facilités nécessaires et la confiance qui lui est faite, par rapport à l'impartialité des ses investigations. […] Ce sont là les principes fondamentaux que nous retrouvons dans presque tous les traités de conciliation, connus depuis les Conférences de La Haye jusqu'à nous jours"). Así mismo, la composición de las comisiones de investigación es la que las hace competentes "to ascertain the truth regardless of the gravity of the issue, and to make a report worthy of respect". Charles Cheney Hyde, "Place of Commissions of Inquiry and Conciliation Treaties in the Peaceful Settlement of International Disputes", p. 96.

298 Jean-Pierre Cot, *La Conciliation Internationale*, p. 1 (traducción mía, original: "Mais, pour être neutre, le Prince n'en est pas moins puissant, car il possède une autorité politique. Ce trait peut hâter le règlement du conflit. Après avoir dégagé la solution qui lui semble judicieuse, le Prince sera tenté de jeter son glaive dans le fléau de la balance, afin que sa proposition l'emporte").

299 *Ibid*., p. 2 (traducción mía, original: "La neutralité d'une autorité politique est toujours suspecte").

300 *Ibid.* (traducción mía, original: "Le recours au Sage apparaît comme un moyen d'éviter les inconvénients inhérents à toute pression politique extérieure").

> pura está en la lógica de la solución pacífica de controversias. Sin otra autoridad que la que le confieren las Partes, el Sabio propondrá una solución basada exclusivamente en la equidad. […] El Sabio está desarmado […].
>
> La conciliación internacional, es decir, el recurso al Sabio en las relaciones internacionales, aparece así como un procedimiento de un equilibrio delicado y de un alcance limitado. La falta de autoridad política propia, característica esencial del órgano de conciliación, representa al mismo tiempo una condición para su éxito y un límite singular en una sociedad dominada aún por las relaciones de fuerza[301].

Esto lo lleva a definir la conciliación así:

> La conciliación internacional se puede definir como la intervención en el arreglo de controversias internacionales de un órgano sin autoridad política propia, que disfruta de la confianza de las Partes en litigio, encargado de examinar todos los aspectos del litigio y proponer una solución que no es vinculante para las Partes[302].

En suma, Cot considera que el tipo de tercero (órgano sin autoridad política, que disfruta de la confianza de las partes) es el elemento principal que hace que la conciliación sea imparcial y no-política (y lo que la diferencia de la mediación). Este elemento está presente en varias definiciones de conciliación internacional durante toda la segunda mitad del siglo XX[303]. Podemos, por ejemplo, citar al diplomático suizo Blaise Godet, quien en el marco de una compilación

301 *Ibid.* (traducción mía, original: "Une personne privée, dont les qualités et la compétence sont reconnues par les deux Parties, peut donner un conseil parfaitement désintéressé. L'appel à la raison pure est dans la logique du règlement pacifique des différends. Sans autorité autre que celle à lui conférée par les Parties, le Sage proposera une solution fondée sur la seule équité. […] Le Sage est désarmé […]
La conciliation internationale, c'est-à-dire le recours au Sage dans les relations internationales, apparait ainsi comme une procédure d'un équilibre délicat et d'une portée limitée. Caractère essentiel de l'organe de conciliation, l'absence d'autorité politique propre est à la fois une condition de succès et une limite singulière dans une société encore dominée par les rapports de force").

302 *Ibid.*, p. 9 (traducción mía, original: "La conciliation internationale peut être définie comme l'intervention dans le règlement d'un différend international d'un organe sans autorité politique propre, jouissant de la confiance des Parties en litige, chargé d'examiner tous les aspects du litige et de proposer une solution qui n'est pas obligatoire pour les Parties").

303 José Antonio Pastor Ridruejo considera que, si bien la conciliación se cataloga dentro de los mecanismos "políticos", la "independencia de la comisión" y la "autoridad moral" de sus integrantes, hacen que sea "el método político más despolitizado". José Antonio Pastor Ridruejo, "Le Droit International à la Veille du Vingt et Unième Siècle: Normes, Faits et Valeurs. Cours Général de Droit International Public", p. 99. El diccionario de Isaac Paenson dice que la *conciliación* es como una comisión de investigación a la que se le añade la posibilidad de hacer propuestas de solución y considera que lo que la diferencia de la mediación es que en la mediación el tercero es un Estado y en la conciliación es una comisión. Isaac Paenson, *Manuel Anglais-Français-Espagnol-Russe de la Terminologie du Droit International Public (Droit de la Paix) et des Organisations Internationales*, p. 582. Véase, también, Paul Guggenheim, *Traité de Droit International Public*, II, p. 203.

de estudios sobre la resolución pacífica de conflictos internacionales en Europa en 1991, afirma categóricamente:

> La mediación presenta la ventaja de la flexibilidad, pero el inconveniente de que el mediador, si es un Estado, tendrá en ocasiones la inclinación a inmiscuirse con todo su peso en los asuntos internos de las partes del litigio y podría estar tentado a promover sus propios intereses. Es por esto, que la conciliación, definida como una mediación institucionalizada conducida por una pluralidad de personas que actúan sin recibir instrucciones, parece más apropiada […]. Además, la conciliación tiene una connotación jurídica más marcada, tanto en el plano procedural como en el fondo[304].

La imparcialidad como aspecto propio y novedoso de la conciliación es una constante en la doctrina internacionalista sobre el tema, desde la segunda mitad del siglo XX hasta la actualidad, sin mayores modificaciones. Además, el procedimiento más "formal" (heredado de la investigación) como rasgo propio de la conciliación, también sigue presente en parte importante de la doctrina[305] y ha llevado a que en ocasiones se discuta si la conciliación debería considerarse como un mecanismo "cuasi judicial", más cercano al arreglo judicial y al arbitraje, que a la mediación y demás mecanismos de "negociación"[306].

304 Blaise Godet, "Bons Offices, Médiation et Conciliation", en *Le Règlement Pacifique des Différends Internationaux en Europe*, Daniel Bardonnet (ed.), Dorecht, Boston, Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 199 (traducción mía, original: "La médiation présente l'avantage de la souplesse, mais l'inconvénient que le médiateur, s'il est un Etat, aura parfois une inclination à s'ingérer avec tout son poids dans les affaires intérieures des parties au litige et pourrait être tenté de promouvoir ses intérêts propres. C'est pourquoi, la conciliation, définie comme une médiation institutionnalisée conduite par une pluralité de personnes agissant sans recevoir d'instructions, semble plus appropriée […]. De plus, la conciliation a une connotation juridique plus marquée, sur le plan de la procédure comme du fond. Ainsi, la conciliation répondrait également mieux que ne le ferait la médiation, à la préoccupation des Nations Unies de promouvoir le respect du droit international au cours de la présent décennie").

305 El tipo de tercero y el procedimiento formal son recurrentes en casi todas las definiciones doctrinales de la conciliación. Richard Bilder agrupa a los buenos oficios y la mediación por un lado y a la conciliación y la investigación, por otro lado, estos últimos considerados más "formales" e "imparciales" y subraya el carácter "no político" de la conciliación (y de las comisiones de investigación). Richard Bilder, "International Third Party Dispute Settlement", p. 481. En el diccionario de Rudolf Bidschedler la conciliación se distingue de la mediación en el tipo de tercero pero también en que sigue un procedimiento más formal que la mediación. En la conciliación, el tercero es una persona privada que actúa en su capacidad individual y no como funcionario o representante de un Estado (como en la mediación). Sobre eso afirma: "Independent persons bring a non-political element into the conflict and normally have more freedom of action than States […] On the other hand, they lack the inherent weight of the mediator". Rudolf L. Bidschedler, "Conciliation and Mediation", p. 49. Paul Reuter hace énfasis también en el esfuerzo en la conciliación (y la investigación) por resolver el problema "fuera del marco político" caracterizado por la designación de personalidades independientes en lugar de Estados. Igualmente reitera el uso de procedimiento como el del arbitraje. Paul Reuter, *Droit International Public*, 6.ª ed., París: PUF, 1983, p. 434 y ONU, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, pp. 49-55.

306 La confusión y cercanía con que se han estudiado la conciliación y los mecanismos jurisdiccionales es lamentada por Sven Koopmans. En su obra destaca las particularidades del mecanismo y

En la doctrina de comienzos del siglo xxi siguen estables estas características como esenciales o definitorias de la conciliación. Para ilustrar esto, voy a retomar dos ejemplos recientes que han tratado de sintetizar las diferencias de la conciliación y la mediación. Para ello, enlistaré los elementos que Lucius Caflisch, internacionalista suizo, exjuez de la Corte Europea de Derechos Humanos (delegado de Lichtenstein) y hoy miembro de la Comisión de Derecho Internacional de la onu, señala en su curso impartido en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en el 2001 sobre la resolución pacífica de controversias durante el siglo xx. Por otro lado, retomaré en un cuadro los criterios que Sven Koopmans, abogado internacionalista, consultor internacional y diplomático holandés, menciona como diferenciadores de la conciliación y la mediación a lo largo de un estudio dedicado a la conciliación internacional, hecho en el 2008.

Diferencias entre la mediación y la conciliación según Caflisch:

> i) El conciliador no tiene que rendir cuentas a nadie, lo que hace que su informe pueda ser más imparcial que el de un mediador[307];
>
> ii) por el mismo hecho de su independencia, no posee ningún medio —además de su inteligencia, sentido común y sus dones de persuasión— para hacer aceptar sus recomendaciones;
>
> iii) contrario a la mediación, la conciliación es a menudo institucionalizada, es decir, prevista con anticipación;
>
> iv) basado en los preceptos del debate contradictorio y en la igualdad entre las partes, la conciliación consiste, al igual que el proceso jurisdiccional, en una sucesión

---

lamenta la tendencia a "judicializar" la conciliación y verla como un tipo de arreglo judicial solo que no vinculante "The lack of knowledge of conciliation is also partly due to international lawyers, who have traditionally focused on international courts as the centre of international legal practice. […] Further, it is to assessed whether international lawyers may also have directly contributed to the neglect of conciliation by frequently treating it, both in writing and in practice, as resembling adjudication, only without binding force". Sven Koopmans, *Diplomatic Dispute Settlement. The Use of Inter-State Conciliation*, pp. 1-2. Véase, también, pp. 250-251. Sobre la discusión de si la conciliación es o no cuasi judicial (y la posterior conclusión de que finalmente es una "técnica de negociación") véase Derek Bowett, "Contemporary Developments in Legal Techniques in the Settlement of Disputes", pp. 186-190.

307 Sobre este punto, Caflisch reafirma la diferencia en torno a la imparcialidad del tercero y a la división de los mecanismos jurídicos según la objetividad. Considera que la mediación es un mecanismo "parcial" y que la conciliación puede entenderse como una "respuesta" a esa falta de imparcialidad como principal crítica de la mediación. Al mismo tiempo, subraya que la mediación es muy "flexible", mientras que la conciliación es "imparcial" pero "sin peso político" para impulsar a las partes a aceptar sus propuestas. Lucius Caflisch, "Cent Ans de Règlement Pacifique des Différends Interétatiques", pp. 281-293.

de trámites relativamente estructurados, lo cual está […] lejos de ser el caso de la mediación[308];

v) a lo largo de la mediación, la controversia —y el conflicto armado que pueda haber resultado de ella— persiste, mientras que los Estados partes del litigio, deben, durante el proceso de conciliación, abstenerse de todo comportamiento susceptible de agravar la situación[309].

Diferencias entre la mediación y la conciliación según Koopmans[310]

Mediación	Conciliación
Menos formal, más discusiones con las partes (pero puede llegar a ser muy formal) (pp. 32, 48, 241).	Más formal, pues incluye función de investigación (pp. 48, 241).
Casi nunca incluye investigación, más discusión con las partes (pp. 37, 48, 241).	Siempre incluye investigación y propuesta de solución (pp. 37, 48, 241).
Mediadores pueden no ser neutros (p. 34).	Función del conciliador es independiente (pp. 37, 48).
Frecuentemente: políticos y diplomáticos (p. 48).	Frecuentemente: expertos (p. 48).
Pueden autonombrarse (p. 48).	No pueden autonombrarse (p. 48).
Se hace informe solamente si las partes lo piden expresamente (p. 48, 241).	Siempre se hace un informe en el que se proponen soluciones (pp. 48, 241).
A menudo individual, pero ocasionalmente colectiva (p. 33).	A menudo una comisión colectiva, excepcionalmente comisión individual (p. 68).
El tercero hace sus propias propuestas basado en la información dada por las partes (p. 31).	Las propuestas del tercero son incluidas en el informe, basado principalmente en una investigación independiente (p. 37).

Caflisch se centra más en ciertos aspectos de procedimiento / forma (procedimiento contradictorio e institucionalizado) y añade la suspensión de la contro-

308 Sobre las "reglas de procedimiento" que aplican a la conciliación y la investigación según Caflisch (y no a la mediación), véase *ibid*., pp. 382-383.

309 *Ibid*., p. 282 (traducción mía, original: "i) le conciliateur n'a de comptes a rendre à personne, ce qui signifie que son rapport peut être impartial que celui d'un médiateur ; ii) du fait même de son indépendance, il ne dispose d'aucun moyen – autre que son intelligence, son bon sens et ses dons de persuasion – pour faire agréer ses recommandations ; iii) contrairement à la médiation, la conciliation est souvent institutionnalisée, c'est-à-dire prévue à l'avance ; iv) fondée sur les préceptes du débat contradictoire et de l'égalité des parties, la conciliation consiste, à l'instar du processus juridictionnel, en une succession de démarches relativement structurée, ce qui […] est loin d'être le cas de la médiation ; et v) au cours de la médiation, le différend – et le conflit armé qui a pu en résulter – persiste, tandis que les Etats parties au litige sont tenus, pendant la durée du processus de conciliation, de s'abstenir de tout comportement susceptible d'aggraver la situations").

310 Sven Koopmans, *Diplomatic Dispute Settlement. The Use of Inter-State Conciliation*.

versia durante la conciliación, mientras que Koopmans se centra, sobre todo, en aspectos relativos a quién es y cómo procede ese tercero (expertos, colectivo, primero investiga y luego hace un informe) y añade que la conciliación no puede autonombrarse y la mediación sí. Vemos, entonces, que si bien ambas propuestas recalcan algunos aspectos diferentes y añaden otros propios, el énfasis central de ambos continúa siendo la imparcialidad e independencia de la conciliación como elemento diferenciador de la mediación y las características formales (aunque variables) de la conciliación.

Pero si bien no hay cambios respecto a estos dos elementos considerados caracterizadores de la conciliación, encontramos una variación que se refiere a los conflictos sobre los que tiene competencia la conciliación que se ha ido afianzando a partir de la mitad del siglo XX. Sin que se adopte una distinción *teórica* de los mecanismos específicamente basada en el tipo de conflictos (tal y como hemos descrito que ocurría en el siglo XIX y principios del XX, en el capítulo anterior)[311], la aplicación *práctica* de la conciliación parece haber derivado en una limitación *de facto* según el tipo de conflicto: la conciliación se utiliza preponderantemente para conflictos considerados *técnicos*. En este sentido, a partir de la segunda mitad del siglo XX se suscriben tratados y otros instrumentos y directivas internacionales sobre conciliación internacional enfocados en la resolución de conflictos *técnicos*, principalmente comerciales[312].

Como vimos, en sus orígenes la conciliación era percibida por varios autores (y también por varios hombres de Estado que entusiastas propagaron numerosos tratados con cláusulas que incluían a la conciliación) como un posible reemplazo a la mediación. Buscaban afianzar así un mecanismo que consideraban más evolucionado / imparcial / formal que la mediación, pero igual de próximo a las

311 Véase *supra,* capítulo 1, sección 1: El conflicto como criterio de clasificación de los mecanismos.

312 Véase, a escala global, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI, por su sigla en inglés), elaborado por el Banco Mundial en 1965, el Reglamento de Conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional adoptado el 23 de julio de 1980. A escala regional cabe destacar la Convención en Conciliación y Arbitraje de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), adoptada por el Consejo de Ministros, el 15 de diciembre de 1992 en Estocolmo. A escala nacional, las múltiples reglas adoptadas por varias cámaras de comercio regionales o nacionales en lo referente al comercio internacional (Koopmans cita en este sentido: "The international chamber of commerce 'Rules of Conciliation and Arbitration', the Euro-Arab chamber of commerce 'Rules of Conciliation, Arbitration and Expertise', the Austrian Federal Economic Chamber 'Rules of Conciliation and Arbitration', the Los Angeles, California 'Conciliation & Arbitration Rules of the Center for International Commercial Arbitration'"). Sven Koopmans, *Diplomatic Dispute Settlement. The Use of Inter-State Conciliation*, pp. 91-102. Véase Howard M. Holtzmann, "Dispute Resolution in Europe Under the Uncitral Conciliation Rules", pp. 297-299.

partes (y no obligatorio) para que estas acudieran cuando tenían reticencias de hacerlo ante un juez o árbitro.

A medida que fue pasando el tiempo, varios autores comenzaron a notar (y en general a lamentar) el poco uso práctico de las comisiones de conciliación (a pesar de su amplia inclusión en cláusulas convencionales[313] y de que esta siempre era incluida en los instrumentos generales de resolución de conflictos[314]). Aspecto probablemente relacionado con el pesimismo y desconfianza frente al derecho internacional que imperaba como sensibilidad a partir de la segunda mitad del siglo XX. Si bien la creación de la ONU y el comienzo de la Guerra Fría no produjeron cambios mayores sobre cómo eran entendidos los conceptos por los internacionalistas, sí produjo cambios en la sensibilidad general frente a la utilización de estos. Durante la Guerra Fría, el tema general de la resolución de conflictos era espinoso, así no afectara concretamente cómo se definen y diferencian estos dos mecanismos. Caflisch asegura que las tensiones propias de este momento detienen el "progreso" de los mecanismos de resolución de conflictos y su utilización efectiva, ya sean obligatorios (cortes y arbitraje) o no (como la conciliación y la investigación)[315], con excepción de la mediación, probablemente por su carácter flexible y diplomático. Incluso después de la Guerra Fría, no se produce el cambio radical en los mecanismos de resolución de conflictos que Caflisch dice que se podía esperar. Ni el arreglo judicial, ni el arbitraje, ni la conciliación tienen el auge práctico que algunos doctrinantes creían que iba a tener después de liberarse esas tensiones[316].

313 En este sentido, Caflisch afirma que después de la Segunda Guerra Mundial hay un declive en la utilización de la conciliación y la investigación (al igual que de los mecanismos jurisdiccionales). Lucius Caflisch, "Cent Ans de Règlement Pacifique des Différends Interétatiques", p. 318. Sobre esto dice Koopmans: "None of the conciliation provisions in multilateral treaties are known to have been applied, as also since the 1960s there are no known cases of application of the provisions of the classic bilateral treaties". Sven Koopmans, *Diplomatic Dispute Settlement. The Use of Inter-State Conciliation*, p. 251. Véase, también, Rudolf L. Bidschedler, "Conciliation and Mediation", p. 50.

314 Por ejemplo, la conciliación es mencionada directamente en el artículo 33 de la Carta de Naciones Unidas, pero de la misma forma en que enlista una serie de mecanismos existentes (incluyendo la mediación) sin detallar ni profundizar sobre sus características y sin establecer preferencias sobre un mecanismo y otro. Por otro lado, la conciliación es mencionada en la respectiva lista que el artículo 5 de la Declaración de Manila Sobre el arreglo Pacífico de Controversias Internacionales (1982).

315 Dentro de las causas del "declive" de los mecanismos de resolución de diferendos, como lo llama el autor, él señala la "inseguridad jurídica" que le producía a los Estados occidentales el cuestionamiento de varias reglas importantes por parte de los Estados socialistas y en desarrollo. Así como, estos últimos desconfiaban de que se les aplicaran unas reglas en cuya elaboración no habían participado y de la conformación "conservadora" de la CIJ. Sobre este punto, señalaban que la mayoría (si no todos) de los jueces provenían de países occidentales y que su aplicación tradicional del derecho internacional perpetuaría la dominación colonial. Lucius Caflisch, "Cent Ans de Règlement Pacifique des Différends Interétatiques", pp. 318-327.

316 *Ibid*., pp. 328-359.

Encontramos así referencias según las cuales la conciliación no se utiliza para tratar de resolver conflictos *graves*, sino para conflictos *menores* y, en particular, *técnicos* como ciertos aspectos del derecho marítimo y comercio internacionales[317]. Así, la práctica de la conciliación parece no lograr ocupar el lugar que los doctrinantes y diplomáticos de principios del siglo xx esperaban que ocupara (y que reemplazara de manera más formal e imparcial a la mediación). Pero la idea doctrinal de que la conciliación es un mecanismo *imparcial* termina reafirmando un nuevo lugar para este mecanismo en la resolución de conflictos considerados *técnicos*.

Sección 3
La imparcialidad como evolución del derecho internacional

El esfuerzo de este capítulo se ha centrado en tratar de detectar los elementos que la doctrina y la práctica convencional han considerado diferenciadores entre la mediación y otros mecanismos clasificados como similares (no obligatorios, diplomáticos, políticos o jurisdiccionales). No debe olvidarse que no todos los autores los consideran diferenciables y que muchos no los estudian a profundidad, pero este estudio se ha centrado en destacar aquellas características usadas para diferenciarlos.

Con respecto a la mediación y los buenos oficios, vimos que es casi unánime que los doctrinantes consideren que la diferencia entre uno y otro recae en el grado de participación del tercero. Ambos mecanismos son considerados muy semejantes y un mismo tercero puede pasar de un rol a otro. Esto ocurre, por ejemplo, cuando las partes permiten que el tercero, además de acercarlas y servirles de puente de comunicación (buenos oficios), las asesore y recomiende durante sus negociaciones (mediación). Esta cercanía entre la mediación y los buenos oficios, explica en buena medida que tanto los beneficios como las críticas que recaen sobre uno, recaigan sobre el otro (flexibilidad, informalidad, cercanía con las partes, desconfianza, posible intervención no deseada, entre otros).

Por su lado, se dijo que la conciliación se considera que surge, en gran medida, como respuesta a varias de las críticas que se le hacían a la mediación (y los buenos oficios) y que para muchos es el resultado de una mezcla de elementos tomados de la mediación y la investigación. En particular, me he enfocado en una característica, considerada por varios autores, esencial de la conciliación y que la

317 Véase, entre otros, *ibid*., p. 359 y Jean-Pierre Cot, *La Conciliation Internationale*, p. 350.

diferencia de la mediación: la imparcialidad. Esto ha dado como resultado que la conciliación sea a menudo considerada un mecanismo más despolitizado y más técnico que la mediación.

Algunos de los elementos distintivos principales con los que se diferencia la mediación de los otros mecanismos *diplomáticos* en derecho internacional, podemos resumirlos en el cuadro siguiente.

Cuadro 3. Elementos distintivos entre mecanismos diplomáticos

La relación entre la mediación y los buenos oficios se basa más en una cercanía que en una diferencia respecto al lugar que ocupan en el derecho internacional, pero respecto a la conciliación (y, en alguna medida, respecto a la investigación), podemos preguntarnos ¿en qué afecta el lugar de la mediación en el derecho internacional el que la conciliación sea identificada como más *imparcial*?

Una primera aproximación a esta pregunta sería estudiar (en sentido práctico-descriptivo) si la utilización y referencia a la mediación se han visto alteradas después del nacimiento de la conciliación. Una segunda aproximación sería cuestionar si esta forma de diferenciar la conciliación de la mediación tiene efectos (y cuáles) sobre cómo se concibe la juridicidad de la mediación y su lugar en el derecho internacional.

Sobre la primera aproximación, ya hemos mencionado que en ciertos periodos hay autores que se concentran con más interés en desarrollar o estudiar unos mecanismos y no otros, como ocurrió con el auge doctrinal que siguió al nacimiento de la investigación a comienzos del siglo XX y, más tarde, con el de la conciliación hacia mediados del siglo XX. En todo caso, la utilización práctica de la conciliación para tratar de resolver las disputas nunca reemplazó a la mediación, esta última siempre ha continuado vigente, casi a pesar de lo que quisieran los mismos autores. Según Caflisch, a pesar del esfuerzo convencional y doctrinal acordado a la conciliación (y antes a la investigación), la mediación y los buenos oficios son los únicos mecanismos que han conservado su popularidad entre las partes y no han sufrido mayores cambios coyunturales. Por el contrario, después de la Segunda Guerra Mundial hay un declive en la utilización de las partes hacia los mecanismos jurisdiccionales así como de la conciliación y la investigación[318]. Y, a pesar de que lamente el uso poco importante de la conciliación y considere que se debe tender hacia un refuerzo de los mecanismos jurisdiccionales, afirma que la mediación es el único mecanismo que continúa disfrutando de una popularidad sin falla a través de los tiempos[319]. Esta conclusión, según Caflisch, sigue vigente a principios del siglo XXI, en donde él constata que la mediación y los buenos oficios son los mecanismos de resolución que han sido menos afectados por la coyuntura de las relaciones interestatales y más apreciados por los Estados. Por el contrario, afirma que la conciliación y la investigación han perdido terreno y casi se puede hablar en términos prácticos de una regresión[320]. En este sentido, podemos decir que la utilización de la mediación no se ve afectada por la conciliación ni por la manera como esta se define.

318 Lucius Caflisch, "Cent Ans de Règlement Pacifique des Différends Interétatiques", p. 318.

319 *Ibid*., p. 321 (traducción mía, original: "Seul moyen à avoir joui d'une popularité sans faille à travers les âges, la médiation a continué à peu près comme avant"). Aunque Francisco Orrego Vicuña dice que ni la mediación ni la conciliación han sido utilizadas "masivamente". Francisco Orrego Vicuña, *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society. Constitutionalization, Accessibility, Privatization*, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 103.

320 Sobre la conciliación dice: "Excluyendo los pocos tratados bilaterales que, junto al arbitraje, proponen la *conciliación*, así como determinados *procedimientos establecidos a nivel regional* (OSCE), en materia de *tratados de codificación* […] y en *acuerdos multilaterales que regulan áreas específicas* (derecho marítimo,

Más allá de su efectiva utilización práctica, a continuación voy a enfocarme en la segunda aproximación y analizar qué implicaciones tiene considerar la *imparcialidad* como característica diferenciadora entre la conciliación y la mediación en el lugar que se concede a la mediación en el derecho internacional.

§1. Evolución como judicialización

Una primera manera de entender cómo afecta el lugar de la mediación en el derecho internacional el que la conciliación sea identificada como más *imparcial* se desprende directamente de un aspecto que hemos mencionado varias veces en este capítulo: para muchos doctrinantes desde principios del siglo XX, la conciliación es presentada como una *evolución* frente a la mediación, precisamente porque la conciliación es considerada más imparcial y también más formal en cuanto a la institucionalización y procedimiento del mecanismo.

Esta visión de la conciliación se relaciona, en particular, con la sensibilidad europea del periodo en el que fue naciendo y consolidándose en la práctica convencional este mecanismo (primera mitad del siglo XX). En este periodo, numerosos doctrinantes (tanto aquellos que criticaban la conciliación, como aquellos que la celebraban) clamaban por una "evolución" del sistema jurídico internacional, entendiendo por evolución, entre otros, una mayor judicialización o jurisdiccionalización de la resolución de conflictos. En este sentido, la conciliación internacional es concebida como un avance hacia el desarrollo o progreso del derecho internacional. Sin embargo, la preferencia por la conciliación no se debe a que se le considere el mecanismo ideal en sí mismo, sino en la medida en que se acerca y se parece más al arbitraje o la adjudicación (y se diferencia de la mediación).

Esta visión de la conciliación la encontramos presente aún en discursos contemporáneos en donde el carácter evolutivo del derecho internacional se relaciona con su formalización y en los que la conciliación también es presentada

---

cursos de agua internacionales, comercio internacional), no se ha registrado ningún progreso en tiempos recientes, en materia de conciliación. En cuanto a la utilización efectiva de este mecanismo, incluso se debería hablar de una regresión". Lucius Caflisch, "Cent Ans de Règlement Pacifique des Différends Interétatiques", p. 359. Véase también, *ibid.*, p. 326 (traducción mía, original: "Abstraction faite des rares traités bilatéraux qui, à côté de l'arbitrage, proposent la *conciliation*, de même que de certaines *procédures instituées sur le plan régional* (OSCE), dans le cadre de *traités de codification* […], et dans des *accords multilatéraux réglant des matières spécifiques* (droit de la mer, cours d'eau internationaux, commerce international), aucun progrès n'a pu être enregistré, ces derniers temps, en matière de conciliation. Pour ce qui est du recours effectif à ce moyen, on doit même parler d'une régression").

como el rezago de un derecho internacional no suficientemente evolucionado. Por ejemplo, enfatizando el carácter gradual y evolutivo que se espera de la sociedad internacional y el avance, importante pero insuficiente, que la conciliación representa, dice Cot:

> A la espera de que los Estados se comprometan a respetar sin restricciones la norma jurídica, el arte del compromiso debe ser refinado para facilitar la solución de las controversias internacionales. La intervención de un organismo independiente puede reanudar las negociaciones, abrir nuevas perspectivas. Más modesta que el arbitraje o la justicia, la conciliación corresponde a una etapa primitiva en la evolución de las sociedades. Ella tiene sin duda su lugar en la sociedad internacional[321].

En sentido similar, Godet afirma:

> El realismo hace pensar que un método global de solución pacífica de controversias no podrá desarrollarse sino de forma gradual. En un primer momento, los Estados europeos serán proclives a privilegiar la conciliación. Podemos lamentar esta tendencia a preferir un mecanismo no jurisdiccional sobre el arreglo judicial o el arbitraje, en la medida en que su aplicación no contribuye sino muy débilmente al fortalecimiento del derecho internacional. Pero hay que ver que los mecanismos de resolución como los buenos oficios, la conciliación o la mediación, responden a las necesidades de la realidad contemporánea[322].

En otras palabras, así como la conciliación es considerada más *evolucionada* que la mediación, todos los mecanismos no obligatorios / diplomáticos / no-jurisdiccionales son considerados más *precarios* o menos evolucionados que la

321 Jean-Pierre Cot, *La Conciliation Internationale*, p. 4 (traducción y énfasis míos, original: "En attendant que les Etats consentent à se soumettre sans restrictions à la règle de droit, l'art du compromis doit s'affiner pour faciliter la solution des différends internationaux. L'intervention d'un organe indépendant peut relancer la négociation, ouvrir de nouvelles perspectives. Plus modeste que l'arbitrage ou la justice, la conciliation correspond à un stage primitif dans l'évolution des sociétés. Elle a sans doute sa place dans la société internationale").

322 Blaise Godet, "Bons Offices, Médiation et Conciliation", p. 202 (nota al pie) (traducción mía, original: "Le réalisme conduit à penser qu'une méthode globale de règlement pacifique des différends ne pourra être élaborée que de manière graduelle. Dans un premier temps, les Etats européens seront enclins à mettre l'accent sur la conciliation. On peut regretter cette tendance à préférer un moyen non juridictionnel au règlement judiciaire ou arbitral, dans la mesure notamment où sa mise en œuvre ne contribue que faiblement à l'affermissement du droit international. Mais il faut bien voir que les modes de règlement, tels les bons offices, la conciliation ou la médiation, répondent aux besoins de la réalité contemporaine"). Francisco Orrego Vicuña, por su lado (si bien no es muy claro en su distinción entre mediación y conciliación), considera que la evolución del derecho internacional pasa por una mayor institucionalización (incluyendo de los mecanismos de resolución de conflictos) y por que cada vez más disputas sean resueltas según "reglas de derecho" (en lugar de la "política"). Francisco Orrego Vicuña, *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society. Constitutionalization, Accessibility, Privatization*, pp. 101-102.

adjudicación y el arbitraje. Según esto, al *evolucionar* el derecho internacional se *formaliza* y *jurisdiccionaliza* y, podemos imaginar, esa evolución debe entonces conllevar a un abandono paulatino de los mecanismos informales o diplomáticos pues la utilización de estos últimos se debería a que no existe (aún) una estructura formal suficiente para reemplazarlos o una actitud estatal suficientemente evolucionada para preferirlos.

En este sentido, podemos leer las afirmaciones de varios autores: por ejemplo, Rudolof Bidschedler en su *Enciclopedia de derecho público* resalta como "aspectos negativos" de la mediación y de la conciliación la poca contribución de estos mecanismos al *desarrollo* del derecho y el detrimento en cuando a *objetividad*, *juridicidad* y *justicia* en una solución obtenida mediante un compromiso[323]; o el español José Antonio Pastor Ridruejo, en su curso de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, a finales del siglo XX, dice que desde un punto de vista "ideal" se debería instaurar un proceso judicial obligatorio en la sociedad internacional para dirimir los conflictos[324]. De manera similar, en otro curso de esa misma academia pocos años después, Caflisch deja escapar su decepción frente a que, después de la Guerra Fría, no se les diera prioridad a los mecanismos jurisdiccionales lo cual, según él, mejorararía "la eficacidad del derecho internacional en su conjunto"[325].

Esta visión *evolutiva* del derecho internacional como tendiente a formalizarse, está presente en diferentes narrtivas y sensibilidades. Es un discurso que fluctúa y que encontramos en otras manifestaciones doctrinales que, aunque diversas, comparten la misma idea central. Un ejemplo de esto se da cuando se compara el derecho internacional con el derecho interno. Las críticas al derecho internacional como menos evolucionado, haciendo para ello comparaciones con el derecho interno, son casi tan antiguas como el derecho internacional mismo y han dado lugar a numerosos estudios de internacionalistas que intentan así responder

323 "[N]egative aspects […] These proceedings contribute less to the development of law than do arbitral tribunals or international courts. The search for compromise may also detract from the objectivity, legality and justice of the proposed solution". Rudolf L. Bidschedler, "Conciliation and Mediation", p. 51.

324 José Antonio Pastor Ridruejo, "Le Droit International à la Veille du Vingt et Unième Siècle: Normes, Faits et Valeurs. Cours Général de Droit International Public", p. 96.

325 "El cambio de actitud […] creíamos que era susceptible de conducir a un mejor uso de los mecanismos de resolución jurisdiccionales, en particular, de la Corte de La Haya, y conducir a la apertura de nuevas vías que mejoraran la eficacia del derecho internacional en su conjunto". Lucius Caflisch, "Cent Ans de Règlement Pacifique des Différends Interétatiques", p. 328 (traducción mía, original: "Le changement d'attitude […] était susceptible, estimait-on, de conduire à une meilleure utilisation des voies juridictionnelles de règlement, en particulier de la Cour de La Haye, et aboutir à l'ouverture de nouvelles voies améliorant l'efficacité du droit international dans son ensemble").

al denominado "reto austiniano"[326]. Sin embargo, al referirse a la resolución pacífica de conflictos, es común hoy en día continuar encontrando comparaciones en las que el derecho interno (con un sistema de resolución de conflictos centralizado y de forzoso cumplimiento) se presenta como el modelo al que debería tender el derecho internacional. Así, la no obligatoriedad de recurrir a los mecanismos jurisdiccionales, resulta ser una debilidad que debe superarse[327].

Aunque no me voy a detener a analizar si el derecho internacional es o no comparable con el derecho interno o hasta qué punto lo sería[328], me voy a referir brevemente a un estudio publicado en el 2006 de Andrea Kupfer Schneider,

326 En palabras del internacionalista colombiano René Urueña, según el reto austiniano: "el derecho internacional no es verdaderamente derecho por no contar con un sistema centralizado que obligue a los Estados a cumplir con sus mandatos (como, por ejemplo, un ejército internacional). Este desafío obsesionó a la literatura jurídica internacionalista durante la primera mitad del siglo XX y, por esa vía, terminó inspirando gran parte de la enseñanza del derecho internacional en nuestra región". René Urueña, "Introducción. El poder y los límites del derecho internacional en la sociedad global", en *Derecho internacional. Poder y límites del derecho en la sociedad global*, René Urueña (ed.), Serie Justicia Global, Bogotá: Ediciones Uniandes, 2015, p. x. Para una breve explicación y algunas de las críticas clásicas a la metáfora de Austin, según la cual las normas jurídicas y el derecho se asimilan a órdenes respaldadas por amenazas, véase, Carlos Gaviria Díaz, *Temas de introducción al derecho*, Medellín, Bogotá: Señal Editora, 1992, pp. 93-116.

327 Dice Pastor Ridruejo: "En estos [sistemas internos], de hecho, y desde hace varios siglos, la proscripción de la venganza privada fue seguida del establecimiento de un proceso judicial obligatorio; este establecimiento fue uno de los grandes logros de la civilización. Una evolución paralela en el interior de la sociedad internacional habría sido deseable: con la guerra abolida, debería haberse introducido el recurso obligatorio al arreglo jurisdiccional de controversias. Sin embargo, sabemos que hoy en día es el principio de la libre elección de los medios el que se aplica. Esta es una de las grandes paradojas del derecho internacional y una clave para entender la debilidad genética de nuestra disciplina. Los Estados no tienen la obligación de resolver sus controversias por medios jurisdiccionales e incluso para resolverlos de manera efectiva". José Antonio Pastor Ridruejo, "Le Droit International à la Veille du Vingt et Unième Siècle: Normes, Faits et Valeurs. Cours Général de Droit International Public", pp. 96-97 (traducción mía, original: "Dans ceux-ci, en effet, et depuis plusieurs siècles, la proscription de la vengeance privée fut suivie de l'instauration du procès judiciaire obligatoire ; cette instauration a été l'une des grandes conquêtes de la civilisation. Une évolution parallèle à l'intérieure de la société internationale aurait été souhaitable : la guerre abolie, on aurait dû instaurer le recours obligatoire au règlement juridictionnel des différends. Nous savons cependant que, de nos jours, c'est le principe du libre choix de moyen qui est applicable. Voilà l'un des grands paradoxes du droit international et l'une des clés pour bien comprendre la faiblesse génétique de notre discipline. Les Etats n'ont pas l'obligation de régler leurs différends par des moyens juridictionnels et même pas de les régler de manière effective").

328 Sobre la comparación entre el derecho internacional y el derecho interno hay un sinnúmero de estudios, pero sobre el tema concreto de la resolución de conflictos, cabe resaltar el interesante estudio de Carrie Menkel-Meadow. Ella quiere mostrar los peligros de querer lograr una "teoría general" entre disciplinas y contextos diferentes sobre la solución pacífica de controversias, pero conservando, en todo caso, una mirada interdisciplinaria. Considera que es más enriquecedor si se trata de explorar las diferencias y aportes de cada disciplina y cada contexto (relaciones internacionales, derecho internacional, contexto interno, contexto internacional, entre otros), en lugar de encontrar principios comunes aplicables a todos los casos. Sin negar la influencia mutua entre contextos y disciplinas, señala los peligros de querer encontrar pautas demasiado abstractas, pues éstas, al tratar de abarcarlo todo, resultan poco útiles y corren el riesgo de dejar de lado las diferencias esenciales de los contextos. Véase Carrie Menkel-Meadow, "Correspondences and Contradictions in International and Domestic Conflict Resolution: Lessons from General Theory and Varied Contexts", *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2, 2003, pp. 319-352.

profesora estadounidense de resolución alternativa de conflictos, resolución internacional de conflictos y derecho internacional, entre otros. Ella aborda la comparación entre derecho internacional y derecho interno contrastando las dos "tendencias" que ve en cada ordenamiento jurídico y que podrían entenderse como contradictorias: la tendencia del derecho internacional a judicializarse *versus* la tendencia del derecho interno a reforzar los mecanismos denominados "alternativos de resolución de conflictos" (que incluyen la mediación y conciliación internas como posibles sustitutos de los estrados judiciales).

Lo que considero interesante destacar es que, sin negar la relevancia de los mecanismos alternativos / diplomáticos tanto en el ordenamiento jurídico internacional como en el nacional, para ella la relación entre uno y otro (y el lugar que deberían ocupar en uno y otro) siguen estando determinados por la *evolución* de los sistemas (ya sea nacional o internacional). Evolución que pasa por el fortalecimiento de los mecanismos jurisdiccionales. Para ella, los ordenamientos jurídicos evolucionan en la medida en que son más formales (formalidad que está acompañada de una solución obligatoria y los medios de hacer cumplir la solución adoptada) pero, una vez el ordenamiento jurídico es suficientemente fuerte, la tendencia podría volver a invertirse y la flexibilidad y rapidez propias de la informalidad podrían preferirse de nuevo, pues la seguridad jurídica ya está asegurada por un ordenamiento jurídico garante.

Ella hace una comparación entre el ordenamiento jurídico internacional y el ordenamiento jurídico interno de Estados Unidos, y considera que en el ordenamiento jurídico de ese país (al que clasifica como "fuerte" y "desarrollado") hoy en día se da prioridad a los mecanismos alternativos de resolución de controversias (*alternative dispute resolution*) pues se prefiere la rapidez, la participación de las partes, los bajos costos y la flexibilidad. Pero, en su opinión, esto ocurre justamente porque las partes tienen la certeza de que siempre pueden contar con el sistema judicial interno y acudir a este en caso de peligro. Es decir, ese es un sistema que ya fortaleció su sistema judicial lo suficiente (ya *evolucionó*) como para que los ciudadanos tengan la certeza de poder acudir a él en caso de necesitarlo[329]. Schneider explica que ese no es *aún* el caso del derecho inter-

[329] Resulta interesante que, como lo anota Orrego Vicuña, la división de mecanismos "alternativos" implica agrupar de un lado a todos los que no son cortes (incluido el arbitraje) de los "tradicionales" que sería solamente el arreglo judicial. También interesante es que, a diferencia del sistema interno, en el sistema internacional esos mecanismos "alternativos" existen antes de la creación de tribunales internacionales pero, a pesar de esto, es el arreglo judicial el que se considera "tradicional", seguramente por una clara influencia del modelo de derecho interno. Véase Francisco Orrego Vicuña, *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society. Constitutionalization, Accessibility, Privatization*, p. 100.

nacional y que, contrario a los mecanismos alternativos del derecho interno, en el ordenamiento jurídico internacional se tiende hacia un favorecimiento de los mecanismos formales que ofrecen mayores garantías y un marco mejor establecido[330]. Es decir, si bien aún el sistema internacional no ha evolucionado en lo referente a la resolución pacífica de conflictos, su meta debería ser fortalecer los tribunales (así sean demorados, costosos y dispendiosos) y solo entonces se podría (¿debería?) preferir a los mecanismos diplomáticos / alternativos en lugar de los tribunales.

Es interesante que su argumentación parte de la base de que en el sistema internacional *se tiende* a una mayor judicialización, afirmación que podría contrastar con la postura de varios doctrinantes que lamentan el poco uso del arreglo judicial frente al uso frecuente de mecanismos diplomáticos. Pero Schneider no examina si en la práctica las partes prefieren más los tribunales internacionales sobre los mecanismos diplomáticos o viceversa, sino que ve una tendencia a usarlos cada vez más que antes (y podríamos añadir: a seguir firmando tratados con cláusulas para acudir a tribunales internacionales, seguir haciendo estudios que clamen por su utilización, entre otros). El punto es que ella considera que el fortalecimiento y preferencia de los mecanismos judiciales son una parte de la evolución del sistema jurídico y, solo cuando este esté consolidado, la tendencia se invertirá privilegiando otros aspectos (flexibilidad, rapidez, menor costo).

§2. Evolución como tecnificación

Una segunda forma de entender cómo afecta el lugar de la mediación en el derecho internacional el que la conciliación sea identificada como más imparcial, se desprende de caracterizar a la conciliación como un instrumento más *técnico*, compuesta de *expertos* (que la hacen más imparcial) y, por ende, más apropiado para resolver conflictos de derecho económico internacional. Si bien esta manera de caracterizar la conciliación se puede relacionar con la sensibilidad formalista que cree que la evolución del derecho internacional debe ser su mayor jurisdiccionalización, pues los jueces y árbitros son imparciales, técnicos y meros aplicadores del derecho, también puede relacionarse con otra sensibilidad, esta vez proveniente principalmente de Estados Unidos. Esta sensibilidad también clama por la *evolución* del derecho internacional, pero no entendiéndola como una *formalización* clásica que conduce a un mayor fortalecimiento de los

330 Véase Andrea Kupfer Schneider, "Not Quite a World without Trials: Why International Dispute Resolution is Increasingly Judicialized", *Journal of Dispute Resolution*, vol. 1, 2006, pp. 119-130.

mecanismos jurisdiccionales, sino como una evolución hacia el *pragmatismo* y *tecnificación*.

Hasta la segunda mitad del siglo XX, las sensibilidades que dominaban la disciplina del derecho internacional eran principalmente europeas y se dividían entre las de tendencia más anglosajona y las de tendencia más continental, esta última con importante influencia francesa. Los documentos de derecho internacional más relevantes de la época, sin importar la proveniencia de su autor, se escribían y publicaban en francés, la lengua internacional de entonces, y eran relevantes en la medida en que se discutían y repercutían en los círculos académicos europeos / franceses. A partir de la segunda mitad del siglo XX, con la victoria de los aliados y el importante papel que tuvo durante y después de la guerra Estados Unidos, se incrementó exponencialmente el papel de este país en la comunidad internacional. Allí se instaló la sede principal de la ONU y, al tiempo que Europa se recuperaba lentamente del choque político y económico de la guerra, Estados Unidos se reafirmó como un centro económico, intelectual y académico para varias disciplinas, incluyendo el derecho internacional. La lengua internacional pasó a ser el inglés y varias particularidades propias de la sensibilidad jurídica (interna) estadounidense influenciaron la sensibilidad jurídica internacional[331].

La sensibilidad estadounidense de la segunda mitad del siglo XX adquirió, entonces, una gran relevancia y contiene varias particularidades que la diferenciaron de la tradición europea. En el estudio sobre las disciplinas del derecho internacional, David Kennedy explica en qué se diferencia la sensibilidad del internacionalista estadounidense de la del europeo y su influencia en la manera como concebimos hoy la disciplina. Sin querer resumir el largo y ambicioso estudio de Kennedy, ni abarcar todos los aspectos que allí aborda, encuentro importante repasar algunas anotaciones suyas relevantes para este estudio.

La visión estadounidense es, según Kennedy, habitualmente descrita diciendo que sigue un método menos formalista, más interdisciplinario, menos enfocado en las cortes, menos filosófico, más pragmático. También, que allí la disciplina internacionalista hace menos división entre lo público y lo privado, entre lo jurídico y lo político, entre el derecho y la economía y el derecho y la

331 Kennedy resalta que una diversidad de corrientes internacionalistas han sido influenciadas por la tradición estadounidense de derecho internacional, en particular, a partir de la segunda mitad del siglo XX, aunque muchos de los estudios no sean hechos por doctrinantes estadounidenses. Véase David Kennedy, "The Disciplines of International Law and Policy", pp. 14-15.

sociología, se presta un mayor interés a los actores privados (y menos al Estado) y se es más abierto al derecho blando o *soft-law* (que a las fuentes formales o derecho duro)[332].

Para Kennedy, los internacionalistas estadounidenses de después de la Segunda Guerra Mundial tienen en su mayoría una fuerte convicción en el cosmopolitismo, probablemente influenciado porque, después de 1945, en ese país hay un alto número de inmigrantes refugiados europeos y judíos. Los internacionalistas en Estados Unidos tienden a ser liberales y humanistas en sentido europeo, pero a diferencia de Europa, no predomina el nacionalismo y son entusiastas sobre los esquemas internacionales cosmopolitas y lo que la cooperación internacional puede lograr[333].

Hay una división importante entre lo que él denomina *humanismo/cosmopolitismo* de los internacionalistas y la política extranjera estatal estadounidense. Esta última iba en una dirección distinta a la del humanismo de los internacionalistas y tenía su propia sensibilidad, preocupada por fortalecer la hegemonía de ese país durante los múltiples frentes que incluían la "lucha contra el comunismo" (la Guerra Fría, la guerra de Vietnam, el McCarthismo, entre otros) y de la cual los internacionalistas generalmente estaban marginalizados.

Durante la Guerra Fría, para el *mainstream* liberal y nacionalista estadounidense, los internacionalistas eran demasiado "blandos" sobre los temas dominantes en la política exterior de ese país (comunismo, corrupción poscolonial y autoritarismo, asuntos militares, inteligencia exterior, amenazas a Estados Unidos)[334]. Pero, a partir de 1989, con el fin de la Guerra Fría, las divisiones empezaron a borrarse pues hubo un optimismo triunfalista generalizado en ese país. Esto llevó a que los internacionalistas modificaran sus preceptos humanistas que los distanciaban de la política exterior gubernamental, reforzando el patriotismo y hegemonía estadounidense, que consideran una estructura inevitable en el multilateralismo actual[335]. Esto hace que por primera vez parezca plausible una

332 *Ibid*., p. 19. Además, sobre cómo se entiende el derecho internacional en Estados Unidos "ecléctico y marginal", véase *ibid*., pp. 19-22.

333 "Many in the post-1945 generation were brought to the field by their positive experiences in the World War II and in the military occupations or redevelopment efforts which followed. These people were often optimistic about internationalism, of an administrative and institutional variety. For whatever reasons, one generally does not find in the United States, as one certainly does in some national European traditions, international lawyers who are also nationalists". *Ibid*., p. 23.

334 *Ibid*., p. 24.

335 "Although, the term 'liberalism' continues to surface in the United Statesean literature on international law, it is a much chastened – Thatcherized or Reaganized – term, aiming to re-enter the foreign policy establishment by cleansing the discipline of tis earlier substantive commitments

alianza entre el cosmopolitismo, el liberalismo y el legalismo. Todo esto produce una visión bastante idiosincrática de entender el derecho internacional, basado en una imagen cada vez más triunfalista y hegemónica de Estados Unidos y que, sin embargo, logró afianzarse[336].

Pero, además del cosmopolitismo / humanismo, la particularidad del internacionalismo jurídico en Estados Unidos se debe también a que, desde la Segunda Guerra Mundial, el derecho internacional es influenciado por tradiciones filosóficas del pragmatismo, funcionalismo y realismo estadounidense, tal y como sucede en ese país con otras ramas del derecho. Esto tiene consecuencias importantes en la forma de percibir el derecho (en general, y el derecho internacional, en particular) que incluyen escepticismo de las normas, antiformalismo, fronteras borrosas entre el derecho y argumentos interdisciplinarios relacionados con lo político[337].

Además, en la segunda mitad del siglo XX comenzó a borrarse la división tradicional entre derecho internacional público y privado en Estados Unidos. Entre otras cosas, porque se consideraba que el derecho internacional privado era más cercano al realismo, mientras que el público seguía más de cerca la teoría tradicional de la soberanía europea. Dentro de las corrientes del derecho internacional privado, se desarrolló una dirigida en particular a las relaciones comerciales internacionales, no entre Estados sino con otros sujetos (personas privadas, transnacionales) que empezó a dar surgimiento a la conceptualización de un derecho económico internacional que se reforzó después de la Guerra Fría[338].

Esto tiene numerosas consecuencias, entre ellas varias modificaciones sobre cómo se concibe el derecho internacional y hacia dónde se dirige. Por ejemplo, se fortalece la idea de que el desarrollo en el internacionalismo significa moverse de lo público a lo privado, lo cual implica debilitar el Estado y fortalecer el comercio entre privados (y si los Gobiernos participan lo hacen como actores privados). Esto va acompañado de la percepción de que este tipo de

---

to focus on capitalist expansion and the proceduralist democracy of 'good governance' or the 'rule of law'. Legal internationalists now seem to accept United States hegemony as the inevitable structure of multilateralism today". *Ibid.*, p. 25.

336 *Ibid.*, pp. 32-33.

337 "The encounter with these ideas shaped United Statesean international law in some predictable ways, leaving it more open to interdisciplinary argument, more skeptical about the force or clarity of particular rules, quick to criticize one another's rule based arguments as 'formalism': less focused on both states and courts". *Ibid.*, p. 26.

338 *Ibid.*, p. 32 y David Kennedy, "Putting the Politics Back in International Politics", *The Finnish Yearbook of International Law*, vol. IX, 1998, pp. 19-23.

internacionalización (privada) es algo "inevitable", "generalizable", "moderno", "razonable", "pragmático", "antiformalista", "realista", en comparación a una concepción de lo internacional (público, estatal) como "nostálgico", "rígido", "radical", "formalista" y "anticuado"[339]. También, de que el derecho internacional público es reemplazado por el privado, en donde el primero no se diferencia de lo político, mientras que el segundo está alejado de lo político, se rige por el "mercado", por lo "tecnócrata" y, casi de manera pasiva, va "acomodándose a una fuerza natural"[340]. Las sensibilidades pública y privada unidas reafirman la idea de que el Gobierno existe solo para servir al mercado.

Esta percepción de la sensibilidad internacionalista (en particular, estadounidense, entendida como la más predominante desde la segunda mitad del siglo XX), es presentada y autopercibida como *pragmática*, *renovadora* y, en contraste a la visión *formalista* europea, tradicional. En efecto, Kennedy afirma que la historia generalmente es utilizada por los internacionalistas para presentar una historia de progreso[341]. En este sentido, dice que durante el siglo XX la historia es presentada como si se pasara de la política al derecho y, en últimas, al pragmatismo. En cada época los autores se presentan como contrarios a lo que les precede, que generalmente es señalado de "anticuado".

Así, la sensibilidad que se denomina *pragmática*, ligada a la idea de que lo privado reemplaza a lo público y el mercado es el contexto natural en el cual se desarrollan transacciones y sobre el cual se deben resolver conflictos, es una sensibilidad que se quiere renovadora frente a otra que se quiere formalista, basada en lo público y en la noción de soberanía. Sin profundizar en la crítica que Kennedy hace a esta sensibilidad[342], quiero resaltar que dentro de las divisiones que se presentan como propias de esa sensibilidad, está la de entender el mercado como *despolitizado*, mientras que las relaciones estatales y, por ende,

339 David Kennedy, "The Disciplines of International Law and Policy", pp. 40-49.

340 *Ibid*., p. 56.

341 Véase *ibid*., pp. 91-98. Kennedy habla de dos formas en que se presenta el argumento histórico. Además de la historia como progreso, está la historia como proveniencia (*history as provenance*). Esta se da cuando el argumento histórico se usa para demostrar que la proveniencia es del derecho y no de la política, cuando se pregunta cómo o cuál era el derecho sobre un tema en un periodo determinado (utilizado, sobre todo, en estudios de Europa y el Reino Unido), que buscan establecer el "pedigrí" de la norma en la historia. En Estados Unidos, dice él, se usa la proveniencia de la regla como argumento para examinar su aplicabilidad. Estos argumentos muchas veces están también ligados con la visión de la historia como progreso (véase *ibid*., pp. 88-90).

342 El objetivo del estudio de Kennedy es mostrar los puntos ciegos y sesgos de la manera como se presentan los argumentos precisamente autodenominados *renovadores*, *antiformalistas*. *naturales* o *dados*. Por ejemplo, dice: "The embrace of the economic has led to an empting out of political judgment about the meaning of economic security which makes it more difficult to think about distributive issues, both within and between societies". *Ibid*., p. 121.

públicas están dominadas por lo político (con lo que se critica la sensibilidad formalista europea que utópicamente pretendía que el derecho estaba separado de la política)[343].

Si bien la sensibilidad pragmática asume que el derecho y la política no son separables, hay una apuesta porque la economía sí lo sea y, en este sentido, podríamos decir que en esa perspectiva, influenciada por el realismo, el juez internacional sería agrupado con la mediación, pues no se diferencia de esta por su *objetividad/imparcialidad* ni su *apoliticidad*. Sin embargo, persiste la división entre lo *imparcial/objetivo* y lo *subjetivo*, donde lo primero no es identificado ya con lo jurídico, pues lo jurídico no es separable de lo político, pero lo segundo sí sigue identificándose con lo político. Por tanto, con el auge del derecho económico internacional y la división tecnócrata que allí se defiende (influida también por el realismo estadounidense), la imparcialidad sigue siendo un elemento esencial que afecta el lugar que se le otorga a los mecanismos de resolución de conflictos. En este sentido, la conciliación y el arbitraje compuestos por expertos garantizarían una mayor imparcialidad, no por acercarse más a los procedimientos jurisdiccionales de solución obligatoria, sino porque, en la medida en que abordan temas *económicos* y *técnicos*, son considerados *despolitizados*.

Es de anotar que Kennedy no profundiza en su estudio sobre los tipos de mecanismos de resolución de conflictos y, específicamente, nunca menciona la mediación internacional. Sin embargo, resulta interesante resaltar que considera que la sensibilidad pragmática predominante desde finales del siglo XX da prioridad a los mecanismos "alternativos" de resolución de conflictos, sobre la formalista y anticuada adjudicación[344], para lo cual menciona los mecanismos incluidos en la Convención para el Derecho del Mar de 1982 y el sistema de la Organización Mundial de Comercio (OMC)[345]. Más adelante dice que desde el

343 "The problem is this: we expect a technocratic cosmopolitan governance to have no stakes in local disputes beyond stability, and therefore to deploy force in an unrealistically sanitary way, without political entanglement. But cosmopolitan governance does have stakes in local disputes […]. Defending the stability of a political order necessary for investor confidence requires a set of political choices both among states and among groups or classes within nations, as among the transnational interests of labor or capital or women or men. Moreover, it calls for choices among economic sectors with stakes in different patterns of modernization, among investors with stakes in different patterns of production, trade and consumption". David Kennedy, "Putting the Politics Back in International Politics", p. 22.

344 "By 1980, the focus had gone off adjudication altogether, in favor of a more flexible, ad hoc range of alternative dispute resolution mechanism". David Kennedy, "The Disciplines of International Law and Policy", p. 97.

345 *Ibid*., p. 96. La Convención para el Derecho del Mar (1982), además de instaurar su propio tribunal, dedica un capítulo a la conciliación internacional. Por su lado, la OMC tiene un sistema de resolución de controversias propio que es considerado por muchos una conciliación cuasi judicial.

pragmatismo (en particular, internacional económico), la seguridad económica parece alcanzable solamente mediante mecanismos "tecnocráticos", lo cual a su vez se refiere nuevamente a lo que denomina "mecanismos alternativos de resolución de conflictos"[346]. Parece, entonces, que por mecanismos alternativos Kennedy se refiere a la conciliación (y tal vez al arbitraje y otros mecanismos denominados cuasi judiciales como los de la OMC) más que a los tradicionalmente denominados mecanismos diplomáticos que incluyen a los buenos oficios, la mediación y la investigación[347].

§3. La imparcialidad y el lugar de la mediación

El lugar que se le otorgue a la mediación internacional en el derecho internacional puede variar dependiendo de la mirada que se le dé a la imparcialidad en el orden jurídico internacional. Quienes claman por una mayor imparcialidad, entendida como mayor *formalización* o *jurisdiccionalización*, respaldan la idea de que el derecho *es* imparcial / objetivo frente a lo político / subjetivo. Y, por lo tanto, que lo menos imparcial, menos formal, más alejado de los mecanismos jurisdiccionales, son una muestra de un derecho internacional más precario, menos evolucionado, donde se incluiría a la mediación internacional.

Con lo anterior, se está afirmando de alguna forma esto:

Más imparcial = más objetivo = más confiable = más formal =
menos político = más evolucionado = más jurídico.

Sobre estos dos sistemas y sus particularidades: John Graham Merrills, *International Dispute Settlement*, pp. 182-236.

346 "Economic security seems achievable through technocratic means – through sound management and trade deals, and a smorgasbord of alternative dispute resolution mechanisms". David Kennedy, "The Disciplines of International Law and Policy", p. 120.

347 Así mismo, en un reciente libro que compila estudios sobre la situación "contemporánea" de la resolución de conflictos en derecho internacional, si bien el interés principal recae en la adjudicación y el arbitraje, se tienen en cuenta "otras" posibilidades, sin especial interés por la mediación internacional. Hay un artículo sobre mediación familiar y los demás artículos que no se centran en los tribunales, estudian el tema de la conformidad del derecho (*compliance*) y el papel del Consejo de Seguridad que se denomina como *cuasi judiciales*. La presentación del libro dice lo siguiente: "This edited collection focuses upon the growth and complexity of such legal methods, which includes judicial settlement (courts and tribunals), arbitration and other legal (or what might be termed 'extra-legal') means (international organizations, committees, inspection panels and ombudsmen)". En todos los capítulos se hace énfasis en la diversidad de terceros y tipos de conflictos (con especial interés en conflictos de derecho privado y económico), reflejo de la idea de unos conflictos y mecanismos más "técnicos". Los conflictos armados no son tampoco mencionados, así como los mecanismos que serían adecuados para solucionarlos. Duncan French, Matthew Saul y Nigel D. White, (eds.), *International Law and Dispute Settlement. New Problems and Techniques*, vol. 28, Studies in International Law, Oxford, Portland: Hart Publishing, 2010, p. i.

Y con ello, se implicaría a su vez esto:

Menos imparcial = más subjetivo = más desconfianza =
más informal = más político = más precario = menos jurídico.

Por otro lado, lo *pragmático* se presenta como una sensibilidad en la que los cambios tienden a privilegiar mecanismos más *flexibles* y *no formales*, pero también en donde se quiere abandonar la soberanía y se asume la existencia de un entorno *técnico*, *económico* y *neutro*, que en el fondo continúa manteniendo la oposición frente a lo evolucionado y lo precario. En esta perspectiva podría parecer más difícil establecer el lugar de la mediación, pues si se considera que se privilegian todos los mecanismos alternativos (debido a su flexibilidad e informalidad), la mediación ocuparía un papel importante, junto con la conciliación y a diferencia de los mecanismos formales como el arreglo judicial. Pero cuando se quiere privilegiar la flexibilidad e informalidad de los mecanismos en esta sensibilidad, va de la mano de su *tecnicidad*, tal y como se destacan en las convenciones comerciales y económicas, generalmente reducidas a la conciliación y el arbitraje[348].

Con lo anterior, se está afirmando de alguna forma esto:

Más imparcial = más objetivo = más confiable = antiformal =
menos político / jurídico = más evolucionado = más técnico.

Y con ello, se implicaría a su vez esto:

Menos imparcial = más subjetivo = más desconfianza = más formal =
más político / jurídico = más precario = menos técnico.

Para la sensibilidad formalista, la división esencial está entre lo jurídico y lo político, donde lo jurídico es imparcial (aplicación del derecho) y lo político es subjetivo (poder). Para los pragmáticos la decisión esencial no está en lo jurídico y lo político (imposible de separar) sino entre lo jurídico / político (formalista, basado en la soberanía, y al tiempo subjetivo, regido por el poder) y lo tecnocrático (imparcial, objetivo, regido por el mercado como un contexto natural dado).

348 Aunque Orrego Vicuña considera que tanto la conciliación como la mediación son mecanismos "técnicos". Curiosamente él los distingue diciendo que en la mediación se hacen recomendaciones mientras que esto no ocurre en la conciliación. Francisco Orrego Vicuña, *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society. Constitutionalization, Accessibility, Privatization*, pp. 107-108.

Si para los primeros los jueces de tribunales internacionales son la representación de un derecho internacional más evolucionado en la medida en que los mecanismos jurisdiccionales responden mediante un procedimiento formal, en estricta aplicación del derecho y una solución jurídica obligatoria (y, por ende, objetivos, imparciales); para los segundos esos tribunales, defensores a ultranza de la soberanía, son una muestra de un derecho formalista anticuado. Para los pragmáticos, en un mundo en donde el derecho económico rige las relaciones internacionales, son los mecanismos técnicos, de expertos (ya sea conciliación o arbitraje o los híbridos como los de la OMC) los que responden a una evolución pragmática del derecho internacional, pero acá también está contenida la idea de mecanismos neutros, imparciales, así sea "reducida" (como muchos autores lo lamentan) a unos pocos conflictos "técnicos". Esa caracterización continúa manteniendo una visión de la mediación como lo más político (aunque esta vez puedan alinearse junto con los jueces) frente a los mecanismos de expertos, imparciales, técnicos. La división relevante no se da en este caso entre lo jurídico y lo político, sino entre lo técnico y el resto.

Para los formalistas como los pragmáticos lo *flexible* es entendido de manera diferente, y la mediación no parece un concepto que encuentre cómodamente un lugar en ninguna de las dos sensibilidades. Cuando Kennedy dice que se privilegia la "flexibilización" de los mecanismos parece referirse con ello a que se aleja de la concepción según la cual todo gira alrededor del juez, pero deja en todo caso sin explicar qué pasa con la mediación (a pesar de que este mecanismo sigue utilizándose continuamente, incluso más que muchos otros mecanismos)[349].

Nuevamente, vemos que a pesar de las diferencias importantes que hay en las dos sensibilidades, el lugar que se le otorga o la caracterización que se hace de la mediación, resulta en gran medida de una comparación residual respecto a otros mecanismos que se diferencian por su imparcialidad.

[349] La ausencia de estudios enfocados en el tema de la mediación hace que, no solo la forma como se explican o perciben los intereses y desintereses de ciertas épocas puedan ser a veces contradictorios en la práctica "real" de los mecanismos, sino también que contradiga o deje sin explicar el que la mediación sí sea extensamente estudiada por otra disciplina y no por el derecho internacional. Por ejemplo, en una conferencia dada en la Universidad de los Andes en el 2013, el profesor Jean d'Aspremont incluyó dentro de los argumentos que explicaban la gran flexibilización y desformalización del derecho internacional, el interés de expandir el área de estudio del derecho internacional, entre otros, para impedir que un tema no estudiado por el derecho internacional fuera "absorbido" por otra área de las ciencias sociales. Esto, sin embargo, se contradice con lo que ha sucedido (y continúa sucediendo) con el estudio de la mediación internacional, aspecto que es también un punto ciego en la argumentación de d'Aspremont.

Contrastando con este efecto residual que enfrenta la mediación en los estudios de derecho internacional, encontramos que desde mediados del siglo XX la mediación empezó a ser estudiada ampliamente desde otra disciplina que comparte y compite en muchos aspectos y sensibilidades con el derecho internacional: las relaciones internacionales. Abordar cómo se estudia el concepto en esta disciplina, tratar de entender por qué se da esta división disciplinar y hasta qué punto su estudio es contrario o complementario al del derecho internacional, será el objeto de otro capítulo[350]. Antes de eso me voy a detener un momento en cómo se entiende, modifica y utiliza la mediación internacional en el marco institucional propio de las OI, cuya principal vocación es preservar la paz y la seguridad internacionales, estudiando el caso la Sociedad de Naciones y la ONU.

[350] Véase *infra* capítulo 4: La mediación en las relaciones internacionales.

CAPÍTULO TRES

LA MEDIACIÓN EN EL MARCO INSTITUCIONAL: LA SOCIEDAD DE NACIONES Y LA ONU

"El siglo XX podría entrar en la historia del derecho de gentes como el de las *organizaciones intergubernamentales*"[351]. Lucius Caflisch expresa en esta frase un sentimiento ampliamente compartido por la doctrina internacionalista según el cual, con la creación de las organizaciones internacionales o intergubernamentales (OI), se reconfiguraron dos aspectos importantes de la sociedad internacional y del derecho internacional: (1) los Estados dejaron de ser el único sujeto reconocido de derecho internacional; (2) la Sociedad de Naciones y la Organización de Naciones Unidas (ONU) y, más tarde, otras OI, se crearon con el objetivo de mantener la paz global y ofrecer un marco institucional y multilateral novedoso que ayudara a resolver y prevenir los conflictos internacionales[352].

Varios de los órganos, dependencias o agentes de la ONU (y, en cierta medida, de la Sociedad de Naciones mientras estuvo vigente) se han desempeñado como terceros en diversos procedimientos que intentan solucionar pacíficamente las controversias. Esto ha sido percibido por numerosos autores como un cambio significativo dentro de la clasificación tradicional de los mecanismos de resolución de conflictos.

Como lo mencioné en el capítulo anterior[353], la participación de una OI (o de alguno de sus órganos) como tercero en la resolución de un conflicto ha sido incluso interpretada como un nuevo mecanismo independiente. Así, en tiempos de la Sociedad de Naciones, en el curso impartido en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, el jurista neerlandés Jean Pierre Adrien François, dentro de los mecanismos que denomina "consultativos" o "tipos de conciliación", incluye al Consejo de la Sociedad de Naciones, junto con los buenos

351 Lucius Caflisch, "Cent Ans de Règlement Pacifique des Différends Interétatiques", p. 442 (traducción mía, énfasis en el texto, original: "Le XXe siècle pourrait entrer dans l'histoire du droit des gens comme ayant notamment été celui des *organisations intergouvernementales*").

352 "[Estas organizaciones] han provocado también, desde la aparición de la Sociedad de Naciones, una cierta *institucionalización de los mecanismos de resolución pacífica de conflictos*". *Ibid.* (traducción mía, énfasis en el texto, original: "Elle a aussi provoqué, dès l'apparition de la Société des Nations, une certaine *institutionnalisation des mécanismes de* RPD").

353 Véase *supra* capítulo 2, sección 1, §2. La Organización Internacional como tercero.

oficios y la mediación, las comisiones de investigación o los tratados colectivos y bilaterales[354]. Ya en tiempos de la ONU, en el curso impartido ante la misma academia por el internacionalista alemán Christian Tomuschat, se enlista *el recurso a una OI* dentro de los diferentes métodos de resolución de disputas, junto a la negociación, la investigación, los buenos oficios y mediación, la conciliación, el arbitraje y el arreglo judicial[355]. Así mismo, en 1987, Richard Bilder escribió que la solución de controversias dentro de una OI es "otro mecanismo"[356], el cual "may, inter alia, take the form of good offices, mediation, fact-finding or conciliation"[357].

Si bien la OI multiplica las variantes de intermediación entre las partes y no es imposible imaginar que de ella se desprenda un nuevo mecanismo con características propias del marco institucional en el que se desarrolla, difícilmente podemos decir que con ella se cree una nueva forma de mediación internacional por el solo hecho de que el tercero mediador actúe a nombre de una OI o la intermediación suceda en su seno. Sin duda, la OI trae aportes que enriquecen la concepción de los mecanismos, pero esto no es nuevo ni se debe únicamente a la creación de las OI. Hoy como ayer, sabemos que a medida que se incrementan los interlocutores y sujetos reconocidos dentro del derecho internacional, se incrementan también los terceros que pueden ser considerados mediadores. Hasta el siglo XV era solo el papa, después, y hasta principios del siglo XX, solo los Estados, a partir del siglo XX también las OI y los individuos.

Esto no quiere decir que el nacimiento y consolidación de las OI no tenga repercusión en cómo se concibe y cuáles son los mecanismos de resolución pacífica de conflictos en derecho internacional. Si pensamos en las OI que han sido creadas con el objetivo de velar por la paz global, particularmente, la Sociedad de Naciones y, después, la ONU, es inevitable destacar que son instituciones que

354 Explica que acudir al Consejo de la Sociedad de Naciones es una conciliación con la institución de la Sociedad de Naciones. Jean Pierre Adrien François, "Règles Générales du Droit de la Paix", pp. 200-210.

355 Christian Tomuschat, "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course on Public International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 281, 1999, pp. 394-433.

356 "Another method is settlement through the United nations or other global or regional international organizations or agencies". Richard B. Bilder (ed.), *International Dispute Settlement and the Role of Adjudication*, The International Court of Justice at a Crossroads, Nueva York: Transnational Publishers, 1987, p. 482.

357 *Ibid.* Además, Vanessa Benalloul divide su tesis doctoral en dos partes. En la primera estudia los "procedimientos diplomáticos" fuera del marco de una OI y, en la segunda, los procedimientos dentro del marco de estas organizaciones. Vanessa Benalloul, "Les procédures diplomatiques de règlement des différends internationaux: Fondements, pratiques et perspectives".

nacen con el propósito de desempeñar un papel preferencial en la prevención, resolución o mitigación de los conflictos internacionales, tareas que se relacionan necesariamente con los mecanismos de solución pacífica de conflictos y, por ende, con la mediación internacional.

La manera como las OI interactúan en el marco del arreglo pacífico de conflictos y cómo entienden el papel de cada mecanismo (qué prioriza y a quién prioriza), está sujeto a cambios constantes. Por un lado, la lectura de sus cartas constitutivas y las discusiones que las precedieron, nos dan luces sobre las sensibilidades en las que fueron creadas (después del traumatismo de una Guerra Mundial). Por otro lado, la práctica posterior de sus miembros y órganos, nos muestra cómo los mandatos cobran vida propia en el funcionamiento de cada organización, en ocasiones consolidando los discursos y mandatos originales y, en otras, distanciándose de ellos. Aplicándolo a la mediación internacional, encontramos fluctuaciones interesantes sobre cómo se percibe el papel de la OI y de sus órganos respecto a este mecanismo y la forma como, en la actualidad, la mediación ha adquirido un nuevo y renovado impulso en el marco de la OI.

En este capítulo estudiaré la Sociedad de Naciones y la ONU[358] en dos niveles: en primer lugar, revisaré la creación y lectura de sus cartas constitutivas para comprender las sensibilidades de la época y entender el lugar de la mediación internacional en la organización y ordenamiento jurídico internacional de cada época. En segundo lugar, abordaré parte de la práctica posterior de sus órganos y miembros frente a cómo se ha entendido la relación de la organización y los mecanismos de arreglo de controversias, en particular, la mediación internacional. Esto último es importante, pues se parte de la idea de que las OI, como sujetos internacionales independientes, desarrollan, crean y definen nuevos roles mediante su práctica que no siempre coinciden con los de sus cartas constitutivas. Para ello seguiré como en los otros capítulos, un orden cronológico: empezaré por la Sociedad de Naciones (sección 1) y seguiré con la ONU (sección 2).

[358] La razón por la que me limito a estas dos organizaciones es porque son las dos organizaciones con vocación global cuya función principal incluye la de evitar, prevenir e incluso resolver conflictos y que han servido de pauta para otras organizaciones que comparten hoy en día esta finalidad pero más específicas geográficamente (OEA, UE, UA, OTAN, entre otras). Para una breve mirada sobre la mediación y el sistema interamericano: véase *supra* capítulo 2, sección 1, §3: Paréntesis regional: la distinción de los buenos oficios y la mediación en el Pacto de Bogotá.

Sección 1
La creación de la Sociedad de Naciones y la fe en el derecho

Al finalizar la Primera Guerra Mundial, varias delegaciones estatales presentaron anteproyectos y proyectos para la creación de una organización intergubernamental que tuvo como resultado la creación de la Sociedad de Naciones[359]. La Sociedad de Naciones nació así del choque ocasionado por la Primera Guerra Mundial y de la necesidad que varios Estados encontraron de limitar al máximo el recurso a la fuerza. Buscar esa limitación requirió necesariamente de reflexión sobre la función de los procedimientos pacíficos para resolver conflictos y la mejor forma de darles prioridad sobre la guerra. Después de un periodo de conmoción y violencia, la sensibilidad predominante se debatía entre el deseo de fortalecer el derecho como instrumento para hacer garantizar la paz internacional y la pérdida de interés por los mecanismos propuestos por el sistema de La Haya, específicamente, por el arbitraje, considerado incapaz de lidiar con la amenaza de la guerra[360]. El interés de la doctrina y la práctica convencional de la época por la conciliación como alternativa al arbitraje es una manifestación de ello[361].

§1. La mediación en el Pacto de la Sociedad de Naciones

Los proyectos presentados durante las conferencias de paz de París, en 1919, en donde se creó la Sociedad de Naciones y su Pacto Constitutivo[362], se dividieron en dos corrientes que manifestaban la tensión anterior en los mecanismos de resolución de conflictos: (1) aquellos que solicitaban la inclusión de un arbitraje obligatorio y la necesidad de crear una comisión independiente de conciliación (en muchos casos, sugerida de forma permanente) y (2) los que expresaron su preferencia por el arbitraje (no obligatorio) como el único mecanismo para resolver controversias de orden jurídico y apoyaban la idea de crear un órgano político integrado por los Estados miembros con la capacidad de conocer y decidir sobre las controversias políticas. Los otros mecanismos diplomáticos, como la mediación internacional, los buenos oficios o las comisiones internacionales de investigación no eran aspectos importantes dentro de las propuestas y debates.

359 Para una explicación detallada de los proyectos véase Jean Efremoff, "La Conciliation Internationale", pp. 38-61.

360 David Kennedy, "International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion", p. 132.

361 Véase *supra* capítulo 2, sección 2: Mediación-conciliación: ¿precariedad *versus* evolución?

362 Las conferencias de paz de París de 1919 iniciaron el 18 de enero después de finalizar la Primera Guerra Mundial. En ellas se decidió crear la Sociedad de Naciones mediante el denominado Tratado de Versalles, adoptado el 28 de junio y cuya primera parte conforma su pacto constitutivo.

El pacto adoptado se inscribió en la segunda corriente, dejando ver un sentimiento de fe hacia el derecho y, en particular, hacia las los mecanismos formales obligatorios. El pacto incluye el arbitraje, considerado ideal para los conflictos "jurídicos", y crea la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI). Ya hemos dicho antes que ningún mecanismo diplomático o no jurisdiccional es mencionado en el pacto ni se incluyó una comisión de conciliación. Sin embargo, se crea el Consejo Ejecutivo, órgano político encargado, entre otras cosas, de conocer los conflictos que no se resolvieran mediante arbitraje y proponer recomendaciones mediante un informe, a cuya función a veces se le denomina *mediación* y otras *conciliación*[363].

El interés que despertaba la conciliación en la doctrina y práctica convencional de la época como "evolución" o moda pasajera por un nuevo mecanismo[364], refleja la persistencia en la fe por las formas jurídicas y por la idea de "neutralidad/imparcialidad" que inspiraban los conciliadores "independientes". En esta preferencia, está implícita la fe en que lo formal conlleva una aplicación imparcial y objetiva del derecho, a diferencia de lo político entendido como mero equilibrio de poder.

En este sentido, la decisión de no incluir una comisión de conciliación en la Sociedad de Naciones, sino solamente un órgano político como el encargado de resolver los conflictos (y dominado por las grandes potencias que tradicionalmente fungían como mediadoras), generó importantes debates en las conferencias de París. Así, el informe del Gobierno holandés consideró que el pacto adoptado contradecía la "evolución" del derecho internacional[365] y la delegación suiza envió una nota con un llamado para que el órgano político

363 El tercer y cuarto numeral del artículo 15 del pacto dicen: "The Council shall endeavor to effect a settlement of the dispute, and, if such efforts are successful, a statement shall be made public giving such facts and explanations regarding the dispute and the terms of settlement thereof as the Council may deem appropriate.
If the dispute is not thus settled, the Council, either unanimously or by a majority vote, shall make and publish a report containing a statement of the facts of the dispute and the recommendations which are deemed just and proper in regard thereto". Del "esfuerzo" del consejo para resolver el conflicto y las soluciones que puede "recomendar", se desprende la función mediadora/conciliadora de este órgano. El consejo tiene total libertad de acción para resolver el conflicto o para hacer recomendaciones, no se le imponen procedimientos específicos (salvo la redacción de un informe).

364 Véase *supra* capítulo 2, sección 2: Mediación-conciliación: ¿precariedad *versus* evolución?

365 "Hitherto evolution took place wholly […] for non-arbitral disputes, in the direction of commissions of reconciliation, […] completely independent of the Governments involved. [In] [t]he Draft, however, […] the very political Executive Council is proposed as the Council of reconciliation". Informe de la delegación neerlandesa presentado el 4 de abril de 1919. En: Clasina Albertina Kluyver (ed.) *Documents on the League of Nations*, Leiden: W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij, Institut Intermédiaire International-La Haye, 1920, p. 177.

no interviniera, sino de manera subsidiaria, en comisiones de conciliación o tribunales de arbitraje libremente constituidos por las partes. En esta nota Suiza enfatiza la importancia de su llamado debido a que "los Estados que no son grandes potencias no tienen sino una representación muy limitada en el Consejo ejecutivo"[366].

Las críticas doctrinales relacionadas con las divisiones de los conflictos (políticos / jurídicos, justiciables / no justiciables) parecen haber tenido eco en la forma de redactar el Pacto Constitutivo de la Sociedad de Naciones. En él no se mencionan características intrínsecas o distinciones entre los tipos de conflictos que limitan la competencia de los mecanismos sugeridos: el mecanismo se elige según el libre arbitrio de las partes. Así, el artículo 13 §1 y §2 dice:

> The Members of the League agree that whenever any dispute shall arise between them which they recognize to be suitable for submission to arbitration and which cannot be satisfactorily settled by diplomacy, they will submit the whole subject-matter to arbitration.
>
> Disputes as to the interpretation of a treaty, as to any question of international law, as to the existence of any fact which if established would constitute a breach of any international obligation, or as to the extent and nature of the reparation to be made for any such breach, *are declared to be among those which are generally suitable for submission to arbitration* […] (énfasis mío).

Y el artículo 14 dice:

> If there should arise between Members of the League any dispute likely to lead to a rupture which is not submitted to arbitration as above, the Members of the League agree that they will submit the matter to the Council […][367].

366 Nota del Consejo Federal Suizo, de marzo de 1919, Conferencia de París. Citada por Camille Corgé, "L'évolution de la conciliation internationale", p. 58 (traducción mía, original "considère […] comme éminemment désirable que le principe de l'arbitrage obligatoire reçoive dans la Ligue la plus grande extension possible et que le Conseil exécutif n'intervienne que lorsqu'une décision n'a pu être provoquée ni par les Commissions de conciliation formées librement par les Parties, ni par les tribunaux d'arbitrage. La Suisse tient d'autant plus à insister sur ce vœu que les États qui ne sont pas des grandes Puissances n'ont au Conseil exécutif qu'une représentation très limitée").

367 Si bien el artículo 13 expresa su preferencia por el arbitraje en cierto tipo de conflictos (típicamente catalogados como "jurídicos" pero sin denominarlos así), no establece límites expresos a este mecanismo. En este sentido Pollock destaca también la expresión "among them" en este artículo para señalar que la lista de conflictos dada no limita, según el pacto, la competencia del arbitraje. Sir Frederick Pollock, *The League of Nations*, pp. 144-145.

Sin embargo, el pacto estipula que los Estados miembros convienen intentar arreglar de forma pacífica los diferendos "likely to lead to a rupture" entre los miembros y para ello pueden elegir someterlos "either to arbitration or to enquiry by the Council" (art. 12).

Respecto a los otros conflictos, el primer parágrafo del artículo15 estipula que las partes convienen llevar ante el consejo todo diferendo que sea "likely to lead to a rupture which is not submitted to arbitration". Esta función está descrita en el artículo 15 §3 y §4:

> The Council shall endeavour to effect a settlement of the dispute, and, if such efforts are successful, a statement shall be made public giving such facts and explanations regarding the dispute and the terms of settlement thereof as the Council may deem appropriate.
>
> If the dispute is not thus settled, the Council, either unanimously or by a majority vote, shall make and publish a report containing a statement of the facts of the dispute and the recommendations which are deemed just and proper in regard thereto.

En cuanto a los efectos del informe, el artículo continúa (§6, §7 y §8):

> If a report by the Council is unanimously agreed to by the Members thereof other than the Representatives of one or more of the parties to the dispute, the Members of the League agree that they will not go to war with any party to the dispute which complies with the recommendations of the report.
>
> If the Council fails to reach a report which is unanimously agreed to by the Members thereof other than the Representatives of one or more of the parties to the dispute, the Members of the League reserve to themselves the right to take such action as they shall consider necessary for the maintenance of right and justice.
>
> If the dispute between the parties is claimed by one of them, and is found by the Council to arise out of a matter which by international law is solely within the domestic jurisdiction of that party, the Council shall so report and shall make no recommendation as to its settlement[368].

[368] El artículo 15, en sus últimos parágrafos (§9 y §10), le da la posibilidad al consejo de llevar el diferendo ante la asamblea. En este caso, las mismas disposiciones de los artículos 12 y 15 sobre el consejo aplican para la asamblea.

El "esfuerzo" del consejo por resolver la disputa y las soluciones que puede recomendar demuestran la función mediadora / conciliadora de este órgano. El consejo tiene la libertad total de acción para decidir cómo resolver el conflicto o las recomendaciones a las que pueda llegar y no se le impone un procedimiento determinado, salvo la redacción de un informe.

Teniendo en cuenta la redacción del artículo 12 y teniendo también en cuenta que según el artículo 13 recurrir al arbitraje no es obligatorio y que este mecanismo es considerado "apto" solo para unos conflictos, se puede concluir que, según el pacto, quien debe asegurar la resolución no obligatoria de los otros conflictos es el consejo[369]. De este marco surgen algunas preguntas: ¿la elección entre el arbitraje y el consejo son los únicos procedimientos posibles? ¿Hay obligación de llevar los conflictos al consejo si no son llevados al arbitraje? Si esto fuera así, ¿hay lugar para otros mecanismos de resolución de conflictos fuera del marco de la Sociedad de Naciones? ¿Por ejemplo, recurrir a la mediación, los buenos oficios o una comisión de conciliación externa a la Sociedad de Naciones es posible según el pacto?

Para algunos analistas, según el pacto, los Estados miembros solo tienen elección entre el arbitraje del artículo 13 y el recurso al consejo del artículo 12[370]. Para otros, en cambio, el marco propuesto por el pacto en nada limita las posibilidades de los Estados a recurrir a mecanismos externos a la Sociedad de Naciones para dirimir sus controversias. Esta última posición está presente en las discusiones de la Conferencia de París de 1919, en la que varias potencias se mostraron favorables a la coexistencia del pacto y otros mecanismos[371].

369 En este sentido. "En su estado actual, la Sociedad Internacional no abre una vía judicial para la solución de todos los litigios, de allí la necesidad de una acción mediadora del Consejo". Jean Samuel Jeanneret, "Le Rôle du Conseil de la Société des Nations d'après l'art. 11 du Pacte et de la Convention Générale en vue de Développer les Moyens de Prévenir la Guerre", tesis, Université de Neuchâtel, Faculté de Droit, 1935, pp. 75-76 (traducción mía, original: "En son état actuel, la Société internationale n'ouvre pas une voie judiciaire pour la solution de tous les litiges ; de là, la nécessité d'une action médiatrice du Conseil").

370 Por ejemplo, Quéneudec afirma que "el Pacto de la Sociedad de Naciones solo ofrece como elecciones a los Estados miembros entre la vía diplomática y el arbitraje (artículo 13) o entre este último procedimiento y el recurso al Consejo de la Sociedad de Naciones (artículo 12)". Jean-Pierre Quéneudec, "Article 33", p. 568. En el mismo sentido, véase, Louis Delbez, "L'évolution des idées en matière de règlement pacifique des conflits", p. 9 (traducción mía, original: "le Pacte de la Société des Nations n'offrait de choix aux États membres qu'entre la voie diplomatique et l'arbitrage [article 13] ou entre cette dernière procédure et le recours au Conseil de la SDN [article 12]").

371 Si bien las discusiones durante la Conferencia de París se concentraron en la relación entre el sistema de la Sociedad de Naciones y la conciliación, los argumentos allí esgrimidos sobre la posibilidad o no de acudir a otros mecanismos fuera de los señalados en el pacto, se pueden extender a los otros mecanismos no obligatorios.

Resulta curioso que la única delegación que propuso crear, además del consejo, una oficina de mediación internacional[372], fue la delegación de Alemania, quizás demostrando así su pesimismo frente al derecho y ante una organización y sistema jurídico internacional que consideraban profundamente injusto[373]. Esta, como todas las propuestas de la delegación de Alemania, fue rechazada en su totalidad y este Estado solo logró ser admitido como miembro de la Sociedad de Naciones a partir de 1926. En el caso específico de la propuesta de la oficina de mediación, la respuesta dada por la Comisión de las Potencias Aliadas y Asociados es categórica al respecto:

> En lo que respecta a la creación de una oficina de mediación internacional independiente […] no se considera que un cuerpo cualquiera de mediadores nombrados como lo sugiere el proyecto alemán pueda tener, de hecho, la autoridad para resolver conflictos internacionales o para mantener la paz mundial. Estas funciones pertenecen al consejo constituido por el Pacto[374].

La posición de la Comisión de Potencias Aliadas y Asociadas es instructiva en dos sentidos. Por un lado, no intenta justificar la independencia del consejo para resolver los conflictos, pero justifica su preferencia por el consejo frente a una comisión de mediación internacional independiente, diciendo que el consejo tiene más "autoridad". Por otro lado, más adelante, resalta la utilidad de las comisiones de conciliación y acepta la posibilidad de su existencia fuera de la sociedad, diciendo que es favorable:

372 Véase el proyecto de la delegación alemana del 9 de mayo de 1919 y la carta con la respuesta de la comisión del 22 de mayo de 1919, en Clasina Albertina Kluyver, *Documents on the League of Nations*, pp. 118-128.

373 Sin extenderme en detalles sobre la Primera Guerra Mundial que rebasan las pretensiones de este estudio, no sobra recordar que el Tratado de Versalles y con él la creación del Pacto de la Sociedad de Naciones fueron concebidos e impuestos por los aliados a las potencias perdedoras y profundamente resentidos por los alemanes como injustos. Es así como el derecho internacional de la época, además de reflejar los intereses de una pequeña parte de la comunidad internacional, en particular las grandes potencias europeas y sus intereses colonialistas occidentales, en esta oportunidad se restringieron a los intereses predominantes de los aliados que impusieron sus acuerdos como vencedores a los vencidos de la guerra. Sobre la percepción de las decisiones sobre Versalles y la Sociedad de Naciones en Alemania, véase Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1870-1960*, pp. 216-234. Sobre las connotaciones colonialistas del pacto, en particular, sobre la creación del sistema de mandatos, véase Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, pp. 115-195.

374 Clasina Albertina Kluyver, *Documents on the League of Nations*, p. 128 (traducción mía, original: "En ce qui concerne l'établissement d'un bureau de médiation international séparé […] elle n'estime pas qu'un corps quelconque de médiateurs désignés conformément au projet allemand puisse avoir, en fait, l'autorité nécessaire pour régler les conflits internationaux ou pour maintenir la paix du monde. Ces fonctions appartiendront au Conseil tel qu'il est constitué par le Pacte").

> a la idea de que un sistema de comisiones de conciliación imparciales pueda, en muchos casos, constituir el medio más apropiado y más eficaz para hacer una investigación preliminar y, cuando sea posible, para resolver los conflictos que no son sometidos al arbitraje; se resalta que no hay nada en el Pacto que se oponga a la utilización de este tipo de comisiones, y se espera incluso su creación cuando respondan a un fin útil[375].

La posibilidad de que el pacto coexista con otros mecanismos externos a él es compartida por la delegación de Gran Bretaña. En el comentario oficial de esta delegación sobre el artículo 15 del pacto, recuerda la posibilidad que tiene el consejo de recurrir a otras instancias, así haya una comisión de conciliación existente[376].

En la doctrina de principios del siglo XX encontramos también afirmaciones en este sentido, como el belga Stanislas Dotremon quien afirma que "[p]ara cumplir con el carácter obligatorio de esta opción [del artículo 12], uno de los dos procedimientos debe poder imponerse a las partes independientemente de su acuerdo". Como el arbitraje es facultativo, la "conciliación-mediación" (según sus palabras) del consejo puede imponerse[377]. No obstante, considera que los otros mecanismos de resolución de conflictos, como la mediación, los buenos oficios, la conciliación o la investigación, no están excluidos del pacto y que es solo cuando las partes no quieren acudir a ellos (o en caso de que fallen), que la opción del artículo 12 es obligatoria[378].

375 *Ibid.* (traducción mía, original: "favorable en même temps à l'idée qu'un système de commissions de conciliation impartiales peut, en beaucoup. de cas, constituer le moyen le plus approprié et le plus efficace en vue d'une enquête préliminaire et, quand cela serait possible, du règlement des conflits non soumis à l'arbitrage ; elle fait remarquer qu'il n'y a rien dans le Pacte qui s'oppose à l'emploi de commissions de ce genre, et elle en espère même la création toutes les fois qu'elles répondront à un but utile").

376 "There is nothing to prevent the Council from referring any matter to a Committee, or to prevent such a Committee from being a standing body. An opening is left, therefore, for the reference of suitable issues to such non-political bodies as the 'Commissions of Conciliation' which are desired in many quarters. The reports of such committees would of course require the approval of the Council to give them authority, but the Covenant leaves wide room for development in this direction". *Ibid.* pp. 106-107.

377 Stanislas Dotremont, *L'Arbitrage International et le Conseil de la Société des Nations*, Bruselas: Martin Lamertin, 1929, p. 141 (traducción mía, original: "[p]our réaliser le caractère obligatoire de cette option [de l'article 12], une des deux procédures devait pouvoir être imposée aux parties indépendamment de leur accord"; "conciliation-médiation").

378 "En lo que respecta a los mecanismos de solución pacífica convertidos en obligatorios mediante tratado entre ciertos Estados, el artículo 21 del Pacto prevé que los compromisos internacionales y en particular los tratados de arbitraje no son considerados incompatibles con las disposiciones del Pacto, de esto resulta que los Estados vinculados por estas convenciones deben en primer lugar recurrir a los procedimientos contractuales instituidos por las convenciones particulares y, solamente en caso de fracaso, a los procedimientos del Pacto. En cuanto a los procedimientos facultativos, los Estados conservan la libertad de recurrir a ellos de común acuerdo, a menos de

En este mismo sentido, para el internacionalista francés Pierre Radulesco "recurrir a otro mecanismo para resolver el conflicto, sigue siendo posible para las partes […] [L]os Miembros de la Sociedad se reservaban el derecho a actuar como lo consideraran necesario para el mantenimiento del derecho y de la justicia"[379]. A esto podría añadirse que es justamente en caso de fracaso o ausencia de voluntad a acudir a otros mecanismos, que algunos diferendos podrían considerarse como "likely to lead to a rupture".

§2. La práctica estatal después del pacto

Hemos visto que varios comentaristas consideran compatible el pacto y la coexistencia con otros medios, pero es evidente que el sistema previsto tenía pretensiones de ser completo. Se buscaba proponer un sistema en el que los Estados no necesitaran recurrir a otras soluciones "alternativas" fuera de la Sociedad de Naciones para arreglar sus controversias, por lo que, aun siendo compatible con el pacto, la utilización de otros mecanismos (incluyendo las comisiones de conciliación) podía interpretarse como una competencia a las funciones del Consejo Ejecutivo[380]. Al mismo tiempo, los temores y desconfianzas sobre los posibles abusos de la mediación de las grandes potencias y su eventual intromisión en los asuntos de los Estados pequeños, a los que nos hemos referido en capítulos anteriores[381], no se vieron aliviados con la creación de la Sociedad de Naciones. Por el contrario, el consejo (como alternativa prioritaria al arbitraje y a la CPJI) suscitaba temores principalmente por la importancia que en él tenían las grandes potencias[382].

---

que, en caso de fracasar, se plieguen a las disposiciones imperativas del artículo 12". *Ibid*., p. 94 (traducción mía, original: "En ce qui concerne les modes de solution pacifique devenus obligatoires par traité entre certains États, l'article 21 du Pacte prévoit que les engagements internationaux et notamment les traités d'arbitrage ne sont considérés comme incompatibles avec aucune des dispositions du Pacte ; il en résulte que les États liés par ces conventions doivent d'abord recourir aux procédés contractuelles instituées par des conventions particulières et, en cas d'échec seulement, aux procédures du Pacte. Pour ce qui est de procédés facultatifs, les États conservent la liberté d'y recourir d'un commun accord, sauf à se plier, en cas d'échec, aux dispositions impératives de l'article 12").

379 Pierre Radulesco, "Les Solutions Pacifiques Internationales. La Médiation et l'Arbitrage", p. 93 (traducción mía, original: "le recours à un autre moyen pour trancher le conflit, reste possible pour les parties […] [L]es Membres de la Société se réservent le droit d'agir comme ils le jugeront nécessaire pour le maintien du droit et de la justice").

380 Véanse ejemplos en Jean Efremoff, "La Conciliation Internationale", pp. 68-70.

381 Véase *supra* capítulo preliminar, §4: Algunos antecedentes y capítulo 2, sección 2: Mediación-conciliación: ¿precariedad *versus* evolución?

382 Y esto a pesar de que la participación de los miembros no permanentes pasó de cuatro a nueve (*versus* cuatro y luego cinco miembros permanentes) y de que Estados Unidos (que tenían derecho a un puesto como miembro permanente), nunca integró la Sociedad de Naciones.

Por esta razón, desde la primera asamblea, los países escandinavos propusieron enmiendas a los artículos 12 y 15 del pacto, alegando el carácter demasiado político del Consejo Ejecutivo por lo que pedían que se permitiera una comisión de conciliación (similar a la de los tratados Bryan), que actuara antes de llevar el diferendo ante el consejo. Sin embargo, las propuestas de enmiendas fueron rechazadas en esa sesión y reenviadas a examen a la comisión de enmiendas. Esta comisión consideró que esas propuestas complicaban demasiado el mecanismo del pacto, el cual preveía ya dos vías de recursos para los Estados (el arbitraje y acurdir al Consejo Ejecutivo)[383]. Sin embargo, la comisión propuso a la asamblea votar una recomendación a favor del mecanismos de conciliación, lo cual se hizo finalmente en la tercera asamblea de septiembre de 1922, en la que se votó una resolución que "recomienda" la conclusión de tratados que prevean comisiones de conciliación e incorporó un reglamento para que sirva de modelo para los tratados de conciliación.

El preámbulo que precede este reglamento dice:

> La Asamblea en aras de favorecer el desarrollo del procedimiento de conciliación de diferendos internacionales en un espíritu conforme al Pacto, recomienda a los miembros de la Sociedad, bajo reserva de los derechos y obligaciones mencionados en el artículo 15 del Pacto, celebrar convenciones que tengan por objeto someter sus diferendos a comisiones de conciliación instituidas por ellos[384].

En este preámbulo, al igual que las diferentes anotaciones hechas durante la plenaria de la tercera asamblea, continúan subrayando la superioridad del Consejo Ejecutivo y se reafirman las funciones de este órgano según el artículo 15 del pacto. En este sentido, en palabras del primer delegado de Suecia en la asamblea, Bo Osten Unden: "[e]l Consejo continúa siendo el principal órgano de conciliación […] el hecho de usar el procedimiento de conciliación ante una comisión no impide que una de las Partes pueda dirigirse directamente al Consejo, invocando el artículo 15 del Pacto"[385]. Más categóricamente, el jurista

383 Véase Camille Corgé, "L'évolution de la conciliation internationale", p. 83.

384 Asamblea General de la SDN, "Résolution, du 22 septembre", en *Supplément Spécial du Journal Officiel, n.º 9, septembre 1922*, Sociedad de Naciones (ed.), 1922 (traducción mía, original: "L'Assemblée en vue de favoriser le développement de la procédure de conciliation des différends internationaux dans un esprit conforme au Pacte, recommande aux membres de la Société de conclure, sous réserve des droits et obligations mentionnés à l'article 15 du Pacte, des conventions ayant pour objet de soumettre leurs différends à des commissions de conciliation instituées par eux").

385 Citado por Jean Efremoff, "La Conciliation Internationale", p. 67 (traducción mía, original: "[l]e Conseil demeure l'organe principal de la conciliation […] le fait d'user de la procédure de conciliation devant une commission n'empêche pas que l'une des Parties puisse s'adresser directement

belga Charles de Visscher, relator de la comisión de estudio afirma que "tan pronto una parte se encuentre en el caso previsto por el artículo xv […] es este el que debe aplicarse"[386].

Según esto, si bien no se quiere o no se puede prohibir el recurso a otros mecanismos (en este caso las comisiones de conciliación, pero lo mismo se puede concluir respecto a la mediación internacional), se considera que el Consejo Ejecutivo de la Sociedad de Naciones es el recurso prioritario establecido por el pacto.

No obstante, esta prioridad no fue seguida en la práctica e incluso suscitó fuertes críticas en la doctrina, como las del diplomático suizo Camille Corgé, quien hace un emotivo llamado a dar una lectura más amplia y teleológica del pacto y del artículo 15 que cito *in extenso*:

> Es un abuso […] pretender que el artículo xv fue introducido a favor el Consejo o de la Asamblea. Fue introducido a favor de la Sociedad misma, de sus miembros […]. Lo que quiere este artículo, es que cada Estado miembro no pueda recurrir a la guerra sin antes someterse al procedimiento particular que él instituye […]. Es por tanto […] un procedimiento que no debería normalmente actuar sino en defecto de otros […] es una última barrera que se eleva entre la paz y la guerra. Pero nada impide en el sistema del Pacto, elevar otras barricadas antes de la barrera-límite. Es un sinsentido decir que al fortificar las murallas contra la guerra, estamos socavando las prerrogativas del Consejo o de la Asamblea. Esto es sin embargo, lo que ha proclamado la Asamblea de la Sociedad de Naciones en su tercera sesión. Para nosotros, dos Estados miembros de la Sociedad tienen indiscutiblemente el derecho de comprometerse a no recurrir al procedimiento del artículo xv *antes* de usar otros métodos de resolución pacífica; ellos pueden incluso convenir en no acudir a este procedimiento *nunca*, en excluir para siempre la intervención del Consejo como conciliador concluyendo entre ellos, como es su derecho absoluto, un tratado de arbitraje obligatorio incondicional[387].

---

au Conseil, invoquant l'article 15 du pacte"). Véase, también, Adriaan Hendrik Philipse, *Le Rôle du Conseil de la Société des Nations dans le Règlement Pacifique des Différends Internationaux*, La Haya: Martinus Nijhoff, 1929, pp. 102-107.

386 Citado por Camille Corgé, "L'évolution de la conciliation internationale", pp. 83-84 (traducción mía, original: "[a]ussitôt qu'on se trouve dans le cas prévu par l'article xv […] c'est celui qui doit être appliqué").

387 *Ibid*., p. 86 (traducción mía, énfasis en el texto, original: "On s'abuse […] en prétendant que l'article xv a été introduit au profit du Conseil ou de l'Assemblée. Il a été introduit au profit de la Société elle-même, au profit de ses membres. […] C'est qu'il veut, c'est qu'aucun État membre ne puisse recourir à la guerre sans se soumettre auparavant à la procédure particulière qu'il institue […].

La práctica de los Estados miembros parece acercarse a las ideas defendidas por Corgé, pues la firma de tratados bilaterales para resolver los diferendos entre los Estados se multiplicó durante la vigencia de la Sociedad de Naciones. En efecto, gracias a las ideas contenidas en varios anteproyectos del pacto y enmiendas a este, la conciliación se desarrolló como mecanismo independiente durante los años veinte, mediante la práctica convencional en medio de un ambiente con grandes esperanzas en la fuerza del derecho y los compromisos convencionales para lograr la reconciliación y evitar la guerra. En muchos de estos acuerdos, la conciliación es facultativa si se trata de un conflicto considerado "de derecho", para los demás conflictos, es obligatoria. En todos ellos se expresa la preferencia de las partes por la conciliación convencional y que solo en caso de fracaso de la conciliación, se someterá la controversia al Consejo de la Sociedad de Naciones.

Finalmente, en la novena asamblea se adopta el "Acta general para la resolución pacífica de controversias internacionales" el 26 de septiembre de 1928[388], en la cual se acogen las fórmulas de los acuerdos de Locarno[389], pero sacándolas del ámbito bilateral e insertándolas en un instrumento general. Según esta acta, la conciliación es obligatoria para las partes, salvo para los conflictos jurídicos en los que se hubiera aceptado la jurisdicción de la CPJI. El acta no se refiere directamente a las relaciones entre la comisión de conciliación y el consejo, no obstante, la resolución mediante la cual la asamblea presenta el acta, indica que estos compromisos no podrán interpretarse como

> obstaculizando [la] intervención [del consejo] en virtud de los artículos XV y XVII del Pacto cuando una controversia no haya podido someterse al procedimiento

---

C'est donc […] une procédure qui ne devrait normalement jouer qu'à défaut de toute autre. […] c'est une dernière barrière élevée entre la paix et la guerre. Mais rien n'empêche, dans le système du Pacte, de dresser d'autres barricades devant la barrière-limite. C'est un non-sens que de dire qu'en fortifiant le rempart contre la guerre, on porte atteinte aux prérogatives du Conseil ou de l'Assemblée. C'est pourtant ce qui a été proclamé par l'Assemblée de la Société des Nations dans sa troisième session. Pour nous, deux États membres de la Société ont indiscutablement le droit de s'engager à ne pas recourir à la procédure de l'article XV *avant* d'avoir usé d'autres méthodes de règlement pacifique ; ils peuvent même convenir de n'y *jamais* recourir, d'exclure à tout jamais l'intervention du Conseil comme conciliateur en concluant entre eux, comme ils en ont le droit absolu, un traité d'arbitrage obligatoire inconditionnel").

388 Sociedad de Naciones, *Recueil des Traités et des Engagements Internationaux Enregistrés par le Secrétariat de la Société des Nations*, vol. XCIII, 1928, p. 343.

389 Como vimos en el capítulo precedente, la conciliación se perfecciona con los acuerdos firmados en Locarno (Suiza) entre Alemania, Bélgica, Francia, Gran Bretaña e Italia, lo que a su vez servirá de modelo para los acuerdos posteriores. Jean-Pierre Cot, *La Conciliation Internationale*, p. 85. Véase *supra* capítulo 2, sección 2, §1: El origen de la conciliación internacional: entre la investigación y la mediación.

arbitral o judicial, cuando no haya podido resolverse por estos procedimientos o cuando el procedimiento de conciliación haya fracasado[390].

Los recursos a los tratados bilaterales que condujeron finalmente a la adopción del acta general de 1928 demuestran el auge y la fe que se sentía por las posibilidades de la conciliación y del arbitraje para resolver e impedir conflictos violentos en la época. Estos conflictos son evidentemente de los que se debía ocupar el consejo según el artículo 15, pero es claro que la práctica decidió enfocarse más en desarrollar instrumentos que contenían mecanismos y alternativas fuera del marco de la Sociedad de Naciones. Y la doctrina, en describir y analizar estos mecanismos, en particular, la *evolución* que se aclama con la creación de la conciliación a partir de las comisiones de investigación. La Asamblea General terminó aceptando la insistente práctica y llamados doctrinales a favor de las comisiones de conciliación en 1928 y el fracaso del modelo, inicialmente previsto, es evidente. Las críticas que pesaban sobre el Tratado de Versalles desde sus inicios por considerarlo utópico y alejado de la realidad, parecen plasmarse en una práctica estatal por fuera de la organización con respecto a las soluciones pacíficas de controversias no vinculantes, el alma y sentido de la Sociedad de Naciones.

En lo que respecta a la mediación, no es mencionada de manera expresa en ninguna de estas discusiones sobre los instrumentos jurídicos que hemos visto en el marco de la Sociedad de Naciones. Puede decirse que se le encuentra indirectamente en las funciones acordadas para el consejo, como una de las funciones (entre muchas otras) que se le otorgan a este órgano. El Consejo Ejecutivo estaba revestido de una competencia general muy amplia, en la que la mediación hacía parte sin ser expresamente mencionada.

La tensión entre el temor a un nuevo conflicto y la fe en el derecho que permeaban la sensibilidad del periodo de entreguerras trataron de disiparse mediante un sistema fundado en el peso del derecho (convencional), siendo los mecanismos jurisdiccionales el centro de atención. Los otros mecanismos son, en ocasiones, vistos como necesarios para los conflictos considerados no jurídicos o como necesarios mientras se fortalece el sistema jurídico internacional y la voluntad

390 Véase Document A. 86 (1) 1928, IX, p. 3, citado en: Adriaan Hendrik Philipse, *Le Rôle du Conseil de la Société des Nations dans le Règlement Pacifique des Différends Internationaux*, p. 111 (traducción mía, original: "faisant obstacle à son intervention en vertu des articles XV et XVII du Pacte lorsque le différend n'aura pu être soumis à la procédure arbitrale ou judiciaire ou n'aura pu être résolu par ces procédures ou lorsque la procédure de conciliation aura échoué"). Para un análisis del acta general y de las críticas sobre la concurrencia entre las comisiones de conciliación y el Consejo de la Sociedad de Naciones, véase James Leslie Brierly, "The General Act of Geneva 1928", pp. 119-133.

de los Estados de acudir a los mecanismos jurisdiccionales. En todo caso, con la creación de la Sociedad de Naciones se intenta imponer prioritariamente un tipo de tercero (un órgano) más que un procedimiento o un mecanismo. Aun aceptando la lectura según la cual el pacto permite recurrir a otros mecanismos fuera del marco del consejo, resulta innegable que estos mecanismos tienen un lugar poco claro y poco importante dentro del sistema internacional concebido por el pacto. Son a lo sumo el producto de una interpretación amplia o de la constatación de una práctica irrefutable (pero no deseable).

Pero es el propio Consejo Ejecutivo, órgano prioritario para resolver los conflictos no sometidos al arbitraje o al juez internacional, que se quiere convertir en mediador, conciliador e investigador institucional y preferencial[391], el que termina siendo objeto de las críticas y desconfianzas tradicionales contra la mediación internacional. Es su carácter político y el miedo a que primen los intereses de las grandes potencias y la exclusión de las pequeñas en las decisiones del consejo, lo que desata la mayor cantidad de críticas y llamados a acudir a otro tipo de terceros. Críticas y desconfianza que no se ven disminuidas por el marco institucional en el que se supone actuaba el consejo.

Sección 2
La creación de la ONU: la prohibición de la fuerza y la preponderancia de lo político sobre lo jurídico

En medio del pesimismo después de la Segunda Guerra Mundial y del fracaso de la Sociedad de Naciones, se consolida la idea de una OI y se crea la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Con esta organización se prohíbe formalmente el recurso a la fuerza y se consagra la obligación de las partes de resolver sus controversias mediante mecanismos pacíficos[392].

391 La función del Consejo Ejecutivo es descrita a veces como mediación, pero también como investigación o conciliación. Esta versatilidad parece ser buscada por el propio órgano. Sin profundizar en la práctica del consejo, es interesante anotar brevemente que este emplea diferentes formas de resolver los conflictos que le son sometidos, buscando hacer énfasis en su imparcialidad. Así, en ocasiones recurrió a un Comité de Juristas, en otras conformó comisiones restringidas sobre ciertos asuntos, instituyó la figura del relator encargado de examinar diferendos y constituyó comisiones de investigación. Para un análisis de la práctica del consejo, véase Lorna Lloyd, "The League of Nations and the Settlement of Disputes", en *World Affairs*, vol. 157, n.º 4, 1995, pp. 160-174 y Jean-Pierre Cot, *La Conciliation Internationale*, pp. 259-262.

392 Pues como dijo Caflisch, la limitación al uso de la fuerza "resultaría ilusoria si no estaba acompañada de *métodos de resolución pacífica de diferendos*". Lucius Caflisch, "Cent Ans de Règlement Pacifique des Différends Interétatiques", p. 315 (traducción mía, énfasis en el texto, original: "serait illusoire aussi longtemps qu'elle ne serait pas accompagné de *méthodes de* RPD *[règlement pacifique des différends]*").

La ONU fue creada en gran medida retomando la estructura de la Sociedad de Naciones, pero con cambios importantes de fondo que pretendían superar sus defectos. Se ha subrayado a menudo, que en la creación de la ONU hay una clara voluntad de anteponer lo "político" a lo "jurídico", diferenciándose así del idealismo "jurídico" con que se creó la Sociedad de Naciones. Para muchos, la fe por el derecho internacional se habría agotado y este pesimismo jurídico se veía reflejado tanto en la doctrina como en los estatutos de la nueva OI. La guerra y las crecientes críticas teóricas frente a la imposibilidad de lo jurídico para mantener la paz y evitar la guerra, tuvieron una influencia preponderante en las discusiones de Dumbarton Oaks y San Francisco[393].

En efecto, la sensibilidad internacionalista durante el periodo de creación de la Carta de la ONU está marcada por el impacto y desconcierto de la guerra y resultan en un momento crítico para el derecho internacional. Así mismo, la creciente preponderancia de la doctrina internacionalista estadounidense a escala global, debida en parte al importante papel de este país en la victoria de la Segunda Guerra Mundial (y que se refleja en la creación de la Carta de la ONU) y su visión pragmática del derecho, repercuten en el cambio de la sensibilidad de la época. Esta sensibilidad se ve marcada por una percepción de victoria después la guerra, mezclada con los aportes propios de la visión del derecho estadounidense y la influencia de un importante flujo de doctrinantes europeos que llegaron a trabajar a Estados Unidos (muchos de ellos judíos que tuvieron que huir de sus países de origen, como Hans Morgenthau y Hans Kelsen).

Como ya he mencionado[394], en Estados Unidos predominaba una sensibilidad antiformalista, pragmática y cada vez más tecnificada del derecho internacional, influenciada inicialmente por la escuela realista (presente en su propio derecho interno desde los años treinta) con su escepticismo ante la norma y la forma[395]

393 El inicio de la ONU fue discutido y negociado en las conversaciones de Washington de la Organización de Paz Internacional y Seguridad (conocidas como Conferencias de Dumbarton Oaks por el nombre de la mansión en donde se desarrollaron las conferencias) que tuvieron lugar de agosto a octubre de 1944, entre los representantes de China, Estados Unidos, Reino Unido y la Unión Soviética. Finalmente, la carta fue firmada el 26 de junio de 1945 por los representantes de 50 países en San Francisco (Estados Unidos) después de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional. Véase ONU, "¿Qué es la ONU?", http://nacionesunidas.org.co/naciones-unidas/que-es-la-onu/, fecha de acceso: 18 de mayo del 2015.

394 Véase *supra* capítulo 2, sección 3, § 2: Imparcialidad como tecnificación. Véase, también, *infra* capítulo 4, sección 2, §1: La interdisciplinariedad entre el derecho internacional y las relaciones internacionales.

395 Después de la Segunda Guerra Mundial, "[e]l único tema que unía las diferentes ramas de las cátedras de derecho internacional en Estados Unidos después del desafío realista era su concepto del derecho desprovisto de formalidad […] [E]staban de acuerdo en que el derecho internacional no era meramente diplomacia formal o casos procedentes de la Corte Internacional de Justicia, sino

y la influencia de las ciencias sociales y la economía[396]. Ejemplos de esto son la consolidación en ese país de las relaciones internacionales como una disciplina con énfasis en lo político sobre lo jurídico y la tendencia dentro del mismo derecho internacional hacia un pragmatismo con preponderancia de lo político[397].

La "crisis" del derecho internacional es percibida por parte de la doctrina de la época como una disyuntiva entre derecho y política, que en esta ocasión es ganada por la política. Unos autores claman por el abandono del derecho y giran hacia las relaciones internacionales, como Morgenthau y Corbett[398]. Otros, como Delbez, ven con nostalgia los tiempos en que el derecho era valorado en sus justas proporciones y no dudan en presagiar un regreso inminente y con fuerza de este. Delbez culpa a Alemania de haber derrumbado un "hermoso edificio" cuyas bases habían sido construidas en derecho y del cambio internacional radical de pasar de la fe en el derecho hacia el equilibrio de fuerzas: "No, el juez no [era considerado ya] un buen garante del orden. Hacía falta primero un gendarme"[399]. Él lamentaba ese giro esencial hacia lo "político" que veía tan presente en toda la carta, en particular, con respecto a la resolución de conflictos.

Delbez y Kunz consideraban que los objetivos plasmados en la carta reflejaban que el derecho y las soluciones jurídicas para resolver las controversias no fueron el foco de interés en la creación de este instrumento. Para Kunz, el interés por el derecho internacional oscilaba según los estados de ánimo internacionales y se

---

que […] debía concebirse como procesos políticos más amplios o técnicas que se dirigían hacia "objetivos" de la política. Un derecho adecuado estaría localizado en el contexto social y estudiado a través de las mejores técnicas de las disciplinas cercanas […] Era un total pragmatismo político". Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1870-1960*, p. 457. Véase, también, David Kennedy, "International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion", pp. 99-138 y David Kennedy, "The Disciplines of International Law and Policy", pp. 9-133.

396 Véase David Kennedy, "The Disciplines of International Law and Policy", pp. 9-133 y Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1870-1960* (capítulo 6).

397 Véase *infra* capítulo 4: La mediación en las relaciones internacionales.

398 Además de estas deserciones simbólicas, Josef Kunz explica que la decepción generalizada respecto al derecho internacional se manifestó en diferentes frentes de la política y la academia de Estados Unidos. Por ejemplo, se cortaron fondos a institutos de derecho internacional, se cambiaron programas académicos en universidades y se suprimió la materia del derecho internacional como parte del examen para ser funcionario del U. S. Foreign Service. Josef L. Kunz, "The Swing of the Pendulum: From Overestimation to Underestimation of International Law", p. 139. Véase también Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1870-1960*, pp. 444-452.

399 Louis Delbez, "L'évolution des idées en matière de règlement pacifique des conflits", p. 8 (traducción mía: "Ce bel édifice s'écroule en 1939 […] Non, le juge n'est pas un bon gardien de l'ordre. Il y faut d'abord un gendarme").

había pasado así de un optimismo jurídico-idealista, que creía ciegamente en que el derecho todo lo puede (como en el periodo de entreguerras), a un pesimismo "realista" en el que se subestimaba el papel del derecho[400]. Él creía que el resultado de la Segunda Guerra y de las teorías realistas que acompañaron la década de los treinta habían hecho que el péndulo se moviera de un extremo al otro: "from emphasis on International law to emphasis on power […]. Not peace through law, but security through power, became the dominant idea and shape the thinking as to a new world organization"[401].

Por su parte, Lauterpacht, quien seguía creyendo en el papel y la necesidad del derecho internacional, tenía una aproximación más práctica que implicaba flexibilidad frente a la determinación del derecho consuetudinario y a la importancia de la interpretación del derecho, lo cual lo hace para Koskenniemi, un exponente de la práctica progresista de la época, que lo acercan, en parte, al pragmatismo estadounidense pero conservando su fe en la importancia del derecho internacional[402].

La mediación, a todas estas, tal vez por el impulso que le daría más tarde el papel del secretario general de la ONU o por el oscilar del péndulo del que habla Kunz, empezó a aparecer recurrentemente en estudios académicos posteriores a la creación de la organización. Sin embargo, no lo hizo de la pluma de abogados internacionalistas sino de académicos de las relaciones internacionales. Sobre cómo se dio esto y las repercusiones que trajo en el estudio de la mediación internacional, hablaré en el próximo capítulo[403].

400 Para Kunz, las "oscilaciones del péndulo" en las que se mueve la historia, traen unas enseñanzas que no se pueden desdeñar y si bien es cierto que los momentos de crisis fuerzan la oscilación hacia los extremos, esto no es deseable en ninguno de los casos. Para él, el idealismo o el realismo extremos son igualmente frágiles y equivocados y debe buscarse un equilibrio o por lo menos un canal de comunicación: el derecho no es una ilusión estéril pero el derecho debe también "aterrizar" y no confundir realidad con "pensar con el deseo" (*wishful thinking*) como lo había hecho hasta entonces. Kunz, "The Swing of the Pendulum: From Overestimation to Underestimation of International Law", p. 140.

401 *Ibid*., p. 138. En palabras de Delbez: "Los autores de la Carta desconfiaron instintivamente del derecho y pensaron, al parecer, que 'la seguridad está por encima de la justicia y el establecimiento de el orden debe preceder el reino de la ley'". Louis Delbez, "L'évolution des idées en matière de règlement pacifique des conflits", p. 8 (traducción mía, original: "Les auteurs de la Charte se sont instinctivement méfiés du droit et ils ont pensé, semble-t-il, que « la sécurité est au-dessus de la justice et que l'établissement de l'ordre doit précéder le règne de la loi »").

402 Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1870-1960* (capítulo 5).

403 Véase *infra* capítulo 4: La mediación en las relaciones internacionales.

§1. La solución pacífica de conflictos en el texto de la carta: una obligación que pesa prioritariamente sobre las partes

La prohibición de recurrir a la amenaza y al uso de la fuerza para resolver legítimamente los conflictos entre los Estados está expresamente estipulada como uno de los principios de la Carta Constitutiva de las Naciones Unidas (art. 2§4)[404]. Y, como dice Delbez, "a partir del momento en el que la guerra desaparece de los atributos de la soberanía y se convierte en un delito, el arreglo pacífico se vuelve una necesidad lógica"[405]. Lógica que está bien presente en el texto de la carta, en donde el reglamento pacífico de controversias es consagrado como un *medio* para el propósito esencial de la organización de mantener la paz y la seguridad internacionales (art. 1§1)[406], y también como una *obligación* de las partes (arts. 2§3 y 33)[407].

404 "Artículo 2§4: Los miembros de la organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas".

405 Louis Delbez, "L'évolution des idées en matière de règlement pacifique des conflits", p. 5 (traducción mía, original: "à partir du moment où la guerre disparaît des attributs de la souveraineté et devient un délit, le règlement pacifique devient une nécessité logique"). Varios estudios de mediados del siglo XX sobre el papel de la ONU sobre el arreglo pacífico de controversias, dan cuenta del entusiasmo y cuestionamientos que despertaba el papel de la nueva OI en la materia. Entre otros, véase Georges Berlia, *La Procédure Pacifique de Règlement des Différends Internationaux et la Charte des Nations Unies*, Cours de l'I.H.E.I, París, 1956-1957; Kenneth R. Simmonds, "'Good Offices' and the Secretary-General", *Nordsk Tidsskrift for International Law*, vol. 29, 1959, pp. 330-345; Robert Kovar, *Le Règlement des Différends Interétatiques dans les Organisations Internationales*, Cours de l'I.H.E.I, 1969-1970; Rosalyn Higgins, "Place of International Law in the Settlement of Disputes by the Security Council", en *American Journal of International Law*, vol. 64, n.º 1, 1970, pp. 1-18; Vratislav Pechota, "The Quiet Approach. A Study of the Good Offices Exercised by the United Nations Secretary-General in the Cause of Peace", *Unitar PS n.º 6*, vol., 1972, pp. vi-92; Oscar Schachter, "The United Nations and Internal Conflicts", en *Law and Civil War in the Modern World*, Jhon Norton Moore (ed.), Baltimore, Londres: The Jhon Hopkins University Press, 1974, pp. 401-445; Vratislav Pechota, "Complementary Structures of Third-Party Settlement in International Disputes" en *Dispute Settlement through the United Nations*, Venkata Raman (ed.), Unitar, Oceana, 1977, pp. 149-220; Venkata Raman (ed.), *Dispute Settlement through the United Nations*, Oceana, 1977; Venkata Raman, "A Study of United Nations Intermediary Assistance in the Peaceful Settlement of Disputes", en *Dispute Settlement through the United Nations*, Venkata Raman (ed.), Unitar, Oceana, 1977, pp. 367-515; Oscar Schachter, "The United Nations and Internal Conflicts", en *Dispute Settlement through the United Nations*, Venkata Raman (ed.), Unitar, Oceana, 1977, pp. 301-364.

406 Artículo 1: "Los propósitos de las Naciones Unidas son: §1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: […] lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz". El comentarista de la carta, Manfred Lachs lo llama el "propósito de propósitos". Manfred Lachs, "Article 1", en *La Charte des Nations Unies. Commentaire Article par Article*, Jean-Pierre Cot y Alain Pellet (eds.), París: Economica, 1991, p. 24. Véase, también, Rüdiger Wolfrum, "Article 1", en *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Bruno Simma (ed.), vol. 1, Oxford, Nueva York: Oxford University Press, 2002, p. 40; Mohammed Bedjaoui, "Article 1, commentaire général", en *La Charte des Nations Unies. Commentaire Article par Article*, Jean-Pierre Cot, Alain Pellet y Mathias Forteau (eds.), vol. I, París: Economica, 2005, p. 314.

407 Artículo 2§3: "Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales

La solución pacífica de las controversias es desarrollada en el capítulo VI de la carta, el cual es enteramente dedicado al tema. Este capítulo comienza con el artículo 33, en el que hay una lista no taxativa de posibles mecanismos a los que las partes pueden acudir (allí se menciona la mediación, junto con la negociación, la conciliación, la investigación, el arreglo judicial y el arbitraje[408]). En este artículo no se describe ninguno de esos mecanismos, no se da prelación a uno sobre los otros y no se diferencia entre tipo de conflictos[409]. Esto puede ser una señal de que el mecanismo que elijan las partes no es de interés para la organización, lo que le importa es que las partes resuelvan pacíficamente sus controversias de la manera que mejor les convenga. No hay interés en priorizar el arreglo judicial, ni tampoco un órgano de la misma organización, las partes son libres de elegir[410]. Lo que interesa a la ONU son los objetivos de preservar la paz y seguridades internacionales.

Si bien es cierto que el capítulo VI da un papel preponderante al Consejo de Seguridad sobre el arreglo pacífico de controversias[411], también lo es que del papel de liderazgo que la carta quiso darle al Consejo de Seguridad no se desprende la voluntad de proponer un sistema institucional de solución de conflictos completo o excluyente como parecía desprenderse del Pacto de la Sociedad de Naciones. La carta no busca evitar que las partes acudan a un tipo de interme-

---

ni la justicia". Artículo 33: "§1. Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección. § 2. El Consejo de Seguridad, si lo estimare necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios".

408 No es fácil poder determinar por qué no se incluyeron los buenos oficios pues no fue un tema discutido en la Conferencia de San Francisco. Esto ha sido entendido por la doctrina como un olvido o como un deseo de incluirlos en el término *mediación*. Sea como fuere, el artículo deja abierta la puerta a "otros medios pacíficos". Véase Christian Tomuschat, "Article 33", p. 590.

409 Sin embargo, más adelante en el artículo 36§3 se dice que el Consejo de Seguridad, en el momento de hacer recomendaciones, "deberá tomar también en consideración que las controversias de orden jurídico, por regla general, deben ser sometidas por las partes a la Corte Internacional de Justicia". Según Rosenne, la enumeración del artículo corresponde a una gama de mecanismos que va de los más a los menos politizados, teniendo en cuenta el grado de participación y el interés del tercero, la aplicación del derecho y la obligatoriedad de la solución. Véase cita en *supra* capítulo 1, sección 1, §1, D: Elementos complementarios: el aspecto formal o institucional del mecanismo y la imparcialidad del tercero, nota al pie 187 (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of International Court 1920-2005*, I The Court and the United Nations, pp. 11-12).

410 "Frequently called the principle of freedom of choice". *Ibid.*, p. 12.

411 Ese papel del Consejo de Seguridad (similar a la del Consejo Ejecutivo de la Sociedad de Naciones, pero con más atributos que su predecesor) es destacado y descrito por la doctrina de la época. Véase, por ejemplo, Eduardo Jiménez de Aréchaga, "Le Traitement des Différends Internationaux par le Conseil de Sécurité", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 85, 1954, p. 68 y Georges Kaeckenbeeck, "La Charte de San-Francisco dans ses Rapports avec le Droit International", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 70, I, 1947, pp. 189-191.

diación fuera del Sistema de Naciones Unidas[412] ni tampoco que acudan ante otro órgano de la misma organización.

Esto se manifiesta en que, desde el primer parágrafo del artículo 33, se establece que la obligación de resolver los conflictos de manera pacífica recae prioritariamente en las partes y no en un órgano de la organización[413]. Son las partes las que tienen la obligación principal de solucionar pacíficamente las controversias utilizando los medios que mejor les convengan[414] y el artículo 33 muestra la interacción entre las obligaciones de las partes y la organización. En este sentido, en el comentario que hace de la carta el internacionalista francés, Jean-Pierre Quéneudec, leemos que:

> El artículo 33 tiene específicamente por objeto, concretar el principio de resolución pacífica de conflictos y de precisar el contenido y el alcance de la obligación general que pesa sobre los Estados miembros, previendo a la vez mecanismos de solución y un marco esencial en la materia. Se trata de un artículo-bisagra entre las prescripciones normativas que deben guiar la conducta de los Estados y las reglas institucionales que fijan las modalidades de la acción de los órganos de las Naciones Unidas para la resolución pacífica de controversias[415].

412 Esto es resaltado en un comentario de la carta de la época, en el que se destaca que "ella mantuvo todos los demás métodos de solución pacífica, y pretendía coordinarlos, bajo la autoridad del Consejo de Seguridad". Georges Kaeckenbeeck, "La Charte de San-Francisco dans ses Rapports avec le Droit International", p. 188 (traducción mía, original: "elle a conservé toutes les autres méthodes de règlement pacifique, et elle a visé à les coordonner sous l'autorité du Conseil de Sécurité").

413 Según el relator de la Comisión Tercera, durante la Conferencia de San Francisco en la que se redactó la carta: "La idea principal del texto se basa en el principio de que los miembros de la Organización deberán resolver sus controversias mediante mecanismos pacíficos, y esta disposición es, en consecuencia, puesta al comienzo del Capítulo". Véase Uncio, *Commission III, Conseil de sécurité*, vol. XII, San Francisco, 1945, p. 113 (Doc. 992 III/2/27, junio 15) (traducción mía, original: "L'idée principale du texte réside dans le principe que les membres de l'Organisation devraient régler leurs différends par des moyens pacifiques, et cette disposition est, en conséquence, placée au commencement du Chapitre").

414 Las partes se comprometen a "tratar" de buscar una solución usando medios pacíficos, pero no a "resolver" efectivamente sus conflictos. Esto quiere decir que el artículo 33 comprende solo una parte de la obligación general del artículo 2§3. Véase Christian Tomuschat, "Article 33", p. 586.

415 Jean-Pierre Quéneudec, "Article 33", p. 566 (traducción mía, original: "L'article 33 a spécifiquement pour objet de concrétiser le principe du règlement pacifique des différends et de préciser le contenu et la portée de l'obligation générale qui pèse sur les Etats membres, en prévoyant à la fois des moyens de règlement et un cadre essentiel en ce domaine. Il s'agit donc d'un article-charnière entre les prescriptions normatives qui doivent guider la conduite des Etats et les règles institutionnelles qui fixent les modalités de l'action des organes des Nations Unies pour le règlement pacifique des différends"). En el mismo sentido, el internacionalista francés Hervé Ascensio dice que el artículo 33 sirve para precisar el principio general del artículo 2§3 y la obligación de buscar resolver sus controversias mediante un mecanismo pacífico. Hervé Ascensio, "Article 33", en *La Charte des Nations Unies. Commentaire Article par Article*, Jean-Pierre Cot, Alain Pellet y Mathias Forteau (eds.), vol. I, París: Economica, 2005, p. 1049.

Por su lado, el Consejo de Seguridad tiene el papel principal (más no único) *dentro de los órganos de la organización* para actuar como mediador / conciliador / facilitador (arts. 24, 33, 36, 37 y 38)[416]. Pero la intervención del consejo se hace siempre de manera *complementaria* a la acción de las partes[417]. Resolver los conflictos pacíficamente es una obligación que *pesa principalmente sobre las partes* y solo interesa al consejo cuando ellas "olvidan" su obligación o en caso de que el conflicto escale y sea suficientemente grave, de manera que pudiera amenazar la paz o la seguridad internacionales[418]. En otras palabras, la resolución o arreglo de controversias interesa al Consejo de Seguridad (y por ende a la ONU) en la medida en que la *ausencia* de arreglo amenace su verdadero objetivo: el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales[419]. Así, el arreglo *efectivo* de controversias es el medio (no el fin) para alcanzar los objetivos principales de la ONU[420].

416 Como veremos con detalle, más adelante, en todos estos artículos se puede leer una cierta forma de participación del Consejo de Seguridad que puede ser calificada de mediadora. Véase *infra*, capítulo 3, sección 2, §2: El Consejo de Seguridad como mediador principal según el texto de la carta.

417 La importancia de que esta función sea *complementaria* fue incluso discutida durante la Conferencia de San Francisco: "[El Comité] ha considerado que las partes en un litigio deben buscar ellas mismas los modos de resolución pacífica de sus litigios conforme a las disposiciones de la Carta y esto, sin esperar la intervención del Consejo de Seguridad. Sin embargo, el Consejo de Seguridad, puede llamar su atención sobre posibilidades de solución pacífica sin tener que señalar un mecanismo particular. Y si las partes fracasan en su intento de solución pacífica, entonces el Consejo de Seguridad, convocado por las partes en el cumplimiento de sus obligaciones, abordará el fondo del problema". Uncio, *Commission III-4, Conseil de sécurité*, vol. XI, Doc. 1088 III/8, junio 19, San Francisco: Premio Concurso Continental Panamericano, Gobierno de Venezuela, 1945, p. 99 (traducción mía, original: "[Le Comité] a considéré que les parties à un litige sont tenues de rechercher elles-mêmes les modes de règlement pacifique de leurs litiges conformément aux dispositions de la Charte et ce, sans attendre l'intervention du Conseil de Sécurité. Toutefois le Conseil de Sécurité, de son côté, peut attirer leur attention sur les possibilités du règlement pacifique sans d'ailleurs signaler de méthode particulière pour ce faire. Et si les parties échouent dans leur tentative de règlement pacifique, alors le Conseil de Sécurité saisi par les parties en exécution de leurs obligations aborde le fond du problème").

418 "Of course, if the parties are seeking to resolve the dispute by one of the means specified in Article 33, the Council is not likely to meddle; but if the situation starts to deteriorate, the Council has the duty promptly to consider what steps may be taken to preserve or restore international peace". Sohn, Louis, "Editorial Comment: The Security Council's Role in the Settlement of International Disputes", *American Journal of International Law*, vol. 78, n.º 2, 1984, p. 403. Véase, también, Georges Kaeckenbeeck, "La Charte de San-Francisco dans ses Rapports avec le Droit International", pp. 189-191 y Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Derecho internacional publico*, p. 273. Ascencio llega incluso a afirmar que el que las partes intenten resolver el conflicto es una condición de admisibilidad para que la controversia sea llevada al Consejo de Seguridad. Hervé Ascensio, "Article 33", pp. 1047, 1055.

419 Es por esto que Merrills afirma: "[O]nly the more serious disputes, or those which have become serious, are regarded as the Council's concern". John Graham Merrills, *International Dispute Settlement*, p. 238.

420 "Because Allies regarded maintenance of the peace, not the final settlement of disputes, as the UN's core mission, Chapter VI put the UN in a position more akin to a facilitator of the settlement of interstate conflicts". Steven R. Ratner, "Image and Reality in the UN's Peaceful Settlement of Disputes", p. 429. Esto se manifiesta también en que el artículo 33 se refiere concretamente a las controversias cuya "continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales", mientras que la obligación general del artículo 2§3 se refiere a toda controversia internacional.

§2. El Consejo de Seguridad como mediador principal según el texto de la carta

Después del comienzo consagrado a la obligación de las partes, el segundo parágrafo del artículo 33 y el resto del capítulo VI se dedican a desarrollar las competencias del Consejo de Seguridad con respecto al arreglo pacífico de controversias, pues este órgano tiene la responsabilidad principal de mantener la paz y la seguridad internacionales según el artículo 24 de la carta. El capítulo desarrolla gradualmente las competencias del consejo en estos temas y aunque no la llama *mediación*, expresamente, le atribuye ciertas funciones que han sido calificadas como mediadoras y que se acercan a la definición del artículo 4 de las convenciones de La Haya.

El papel del Consejo de Seguridad comienza a definirse a partir del segundo parágrafo del artículo 33 según el cual el consejo puede, "si lo estimare necesario", instar a las partes a utilizar los mecanismos mencionados en el primer parágrafo para arreglar sus controversias. Según varias interpretaciones doctrinales de este artículo, el consejo, por un lado, no está obligado a intervenir (el artículo le da un poder discrecional de instar a las partes en los casos en que lo crea necesario[421]) y, por otro lado, puede solamente recordarles a las partes su obligación. Esto, y recordando que la intervención del consejo, se hace siempre de manera complementaria a la acción de las partes, le permite al consejo intervenir y señalar "a las partes en conflicto que se encuentran en una situación que justificaría que la Organización de las Naciones Unidas intervenga en caso de que no logren ellas mismas resolver el diferendo mediante los mecanismos pacífico de su elección"[422].

Una vez el Consejo de Seguridad conoce una controversia, la carta le otorga el poder de recordarles a las partes la obligación de resolverla pacíficamente (art. 33§2), luego de "recomendar los procedimientos o métodos de ajuste que sean apropiados" (art. 36§1) y, finalmente, abordar el fondo del conflicto y hacer

421 En este sentido, véase Jean-Pierre Quéneudec, "Article 33", p. 573 y Christian Tomuschat, "Article 33", pp. 592-593. Sin embargo, para Louis Sohn esta mención puede también querer decir que el Consejo de Seguridad tiene la posibilidad de autoinvocarse de una cuestión que no le ha sido aún sometida. Para Quéneudec y Tomuschat, esto no ha ocurrido ni es posible. Véase Louis Sohn, "Editorial Comment: The Security Council's Role in the Settlement of International Disputes", pp. 402-404.

422 Hervé Ascensio, "Article 33", p. 1048 (traducción mía, original: "d'intervenir pour signifier aux parties au différend qu'elles se trouvent dans la situation qui justifierait que l'Organisation des Nations Unies intervienne au cas où elles ne parviendraient pas à résoudre leur différend elles-mêmes par les moyens pacifique de leur choix").

recomendaciones (arts. 37§2 y 38). Es precisamente a través de las recomendaciones que puede hacer el consejo, basado en los artículos 36 a 38 de la carta[423], que pueden verse las competencias mediadoras conferidas a este órgano.

El consejo les deja a las partes la posibilidad de resolver su diferendo

> pero si las partes se niegan a utilizar estos mecanismo [los del artículo 33] o si su aplicación se ve retardada o prolongada de manera excesiva, viene ahora el momento de ejercer una acción más enérgica, que consiste en formular recomendaciones a las partes[424].

En la carta, a medida que pasan los artículos, la función del consejo se incrementa: el capítulo VI comienza con una participación tímida que se limita a indicar una vía susceptible de facilitar el camino hacia el arreglo y continúa incrementando su participación, hasta llegar a una participación / mediación en el que se aconsejan posibles caminos a seguir para resolver el litigio en cuestión.

En el artículo 37§2 se pasa al grado de participación / mediación siguiente: el consejo está habilitado para examinar el fondo del conflicto y para recomendar una solución. Hay que anotar también que el primer parágrafo de este artículo constata el fracaso de las partes en resolver su conflicto por otros medios y es solamente en ese momento en el que se les impone la obligación de llevarlo ante el consejo[425]. Las partes, ya lo vimos, tienen la libertad de elegir los mecanismos

423 Artículo 36§1: "El Consejo de Seguridad podrá, en cualquier estado en que se encuentre una controversia de la naturaleza de que trata el Artículo 33 o una situación de índole semejante, recomendar los procedimientos o métodos de ajuste que sean apropiados. §2. El Consejo de Seguridad deberá tomar en consideración todo procedimiento que las partes hayan adoptado para el arreglo de la controversia. §3. Al hacer recomendaciones de acuerdo con este Artículo, el Consejo de Seguridad deberá tomar también en consideración que las controversias de orden jurídico, por regla general, deben ser sometidas por las partes a la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con las disposiciones del Estatuto de la Corte".
Artículo 37§1: "Si las partes en una controversia de la naturaleza definida en el Artículo 33 no lograren arreglarla por los medios indicados en dicho Artículo, la someterán al Consejo de Seguridad. §2. Si el Consejo de Seguridad estimare que la continuación de la controversia es realmente susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, el Consejo decidirá si ha de proceder de conformidad con el Artículo 36 o si ha de recomendar los términos de arreglo que considere apropiados".
Artículo 38: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 33 a 37, el Consejo de Seguridad podrá, si así lo solicitan todas las partes en una controversia, hacerles recomendaciones a efecto de que se llegue a un arreglo pacífico".

424 Eduardo Jiménez de Aréchaga, "Le Traitement des Différends Internationaux par le Conseil de Sécurité", p. 68 (traducción mía, original: "[m]ais si le parties se refusent à mettre en pratique ces méthodes, ou si leur application se voit retardée ou prolongée d'une façon excessive, vient alors le moment d'exercer une action plus énergique, qui consiste à formuler des recommandations aux parties").

425 Véase *ibid*., pp. 23-24.

según el artículo 33, pero evidentemente no tienen la obligación de intentar todos los mecanismos existentes ni en un orden específico. Ellas tienen la facultad de evaluar qué mecanismo o mecanismos utilizar, y es en el caso de no encontrar uno efectivo que deben llevar el caso ante el consejo. Una vez el consejo conozca el caso, este debe, antes de pronunciarse sobre el fondo, estimar si el conflicto realmente es "susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales" y decidir si se pronuncia en el marco del artículo 36 (sobre el procedimiento a seguir por las partes) o si se debe mejor pronunciar sobre el fondo (art. 37§2).

La facultad atribuida al consejo por el artículo 37, de pronunciarse sobre el fondo de un diferendo, ha sido interpretada como una función cuasi jurisdiccional que le permite "decidir sobre el fondo" e "imponer su solución"[426]. En este sentido, Eduardo Jiménez Aréchaga, jurista uruguayo, antiguo presidente y juez de la CIJ y antiguo miembro de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, afirma:

> Solamente cuando un diferendo ha tomado un giro que parece "realmente susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales", y cuando otros mecanismos de solución pacífica han fracasado, el Consejo de Seguridad puede ejercer las funciones de árbitro y tomar a su cargo la responsabilidad de emitir una sentencia como juez sobre el fondo de la cuestión[427].

En uno de los manuales más utilizados en el mundo francófono contemporáneo se afirma que "cuando el caso es llevado ante el consejo en virtud de los artículos 37 y 38, éste puede recomendar los términos de una solución. Al hacerlo, ejerce la función de mediador o de conciliador". Pero, después, sobre la posibilidad de actuar como árbitro en el marco de estos artículos, se afirma que "tal eventualidad no puede ser prohibida por la letra del Capítulo VI"[428].

426 Georges Kaeckenbeeck, "La Charte de San-Francisco dans ses Rapports avec le Droit International", pp. 191, 222 (traducción mía, original: "trancher sur le fond" y "imposer sa solution d'un différend"). Este parece ser también el punto de vista en: Steven R. Ratner, "Image and Reality in the UN's Peaceful Settlement of Disputes", pp. 426-444.

427 Eduardo Jiménez de Aréchaga, "Le Traitement des Différends Internationaux par le Conseil de Sécurité", p. 72 (traducción mía, original: "Ce n'est que lorsqu'un différend a pris une tournure telle qu'il "semble, en fait, menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales", et lorsque d'autres moyens de règlement pacifique ont échoués, que le Conseil de Sécurité peut exercer les fonctions d'arbitre et prendre à sa charge la responsabilité d'émettre un arrêt comme juge sur le fond de la question"). Véase, también, Steven R. Ratner, "Image and Reality in the UN's Peaceful Settlement of Disputes", pp. 426-444 y Louis Sohn, "Editorial Comment: The Security Council's Role in the Settlement of International Disputes", pp. 402-404.

428 Patrick Daillier, Mathias Forteau y Alain Pellet, *Droit International Public*, p. 943 (traducción mía, original: "[l]orsqu'il est saisi en vertu des articles 37 et 38, le Conseil peut recommander les termes

Ya hemos dicho que la función del consejo aumenta en los diferentes artículos del capítulo VI: entre más tarden las partes en resolver ellas mismas un diferendo del tipo del artículo 33, es más factible que se estime que hay una amenaza real a la paz internacional y, por ende, la carta propone (y poco a poco impone), de manera más directa, la participación del Consejo de Seguridad como tercero intermediario / mediador. En este sentido, en su comentario al artículo 37 de la carta, la francesa Marie-Françoise Labouz afirma que el capítulo VI: "reposa en una gradación de intensidad de los poderes y acción del Consejo de Seguridad, compatibles con el respeto del consentimiento del Estado, aún si se perfila la sombra del capítulo VII y de la coerción decidida"[429]. Se perfila la sombra, sí, pero se trata aún del capítulo VI cuyo objetivo no es el de imponer decisiones del consejo (como sí sucede en el capítulo VII) sino de dejar la posibilidad abierta de que las partes resuelvan pacíficamente sus disputas.

Desde su creación, se ha discutido ampliamente en la doctrina internacionalista los poderes decisorios del Consejo de Seguridad (y sus limitaciones). Sin entrar en una discusión que excede los propósitos de este estudio, se puede decir que, generalmente, se admite que el Consejo de Seguridad *decide* de manera coercitiva en el marco del capítulo VII de la carta y que, en ocasiones, puede *decidir* fuera del marco del capítulo VII (basándose en el artículo 25[430], y arguyendo, principalmente, la necesidad de tener en cuenta la voluntad del órgano manifestada en la resolución).

Sin embargo, es poco probable que esta interpretación pueda ampliarse a las resoluciones tomadas sobre la base del capítulo VI, en donde el deber de resolver los conflictos pesa prioritariamente sobre las partes y el papel del Consejo de Seguridad es el de ayudarlas a resolver sus diferendos (y no a imponerles una solución)[431]. En este sentido, el abogado polaco Jost Delbrück afirma que,

---

d'un règlement. Ce faisant, il exerce la fonction de médiateur ou de conciliateur", "[u]ne telle éventualité n'est peut-être interdite par la lettre du Chapitre VI").

429 Marie-Françoise Labouz, "Article 37", en *La Charte des Nations Unies. Commentaire Article par Article*, Jean-Pierre Cot, Alain Pellet y Mathias Forteau (eds.), vol. I, París: Economica, 2005, p. 1110 (traducción mía, original: "Ce chapitre repose sur une gradation d'intensité des pouvoirs d'action du Conseil de sécurité, compatibles avec le respect du consentement de l'Etat, même si se profile l'ombre du chapitre VII et de la coercition décidée").

430 "Artículo 25: los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta carta".

431 Esta parece ser también la voluntad expresada en las discusiones de San Francisco. Por ejemplo, una enmienda que buscaba dar claridad sobre las consecuencias de la acción del Consejo de Seguridad según el artículo 37, fue finalmente retirada pues Estados Unidos y el Reino Unido "aseguraron que ese tipo de recomendaciones por parte del Consejo de Seguridad no obligaría de ninguna forma a las partes". Uncio, *Commission III-4, Conseil de sécurité*, XI, Doc. 1088 III/8, junio 19, p. 95

si bien es preciso tener en cuenta la voluntad del Consejo de Seguridad, esta voluntad no puede ser contraria a las disposiciones de la carta sobre las que se basa la resolución. Por ende:

> the SC [Security Council] cannot make a decision binding contrary to what is provided for by the Charter provision on which the decision concerned is based, even though the intention of the SC to make such a decision binding is clearly established from the wording of the respective text[432].

Así, para una parte importante de la doctrina las resoluciones adoptadas sobre la base de los artículos 36, 37 o 38 son simples *recomendaciones* no obligatorias, por lo cual, incluso si el consejo analiza y propone una solución (e independientemente de las consecuencias efectivas y de la posible presión política que conlleva una recomendación del Consejo de Seguridad), este órgano no *decide* el conflicto como lo haría un juez o árbitro. Higgins[433], Caflisch[434], Lebouz[435] y Stein comparten esta perspectiva. Este último, considerando que toda recomendación en el marco de estos artículos no es obligatoria, denomina la función del consejo como "mediación"[436].

La misma confusión se presenta en lo que respecta al artículo 38[437]. En este artículo, y a diferencia de los artículos precedentes, la competencia del Consejo de Seguridad no proviene del artículo 24 que lo consagra como principal respon-

---

(traducción mía, original: "donné l'assurance qu'une telle recommandation de la part du Conseil de Sécurité n'obligerait nullement les parties").

432 En particular, sobre el capítulo VI afirma: "The position that the SC could also take binding decisions in the meaning of Art. 25 under Chapter VI is to be objected on the further ground that, with the exception of Art. 34, all the other Articles of this chapter expressly mention that competence of the SC only to address recommendations to the parties to a dispute" (la excepción del artículo 34 porta sobre la decisión de realizar una investigación pero no sobre decidir sobre el fondo de la disputa). Jost Delbrück, "Article 25", en *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Bruno Simma (ed.), vol. 1, Oxford, Nueva York: Oxford University Press, 2002, pp. 458, 457.

433 "Both the travaux préparatoires and the wording of the Charter lead one in the direction that the application of Article 25 is not limited to Chapter VII resolutions, excluding Chapter VI resolutions […] 'Decisions' to investigate could perhaps have this operative effect, though 'recommendation' under article 36 or 37 would not". Rosalyn Higgins, "Advisory Opinion on Namibia: Which UN Resolutions are Binding under Article 25 of the Charter?", en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 21, n.º 2, 1972, pp. 281-282.

434 Lucius Caflisch, "Cent Ans de Règlement Pacifique des Différends Interétatiques", p. 283.

435 Marie-Françoise Labouz, "Article 37", pp. 1125-1126.

436 "Important characteristics of a judicial decisions are […] absent: the members of the SC are not independent, the SC does not have to decide on the basis of the applicable law and its recommendations are not binding on the parties. The role of the SC is, therefore, much more that of a mediator". Torsten Stein, "Article 37", en *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Bruno Simma (ed.), vol. 1, Oxford, Nueva York: Oxford University Press, 2002, p. 643. Véase, también, p. 630.

437 Véase Steven R. Ratner, "Image and Reality in the UN's Peaceful Settlement of Disputes", p. 434.

sable de mantenimiento de la paz, sino de la voluntad de las partes de llevar ante él el conflicto, "[t]he SC may therefore act as a mediator, upon the request of the parties, in any dispute"[438]. Este artículo no impone límites sobre el contenido de la recomendación: puede tratar sobre el procedimiento, sobre el fondo o una combinación de ambos, pero en todos los casos no es obligatoria[439]. Para Labouz, las partes tienen así la posibilidad de apelar al consejo para resolver un diferendo como ellos lo prefieran, incluso dándole efecto obligatorio al papel del Consejo de Seguridad como si fuese un árbitro. Pero esto es el resultado de la voluntad de las partes pues "ellas, antes, durante y después de haber llevado el caso ante el consejo en el marco del capítulo VI, mantienen el control de la solución pacífica de sus controversias"[440].

Puede decirse incluso que, como la competencia del Consejo de Seguridad proviene de la voluntad de las partes, ellas no tienen necesidad de haber acudido con anterioridad a otros mecanismos antes de poder llevar un conflicto ante el consejo según el artículo 38. El papel del consejo es complementario en tanto que "guardián" de la paz, pero puede ser prioritario si las partes así lo quieren y su actuación se desprende directamente de la voluntad de ellas, escogiéndolo como mecanismo para solucionar su conflicto[441].

Si bien puede decirse que de la carta se desprende que el papel del consejo según el artículo 37 es complementario a la obligación de las partes del artículo 33 y que el artículo 38 es una instancia propuesta a las partes para resolver sus controversias, ella no dice que "antes" de acudir al consejo las partes deban intentar otros de los mecanismos propuestos por el artículo 33, así como tampoco se

438 Torsten Stein, "Article 38", p. 644.

439 "This follows from the wording of art 38 and from the role of the SC as mediator". *Ibid*., p. 645.

440 Marie-Françoise Labouz, "Article 38", p. 1126 (traducción mía, original: "celles-ci, avant, pendant et après la saisine du Conseil dans le cadre du chapitre VI, restent maîtres du règlement pacifique de leurs différends"). Esta posición nos recuerda el debate sobre el caso Raimbow Warrior y la obligatoriedad de la "mediación" del secretario general, pactada por las partes. Véase *supra* capítulo 1, sección 2, §1, A: El carácter obligatorio de la solución adoptada, pp. 60-63.

441 Así, se ha dicho que la diferencia entre el artículo 37 y 38 es la siguiente: "El artículo 37 se aplica en caso de que las partes no logren resolver sus diferendos después de haber intentado alguno de los mecanismos indicados en el artículo 33. Esto, mientras que en el contexto del artículo 38, las partes, de mutuo acuerdo y antes de cualquier tentativa o uso de los modos de resolución indicados en el artículo 33, deciden someterlo al Consejo de Seguridad para '*hacerles recomendaciones a efecto de que se llegue a un arreglo pacífico*'", Saasa Riadh, "Le Conseil de Sécurité et le Règlement Pacifique des Différends Internationaux", en *Règlement Pacifique des Différends Internationaux*, Ferhat Horchani (ed.), Túnez, Bruselas: Centre de Publication Universitaire. Bruylant, 2002 (traducción mía, énfasis en el texto, original: "L'article 37 s'applique en cas d'échec des parties à régler leur différend, après avoir recouru à l'un des modes indiqués à l'article 33. Ceci, alors que dans le cadre de l'article 38, les parties, d'un commun accord et avant toute tentative ou recours à l'usage des modes de règlement indiqués à l'article 33, décident de se référer au Conseil de sécurité '*pour faire des recommandations à celles-ci, en vue d'un règlement pacifique de ce différend*'").

establece un orden prioritario entre los mecanismos enunciados en ese artículo. El artículo 38 ofrece una posibilidad a las partes de ir ante el Consejo para que actúe como un tercero con el objetivo de ayudarles a cumplir su obligación de resolver pacíficamente sus controversias. El papel que el consejo asuma depende de la voluntad de las partes pues son ellas las que deciden si quieren una recomendación, una elucidación de un hecho o una decisión obligatoria.

§3. El papel de los otros órganos según la carta

La función mediadora ocupa un lugar importante en todo el capítulo VI, pero como hemos podido constatar, este capítulo se dirige particularmente al papel del Consejo de Seguridad respecto al arreglo pacífico de controversias[442]. En este capítulo, la Asamblea General no es mencionada sino de forma accesoria, pero varios comentaristas consideran que la carta le adjudica funciones que pueden denominarse mediadoras dentro de la función y poderes que se le atribuyen en el capítulo IV de la carta[443].

Así, según la carta, la Asamblea General es competente para "discutir" y "hacer recomendaciones" sobre "cualesquier asuntos o cuestiones dentro de los límites de esta carta" (artículo 10) y, principalmente, sobre "toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales" (artículo 11§2)[444]. En este sentido, la CIJ ha afirmado que los poderes de la Asamblea General, según el artículo 11§2, son comparables a los del Consejo de Seguridad del artículo 38[445] y Caflisch ha comparado las competencias mediadoras de la Asamblea General que le otorga los artículos 10 y 11, con las del Consejo de Seguridad, esta vez en virtud del artículo 37[446].

442 Véase Steven R. Ratner, "Image and Reality in the UN's Peaceful Settlement of Disputes", p. 427.

443 Véase ONU, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, pp. 123-128 (§352-366).

444 Sin embargo, el artículo 12 de la carta prevé la prioridad del Consejo de Seguridad frente a la Asamblea General si este está conociendo de un caso. Artículo 12§1: "Mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna esta Carta con respecto a una controversia o situación, la Asamblea General no hará recomendación alguna sobre tal controversia o situación, a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad".

445 "The word 'action' must mean such action as is solely within the province of the Security Council. It cannot refer to recommendations which the Security Council might make, as for instance under Article 38, because the General Assembly under Article 11 has a comparable power. The 'action' which is solely within the province of the Security Council is that which is indicated by the title of Chapter VII of the Charter, namely 'Action with respect to threats to the peace, breaches of the peace, and acts of aggression'". Corte Internacional de Justicia, "Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion", *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, 1962 (20 de julio), p. 165.

446 "La organización o uno de sus órganos pueden […] actuar como mediador recomendando a los Estados interesados vías de resolución o soluciones sobre el fondo. Éste puede ser particularmente el papel del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en virtud del artículo 37

Además, la función mediadora de la Asamblea General puede provenir también del artículo 14, según el cual este órgano "podrá recomendar medidas para el arreglo pacífico de cualesquiera situaciones, sea cual fuere su origen, que a juicio de la Asamblea puedan perjudicar el bienestar general o las relaciones amistosas entre naciones". Según esto, se ha entendido que la carta atribuye competencias mediadoras a la Asamblea General, pues esta puede hacer sugerencias mediante recomendaciones, procedimientos o posibles soluciones sobre conflictos que le sean sometidos[447].

El secretario general, por su parte, no es mencionado en el capítulo VI sobre el arreglo pacífico de controversias y sus funciones son descritas en la carta de manera muy sucinta. El artículo 98 dice que el secretario "desempeñará las demás funciones que le encomienden" el Consejo de Seguridad y la Asamblea General y el artículo 99 que "[e]l Secretario General podrá llamar la atención del Consejo de Seguridad hacia cualquier asunto que en su opinión pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales".

En otras palabras, en lo que respecta a la función mediadora, el texto de la carta es explícito tratándose de los poderes y funciones del Consejo de Seguridad, y ciertos artículos del capítulo IV permiten, sin mucha dificultad, desprender una competencia similar de la Asamblea General, algo que no ocurre con los artículos consagrados al secretario general. Según estos, podría ser encargado para actuar como mediador (o cualquier otro encargo) por parte del consejo o la asamblea, basado en el artículo 98, pero más allá de eso, la posibilidad de actuar como mediador *motu propio* es menos evidente.

---

de la Carta o de la Asamblea General, sobre la base de los artículos 10 y 11". Lucius Caflisch, "Cent Ans de Règlement Pacifique des Différends Interétatiques", p. 283 (traducción mía, original: "L'Organisation ou l'un de ses organes peut […] agir à titre de médiateur en recommandant aux états concernés des voies de règlement ou des solutions sur le fond. Tel peut notamment être le rôle du Conseil de sécurité des Nations Unies, en vertu de l'article 37 de la Charte, ou de l'Assemblée générale, sur la base des articles 10 et 11").

447 En este sentido, Rafaëlle Maison en su comentario del artículo 14 de la carta afirma: "Por lo menos, la amplitud […] del artículo 14, sin duda alguna permite a la Asamblea General cumplir funciones de asistencia al arreglo pacífico de controversias". Y más adelante: "Lo que se desprende […] precisamente del artículo 14, es el poder de la Asamblea General de recomendar todas las medidas de ayuda para el 'arreglo pacífico de una controversia' consideradas en el capítulo VI de la Carta". Rafaëlle Maison, "Article 14", en *La Charte des Nations Unies. Commentaire Article par Article*, Jean-Pierre Cot, Alain Pellet y Mathias Forteau (eds.), vol. I, París: Economica, 2005, pp. 747, 751 (traducción mía, original: "[P]our le moins, l'ampleur […] de l'article 14, permet sans aucun doute à l'Assemblée générale de remplir des fonctions d'assistance au règlement pacifique d'un différend"; "Ce qui […] découle […] précisément de l'article 14, c'est le pouvoir de l'Assemblée générale de recommander toutes les mesures d'aide au "règlement pacifique des différends" qu'envisage le chapitre VI de la Charte").

Sin embargo, la práctica de esa organización ha demostrado que no son el Consejo de Seguridad, ni la Asamblea General los órganos que han actuado preferentemente como mediadores en la ONU, sino precisamente el secretario general[448]. Varios factores contribuyen a explicar esta modificación entre el papel prioritario que la carta quería atribuirle al consejo respecto a la mediación, y al desempeñado, efectivamente, por la Secretaría General. Uno de estos se relaciona con el contexto político en que empezó a constituirse la práctica de la ONU, al que ya se ha hecho mención. Es de amplio conocimiento que, durante la Guerra Fría, el Consejo de Seguridad estuvo prácticamente paralizado y que los otros órganos (principalmente, la Asamblea General, pero también la Secretaría General) fueron ampliando, de manera paulatina, sus competencias, al ocuparse de funciones propias del Consejo de Seguridad sobre paz y arreglo pacífico de controversias[449].

También, hemos mencionado en diversas ocasiones el temor y desconfianza que históricamente se ha profesado contra posibles intervenciones no deseadas de parte de las grandes potencias en nombre de la mediación. La composición y poderes del Consejo de Seguridad no despejaron esos miedos y desconfianzas. Algunos autores han afirmado que el Consejo de Seguridad tiene cierta aprehensión a ejercer directamente el papel de mediador por los riesgos que este tipo de funciones pueda tener para un órgano político y colectivo como lo es el consejo. Unos afirman que el Consejo de Seguridad prefiere abstenerse de formular propuestas concretas sobre el fondo de los asuntos[450]. Otros dicen que las pocas referencias directas a los artículos de la carta en las resoluciones del Consejo de Seguridad buscan precisamente dificultar que se enmarque su acción bajo ciertos artículos concretos y en ciertas funciones específicas[451].

448 "A partir de 1955, la acción personal del Secretario General eclipsó la de los mediadores de la Organización. La evolución del equilibrio político en el seno de las Naciones Unidas, así como el dinamismo de Dag Hammarskjöld, llevaron al Secretario General a ampliar considerablemente el campo de su acción mediadora". Jean-Pierre Cot, *La Conciliation Internationale*, p. 264 (traducción mía, original: "[À] partir de 1955, l'action personnelle du Secrétaire général éclipsa celle des médiateurs de l'Organisation. L'évolution de l'équilibre politique au sein des Nations Unies, mais aussi le dynamisme de Dag Hammarskjöld, entrainèrent le Secrétaire général à élargir considérablement le champ de son action médiatrice").

449 Leland M.Goodrich, "The Political Role of the Secretary-General", en *International Organization*, vol. 16, 1962, p. 727.

450 "Esta prudencia que explica a menudo la coyuntura internacional, es también el resultado de los riesgos inherentes a esta forma de mediación colectiva, que potencialmente corresponden al Consejo". Marie-Françoise Labouz, "Article 37", p. 1110 (traducción mía, original: "Cette prudence qu'explique souvent la conjoncture internationale, est aussi la résultante des risques inhérents à cette forme de médiation collective, potentiellement dévolue au Conseil sur ce fondement").

451 Véase ONU, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, p. 114, §322 y Djamchid Momtaz, "Article 36", en *La Charte des Nations Unies. Commentaire Article par Article*, Jean-Pierre Cot, Alain Pellet y Mathias Forteau (eds.), vol. I, París: Economica, 2005, p. 1096.

Unos más afirman incluso que sus características le impiden ser un mediador eficaz[452].

Sea cual fuere la razón, cuando se trata de ayudar a las partes a resolver pacíficamente sus controversias, más que proponer directamente soluciones, en general el Consejo de Seguridad se limita a proponer procedimientos. La mayoría de las veces hace un llamado a las partes a retomar las negociaciones o les sugiere la mediación o los buenos oficios de un tercero. Incluso cuando propone la mediación "del Consejo de Seguridad", propone realmente la intermediación de un organismo, en especial, concebido para el caso, de un representante especial[453], del secretario general o de alguien más bajo sus auspicios.

Sección 3
El "espíritu" de la carta o la emergencia de un nuevo papel[454]

El secretario general ha basado la mayoría de sus acciones, incluyendo su vasto papel como mediador, en el artículo 99, artículo que "tal y como fue redactado […] no parece decir gran cosa"[455]. Este artículo fue debatido muy poco durante la Conferencia de San Francisco, a pesar de que su contenido fue modificado varias veces en las propuestas de artículos del Gobierno estadounidense antes de las reuniones en Dumbarton Oaks[456].

Inicialmente, se había propuesto un *director general* con poderes amplios que dirigiría el Consejo de Seguridad y que participaría en sus deliberaciones. Luego, se propuso el establecimiento de dos funcionarios separados: un director general

452 "[E]s difícil para un órgano político, que cuenta con más de 150 miembros, jugar un rol eficaz de mediador, conciliador o árbitro". Constantine P. Economidès, Constantine P., "La Déclaration de Manille sur le Règlement Pacifique des Différends Internationaux", *Annuaire Français de Droit International*, vol. 28, 1982, p. 624 (traducción mía, original: "il est difficile pour un organe politique, qui compte plus de 150 membres, de jouer un rôle efficace de médiateur, de conciliateur ou d'arbitre"). Véase, también, Leland M. Goodrich, "The Political Role of the Secretary-General", p. 727.

453 Véase, por ejemplo, Consejo de Seguridad de la onu, "Resolución 49-La cuestión Palestina", en *S/727* 1948 (23 de abril), Consejo de Seguridad de la onu, "Resolución 186 - La cuestión Chipre", en *S/5575* 1964 (4 de marzo).

454 Sobre la evolución del rol de los primeros secretarios generales, véase Stephen M. Schwebel, *The Secretary General of the United Nations: Power and Practice*, Cambridge: Harvard University Press, 1952 y Marie-Claude Smouts, *Le Secrétaire Général des Nations Unies, son Rôle dans la Solution des Conflits Internationaux*, París: A. Colin-fnsp, 1971.

455 Jorge Cardona Llorens y Mariano Aznar Gómez, "Article 99", en *La Charte des Nations Unies. Commentaire Article par Article*, ed. por Jean-Pierre Cot, Alain Pellet y Mathias Forteau, vol. ii, París: Economica, 2005, p. 2051 (traducción mía, original: "[t]el qu'il est rédigé, […] ne semble pas dire grand chose").

456 Stephen M. Schwebel, "The Origins and Development of Article 99 of the Charter", *British Year Book of International Law*, vol. 28, 1951, pp. 372-375.

dedicado solamente a las funciones administrativas y un presidente con un amplio poder político y de discusión que presidiría el Consejo de Seguridad y que podría actuar en caso de urgencia en nombre suyo. Pero durante las discusiones en Dumbarton Oaks, la función fue reformulada y sus funciones políticas fueron disminuidas, dejándole solamente la posibilidad de "llamar la atención" del Consejo de Seguridad sobre cualquier asunto que en su opinión pudiera amenazar el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Función en todo caso innovadora, frente a la Sociedad de Naciones en donde solamente los Estados miembros podían llamar la atención del Consejo Ejecutivo.

La redacción del artículo 99 es así una suerte de punto medio entre la elección de darle expresamente poderes políticos amplios y no darle ninguno. Según Stephen Schwebel:

> The purpose of Article 99 thus conceived is not to create in the Secretary-General an officer who will preside over and lead the discussions of the Council, but rather to secure an impartial watchdog, an agent who will bring to the attention of the organization threats to the peace which Member states, because of political considerations, will tend to be hesitant in raising[457].

Schwebel también cree que la terminología de este artículo muestra que no se buscaba darle un amplio papel de participación en el Consejo de Seguridad ni una autoridad política general, lo cual se puede confirmar al constatar las reducidas y poco profundas discusiones llevadas a cabo en San Francisco sobre este órgano y sus funciones[458]. Dicho esto, la redacción del artículo deja un amplio margen para interpretar un papel político el cual fue incluso destacado en el informe de la comisión preparatoria de las Naciones Unidas:

> El Secretario General puede ser llamado a jugar un rol importante como mediador y como consejero oficioso de numerosos gobiernos, y tendrá inevitablemente en el ejercicio de sus funciones administrativas, que tomar decisiones que en ocasiones pueden ser calificadas, a justo título, de políticas. Además, el artículo 99 le confiere

457 *Ibid*., p. 374.

458 Fueron tres las discusiones relativas al artículo 99 en San Francisco, a saber: sobre la posibilidad de que el secretario general decidiera discrecionalmente si llamar o no la atención del Consejo de Seguridad (confirmada, en contra de la otra posición que quería imponerle un "deber" de siempre llamar la atención); la posibilidad de que el secretario general escogiera entre el Consejo de Seguridad y la Asamblea General (rechazada); y la posibilidad de llamar la atención sobre todo asunto que pudiera amenazar un principio de la carta (rechazada). Véase Uncio, *Commission I-2, Dispositions générales*, vol. VII, 17ème et 18ème session, San Francisco, 1945, pp. 162-163.

> un derecho muy especial, sobrepasando todos los poderes que jamás han sido reconocidos a un jefe de una organización internacional […]. Es imposible prever la forma en la que este artículo será ampliado, pero la responsabilidad que él le confiere al Secretario General exigirá de su parte el ejercicio de las más altas cualidades de juicio político, de tacto de integridad[459].

Según esta comisión, se le conceden competencias políticas que no han sido delimitadas ni precisadas. Como lo dice la investigadora francesa Marie-Claude Smouts: "a su 'tacto', a su 'juicio político' fue dejado el determinar el alcance de sus posibilidades, a la luz del […] espíritu del artículo 99"[460]. Sin embargo, salvo raras ocasiones, en la práctica, los secretarios generales no han invocado directamente el artículo 99 para llamar la atención del Consejo de Seguridad. Por el contrario, han invocado repetidas veces "el espíritu" o el marco general del artículo 99 como el fundamento jurídico de la mayoría de sus acciones, incluyendo aquellas que se refieren a la mediación y a los buenos oficios.

§1. El secretario general como mediador principal según la práctica

El carácter y la visión política de las personalidades que han sido seleccionadas como secretarios generales dice y explica mucho sobre el rumbo en que esta oficina ha encaminado sus funciones. Cada secretario general ha dejado una huella personal de su gestión y ha reafirmado el carácter autónomo y amplio de su función[461]. Desde el comienzo, los secretarios generales han buscado ampliar sus funciones probando la autonomía de sus acciones, además de las acciones concretas que han llevado a cabo por solicitud del Consejo de Seguridad y la

459 onu, *Rapport de la Commission Préparatoire des Nations Unies*, PC/20, 1945 (23 de diciembre), pp. 86-87 (chapitre viii, section 2, §16) (traducción mía, original: "Le Secrétaire général peut être appelé à jouer un rôle important comme médiateur et comme conseiller officieux de nombreux gouvernements, et il aura inévitablement de temps à autre, dans l'exercice de ses fonctions administratives, à prendre des décisions que l'on peut, à juste titre, qualifier de politiques. Au surplus, l'article 99 lui confère un droit tout à fait spécial, dépassant tous les pouvoirs qui ont jamais été reconnus au chef d'une organisation international […]. Il est impossible de prévoir la façon dont cet article sera mis en application, mais la responsabilité qu'il confère au Secrétaire général exigera de sa part l'exercice des plus hautes qualités de jugement politique, de tact d'intégrité").

460 Marie-Claude Smouts, *Le Secrétaire Général des Nations Unies, son Rôle dans la Solution des Conflits Internationaux*, p. 221 (traducción mía, original: "[à] son « tact », à son « jugement politique » a été laissé le soin de fixer l'étendue de ses possibilités, à la lumière de […] l'esprit de l'article 99").

461 Algunos comentaristas aseguran que esto se esperaba de los secretarios generales, teniendo en cuenta el tipo de personalidades nombradas desde un inicio para el cargo. En este sentido, Leland Goodrich anota sobre la elección del primer secretario general: "By the choice of Trygve Lie, Members of the Organization made it quite clear that they expected the Secretary-General to have an important political role". Leland M. Goodrich, "The Political Role of the Secretary-General", p. 721. Véase, también, Michel Virally, "Le Rôle Politique du Secrétaire Général des Nations Unies", *Annuaire Français de Droit International*, vol., 1958, pp. 360-390.

Asamblea General[462]. Sin buscar rastrear de manera exhaustiva la actividad de cada secretario general, resulta útil señalar algunos elementos que ilustran la forma como se ha reforzado el papel mediador del secretario general en la práctica, fundamentada en una lectura amplia del "espíritu" del artículo 99.

El primer secretario general fue el noruego Trygve Lie (1946-1952), quien reivindicó, desde el inicio de su mandato en 1946 (a propósito de incidentes ocurridos en las fronteras de Grecia), el derecho del secretario general a investigar como una función inherente al artículo 99 para poder determinar efectivamente cuándo una situación merecería ser llevada ante la atención del Consejo de Seguridad. De esta forma, desde los primeros años de la ONU, la función del secretario general se construyó y definió como *imparcial* e *independiente* de los otros órganos[463].

Esto fue llevado un paso más allá por el segundo secretario, el diplomático sueco Dag Hammarskjöld (1953-1961). Así, cuando la Asamblea General le encargó directamente prestar sus buenos oficios para buscar la liberación del personal de aviación estadounidense detenido en Beijing durante la guerra de Corea[464], Hammarskjöld aceptó la misión pero se separó de la resolución de la Asamblea General, afirmando una posición "independiente" respecto al conflicto y respecto a la posición adoptada por la asamblea (actitud que fue luego denominada "la fórmula de Pekín")[465]. Además, a menudo invocó su "derecho" a investigar,

462 Para una visión general de las funciones y poderes de los secretarios generales sobre resolución pacífica de controversias, véase Thomas M. Franck, "The Secretary-General's Role in Conflict Resolution: Past, Present and Pure Conjecture", *European Journal of International Law*, vol. 6, n.º 3, 1995, pp. 360-387; Jorge Cardona Llorens y Mariano Aznar Gómez, "Article 99", pp. 2051-2082; y Marie-Claude Smouts, "Article 99", en *La Charte des Nations Unies. Commentaire Article par Article*, ed. por Jean-Pierre Cot y Alain Pellet, París: Economica, 1991, pp. 1327-1335.

463 Véase Wilfred Fiedler, "Article 99", en *The Charter of the United Nations. A Commentary*, ed. por Bruno Simma, vol. 2, Oxford, Nueva York: Oxford University Press, 2002, pp. 1224-1225 y Steven R. Ratner, "Image and Reality in the UN's Peaceful Settlement of Disputes", p. 362.

464 Asamblea General de la ONU, "Reclamación por la detención y encarcelamiento de personal militar de las Naciones Unidas, en violación del Acuerdo de Armisticio de Corea", en *A/RES/906(IX)* 1954 (10 de diciembre).

465 "[T]he Peking formula enables the Secretary-General to adjust a General Assembly mandate to make possible his completion of a good offices mission. If a Secretary-General receives a mandate from the General Assembly to conduct negotiations and the mandate is either restrictive or criticizes one or more of the parties, the Secretary-General modifies the mandate to accommodate negotiations […]. The use by the General Assembly of good offices while contemporaneously accepting impartial political and diplomatic activity on the part of the Secretary-General was essential in developing the autonomy of the Secretary-General and of good offices". Aoife O'Donoghue, "Breaking Free: Dag Hammarskjöld, good offices and heads of international organisations", en *Peace Diplomacy, Global Justice and International Agency: Rethinking Human Security and Ethics in the Spirit of Dag Hammarskjöld*, ed. por Carsten Stahn, y Henning Melber, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 355. Véase, también, Thomas M. Franck, "The Secretary-General's Role in Conflict Resolution: Past, Present and Pure Conjecture", p. 362.

refiriéndose a los "poderes" del artículo 99, sin aplicarlo directamente. En este sentido, en el comentario del artículo 99 de la Carta Wilfred Fiedler dice:

> [I]t can be seen that he had invoked Art. 99 in order to justify his politically independent activities and recommendations, which are not explicitly provided for by Art. 99. Thus, it was his intention to derive what have been called by many the political 'implied powers' of the SG by means of a dynamic interpretation of Art. 99, which has in fact met with the approval of the majority of States[466].

Leland Goodrich, consultor ante las Naciones Unidas e investigador estadounidense, por su parte, afirma que con Hammarskjöld la independencia de las funciones del secretariado se reforzaron notablemente pues, según él, sus poderes provenían de sus propias interpretaciones y responsabilidades como secretario general y no debían necesariamente desprenderse de las decisiones del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General[467]. Sin embargo, esta actitud (y, de manera general, la ampliación del papel político del secretario) no estuvieron libres de críticas y dificultades (como lo demuestra la demisión del secretario Lie y el aislamiento que sufrió al final de su vida Hammarskjöld[468]). Pero, a pesar de las críticas y dificultades, teniendo en cuenta el contexto político durante la Guerra Fría, la inacción del Consejo de Seguridad y el firme carácter de las personalidades nombradas como secretarios generales, esta actitud fue seguida y reivindicada por todos aquellos que han ocupado el cargo y ha sido apoyada por los otros órganos y los Estados miembros de la organización.

A Lie y Hammarskjöld, conocidos por su carácter firme e independiente, pero también por su diplomacia discreta y conciliadora, los sucedió el diplomático birmano U Thant (1961-1971), quien muy rápidamente hizo saber que interpretaría, al igual que sus predecesores, sus facultades mediadoras de manera independiente y discrecional. En este sentido, consideró que no debía "consultar" al consejo antes de enviar a un representante sino simplemente debía "informarle" al consejo de sus esfuerzos de mediación[469]. Esta actitud no estuvo libre

466 Wilfred Fiedler, "Article 99", p. 1225.
467 Leland M. Goodrich, "The Political Role of the Secretary-General", p. 728.
468 Hammarskjöld murió en un accidente aéreo en 1961 siendo secretario general en ejercicio.
469 Por ejemplo, en una carta enviada al presidente del Consejo de Seguridad dice: "Cuando lo vi, hoy temprano, le dije, a título informativo, que tenía el propósito de enviar un representante a la Guinea Ecuatorial. No era en absoluto una consulta. En el ejercicio del cargo de Secretario General de las Naciones Unidas, varias veces he tomado medidas semejantes, sin consulta previa con el Presidente ni con los miembros del Consejo de Seguridad. Solo he informado sin demora al Consejo de Seguridad de la medida tomada por mi propia iniciativa". Secretario General de la ONU, "Carta dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General", en *S/9055* 1967

de críticas[470] pero, sin embargo, el secretario no solo defendió la posibilidad de decidir prestar sus buenos oficios de manera discrecional, sino que la consideró como una "obligación"[471]. Esta lectura del *deber* del secretario general, basada en sus responsabilidades, fue seguida por su sucesor, el diplomático austriaco Kurt Waldheim (1972-1981)[472].

En el momento en el que el peruano Javier Pérez de Cuéllar (1982-1991) asumió su mandato, el papel del secretario general respecto a la resolución pacífica de controversias estaba claramente diferenciado del de los otros órganos políticos de la ONU[473]. Desde su primer informe anual, reafirmó el papel del secretariado en esta materia y da gran importancia a la necesidad de ampliar la acción preventiva (tema evocado brevemente por sus predecesores) y esto "en el marco

---

(7 de marzo). También, en una nota dirigida al Consejo de Seguridad dice: "El Secretario General se sirve de la presente nota para informar a los miembros del Consejo de Seguridad de que, en respuesta a peticiones formuladas en cartas que le fueron enviadas por los Gobiernos del Irán y del Reino Unido, y luego de largas conversaciones con ambas, partes, ha consentido en interponer sus buenos oficios en un asunto relacionado con Bahrein. Al tomar esta decisión, el Secretario General ha tenido presente que el hecho de que el Secretario General adopte decisiones de esta índole a petición de los Estados Miembros se ha convertido en práctica habitual de las Naciones Unidas y ha resultado ser un medio muy útil de relajar y evitar la tirantez mediante un enfoque sereno en ciertas situaciones que sólo podrían prolongarse a agravarse si se sacaran a la luz antes de lo conveniente y se debatieran públicamente. A juicio del Secretario General se debe aplaudir y alentar toda decisión de los Estados Miembros de recurrir al proceso de arreglo pacífico de ha controversias, de conformidad con los principios de la Carta". Secretario general de la ONU, "Nota del Secretario General", en *S/9726* 1970 (28 de marzo), p. 1.

470 Por ejemplo, la Unión Soviética reclamó enfáticamente la discrecionalidad de las decisiones por parte del secretario general, por considerar que no era de su competencia sino de la competencia del Consejo de Seguridad. Consejo de Seguridad de la ONU, "Carta dirigida al presidente del Consejo de Seguridad por el representante permanente de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas ante las Naciones Unidas", en *S/9737* 1970 (4 de abril).

471 "De tanto en tanto […] los Estados Miembros de las Naciones Unidas se dirigen directamente al Secretario General para solicitarle que haga uso de sus buenos oficios en relación con una cuestión delicada […]. En todos estos casos el Secretario General, como es lógico, examina las propuestas cuidadosamente. Si esas propuestas son plenamente compatibles con los principios y propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y si no se oponen de ninguna manera a la autoridad del Consejo de Seguridad ni de ningún otro órgano de las Naciones Unidas, el Secretario General se considera inevitablemente obligado a acordar a los Estados Miembros la asistencia en la forma solicitada. No hacerlo equivaldría a desbaratar un esfuerzo loable de estos Estados Miembros por aceptar un principio cardinal de la Organización, a saber, el arreglo pacífico de las controversias". Secretario general de la ONU, "Carta de dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General", en *S/9738* 1970 (6 de abril).

472 "Los Secretarios Generales Thant y Waldheim se han expresado sobre este tema. No se trata entonces de una simple posibilidad ni tampoco de un derecho, sino de un deber". Abdelaziz Ben Dhia, "Le Rôle du Secrétaire Général des Nations Unies en Matière de Maintien de la Paix et de la Sécurité Internationales", en *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber: Paix, Développement, Démocratie*, ed., Bruselas: Bruylant, 1998, p. 241 (traducción mía, original: "Les Secrétaires Généraux Thant et Waldheim se sont […] exprimés à ce sujet […] Il ne s'agit donc plus d'un simple possibilité ni même d'un droit, mais d'un devoir"). Véase, también, Marie-Claude Smouts, "Article 99", p. 1335.

473 Thomas M. Franck, "The Secretary-General's Role in Conflict Resolution: Past, Present and Pure Conjecture", p. 364.

general del artículo 99"[474]. Un poco más tarde, en un discurso dado en 1985, afirma que "cada vez que el consejo no está en capacidad de adoptar una resolución […] el Secretario General debe ser el principal intermediario entre las Partes" y que

> con el tiempo, [el] rol del Secretario General se ha desarrollado. No se limita a las controversias o situaciones que revisten de la competencia del Consejo de Seguridad […] el Secretario General tiene el deber de hacer todo lo posible para que las Partes continúen abiertas al diálogo[475].

Pérez de Cuéllar participó activamente como mediador en diversos conflictos armados de América Central en la década de los ochenta y comienzos de los noventa, primera vez que la organización participaba activamente como tercero en conflictos de carácter interno. En esta ocasión, el secretario general no se sintió obligado a justificar sus misiones de buenos oficios o mediación y pruebas de este papel son los informes que hizo sobre la situación en América Central y el apoyo que recibió del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General.

El siguiente secretario general, el egipcio Boutros Boutros-Ghali (1992-1996), profirió un importante e innovador informe sobre resolución pacífica de controversias denominado "Una agenda para la paz". En él, la posibilidad que tiene el secretario general de actuar en el marco de una diplomacia preventiva es afirmada y subrayada como prioritaria[476]. En ese mismo informe se afirma

474 Véase ONU, *Repertory of Practice of United Nations Organs*, vol. 6: ONU, 1979-1984, pp. 138 (citando el Informe del secretario general, AG (37), Suplemento 1, A/37/1 del 7 de septiembre de 1982). En palabras de Fiedler: "When he talked about the 'the general Framework of Article 99', Pérez de Cuéllar […] also derived from Art. 99 the power to investigate situations in potential areas of conflict, in order to be prepared to take certain necessary actions, should the occasion arise. It is, […], an innovative idea to create a larger and more systematic capacity for such investigations […] Accordingly, Pérez de Cuéllar used his good offies, took advantage of the possibility to designate a personal representative, and took the opportunity to travel to crisis areas with regard to all areas of conflict arising in the 1980s". Wilfred Fiedler, "Article 99", p. 1228.

475 Javier Pérez de Cuéllar, "Le Rôle du Secrétaire Général des Nations Unies", *Revue Générale du Droit International Public*, vol., 1985, p. 239 (traducción mía, original: "[c]haque fois que le Conseil n'est pas en mesure d'adopter une résolution […] le Secrétaire général doit être le principal intermédiaire entre les Parties", "[a]vec le temps, [le] rôle du Secrétaire général s'est développe. Il ne se limite pas aux différends ou situations qui révèlent de la compétence du Conseil de sécurité […] le Secrétaire général a le devoir de tout mettre en œuvre pour que les Parties restent ouvertes au dialogue").

476 Allí se considera que los mecanismos de arreglo pacífico de controversias ocupan un lugar importante, tanto en la etapa de prevención de los conflictos como en la de restablecimiento de la paz. Según él, "Por diplomacia preventiva se entienden las medidas destinadas a evitar que surjan controversias entre dos o más partes, a evitar que las controversias existentes se transformen en conflictos y evitar que éstos, si ocurren, se extiendan" y "[p]or establecimiento de la paz se entienden las medidas destinadas a lograr que las partes hostiles lleguen a un acuerdo, fundamentalmente por medios pacíficos como los previstos en el Capítulo VI de la Carta de las Naciones

no solamente que el secretario general, al igual que la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, pueden servir de mediadores sino que se dice que en ocasiones es deseable que sea el secretario el que detente este papel de manera independiente a los otros órganos:

> La mediación y la negociación pueden ser realizadas por una persona designada por el Consejo de Seguridad, por la Asamblea General o por el Secretario General. Es largo el historial de la utilización por las Naciones Unidas, para facilitar los procesos de paz, de los servicios de estadistas distinguidos. Estos pueden aportar un prestigio personal que, unido a su experiencia, aliente a las partes a iniciar negociaciones serias […]. Con frecuencia, es el propio Secretario General el encargado de realizar esa tarea. El apoyo firme y evidente del Consejo, de la Asamblea General y de los Estados Miembros pertinentes refuerza la eficacia del mediador pero, a veces, los buenos oficios del Secretario General son más eficaces con independencia de los órganos deliberantes[477].

En esas palabras de Boutros-Ghali se puede entrever que ya no hay dudas sobre las posibilidades de acción del secretario general como mediador. La práctica ha sido clara y el secretario no se ve ya forzado a justificar el fundamento jurídico de sus buenos oficios o mediación (funciones a menudo confundidas o asimiladas en los informes y resoluciones de los diversos órganos de la ONU), incluso en lo que concierne a actividades preventivas y no solo al arreglo de conflictos en curso. El secretario general se convierte así en el "jefe mediador"[478] de la organización: se espera de él y de su función que preste sus buenos oficios o actúe como mediador cuando sea necesario, y, como lo señala la investigadora franco-india experta en temas de paz y seguridad, Rama Mani, sus resultados en este aspecto se convierten incluso en un criterio de evaluación de sus funciones[479].

Así, más adelante, el ghanés Kofi Annan (1997-2006), sucesor de Boutros-Ghali, en la *Guía general para la aplicación de la Declaración del Milenio*, simplemente constata:

Unidas". También se subraya la importancia que la Carta da a los mecanismos pacíficos, así como a la pertinencia y la experticia de la ONU en este tema. Secretario general de la ONU, "Una agenda para la paz", en *A/47/277* 1992 (17 de junio), §37 y 20.

477 *Ibid*., § 37, véase, también, §36.

478 Marie-Claude Smouts, "Article 99", p. 1328.

479 "Indeed the legacies of Secretary-General are often evaluated against their success as mediators, and by extension against the degree of influence they enjoy, their political acceptability, and perceived neutrality". Rama Mani, "Peaceful Settlement of Disputes and Conflict Prevention" in *The Oxford Handbook on the United Nations*, ed. por Thomas G. Weiss y Sam Daws, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 309.

> […] Seguirán utilizándose medidas efectivas de diplomacia preventiva, incluidas las misiones de investigación y fomento de la confianza, las visitas de enviados especiales y los "buenos oficios" del Secretario General. […]
>
> Para resolver las controversias, las Naciones Unidas emplean diversos instrumentos, que van desde los buenos oficios del Secretario General y las misiones de sus enviados de alto nivel y Representantes Especiales hasta las iniciativas y los programas a largo plazo emprendidos por los organismos operacionales[480].

La importancia creciente de la mediación y los buenos oficios del secretario general continuaron y se reafirmaron con el surcoreano, Ban Ki-Moon (2007-2016). En el 2009 dedicó un informe "sobre el mejoramiento de la mediación y sus actividades de apoyo", en el que asevera que "[e]ntre las opciones que la Carta sugiere para buscarle solución, la mediación ha resultado ser la más prometedora"[481]. Por ello, decidió crear la Dependencia de Apoyo a la Mediación, coordinada dentro del Departamento de Asuntos Políticos de la ONU y "concebida como un proveedor de servicios para todo el sistema de las Naciones Unidas, apoya las actividades de mediación de los departamentos competentes, así como las de los representantes, enviados y coordinadores residentes"[482].

En ese informe, se subraya el papel mediador del secretariado:

> Desde su fundación, las Naciones Unidas han desempeñado una útil función de mediación en conflictos entre distintos Estados y dentro de éstos, en todas sus etapas […]. Los buenos oficios y los esfuerzos de mediación son llevados a cabo por el Secretario General y sus representantes y enviados a solicitud de las partes, por iniciativa del Secretario General o atendiendo a una petición del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General[483].

Allí mismo, asegura que los buenos oficios del secretario general se desprenden directamente de la carta y han sido confirmados en la práctica:

> La autoridad para interponer buenos oficios ha quedado bien establecida en la Carta, en diversas resoluciones de la Asamblea General y en la práctica general.

480 Secretario general de la ONU, "Guía general para la aplicación de la Declaración del Milenio", en *A/56/326* 2001 (6 de septiembre), §36 y 47.
481 Secretario general de la ONU, "Informe del Secretario General sobre el mejoramiento de la mediación y sus actividades de apoyo", en *S/2009/189* 2009 (8 de abril), §2.
482 *Ibid*., §5.
483 *Ibid*., §3.

> La gama de actividades realizadas por el Secretario General y su personal incluyen los buenos oficios, la mediación, la facilitación, los procesos de diálogo e incluso el arbitraje[484].

El actual secretario general, el portugués António Guterres, se posesionó el 1.º de enero del 2017. A pesar de llevar pocos meses en el cargo, desde sus primeras declaraciones ha hecho énfasis en la importancia de la prevención de conflictos y el importante papel que puede tener la organización y su oficina en este tema. El 12 de diciembre del 2016, día que juró el cargo, afirmó que se necesitaba más "diplomacia creativa" (incluyendo más mediación y arbitraje) y, dando por sentado la participación y papel del secretariado, se comprometió a "a participar personalmente en la solución de conflictos cuando ello aporte un valor añadido", esto, "en el marco de [sus] buenos oficios"[485].

En su primer discurso ante el Consejo de Seguridad Guterres mencionó nuevamente la importancia de la mediación en el marco de la diplomacia preventiva que quiere incentivar. Es interesante ver que en el cubrimiento y relatoría que hizo la oficina de prensa de la ONU de ese discurso varios de los representantes de los Estados miembro que tomaron la palabra después del discurso, lo hicieron reforzando y apoyando el rol de la organización (y, en gran parte, del secretario general) como mediador internacional[486].

§2. El consentimiento de los otros órganos

Esta lectura amplia de la Carta o el incremento de las funciones del secretario general ha sido sin duda posible gracias al consentimiento de los Estados y de los otros órganos de la ONU. Durante la Guerra Fría, la acción del secretario fue avalada no solo por la inacción del Consejo de Seguridad, sino también, de manera expresa, por diferentes resoluciones de la Asamblea General y el mismo

484 *Ibid*., §3, nota 2.

485 Secretario general de la ONU, "Discurso del Secretario General electo, António Guterres, en la Asamblea General el día que juró el cargo" (12 de diciembre del 2016), disponible en https://www.un.org/sg/es/content/sg/speeches/2016-12-12/secretary-general-designate-ant%C3%B3nio-guterres-oath-office-speech. Ejemplo de estas afirmaciones es que el secretariado continuó involucrado en el conflicto fronterizo entre Venezuela y Guyana y Guterres nombró, en febrero del 2017, al delegado que actuaría como mediador. Las notas de prensa que recogieron esa información destacaron que Guterres había anunciado en diciembre del 2016 que "el 'proceso de buenos oficios' que ha llevado a cabo las Naciones Unidas continuará hasta el final de 2017, con un 'mandato fortalecido de mediación'". Véase, *El Nacional*, "Designan a nuevo mediador de la ONU en litigio entre Venezuela y Guyana", 27 de febrero del 2017.

486 Véase ONU, "Secretary-General, in First Address to Security Council Since Taking Office, Sets Restoring Trust, Preventing Crises as United Nations Priorities", Meetings coverage and press releases (10 de enero del 2017), disponible en https://www.un.org/press/en/2017/sc12673.doc.htm.

consejo en las que se "felicitan" por los buenos oficios del secretario general. De la misma forma, diferentes declaraciones promulgadas por la Asamblea General se refieren al papel del secretario. Poco a poco, varias resoluciones y declaraciones incluyen y destacan el papel del secretario. La Asamblea General, en la resolución sobre el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales, menciona por primera vez los buenos oficios, mecanismo que no fue mencionado en el artículo 33, dentro de los métodos que sugiere la carta y señala concretamente la posibilidad de que el secretario general sea quien los preste[487].

La frustración de la parálisis con que el veto afectaba recurrentemente al Consejo de Seguridad y en varios aspectos a toda la organización, llevaron a que se replantearan escenarios que reafirmaran el papel de la ONU y de sus órganos. Por esta razón se confirió desde finales de los años setenta al Comité Especial de la Carta de las Naciones Unidas y del Fortalecimiento del Papel de la Organización, órgano subsidiario de la Asamblea General, el mandato expreso de examinar el tema de la resolución pacífica de controversias. Dentro de las propuestas hechas al Comité Especial en 1978, la delegación mexicana propuso hacer una declaración sobre el tema que luego derivara en un tratado obligatorio[488]. Las discusiones del proyecto se iniciaron en 1980 en Manila y, si bien no se logró adoptar un tratado vinculante, luego de más de dos años de discusiones en el Comité Especial nació la Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales[489] y se decidió encargar al secretario general la elaboración de un manual sobre la resolución pacífica de conflictos[490].

487 "§3: *Exhorta* a los Estados Miembros a que utilicen plenamente los medios y métodos dispuestos en la Carta de las Naciones Unidas y en otros lugares para el arreglo exclusivamente pacífico de cualquier controversia […] incluidos […] los buenos oficios incluso del Secretario General". Asamblea General de la ONU, "Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales", en *A/RES/3283* 1974 (12 de diciembre).

488 Constantine P. Economidès, "La Déclaration de Manille sur le Règlement Pacifique des Différends Internationaux", p. 614, citando el informe del Comité No 33 A/33/33, pp. 69-75.

489 Asamblea General de la ONU, "Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales".

490 El resultado fue el *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes between States*. El objetivo de este manual es presentado como el de contribuir al arreglo pacífico de disputas entre Estados y ayudar a incrementar el cumplimiento del derecho internacional proveyendo a los Estados partes con información necesaria sobre los diferentes procedimientos que mejor se adapten a disputas particulares. La idea de que la ONU hiciera un manual sobre la materia fue propuesta por la delegación francesa en las discusiones sobre la Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales (1982), en plena Guerra Fría. El manual fue elaborado luego de que la Asamblea General de la ONU le solicitara al secretario general preparar un borrador sobre arreglo pacífico de disputas entre Estados que recogiera las discusiones hechas por el Comité Especial en 1984. Finalmente, el manual fue redactado por la Oficina de Asuntos Jurídicos, División de Codificación, bajo la dirección del secretario general y la aprobación del Comité Especial en su sesión de 1991, en el marco de la denominada Década de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Véase ONU, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, pp. 1-2, Asamblea General de la ONU, "Arreglo pacífico de controversias entre Estados", en *A/RES/39/79* 1984 (13

La Declaración de Manila fue impulsada y obtenida por la presión conjunta de una importante mayoría de países miembro de la ONU que buscaban que la organización reaccionara contra la inacción que se desprendía de la guerra entre los grandes bloques. Un grupo de los denominados "países no alineados"[491] presentó un proyecto que se convirtió en la base de los trabajos conjuntos y al que adhirió la gran mayoría de miembros, logrando así obtener un consenso entre bloques que permitió la adopción de la declaración. La declaración buscaba esencialmente recordar las obligaciones y los métodos ofrecidos por el capítulo VI de la carta y el papel prioritario del Consejo de Seguridad en la materia y es a menudo vista como un paso, impulsado por la mayoría, para reforzar la eficacia de la organización paralizada por la degradación de las relaciones internacionales[492].

Durante las discusiones de la declaración no se logró llegar a un acuerdo en particular sobre la amplitud de las funciones que debían concedérsele al secretario general y por esta razón se limita a decir que "[e]l Secretario General deberá hacer uso pleno de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas relativas a las funciones que tiene encomendadas"[493], fórmula por lo menos igual de vaga que la del artículo 99[494]. Tampoco puede decirse que la declaración haya profundizado en los mecanismos existentes (no se describen, solo se enlistan), aunque se le reconoce haber incluido los buenos oficios, que habían sido olvidados por el artículo 33 de la Carta de la ONU.

A la Declaración de Manila se le ha criticado no hacer modificaciones significativas a las estipulaciones de la carta. Pero, también, se le ha saludado por haber

---

de diciembre), Asamblea General de la ONU, "Informe del Comité Especial de la Carta de las Naciones Unidas y del fortalecimiento del papel de la organización", en *A/RES/39/88A-B* 1984 (13 de diciembre).

491 Egipto, Indonesia, México, Nigeria, Filipinas, Rumania, Sierra Leona y Túnez. Véase Constantine P. Economidès, "La Déclaration de Manille sur le Règlement Pacifique des Différends Internationaux", p. 614.

492 La importancia del trabajo e impulso de los países no alineados y de la mayoría de miembros reaccionando contra la inacción de los bloques, así como la relevancia de obtener un consenso son destacados por el internacionalista griego Constantin Economidès y el politólogo serbio Milan Šahović, comentaristas contemporáneos de la declaración. Véase *ibid.* pp. 614-615 y Milan Šahović, "La Déclaration de Manille sur le Règlement Pacifique des Différends Internationaux", en *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, Jerzy Makarczyk (ed.), La Haya, Boston: Martinus Nijhoff, 1984, pp. 450-452.

493 Para luego recordar que puede llamar la atención del consejo y desempeñar las funciones que este o la asamblea le confíen. Asamblea General de la ONU, "Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales", artículo 6.

494 No obstante, Šahović destaca el hecho de que se remita expresamente al secretario general para que contribuya a la eficacidad de la carta. Milan Šahović, "La Déclaration de Manille sur le Règlement Pacifique des Différends Internationaux", p. 455.

sido aprobada por consenso y que con ello haya logrado "reflejar los puntos de vista de todos los miembros de las Naciones Unidas" y que "se haya finalmente logrado redactar un texto que exprese de manera completa la opinión de la Asamblea General sobre el principio de arreglo pacífico de controversias tal y como está previsto en la Carta"[495]. Principalmente, la declaración unificó los deberes de las partes y los principios aplicables (primera parte)[496] y describió la posibilidad de ser aplicada con la intermediación de la ONU (segunda parte)[497].

En 1988, con la Declaración sobre la prevención y la eliminación de controversias y de situaciones que puedan amenazar la paz y la seguridad internacionales y sobre el papel de las Naciones Unidas en esa esfera[498], se intentó nuevamente "despertar" el capítulo VI de la carta. Las funciones del Consejo de Seguridad y la Asamblea General fueron, como siempre, destacadas. De esta forma, el §14 previó que el Consejo de Seguridad "debería considerar la posibilidad de recomendarles procedimientos o métodos apropiados de arreglo de controversias o de ajuste de situaciones y las condiciones de arreglo que juzgara apropiadas". En el §16 se lee por su parte que:

> La Asamblea General debería considerar la posibilidad de aplicar las disposiciones de la Carta a fin de examinar las controversias o situaciones, cuando procediera, y de formular recomendaciones, de conformidad con el Artículo 11 y con sujeción al Artículo 12 de la Carta.

Pero esta vez, el papel del secretario general fue igualmente destacado, señalando en el §20 que:

> Si un Estado o Estados directamente interesados en una controversia o situación recurrieran al Secretario General, éste debería responder rápidamente e instar a

495 *Ibid*., p. 452 (traducción mía, original: "reflète les vues de tous les membres des Nations Unies", "[o]n a enfin réussi à rédiger un texte qui exprime d'une manière complète l'opinion de l'Assemblée générale sur le principe du règlement pacifique des différends tel qu'il a été prévu par la Charte").

496 Para Bengt Broms "it is important that these principles have been collected and included in one single legal document". Bengt Broms, "The Declaration on the Peaceful Settlement of International Disputes (Manila)", en *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, Jerzy Makarczyk (ed.), La Haya, Boston: Martinus Nijhoff, 1984, pp. 352-353.

497 "El rol descrito para cada uno de los órganos y la responsabilidad que les incumbe según la Carta en la materia […] constituye en sí misma una síntesis de una utilidad incontestable". Constantine P. Economidès, "La Déclaration de Manille sur le Règlement Pacifique des Différends Internationaux", p. 623 (traducción mía, original: "[L]e rôle décrit pour chacun de ses organes et la responsabilité qui leur incombe selon la Charte dans le domaine […] constitue déjà une synthèse d'un incontestable utilité").

498 Asamblea General de la ONU, "Declaración sobre la prevención y la eliminación de controversias y de situaciones que puedan amenazar la paz y la seguridad internacionales y sobre el papel de las Naciones Unidas en esa esfera", en *A/RES/43/51* 1988 (5 de diciembre).

> esos Estados a que buscaran una solución o arreglo por medios pacíficos de su elección de conformidad con la Carta y ofrecer sus buenos oficios o cualquier otro medio a su disposición, según juzgara conveniente.

Luego, en §21 se dice con claridad que:

> El Secretario Seneral debería considerar la posibilidad de dirigirse a los Estados directamente interesados en una controversia o situación con objeto de impedir que se convirtiera en una amenaza para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Durante este periodo, el papel del secretario general fue fuertemente animado por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad durante las negociaciones en los conflictos de América Central. Hay varias resoluciones y declaraciones en las que los diferentes órganos se "felicitan" por el papel de intermediación y negociaciones que tienen lugar allí bajo los auspicios del secretario seneral, y poco a poco el Consejo de Seguridad manifiesta un "pleno apoyo" a su "misión de buenos oficios"[499] y la Asamblea General igualmente "[b]rinda su pleno apoyo al papel activo y la intermediación entre las partes que el Secretario General está ejerciendo"[500]. Después de la primera reunión del Consejo de Seguridad con jefes de Estado y de Gobierno sobre los conflictos centroamericanos, invitaron formalmente al secretario general a evaluar en un informe "how greater use might be made of his good offices, and of his other functions under the United Nations Charter"[501].

Hoy no cabe duda del papel del secretario general en la materia y cada vez son menos (o nulos) los esfuerzos por recordar que papel prioritario en la mediación o en los buenos oficios lo tiene en Consejo de Seguridad. Por ejemplo, en el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005[502] se apela al consejo, a la asamblea y al secretario para que trabajen conjuntamente en la resolución de controversias, pero se destaca únicamente el papel del secretario general. Así, la sección denominada "Solución pacífica de controversias" consta de cuatro

499 Consejo de Seguridad de la ONU, "Centroamérica: esfuerzos en pro de la paz", en *S/637* 1989 (27 de julio), §5.

500 Aunque aclaran que se da "en el marco del mandato que le confirió el Consejo de Seguridad". Asamblea General de la ONU, "La situación en Centroamérica: amenazas a la paz y la seguridad internacionales e iniciativas de paz", en *A/RES/45/15* 1990 (20 de noviembre), §5.

501 Consejo de Seguridad de la ONU, "Note by the President of the Security Council", en *S/637* 1989 (27 de julio), p. 4.

502 Asamblea General de la ONU, "Documento Final de la Cumbre Mundial 2005", en *A/RES/60/1* 2005 (24 de octubre).

puntos en la que se recuerda la obligación del artículo 33 de la Carta de la ONU (§73), se subraya la importancia de prevenir controversias (§74), y se llama a aplicar

> un enfoque coherente e integral a la prevención de los conflictos armados y la solución de controversias, así como la necesidad de que el Consejo de Seguridad, la Asamblea General, el Consejo Económico y Social y el Secretario General coordinen sus actividades dentro de los respectivos mandatos que les confiere la Carta (§75).

Y, finalmente, se acentúa el papel del secretario general: "Reconociendo la importante función de buenos oficios que desempeña el Secretario General, incluida la mediación en las controversias, apoyamos sus esfuerzos por fortalecer su capacidad en este ámbito" (§76).

Además, en el 2011 la Asamblea General promulgó una resolución específicamente sobre la mediación. La resolución sobre el Fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución[503] está, prácticamente, en su integralidad consagrada al papel del secretario general, y a los organismos que dependen de él en los temas de mediación. En ella

> Solicita al Secretario General que continúe ofreciendo sus buenos oficios, de conformidad con la Carta y las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas, y que siga prestando apoyo para la mediación, cuando sea apropiado, a los enviados y representantes especiales de las Naciones Unidas, y mejorando las asociaciones con las organizaciones regionales y subregionales, así como con los Estados Miembros (§7);
>
> Recomienda que el Secretario General, de conformidad con los mandatos acordados por los Estados Miembros, continúe reforzando la capacidad de mediación del sistema de las Naciones Unidas, en particular la Dependencia de Apoyo a la Mediación del Departamento de Asuntos Políticos (§10) y;
>
> Decide incluir en el programa provisional de su sexagésimo sexto periodo de sesiones, en relación con el tema titulado "Prevención de los conflictos armados", un subtema titulado "Fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución" (§18).

503 Asamblea General de la ONU, "Fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución", en *A/RES/65/283* 2011 (28 de julio).

Como resultado de esta resolución, el secretario general incluyó en su informe anual del 2012 unas Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz[504], elaboradas por la Dependencia de Apoyo a la Mediación.

En la actualidad es, entonces, el secretario general quien tiene el principal papel como mediador en la organización, y son innegables el impulso y la importancia que este órgano le ha dado a ese mecanismo de resolución de conflictos y la en la manera como los secretarios lo han entendido.

* * *

En resumen, podemos decir que desde la creación de las OI y, esencialmente, desde la consolidación de la ONU se ha incrementado y fortalecido la tendencia a utilizar mecanismos de resolución de controversias de manera institucionalizada en el marco de una organización de este tipo[505]. En la ONU, la responsabilidad prioritaria de resolver las controversias es de las partes y se les da total libertad de elegir entre todos los mecanismos que tienen disponibles (diplomáticos, jurisdiccionales, fuera o dentro de la ONU), sin que la carta establezca una preferencia u orden entre ellos. Al mismo tiempo, la carta establece un marco de resolución de controversias no obligatorio en el Consejo de Seguridad, que completa los esfuerzos de las partes. Sin embargo, al igual que con la Sociedad de Naciones, con la ONU la desconfianza de las partes hacia el órgano político dominado por el gran poder de los miembros permanentes no desaparece. A esto, se suma el bloqueo del Consejo de Seguridad durante la Guerra Fría que hizo que el procedimiento, tal y cual estaba propuesto por el capítulo VI, haya sido a menudo considerado inútil. Todo esto tuvo como resultado que el marco previsto por la carta (o el pacto) no logró centralizar en el consejo el papel mediador principal.

Pero la mediación en el seno de la OI no por esto ha desaparecido ni disminuido. Todo lo contrario, se ha incluso fortalecido, particularmente, con la función del secretario general de la ONU como mediador. Sin embargo, no por ello podemos decir que la mediación institucionalizada o llevada a cabo por un tercero relacionado con una OI haya desplazado o reemplazado a toda mediación internacional independiente. Tampoco que la mediación realizada en el marco de

504 ONU, *Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz*, Nueva York: Naciones Unidas, 2012. Documento destacado luego en Asamblea General de la ONU, "Fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución", en *A/RES/66/291* 2012 (13 de septiembre).

505 Véase Lucius Caflisch, "Cent Ans de Règlement Pacifique des Différends Interétatiques", p. 442.

una OI tenga elementos constitutivos propios que conduzcan a afirmar que, con el nacimiento y fortalecimiento de estos sujetos de derecho internacional (ya sea en los ámbitos internacional o regional), haya nacido una nueva mediación independiente.

Lo que sí resulta destacable, es que la interpretación extensiva de las funciones del secretario y la apropiación de su papel como mediador principal de la organización le han dado un nuevo dinamismo a la mediación en la ONU y, después, a otras organizaciones, ampliando el tipo de terceros que pueden ejercer como mediadores y multiplicando los foros a los que las partes pueden acudir para resolver sus controversias de manera pacífica. Así como antes se pasó de que los mediadores fueran exclusivamente papas o monarcas a que también lo fueran representantes de los Estados modernos, individuos o comisiones colectivas; con el nacimiento de la OI, siguen multiplicándose los posibles tipos de mediadores, dentro y fuera de la organización.

CAPÍTULO CUATRO

LA MEDIACIÓN EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

En capítulos anteriores hemos analizado la doctrina jurídica internacionalista buscando explicar por qué el poco interés de estudiar la mediación internacional desde el derecho internacional y qué consecuencias se desprenden de esto. Ahora, en este capítulo me ocuparé de analizar el abundante interés en estudiar este mecanismo desde otra disciplina: las relaciones internacionales, para ver cómo se le estudia desde esa disciplina y qué consecuencias se desprenden.

Comenzaré este capítulo por preguntarme cómo se ha estudiado la mediación desde las relaciones internacionales para ver si nos da nuevas luces sobre las sensibilidades e intereses desde esta disciplina. Me interesa ver si los numerosos estudios sobre la mediación entienden este concepto de manera homogénea y determinar cuáles son las preguntas claves que los orientan. Esto me permitirá examinar más adelante si el tipo de preguntas y elementos de análisis se asemejan a los que hace la doctrina internacionalista sobre los mecanismos de resolución de controversias revisados en los otros capítulos. Además, me interesa ver si en esos estudios se quiere hacer algún tipo de trabajo interdisciplinario con el derecho internacional y desde qué perspectiva.

Ahora bien: siendo este un estudio que se quiere perteneciente a la disciplina del derecho internacional, resulta pertinente preguntarse por la relevancia de estudiar la mediación desde otra disciplina. Es decir, preguntarse hasta qué punto proponer un diálogo interdisciplinario entre estos estudios resulta posible y enriquecedor y hasta qué punto sus resultados son traspasables al derecho internacional. Esto apunta concretamente a examinar la posibilidad de apelar a una mirada interdisciplinaria de los estudios en mediación internacional para satisfacer el aparente vacío o punto ciego que existe en el derecho internacional sobre el tema.

Para esto abordaré también algunas de las posibilidades y limitaciones de la interdisciplinariedad, en particular, aquella existente entre el derecho internacional y las relaciones internacionales. Haré unas observaciones sobre el diálogo entre las disciplinas con lo que espero mostrar que los estudios se pueden enriquecer interdisciplinariamente y, en esa medida, suplir algunos vacíos disciplinares.

Pero para ello es necesario que los resultados que se quieren traer de una disciplina a otra respondan efectivamente las preguntas de la disciplina original (de lo contrario lo que hacen es reforzar los puntos ciegos o sesgos, dando la impresión de completar un análisis que continúa esquivo).

Luego, con estos elementos en mente, procederé a concluir si, teniendo en cuenta la forma como se estudia la mediación desde las relaciones internacionales, cabe o no abogar por una mirada interdisciplinaria complementaria que supla la falta de estudios de la mediación internacional desde el derecho internacional.

Sección 1
La teoría de la mediación

Resulta casi sorprendente ver la proliferación de estudios específicamente dedicados a la mediación internacional, la mayoría provenientes de la denominada "teoría de la mediación" (*mediation theory*), área de las relaciones internacionales que surge y se afianza a finales de los años sesenta. Una de las primeras cosas que se pueden constatar es que los estudios sobre teoría de la mediación no tienen como objetivo principal proponer una mirada interdisciplinaria entre las relaciones internacionales y el derecho internacional[506]. Es más, estos estudios, generalmente realizados por académicos vinculados a departamentos de relaciones internacionales o de ciencia política, no muestran un interés directo por el papel de las normas o del derecho internacional[507]. Otro aspecto que constato es que, si bien hay muchos estudios pertenecientes a la teoría de la mediación, aplicables a diversos tipos de conflicto en el derecho interno, en lo relativo a la mediación internacional se concentran casi exclusivamente en la resolución pacífica de conflictos armados (en ámbitos internacionales o internos). De esta manera, muchos de sus autores también pertenecen a centros e institutos internacionales o nacionales sobre paz (a menudo provenientes de países en conflicto) o a OI interesadas en el tema.

506 En palabras de Steven Ratner, los estudios en teoría de la mediación son el resultado de una amalgama de ideas provenientes, entre otros, de la sociología, la ciencia política, la psicología y la teoría de juegos. Steven R. Ratner, "Does International Law Matter in Preventing Ethnic Conflict?", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 32, n.º 3, 2000, p. 669. Mitchell y Webb mencionan el intercambio de áreas como la ciencia política, psicología social, antropología y otros, Christopher Roger Mitchell y Keith Webb, "Mediation in International Relations: An Evolving Tradition", en *New approaches to international mediation*, Christopher Roger Mitchell y Keith Webb (ed.), Nueva York: Greenwood Press, 1988, p. 7.

507 Steven R. Ratner, "Does International Law Matter in Preventing Ethnic Conflict?", pp. 594 y 686.

Según los académicos británicos en relaciones internacionales, Christopher Roger Mitchell y Keith Webb, la teoría de la mediación y el interés sobre la actividad del tercero en la resolución de controversias se desprende del interés sobre la negociación bilateral (*negotiation and bilateral bargaining*) de los años cuarenta. Pero, a diferencia de estos estudios, a partir de finales de los años sesenta y setenta, se pasa de un interés teórico sobre cómo deberían darse los procesos de negociación a un interés empírico sobre cómo se dan realmente estos procesos, con el fin de obtener soluciones "óptimas"[508]. En efecto, son estudios que generalmente analizan métodos y marcos teóricos con enfoques prácticos que pretenden detectar aspectos útiles para ser aplicados en el terreno. Muchos de estos estudios giran, por ello, alrededor de los elementos que componen la mediación y su aplicación apropiada en aras de prevenir o resolver un conflicto armado en curso. Estos temas son continuamente revisados y actualizados, teniendo en cuenta nuevos resultados de conflictos recientes y generando una activa discusión entre los mismos estudios[509]. El fuerte enfoque práctico hace

508 Christopher Roger Mitchell y Keith Webb, "Mediation in International Relations: An Evolving Tradition", pp. 6-7.

509 Entre muchos otros: Saadia Touval y William Zartman (eds.), *International Mediation in Theory and Practice*, Boulder: Westview, 1985; Jacob Bercovitch, "Third Parties in Conflict Management: The Structure and Conditions of Effective Mediation in International Relations", *International Journal*, vol. 40, n.º 4, 1985; Jacob Bercovitch, "International Mediation: a Study of the Incidence, Strategies and Conditions of Successful Outcomes", *Cooperation and conflict*, vol. 21, n.º 1, 1986; William Zartman, "Ripening Conflict, Ripe Moment, Formula and Mediation", en *Perspectives on Negotiations: Four Case Studies and Interpretations*, ed. por Diane Bendahmane y John Jr. Mcdonal, Washington, D. C.: Foreign Service Institute, U. S. Departament of State, 1986; Jacob Bercovitch, "International Mediation and Dispute Settlement: Evaluating the Conditions for Successful Mediation", *Negotiation Journal*, vol. 7, n.º 1, 1991; Jacob Bercovitch, "The Structure and Diversity of Mediation in International Relations", en *Mediation in International Relations*, ed. por Jacob Bercovitch y Jeffrey Rubin, Londres, Nueva York: Macmillan Press Ltd. / St. Martin Press, 1992; William Zartman y Saadia Touval, "Mediation: The Role of Third-party Diplomacy and Informal Peacemaking" in *Resolving Third World Conflict. Challenges for a New Era*, ed. por Sheryl Brown y Schraub, Kimber Washington, D. C.: United States Institute of Peace, 1992; Jacob Bercovitch, (ed.) *Mediation in International Relations. Multiple Approaches to Conflict Management*, Mediation in International Relations, Londres, Nueva-York: Palgrave Macmillan Press Ltd., 1994; Jacob Bercovitch, (ed.) *Resolving International Conflicts. The Theory and Practice of Mediation*, EE. UU.: Lynne Rienner Publichers, 1996; Marieke Kleiboer, "Understanding Success and Failure of International Mediation", *Journal of Conflict resolution*, vol. 40, n.º 2, 1996; Louis Kriesberg, "Varieties of Mediating Activities and Mediators in International Relations", en *Resolving International Conflicts: The Theory and Practice of Mediation*, ed. por Jacob Bercovitchvol. 28, Londres, Boulder: Lynne Rienner Publishers, 1996; Marieke Kleiboer, *The Multiple Realities of International Mediation*, Boulder Colo.: Lynne Rienner Publishers, 1998; Chester A. Crocker, Fen Osler Hampson y Pamela Aall, *Herding Cats. Multiparty Mediation in a Complex World*, Washigton D. C.: United States Institute of Peace Press, 1999; Chester A. Crocker, Fen Osler Hampson y Pamela Aall, "A Crowed Stage: Liabilities and Benefits of Multiparty Mediation", *International Studies Perspectives*, vol. 2, 2002; Jacob Bercovitch, (ed.), *Studies in International Mediation*, Nueva-York: Palgrave Macmillan & Harvard Law School, 2002; Chester A. Crocker, Fen Osler Hampson y Pamela Aall, *Taming Intractable Conflicts: Mediation in the Hardest Cases*, Washington D. C.: United States Institute of Peace Press, 2004; William Zartman, (ed.), *Peacemaking in International Conflicts. Methods and Techniques*, ed. revisada, Washington D. C.: United States Institute of Peacer Press, 2007; Jacob Bercovitch y Scott Sigmund Gartner, *International Conflict Mediation: New Approaches and Findings*, Londres, Nueva York: Routledge, 2009.

que en numerosas ocasiones estos estudios se hagan con aplicación concreta a conflictos específicos, los cuales son también continuamente actualizados[510].

Una de las definiciones más utilizadas sobre esos mecanismos es la que ha dado Jacob Bercovitch, profesor de relaciones internacionales en Nueva Zelanda y uno de los más prolíficos y referenciados académicos en teoría de la mediación. En palabras de Bercovitch:

> Mediation is here defined as a process of conflict management, related to but distinct from the parties' own negotiations, where those in conflict seek the assistance, or accept an offer of help, from an outsider (who may be an individual, an organization, a group, or a state), to change their perceptions of behavior, and to do so without resorting to physical force or invoking the authority of the law[511].

510 Entre muchos otros: Victor Umbricht, "Principles of International Mediation. The Case of the East African Community", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 187, IV, 1985; William Zartman, *Ripe for Resolution: Conflict and Intervention in Africa*, Updated ed., Nueva York: Oxford University Press, 1989; Chris Brown, "Regional Conflict in Southern Africa and the Role of Third Party Mediators", *International Journal*, vol. 45, n.º 2, 1990; Herbert Ortega, "El proceso de paz en El Salvador bajo la mediación de naciones Unidas", *Estudios Internacionales, Iripaz (Guatemala)*, vol., n.º 2, 1991; Paul Wehr y John Paul Lederach, "Mediating Conflict in Central America", *Journal of Peace Research*, vol. 28, n.º 1, 1991; Stephen John Stedman, *Peacemaking in Civil Wars: International Mediation in Zimbabwe, 1974-1980*, Boulder: Lynne Rienner, 1991; Brian Mandell, "The limits of mediation: lessons from the Syria-Israel experience, 1974 – 1994 " in *Resolving international conflicts: the theory and practice of mediation*, ed. por Jacob Bercovitch, Londres, Boulder: Lynne Rienner Publishers, 1996; Kumar Rupesinghe, "Mediation in internal conflicts: lessons from Sri Lanka " in *Resolving international conflicts: the theory and practice of mediation*, ed. por Jacob Bercovitch, Londres, Boulder: Lynne Rienner Publishers, 1996; Oliver P. Richmond, *Mediation in Cyprus. The Cypriot Communities and the United Nations*, Londres, Portland: Frank Cass, 1998; Teresa Whitfield, "The Role of the United Nations in El Salvador and Guatemala: A Preliminary Comparisson" in *Comparative Peace Processes in Latin America*, ed. por Cynthia J. Arnson, Washington, D.C.: Woodrow Wilson Center Press, 1999; Madeleine L. Andebeng, (ed.) *Procesos de paz en África: una experiencia para Colombia*, Bogotá: Universidad Externado de Colonbia, 2001; Deborah J. Gerner y Philip A. Schrodt, "Analyzing the Dynamics of International Mediation Processes in the Middle East and the Former Yugoslavia", *Paper presented at the annual meeting of the International Studies Association, Chicago, 21-24 Febrary*, vol., 2001; Saadia Touval, *Mediation in the Yugoslav Wars: The Critical Years, 1990-95 Advances in Political Science*, Nueva York: Palgrave Macmillan, 2002; Socorro Ramirez, *Intervención en conflictos internos: El caso colombiano 1994-2003*, Colección Sede, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (Iepri), 2004, Capítulo 3 "Lecciones de Centroamérica", pp. 123-179; Laura Wills Otero, *La mediación como herramienta para la resolución de conflictos armados internos*, Bogotá: Alfaomega Colombiana S.A - Fundación Ideas para la Paz, 2003; Cynthia Arnson y Teresa Whitfield, "Third Parties and Intractable Conflicts. The Case of Colombia" in *Grasping the Nettle. Analysing Cases of the Intractable Conflict*, ed. por Chester A. Crocker, Fen Osler Hampson y Pamela Aall, Washington D.C.: United States Institute of Peace Press, 2005; Kyle Beardsley, *The Mediation Dilemma*, Ithaca: Cornell University Press, 2011; Ulf Engel, (ed.) *New Mediation Practices in African Conflicts*, Global History and International Studies IV, Leipzig: Leipziger Universitätsverlag, 2012; Anna-Karina Bayer, "Peace Processes in Colombia: International Third-Party Interventions", *Journal of Peace, Conflict & Development*, vol., n.º 20, 2013.

511 Jacob Bercovitch, "Introduction: Putting Mediation in Context", en *Studies in International Mediation*, Jacob Bercovitch (ed.), Nueva York: Palgrave Macmillan & Harvard Law School, 2002, p. 7, retomando Jacob Bercovitch, "Mediation in International Conflict", en William Zartman y Lewis Rasmusssen, *Peacemaking in International Conflict*, Washington D. C.- US Institute of Peace Press.

Muchos de los elementos de esta definición son continuamente retomados por varios autores, quienes proponen variaciones de la mediación con enfoques diversos. Por ejemplo, varios autores, incluyendo al propio Bercovitch, han resaltado la necesidad de que las partes acepten voluntariamente al tercero mediador[512]. Los politólogos noruegos e investigadores en estudios de paz, Kjell Skjelsboek y Gunnar Ferman, destacan la voluntad y también la flexibilidad del mecanismo y consideran que la mediación puede prestarse con el ánimo de prevenir un conflicto, lidiar con un conflicto existente o facilitar soluciones que eviten retomar acciones destructoras entre las partes, pero siempre de manera pacífica y contando con el acuerdo de las partes. Para ellos, la esencia de la mediación es la persuasión, no la coerción[513].

Para otros autores, el eje que define el mecanismo se deriva de los objetivos que espera obtener el mediador. En este sentido, en uno de los estudios considerados precursores de la teoría de la mediación, el politólogo estadounidense Oran Young la define como:

> any action taken by an actor that is not a direct party to the crisis, that is designed to reduce or remove one or more of the problems of the bargaining relationship and, therefore, to facilitate the termination of the crisis itself[514].

La mediación, así definida, es un tipo de intervención de un tercero que busca participar en un proceso de negociación para obtener una modificación del comportamiento o entendimiento entre las partes[515].

Vemos, entonces que, tal y como sucede con la doctrina jurídica internacionalista, el énfasis de los elementos clasificatorios puede variar entre los autores,

512 Oliver P. Richmond, *Mediation in Cyprus. The Cypriot Communities and the United Nations*, p. 9. Bercovitch define la voluntariedad de la mediación así: "Mediation is a voluntary process. This means that mediators cannot mediate unless they are perceived as reasonable, acceptable, knowledgeable, and able to secure the trust and cooperation of the disputants". Jacob Bercovitch y Allison Houston, "The Study of International Mediation: Theoretical Issues and Empirical Evidence", en *Resolving international Conflicts: The Theory and Practice of Mediation*, Jacob Bercovitch (ed.), Londres, Boulder: Lynne Rienner Publishers, 1996, p. 25.

513 Kjell Skjelsbæk y Gunnar Fermann, "The UN Secretary-General and the Mediation of International Disputes", en *Resolving International Conflicts: The Theory and Practice of Mediation*, Jacob Bercovitch (ed.), Londres, Boulder: Lynne Rienner Publishers, 1996, p. 76.

514 Young usa la expresión *intervención del tercero* y no el término *mediación*, sin embargo, en su libro se refiere indistintamente a estudios sobre la mediación. Oran Young, *The Intermedaries: Third Parties in International Crises*, Princeton, Nueva Jersey: Center of International Studies, Princeton University Press, 1967, p. 34. Otros autores que se centran en esta característica son Christopher Roger Mitchell, 1981, Robert Blake y Jane Mouton, 1985, citados por: Jacob Bercovitch, "Introduction: Putting Mediation in Context", p. 6.

515 Otros más resaltan ciertas características que debe tener el mediador (en particular, imparcialidad y objetividad), pero como veremos más adelante este es un tema que ha despertado gran debate entre los académicos de la teoría de la mediación.

pero resulta interesante notar que todos (o por lo menos la gran mayoría) de los estudios en teoría de la mediación que he estudiado comparten el interés principal de enfocarse en los efectos *prácticos* de la mediación[516]. Esto hace que en estos estudios resulte esencial detectar los aspectos individuales y colectivos del conflicto, de las partes y del tercero mediador, que afectan positiva o negativamente el resultado de la mediación. Según esto, considero que la mayoría de estudios hechos bajo la teoría de la mediación buscan responder principalmente tres preguntas:

(1) *Cómo* (o en *qué* modalidad) se puede presentar la mediación.

(2) *Quién* puede ser mediador.

(3) *Cuándo* es pertinente y efectivo establecer una mediación internacional[517].

A continuación voy a detenerme en los aspectos generales más importantes que se tienen en cuenta al referirse a estas tres preguntas.

§1. ¿*Cómo*?: grados de mediación

A diferencia de lo que vimos en los capítulos 1 y 2 sobre cómo se distinguen los mecanismos de resolución de controversias en derecho internacional, los estudios de relaciones internacionales en teoría de la mediación no buscan diferenciar la mediación de otros mecanismos. El interés recae, más bien, en establecer grados de participación del tercero según otras variables como el tipo de conflicto, las partes, el tipo de mediador y el contexto interno y externo[518].

516 Esta continua actualización con énfasis práctico es evidente, por ejemplo, en la presentación de uno de los libros editados recientes por Bercovitch y Scott Sigmund Gartner en donde se describe así el objetivo del libro: "This book examines how new empirical approaches to mediation can shed fresh light on the effectiveness of different patterns of conflict management, and offers guidelines on the process of international mediation". Jacob Bercovitch y Scott Sigmund Gartner, *International Conflict Mediation: New Approaches and Findings*, p. i.

517 El británico Oliver Richmond, retomando nuevamente a Bercovitch, afirma que son cuatro las preguntas esenciales: "There are four basic questions that need to be asked about international mediation. First, under what conditions is it most effective? Secondly, how do different international mediators act with what effect? Thirdly, how do a third party's power and resources affect the course and outcome of mediation, and finally, under what conditions can mediation be initiated?". Oliver P. Richmond, *Mediation in Cyprus. The Cypriot Communities and the United Nations*, p. 6. Sin embargo, creo que la primera y la cuarta se refieren a la pregunta por el "cuándo", la segunda por el "cómo" (y de alguna manera relacionada también con el "quién", sobre el tipo de mediador) y la tercera con el "quién", sobre la posición del mediador (objetividad/imparcialidad).

518 Para Young, dentro del complejo papel de la intervención del tercero en conflictos, hay un espectro de posible grados de intervención. Según él la diferencia entre tipos de intervención de terceros se desprende del grado de participación en la negociación actual de las partes y el conflicto, lo cual define los distintos tipos de tácticas. "The Tactics included under the heading of mediatory and

Los académicos y politólogos israelíes Saadia Touval y William Zartman[519] propusieron una tipología que ha sido ampliamente aceptada y retomada por los estudios en teoría de la mediación, en la que se clasifica la mediación según el nivel de intensidad en que participe el tercero mediador. Según ellos, la mediación se puede presentar en tres grados o niveles diferentes:

A. Comunicación-Facilitación

En este grado el mediador tiene un papel muy pasivo. Él interviene como canal de comunicación entre las partes, transmitiendo mensajes sin tener mayor control sobre el contenido o el procedimiento de las negociaciones. Esta estrategia la consideran muy importante en una etapa previa a las negociaciones formales, especialmente, cuando no hay comunicación entre las partes o está seriamente afectada. Este tipo de mediación es considerada útil para establecer o restablecer la confianza entre las partes, aclarar malentendidos que dificultan la comunicación y hacer primeros contactos entre las partes. Si bien su papel es bastante pasivo, al transmitir los mensajes, el mediador se hace una idea de las solicitudes de las partes y trata de encontrar el núcleo del conflicto[520].

B. Formulación

En esta etapa el mediador tiene un poco más de control sobre el proceso y participa más activamente. Puede determinar ciertos aspectos formales como el tipo de reuniones, frecuencia, ambiente de la mediación y la manera de distribuir la información.

C. Manipulación

Esta es la forma más activa de mediación. El mediador dirige las estrategias, puede alterar el contenido de la agenda, así como el proceso de negociación.

---

conciliatory actions, however, are distinguished by the fact that the intervenor [*sic*] would actually enter into the arena of the bargaining process, converting it into a situation which might be described as having two protagonists and a third party combining the elements of a rules keeper and a interested mediator. The notion of entering into the actual processes of bargaining is meant to include direct participation in actual negotiations as well as activities aimed at facilitating more indirect or tacit bargaining processes between the two original sides to the crisis". Oran Young, *The Intermedaries: Third Parties in International Crises*, pp. 35, 50-51.

519 William Zartman y Saadia Touval, "Mediation: The Role of Third-Party Diplomacy and Informal Peacemaking", pp. 252-254.

520 Laura Wills Otero, *La mediación como herramienta para la resolución de conflictos armados internos*, pp. 15-16.

Él también hace propuestas y, en ciertos casos, ejerce incluso presión sobre las partes.

Esta clasificación se funda en el grado de participación que debe / puede tener el mediador y depende de la voluntad de las partes y la etapa de las negociaciones (prenegociación, negociación, aplicación de los acuerdos posnegociación)[521]. El grado de la mediación puede ir modificándose pues, a medida que el tercero participa, es posible que las condiciones de la negociación vayan cambiando y, de esta forma, que se pase de un grado a otro[522]. Se considera que el paso de una a otra etapa depende de circunstancias que obedecen a diferentes ritmos y aspectos que debe detectar un buen mediador, quien muchas veces tiene que fomentar, al mismo tiempo, la salida del conflicto y su propia participación en las negociaciones para permitirse un papel más activo.

La clasificación en grados de mediación propuesta por Zartman y Touval es ampliamente adoptada en la mayoría de estudios en teoría de la mediación, sin embargo, en algunos se encuentran también referencias ocasionales en las que se distingue la mediación de los buenos oficios[523] y de un término comúnmente

521 *Ibid*., p. 13.

522 "[E]n [las negociaciones de paz en] Centroamérica], […] las Naciones Unidas pasa[ron] de un papel de bajo perfil (rol de conciliador-facilitador) a uno de alto perfil con abierta intervención sobre el contenido y desarrollo de la agenda y con intervención y control sobre la ejecución de los acuerdos, en un proceso que se ha denominado de 'verificación activa'". Jesús Antonio Bejarano, "La construcción de la paz. Una aproximación desde la teoría de la resolución de conflictos", en *Una agenda para la paz. Aproximaciones desde la teoría de la resolución de conflictos*, Jesús Antonio Bejarano (ed.), Bogotá: Tercer Mundo, 1995, p. 64.

523 Esto incluiría las posiciones y distinciones que hacen Wills, Bejarano, Skjelsbæk y Fermann y Probst. La politóloga colombiana Laura Wills dice que la mediación se distingue de los buenos oficios y de la facilitación por el grado de participación del tercero. El economista colombiano, experto en resolución de conflictos Jesús Antonio Bejarano considera que hay diferentes tipos de mediadores; dentro de los pasivos incluye el denominado *facilitador* o *conciliador* y dentro de los activos incluye aquel mediador que hace "proposiciones sustantivas". Los noruegos Skjelsbæk y Fermann dicen, expresamente, que los buenos oficios y la mediación son métodos diferentes pero que su diferencia es de grado: los *buenos oficios* van de canales comunicantes hasta propuestas procedimentales, mientras que *mediación*, generalmente, abarca también propuestas sustantivas (pero consideran que en la práctica son términos confundidos y que algunas veces uno abarca el otro). Por otro lado, el diplomático suizo Raymond Probst, en el curso que imparte en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, distingue entre buenos oficios, en sentido estricto, según el derecho internacional, y en sentido amplio, según las relaciones internacionales. Para él los buenos oficios según el derecho internacional son: "a particular step within a line of successive procedures, all of them established for the peaceful settlement of international disputes; these procedures, good offices in their primary sense included" y según las relaciones internacionales: "a much wider, more general and more flexible comprehensive term for a multitude of different measures, legal as well as political ones included, and sometimes even combined, all aiming in one war or another, formally and informally, at easing and reducing international tensions". Véase Laura Wills Otero, *La mediación como herramienta para la resolución de conflictos armados internos*, pp. 10-11; Jesús Antonio Bejarano, "La Construcción de la paz. Una aproximación desde la teoría de la resolución de conflictos", pp. 62-63; Kjell Skjelsbæk y Gunnar Fermann, "The UN Secretary-General and the Mediation of International Disputes"; Raymond R. Probst, *"Good Offices" in the Light of Swiss International Practice and Experience*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1989, p. 1.

empleado en política y diplomacia internacional que no se encuentra en textos jurídicos internacionalistas: la *facilitación*. Por ejemplo, Kyle Beardsley, politólogo estadounidense y autor de un reciente estudio sobre la mediación, dice que si bien hay ciertos autores (de las relaciones internacionales) que diferencian la facilitación, la mediación y la conciliación, él (como Bercovitch) cree que son "estilos de mediación"[524]. Así mismo, Socorro Ramírez, académica colombiana en relaciones internacionales, hace una detallada distinción de conceptos en los que diferencia los buenos oficios de la facilitación y de la mediación (pero considera que la conciliación es un tipo de mediación que se llama así cuando el tercero es una comisión)[525]. Sin embargo, luego retoma la distinción de grado de participación del tercero (comunicación, formulación y manipulación) propuesta por Zartman y Touval, para describir los métodos utilizados por los mediadores[526].

§2. ¿*Quién*?: tipos de mediadores

La pregunta por quién puede actuar como mediador se divide, a su vez, en dos aspectos diferentes. El primero se refiere al tipo de persona o institución que puede / debe ser mediador y, el segundo, a las calidades o características que se consideran fundamentales para cumplir tal papel. En este último punto se debate concretamente si la neutralidad o imparcialidad son condiciones esenciales del mediador.

A. El tipo de mediador

Esta pregunta se considera importante pues a cada tipo de mediador se relacionan ciertos intereses, estilos y recursos propios que se adaptan mejor a determinadas controversias[527]. Con ello se busca detectar en la práctica cuáles son las características que hacen que un tipo de tercero sea más conveniente para el tipo de mediación que las partes requieren en cada conflicto o que lo haría

524 Continúa diciendo que lo que sí diferencia a la mediación de otros mecanismos, la adjudicación y el arbitraje, es la obligatoriedad jurídica del resultado (*legally binding*). Kyle Beardsley, *The Mediation Dilemma*, pp. 18-19. Mitchell y Webb al hablar del "rol de la mediación en conflictos internacionales", se refieren a intermediarios "whether defined as mediation, conciliation, good offices or simple fact finding". Christopher Roger Mitchell y Keith Webb, "Mediation in International Relations: An Evolving Tradition", p. 2.

525 Socorro Ramírez, *Intervención en conflictos internos: El caso colombiano 1994-2003*, pp. 23-34.

526 *Ibid*., pp. 40-41.

527 Para una comparación sobre los distintos tipos de mediadores véase Thomas Princen, *Intermediaries in International Conflict*, Princeton, Nueva Jersey: Princeton University Press, 1992, capítulos 6-9.

más susceptible de ser aceptado por ellas. De manera general, se afirma que hay cuatro grandes tipos de mediadores internacionales: individuos, Estados, OI, organizaciones regionales y organizaciones no gubernamentales (ONG).

I. Individuos

Es claro que todas las mediaciones son, en la práctica, realizadas por individuos, pero el mediador es considerado individual cuando actúa a nombre propio y no como representante oficial de un Gobierno, de una OI o de otra institución (aunque en general ocupa o ha ocupado un puesto de responsabilidad en alguno de ellos)[528]. La mediación individual se considera más informal y por ello más flexible y apropiada para acercar a las partes, comunicar ideas o proponer soluciones sin hacer parte de un marco de negociación formalmente establecido.

Dentro de este tipo de mediadores individuales se encuentran personalidades reconocidas por su reputación en política internacional, su experiencia o sus cualidades personales, como, por ejemplo, el expresidente estadounidense Jimmy Carter, el expresidente sudafricano Nelson Mandela o el exsecretario general de Naciones Unidas, Kofi Annan.

II. Estados

Los mediadores compuestos por representantes de uno o varios Estados son los más tradicionales y utilizados. Sin embargo, se le atribuye el peligro de que su actuar sea percibido como injerencia. Por esta razón, muchos autores subrayan que la mediación debe ser siempre voluntaria e imparcial y que el tipo de Estado mediador tiene sus propias ventajas y desventajas. Así, los países pequeños, como Suiza o Austria, tendrían la ventaja de aparecer ante las partes como menos amenazantes, lo que les permitiría negociar mejor[529]. Por otro lado, los grandes Estados, como Estados Unidos y Rusia, tendrían la ventaja de contar con más recursos y estrategias de presión más amplias, lo que les permitiría ser más persuasivos para lograr concesiones entre las partes y ofrecer mayor diversidad de propuestas[530].

528 Laura Wills Otero, *La mediación como herramienta para la resolución de conflictos armados internos*, p. 21 y Jacob Bercovitch, "Introduction: Putting Mediation in Context", p. 10.

529 Según Bercovitch, los Estados pequeños esperan generalmente ser invitados, actúan de manera más discreta y concentran sus esfuerzos particularmente en acercar el diálogo y la comunicación. Jacob Bercovitch, "Introduction: Putting Mediation in Context", p. 12.

530 Sobre las posibilidades y las limitaciones de los distintos tipos de Estados mediadores, véase William Zartman y Saadia Touval, "Mediation: The Role of Third-Party Diplomacy and Informal

III. Organizaciones internacionales y regionales

Las OI y las organizaciones regionales actúan también con frecuencia como mediadores. Dentro de las OI se destacan aquellas como la ONU[531] para quienes asegurar la paz y la seguridad internacionales forman parte de sus objetivos principales[532]. Sin embargo, su pertinencia y adaptabilidad para participar como tercero mediador no está libre de críticas. Para muchos, el carácter global de la ONU le asegura una posición ventajosa para actuar como mediador (incluso en ocasiones se le considera el único mediador con el que las partes tendrían confianza), pero, para otros, su independencia está puesta en duda por el peso de algunos miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

Así mismo, algunos autores destacan el papel de las organizaciones regionales como mediadoras[533], papel que se desprende de la gran importancia que tiene en su constitución y funcionamiento el mantenimiento de la paz en la región[534].

Peacemaking", pp. 243-246. Sobre Estados Unidos como superpotencia en comparación con Perú y la ONU, véase Douglas Kinney, "Mediated Negotiations in the Falklands/Maldivas Conflict", en *New Approaches to International Mediation*, Christopher Roger Mitchell y Keith Webb (ed.), Nueva York: Greenwood Press, 1988. Véase también: Chester A. Crocker, Fen Osler Hampson y Pamela Aall, *Taming Intractable Conflicts: Mediation in the Hardest Cases*, pp. 21-47 (capítulo 2: "When Powerful States Madiate. Motives and Results).

531 Sobre el papel de la ONU en el proceso de paz de El Salvador, véase Kimbra L. Fishel y Edwin G. Corr, "The United Nations Involvement in the Salvadoran Peace Process", *World Affairs*, vol. 160, n.º 4, 1998, pp. 202-211.

532 William Zartman y Saadia Touval, "Mediation: The Role of Third-Party Diplomacy and Informal Peacemaking", pp. 246-247.

533 Jacob Bercovitch y Allison Houston, "The Study of International Mediation: Theoretical Issues and Empirical Evidence", p. 27. Hay múltiples estudios (en relaciones internacionales y derecho internacional) sobre el papel de las organizaciones regionales en la solución pacífica de conflictos y sus posibilidades y limitaciones como tercero. Entre muchos, véase Thi Hai Yen Nguyen, "Beyond Good Offices? The Role of Regional Organizations in Conflict Resolution. (Regional Perspectives)", *Journal of International Affairs*, vol. 55, n.º 2, 2002, pp. 463-484; Ugo Villani, "Les Rapports entre l'ONU et les Organisations Régionales dans le Domaine du Maintien de la Paix", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 290, 2001, pp. 225-436; Gino J. Naldi, *The Organization of African Unity. An Analysis of Its Role*, 2.ª ed., Londres, Nueva York: Mansell, 1999; Fen Osler Hampson y Brian S. Mandell, "Managing Regional Conflict: Security Co-operation and Third Party Mediators", *International Journal*, vol. 45, n.º 2, 1990, pp. 191-201; Héctor Faúndez-Ledezma, "El marco jurídico-institucional para la solución de conflictos en el sistema interamericano", en *Paz, seguridad y desarrollo en América Latina*, ed. por José Silva-Michelena, Caracas: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (Ildis), Universidad de las Naciones Unidas, Editorial Nueva Sociedad, 1987, pp. 239-270; Ismael Moreno Pino, *Orígenes y evolución del sistema Interamericano*, México: Colección del Archivo Histórico Diplomático Mexicano. Tercera Época, 1977; Taslim Olawale Elias, "The Commission of Mediation, Conciliation and Arbitration of the OAU", *British Year Book of International Law*, vol. 40, 1964, pp. 336-354.

534 Esto se demuestra en los numerosos tratados relacionados con la solución pacífica de conflictos en las diferentes regiones en los que se proponen diversos mecanismos para que las partes arreglen pacíficamente sus controversias. Véase, por ejemplo, Pacto de la Liga de Estados Árabes de 1945 (art. 5), el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá) de 1948, la Carta de la Organización de Estados Americanos de 1948 (art. 25), el Acta Constitutiva de la Unión Africana de 2000 (art. 4.c), la Convención Europea para la Resolución Pacífica de Controversias de 1957,

A estas organizaciones se les ve la ventaja de comprender mejor las características de las partes y el contexto regional en el que deben actuar, pero también la desventaja de contar con menos recursos (y en ocasiones con menos posibilidades de persuasión) que la ONU.

IV. Las organizaciones no gubernamentales (ONG) y otras instituciones

Las ONG también intervienen como mediadoras en partes o en toda la negociación. A menudo lo hacen ONG grandes y reconocidas internacionalmente, como el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), al que se le atribuye una alta percepción de imparcialidad entre las partes en conflicto. Muchos autores consideran que su desventaja es que no siempre cuentan con los recursos necesarios ni la capacidad de utilizar estrategias que otros mediadores pueden emplear. En la práctica, el CICR interviene mayoritariamente en operaciones humanitarias o acompañando denuncias de violaciones de derechos humanos o de derecho internacional humanitario que pueden preceder, acompañar o seguir a un proceso de mediación.

Además del CICR, hay muchas otras ONG, instituciones o redes que actúan recurrentemente, de una manera u otra como mediadores[535], ya sea acompañando a otro tipo de mediador o preparando los acercamientos en una negociación que es retomada por otro mediador después. El papel de estos mediadores, algunas veces denominados *informales* o *privados*[536], se considera particularmente útil cuando la situación está muy polarizada o tensa o cuando ninguna OI o Estado se interesa en el conflicto o cuenta con la confianza de las partes. Por ejemplo, en los conflictos centroamericanos la Iglesia católica[537] y la comunidad de Sant'Egidio[538] tuvieron importantes papeles preparatorios, discretos pero

---

el Tratado de la Antártida de 1959 (art. XI), el Acta final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa de 1975 (principio a.V).

535 James Larry Taulbee y Marion, véase Creekmore, "NGO mediation: the Carter Center", *International Peacekeeping*, vol. 10, n.º 1, 2003; Oliver P. Richmond, "NGOs, Peace and Human Security", *International Peacekeeping*, vol. 10, n.º 1, 2003; Henry F. Carey, "Conclusion: NGO Dilemmas in Peace Processes", *International Peacekeeping*, vol. 10, n.º 1, 2003.

536 Christopher Roger Mitchell y Keith Webb, "Mediation in International Relations: An Evolving Tradition", p. 13.

537 Paul Wehr y John Paul Lederach, "Mediating Conflict in Central America", pp. 62-68; Socorro Ramírez, *Intervención en conflictos internos: el caso colombiano 1994-2003*, pp. 160-173; Daniel García-Peña Jaramillo, "La paz en El Salvador: ¿Qué lecciones hay para Colombia?", en *Negociaciones de paz: los casos de Colombia y El Salvador*, ed. por Iván Orozco Abad, Bogotá: Cinep, 1993, pp. 79-81.

538 Susan Jonas, *De centauros y palomas: el proceso de paz guatemalteco*, Guatemala: Flacso, 2000. Sobre otras participaciones de la comunidad de Sant'Egidio: Chester A. Crocker, Fen Osler Hampson y Pamela Aall, "Ready for prime time: the when, who, and why of International Mediation", *Negotiation Journal*, vol. 19, n.º 2, 2003, pp. 12, 14; International Peace Academy, "From Promise to Practice:

contundentes, en las negociaciones que fueron retomadas después por la ONU. Los cuáqueros[539] también han cumplido esta función en varias ocasiones[540].

B. El problema de la objetividad o imparcialidad

Uno de los aspectos comúnmente discutidos es la necesidad de que el tercero mediador sea *objetivo* o *imparcial*[541] para asegurar un espacio propicio para la mediación y para poder asegurar la confianza entre las partes. Numerosos autores señalan que la imparcialidad, o ausencia de interés propio en el conflicto, son cualidades esenciales que debe tener un mediador internacional. Para muchos, justamente allí reside el principal argumento para que las partes elijan un mediador internacional (*i. e.* externo al conflicto) a uno interno que tiene intereses particulares con el conflicto o alguna de sus partes[542]. El mediador internacional es así percibido como un tercero completamente ajeno al conflicto y, gracias a ello, legítimo para intervenir en él. Su imparcialidad es considerada por muchos la única garantía que tienen las partes y lo que les permite depositar su confianza en la negociación. Sin ella es más difícil que las partes modifiquen sus posiciones originales. Según el manual para la resolución pacífica de disputas entre Estados de la ONU:

> It is important to demonstrate to the parties to a dispute that the prospective mediator understands their respective positions, is not biased[543] against any of them

---

Strengthening UN Capacities for the Prevention of Violent Conflict" Nueva York: ONU, 2003, pp. 11-12.

539 Sydney D. Bailey, "Non-Official Mediation in Disputes: Reflections on Quaker Experience", *International Affairs*, vol. 61, n.º 2, 1985.

540 Así mismo, el papel mediador del Consejo Mundial de Iglesias en el conflicto en Sudán ha sido destacado. Hizkias Assefa, "World Council of Churches Mediation and the Sudan Civil War", en *New Approaches to International Mediation*, ed. por Christopher Roger Mitchell y Keith Webb, Nueva York: Greenwood Press, 1988, pp. 147-167.

541 Estos dos términos son usados indistintamente por los autores en teoría de la mediación, queriendo con ello destacar la ausencia de interés del tercero en el conflicto o cercanía con las partes. Algunos autores usan también el término *neutralidad* como sinónimo, sin embargo, vale la pena destacar que Oren Young distingue entre los términos *neutralidad* e *imparcialidad* así: "Impartiality refers to a situation in which the third party favors neither side to a crisis and remains indifferent to the gains and losses of each side. Neutrality, on the other hand, refers to a situation in which the effects of the actions of a third party can be said to have no influence toward terminating a crisis more in favor of one side than the other. It is reasonable to expect substantial impartiality from a third party. But the very fact of intervening in a crisis at all makes strict neutrality virtually impossible to attain". Según esta diferencia, la discusión planteada se da sobre lo que Young define como *imparcialidad* y que a menudo se denomina también *objetividad* del tercero. Oran Young, *The Intermedaries: Third Parties in International Crises*, pp. 81-82.

542 *Ibid.*, p. 81; Paul Wehr y John Paul Lederach, "Mediating conflict in Central America", pp. 58-59 y Laura Wills Otero, *La mediación como herramienta para la resolución de conflictos armados internos*, p. 23.

543 En la versión francesa se utiliza la expresión: *es totalmente imparcial*.

> and has the necessary skills to perform the function of mediator in the particular dispute[544].

Sin embargo, otros autores señalan que es imposible encontrar un mediador absolutamente imparcial. Ellos consideran que tanto las partes como el mediador tienen siempre motivos para comprometerse en una mediación internacional y, por ende, "[we] should not think of mediation as motivated solely and exclusively by an overriding sense of altruism, and a genuine mutual commitment to conflict resolution"[545]. Los mediadores, a menudo, actúan para su propio beneficio más que por razones humanitarias[546], y son precisamente sus intereses e influencias políticas los que los hacen decidirse a intervenir activamente en unos conflictos determinados. También, son los intereses particulares los que hacen que las partes de un conflicto acepten la intervención de un tercero. De esta forma, se destaca que la mediación debe reconocerse como un proceso de interacción social recíproca en el que el mediador es un participante importante. Percibir al mediador como un extraño y como alguien imparcial en el conflicto es irreal y equivocado. Es más, debe tenerse en cuenta que habitualmente el mediador es elegido precisamente por su cercanía con una de las partes o por su habilidad y posibilidades de ejercer influencia en una o en ambas partes[547]. Para elegir y determinar si un mediador es apropiado para un conflicto es, entonces, esencial tener claridad sobre cuáles son sus intereses y evaluar si puede proveer resultados que sirvan a las partes y el conflicto[548].

544 ONU, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, p. 42 (§130). Para Paul Wehr y John Paul Lederach, ambos profesores en Estados Unidos, es una característica de Norteamérica definir al mediador de manera estricta y formal destacando la *neutralidad* del tercero. Con referirse al mediador como "third-party neutrals" quieren enfatizar la distancia del mediador y las partes, lo que reivindica la percepción de legitimidad del mediador, su profesionalismo y justicia (*fairness*), y que, a su vez, se relaciona con su eficiencia y efectividad. Véase Paul Wehr y John Paul Lederach, "Mediating Conflict in Central America", pp. 56-57.

545 Jacob Bercovitch, "Introduction: Putting Mediation in Context", p. 9. Véase también, Christopher Roger Mitchell, "The Motives for Mediation", en *New Approaches to International Mediation*, Christopher Roger Mitchell y Keith Webb (eds.), Nueva York: Greenwood Press, 1988 y Chester A. Crocker, Fen Osler Hampson y Pamela Aall, *Taming Intractable Conflicts: Mediation in the Hardest Cases*, pp. 21-47 (capítulo 2: "When Powerful States Madiate. Motives and Results).

546 Socorro Ramírez, *Intervención en conflictos internos: el caso colombiano 1994-2003*, pp. 35-39.

547 "Mediators are accepted by the adversaries not because of their impartiality but because of their ability to influence, protect, or extend the interests of each party in conflict". Jacob Bercovitch y Allison Houston, "The Study of International Mediation: Theoretical Issues and Empirical Evidence", p. 26.

548 "Mediators must be perceived as having an interest in achieving an outcome acceptable to both sides and as being sufficiently impartial as to permit such an achievement. Again, the question for the parties is not whether the mediator is objective but whether it can provide an acceptable outcome". William Zartman y Saadia Touval, "Mediation: The Role of Third-Party Diplomacy and Informal Peacemaking", p. 250.

En suma, el que el mediador no pueda ser del todo imparcial es para algunos autores realista[549] y hasta ventajoso para el conflicto[550], pues, en ocasiones, los intereses del tercero pueden ayudar a crear un equilibrio útil para la negociación. Sin embargo, para otros es un atributo indispensable de un mediador, sin el cual se afecta gravemente la confianza que ambas partes deben tener en el tercero. Así, el secretario general de la ONU ha dicho:

> In situation of confrontation, the parties to a dispute are extremely sensitive and this makes it important that they should have confidence in the impartiality or the objectivity of the United Nations and its Secretary-General. The only instrument I can use is persuasion[551].

§3. ¿*Cuándo*?: la oportunidad de la mediación

Stephen Stedman, profesor estadounidense de ciencia política y experto en paz y conflictos, afirma que las partes buscan acuerdos negociados, no por un deseo de paz y reconciliación, sino porque las condiciones militares y políticas los llevan a dejar de combatir[552]. De esta afirmación, ampliamente compartida por otros autores, se desprende una necesidad de encontrar las condiciones prácticas para que el papel del mediador y de la negociación, en general, sea pertinente. Varios autores se concentran entonces en detectar si hay (y cuáles son) las condiciones que harían favorable la intervención de un mediador internacional y que ayudarían a que esta tuviera un resultado positivo.

A. El momento oportuno según las condiciones internas del conflicto

Una de las condiciones destacadas en muchos estudios de teoría de la mediación es que se debe determinar cuál es el momento oportuno para la mediación,

549 William Zartman, "Dynamics and Constrains in Negotiations in Internal Conflicts", en *Elusive Peace. Negotiating and End to Civil Wars*, William Zartman (ed.), Washington: The Brookings Institution, 1995, pp. 20-21.

550 Paul Wehr y John Paul Lederach, "Mediating Conflict in Central America", pp. 47-58.

551 Y continúa: "If two parties are unable or unwilling to sit down at the same table, action from some third quarter –such as the United Nations- is indispensable. But, in such situation, each party must feel that it will not incur a disadvantage by responding to my good offices". Pronunciamiento del secretario general de la ONU sobre sus responsabilidades según la carta de esa organización, en SG/SM/3525, pp. 4-5, citado en: ONU, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, pp. 35-36 (§107).

552 Stephen John Stedman, "Negotiation and Mediation in Internal Conflict", en *The Internal Dimension of Internal Conflicts*, Michael E. Brown (ed.), CSIA Studies in International Security, Cambridge, Massachussetts: The MIT Press, 1996, p. 351.

según el contexto interno del conflicto, es decir, determinar qué características internas favorecerían y cuáles obstaculizarían el resultado de la mediación. Jesús Bejarano considera que los conflictos imponen sus propios dinamismos, que son indispensables para determinar el buen momento en el que un tercero puede intervenir. En el mismo sentido, Zartman afirma que toda intervención diplomática requiere de un *punto de entrada* (*entry point*), entendido como un momento definido en el que la intervención es apropiada y pertinente. Según esta posición, detectar ese momento es esencial, pues de esto puede depender que se aproveche o se pierda la oportunidad de éxito de la mediación internacional[553]. Esta condición de oportunidad y puntos de entrada adecuados para negociar/mediar, derivan de la idea general de que el conflicto debe encontrarse *maduro* para poder negociar.

I. Teoría del punto de madurez

La teoría de la madurez del conflicto, desarrollada y hecha célebre por Zartman[554], es recurrentemente mencionada entre los teóricos de la mediación. Según esta teoría hay momentos que reúnen ciertos factores que hacen propicia la negociación y la intervención de un tercero como mediador. El objetivo de esta teoría es dar elementos prácticos para poder aplicarlos a cada conflicto y poder detectar estos momentos cuando se presentan. Para ello se considera indispensable concebir las crisis de las negociaciones dentro de un contexto que evoluciona y no como fenómenos simples e independientes, teniendo en cuenta que no todos los momentos de la evolución del conflicto son adecuados para gestionar una crisis. Se requiere, entonces, identificar los *momentos de madurez* (*ripe moments*) que abren *ventanas de oportunidad* (*windows of opportunity*) en cada conflicto. Estas deben aprovecharse para avanzar en la gestión del conflicto y tratar de llegar a una solución. También es posible contribuir a reunir las condiciones para que se den esos momentos y se llegue al momento de madurez.

El concepto de momento de madurez se utiliza para calificar una situación en la que el conflicto llega a un estado que permite negociar debido a que las partes se encuentran en un *empate mutuamente doloroso* (*mutually hurting stalemate*).

553 "Diplomatic intervention requires an entry point, a defined moment, which, if passed by, becomes a missed opportunity […], and if seized, becomes an occasion for effective action". William Zartman, "Intervening to Prevent State Collapse: The Role of the United Nations", en *Multilateral Diplomacy and the United Nations Today*, James Muldoon (ed.), Boulder: Westiview Press, 1999, p. 73.

554 Véase William Zartman, *Ripe for Resolution: Conflict and Intervention in Africa*, y William Zartman, "Ripening Conflict, Ripe Moment, Formula and Mediation", pp. 205-227.

En otras palabras, las partes tienen el sentimiento de encontrarse estancadas en el conflicto y esto hace que el momento sea oportuno para buscar una salida negociada para este.

Esta teoría del punto de madurez ha sido utilizada por muchos autores de la teoría de la mediación, como una condición para tener en cuenta en toda tentativa de mediación. Consideran que la negociación y mediación será mucho más difícil, e incluso imposible, si se quiere intervenir antes de que el conflicto haya llegado a un estado de madurez, así como si se deja pasar el momento oportuno. Hay algunas condiciones que a menudo se mencionan como favorecedoras para que un conflicto llegue a un momento de madurez[555]. Las principales pueden resumirse así[556]:

a. Cuando el conflicto es largo y complejo. Entre más largo sea el conflicto, más se encuentran las partes dispuestas a negociar, pues la duración muestra que ninguna de las partes ha podido vencer a la otra.

b. Cuando las partes tienen la impresión de no alcanzar sus objetivos bélicos. Eso hace que ellas compartan un sentimiento de empate militar, económico y político, es decir, que se encuentren en un estancamiento mutuo.

c. Cuando los costos de la guerra no sean ya tolerables para las partes. En esta situación, las partes consideran que los costos ligados a la guerra (económicos, políticos, humanos) son mayores que los costos ligados a la negociación.

d. Cuando las partes estén listas para elegir una vía negociada como mecanismo para salir del estancamiento.

555 Así mismo, consideran que algunos elementos dificultan que el conflicto alcance más rápido el momento de madurez, como que se trate de un conflicto étnico o que el régimen estatal no sea una democracia. Un término usualmente empleado para referirse a los conflictos más difíciles en teoría de la mediación es el de conflicto *inflexible* (*intractable*), que, por sus características, obstaculiza la solución negociada. Generalmente, se describe como causa de inflexibilidad del conflicto el que no haya llegado al punto de madurez y muchas veces esto sucede con mayor frecuencia en ciertos conflictos (étnicos, en regímenes no democráticos). Varios estudios son dedicados a este tema, véase, por ejemplo, Chester A. Crocker, Fen Osler Hampson y Pamela Aall, *Herding Cats. Multiparty Mediation in a Complex World*; Chester A. Crocker, Fen Osler Hampson y Pamela Aall, *Taming Intractable Conflicts: Mediation in the Hardest Cases*; Chester A. Crocker, Fen Osler Hampson y Pamela Aall (eds.), *Grasping the Nettle. Analysing Cases of the Intractable Conflict*, Washington D. C.: United States Institute of Peace Press, 2005.

556 Véase Jesús Bejarano, "La construcción de la paz. Una aproximación desde la teoría de la resolución de conflictos", pp. 62 y 71; Barbara F. Walter, *Commiting to Peace. The Successful Settlement of Civil Wars*, Princeton: Princeton University Press, 2002, pp. 7-16; Roy Licklider, "Comparative Studies of Long Wars", en *Grasping the Nettle. Analysing Cases of the Intractable Conflict*, Chester A. Crocker, Fen Osler Hampson y Pamela Aall (eds.), Washington: United States Institute of Peace Press, 2005, p. 39.

Es importante que la sensación de encontrarse bloqueadas en un empate mutuo deba "doler" y que las perspectivas de continuar el conflicto sean percibidas como más costosas de lo que implica terminarlo para que las partes estén listas para negociar. En palabras de Zartman:

> The deadline or precipice is the element that turns the stalemate into ripe moment. People learn to live with stalemates, even unpleasant ones. Therefore, the stalemate must actually hurt, so that the parties feel that things cannot go on like this and something must be done to find a way out. The pain or cost inherent in the stalemate is one element in this pressing need but it too is not likely to be enough. What is needed is a sharp change in costs, a catastrophe that makes matters much worse if a way is not found to come to agreement […] The ripe moment comes from a stalemate that is both costly and is related to a sharp increase in cost without any corresponding escapability [*sic*][557].

Así, las partes pueden encontrarse en un momento difícil, o en un momento de más o menos empate o equilibrio, pero si ellas tienen (o creen tener) varias alternativas a su alcance, no se trata, entonces, de un empate intolerable y el punto de madurez no se ha alcanzado aún. Resulta indispensable que la terminación del conflicto (por ejemplo, mediante una negociación con la ayuda de un tercero mediador) sea percibida por las partes como una salida oportuna al conflicto o, incluso, como la única o más provechosa posible.

II. Adaptabilidad para los conflictos internos

La teoría del punto de madurez fue inicialmente concebida para los conflictos armados internacionales pero varios autores la han retomado para aplicarla a los conflictos armados internos[558]. Sin embargo, se han señalado (incluso por parte del mismo Zartman) posibles dificultades para adaptarla a un conflicto interno.

Los principales obstáculos que se atribuyen provienen de elementos y características que se consideran como intrínsecas a los conflictos internos y que los diferenciarían de los internacionales. Se considera que los conflictos internos, a diferencia de los internacionales, tienen la característica de ser asimétricos en relación con las fuerzas que se confrontan. El no tratarse de dos partes estatales

[557] William Zartman, "Ripening Conflict, Ripe Moment, Formula and Mediation", p. 220.
[558] Por ejemplo, David Mason, T. y Patrick J. Fett, "How Civil Wars end: A Rational Choice Approach", *Journal of Conflict Resolution*, vol. 40, n.º 4, 1996, pp. 546-568.

hace que (al menos en teoría) no sean percibidos como iguales ante la comunidad internacional y que tengan fuerzas, deberes y posibilidades de acción asimétricas. El Estado generalmente se beneficia de esa asimetría por el poder soberano que ejerce en todo el territorio, la legitimidad que se presume de su mandato y del uso de la fuerza, así como la posibilidad de solicitar ayuda internacional. Los rebeldes se benefician también de la asimetría, pues no tienen que respetar las mismas obligaciones internacionales ni cumplir los mismos deberes que su contraparte estatal. La rebelión es su única preocupación, su razón de ser, y su mérito se mide muchas veces en su posibilidad de continuar la lucha. El Estado, en cambio, debe gobernar, garantizar la seguridad y combatir todo conflicto interno, entre muchos otros deberes y obligaciones. Esta asimetría se plasma en una fórmula comúnmente usada: la guerrilla gana cuando no pierde, el Gobierno pierde cuando no gana[559].

También, se señala como obstáculo la naturaleza del conflicto interno que dificulta la posibilidad de obtener condiciones propicias para lograr un momento de madurez para las negociaciones[560]. Por ejemplo, se considera que la manera en que se desarrollan los conflictos internos hace que la sensación de un empate insoportable sea más difícil de conseguir que en un conflicto internacional, pues en la guerra de guerrillas es común que haya largas fases de repliegue, logrando recuperar fuerzas y sufragar los periodos de crisis que acelerarían los estancamientos dolorosos que requieren los momentos de madurez para negociar[561]. Además, en este tipo de conflicto la sensación de empate a menudo produce situaciones de polarización y no de pacificación. Por ello, Zartman propone que el punto de madurez de un conflicto interno sea examinado según sus características propias[562].

559 "In internal conflicts and negotiations, one party —the rebels— is totally fixed on the conflict, which involves its very existence, whereas the other —the government— has many interests. For government, the rebellion is only a worrisome distraction from the pursuit of other goals […] [Rebels] have no reason to exist outside the conflict; the rebel has nothing to do but rebel. The government, on the other hand, is distracted by many other considerations. Existence is not the only issue, and probably not its issue at all, except possibly at the conflict's end". William Zartman, "Dynamics and Constrains in Negotiations in Internal Conflicts", p. 9.

560 "The nature of internal conflict works against the component conditions for a ripe moment for negotiation". William Zartman, "The Unfinished Agenda: Negotiatin Internal Conflicts", en *Stopping the Killing: How Civil Wars End*, Roy Licklider (ed.), Nueva York: New York University Press, 1993, p. 27.

561 En el mismo sentido, Bejarano afirma que la noción de equilibrio militar no es aplicable sino en el marco de una confrontación abierta, lo cual es difícilmente aplicable a las acciones guerrilleras. Jesús Antonio Bejarano, "Entre los laberintos de la paz y las anchas avenidas de la democracia. Reflexiones sobre los procesos de paz en Colombia y El Salvador", p. 131.

562 "[W]hereas 'ripeness' has generally been discussed as a symmetrical property preparatory to resolution, the characteristic asymmetry of internal conflict suggests that it be examined in terms of one side alone. Rather than looking for a ripe moment in the attributes of the conflict, a search

III. Críticas

Varias críticas se han desprendido de la teoría del punto de madurez. Algunos se preguntan cómo saber cuándo se ha alcanzado el punto de madurez teniendo en cuenta que la percepción de las partes (así sea de una sola de ellas) es muy difícil de determinar. Si bien la duración del conflicto es un criterio más o menos fácil de determinar, los otros elementos son más subjetivos y dificultan tener claridad sobre cuándo y cómo actuar concretamente, pero la teoría del punto de madurez implica la existencia de un momento objetivo en el que la negociación y la intervención de un tercero tienen mayores posibilidades de éxito.

Otros se preguntan si siempre es indispensable esperar a que se alcance el punto de madurez o si se puede negociar en plena crisis. Zartman dice que se puede ayudar a contribuir a crear las condiciones para que el conflicto logre llegar al punto de madurez, pero esto implica, de todos modos, que se espere el momento adecuado para negociar.

Varios autores se encuentran divididos con respecto a la necesidad de encontrar un punto de madurez preciso antes de comenzar todo tipo de negociación y, por ende, de mediación. Mark Chernick, estadounidense experto en negociación y mediación internacional, piensa que si el momento no es oportuno es poco probable que haya una verdadera voluntad política de negociar y de que se obtenga un resultado exitoso[563]. El investigador sobre paz y conflicto español Vicenç Fisas piensa que sin duda la madurez del conflicto es una condición importante, pero no es la única posibilidad para comenzar negociaciones en un conflicto[564]. John Paul Lederach, profesor sobre construcción de paz en Estados Unidos, afirma que se puede negociar en todo momento, incluso en plena crisis[565]. Para él, el punto de madurez no es más que una teoría de mediadores

---

for a ripe moment in the position of one side alone can give some clue as to how that party can act to bring the other to conciliation". William Zartman, "The Unfinished Agenda: Negotiatin Internal Conflicts", p. 31.

563 Aunque su posición no parece del todo tajante. Por un lado, se pregunta Chernick: "¿Puede negociarse la paz cuando el momento no está 'maduro'? La respuesta breve sería: no es así de fácil. En ausencia de condiciones de una victoria cercana o de una derrota cercana, es difícil para ambas partes reunir la voluntad política o el amplio apoyo necesarios para alcanzar un acuerdo". Pero, más adelante, respecto al caso colombiano, concluye: "Colombia no se puede dar el lujo de esperar que las condiciones estén listas para la resolución del conflicto, quizás nunca lo estén, en los términos clásicos analizados por Zartman". Marc W. Chernick, *Acuerdo posible. Solución negociada al conflicto armado colombiano*, Bogotá: Ediciones Aurora, 2008, pp. 40 y 242.

564 Vicenç Fisas, *Procesos de paz y negociación en conflictos armados*, España: Paidós, 2004, p. 97.

565 "De la misma forma que puede haber muchos *momentos* para entrar a negociar, hay también múltiples *motivos* para hacerlo". Citado por Fisas en *ibid*., pp. 97-99.

y conciliadores que tienen una concepción linear de los conflictos. Cree que no hay que analizar, esperar o crear condiciones objetivas de los conflictos, sino más bien tener en cuenta las motivaciones de los actores, las cuales pueden abrir nuevas ventanas de oportunidad para que una negociación exitosa comience.

B. El momento oportuno según el contexto externo

El contexto externo es un elemento relevante también para determinar cuándo es propicia una mediación internacional[566], además de las condiciones internas del conflicto. El contexto externo (influenciado a su vez por los intereses de muchos actores) puede hacer oscilar la atención de la comunidad internacional en ciertos conflictos, mientras otros se mantienen en el olvido. Así mismo, elementos propios del contexto externo pueden generar influencia en que incremente o disminuya el interés de terceros para ser mediadores o apoyar alguna de las partes. De esta forma, la situación política, económica global o regional, los intereses estatales individuales o colectivos, las modificaciones de la normativa local e internacional, entre muchos otros aspectos que forman parte del contexto externo, ejercen influencia y complementan la evaluación coyuntural que es requerida para elegir el momento adecuado de intervenir. Algunas veces, situaciones externas al conflicto, como el fin de la Guerra Fría, pueden contribuir como elemento favorable para motivar a las partes a negociar, aun si las condiciones internas del conflicto no han producido por sí mismas un *punto de entrada* propio[567].

Podemos concluir que, si bien hay homogeneidad en las preguntas eje que permean la mayoría de los estudios en teoría de la mediación, esto no implica que no haya diversidad o debate en estos estudios pues, como hemos visto, entre ellos hay posiciones divergentes frente a temas como la necesidad (y deseabilidad) de una total imparcialidad del mediador o frente a cómo encontrar un buen punto de entrada del conflicto para participar como mediador. Sin embargo, el

566 Y, lógicamente, también para determinar el punto de madurez y determinar el momento de empate doloroso de las partes.

567 Sobre la relación entre el fin de la Guerra Fría y los conflictos de América Central, véase Jenny Pearce, "From Civil War to 'Civil Society': Has the End of the Cold War Brought Peace to Central America?", *Internatioanl Affairs*, vol. 74, n.º 3, 1998; Susan Jonas, *De centauros y palomas: el proceso de paz guatemalteco*, pp. 51 y ss. Sobre la Guerra Fría y la relación con conflictos y paz de manera más general, véase David M. Malone, "The Security Council in the Post-Cold War Era: A Study in the Creative Interpretation of the U.N. Charter", en *New York University Journal of Internatioanl Law and Politics*, vol. 35, n.º 2, 2003; Alan James, "Peacekeeping in the Post-Cold War Era", en *International Journal*, vol. 50, n.º 2, 1995; Zbigniew Brzezinski, "Cold War and its Aftermath", en *Foreign Affairs*, vol. 71, n.º 4, 1992; Richard Rosecrance, "Regionalism and the Post-Cold War Era", en *International Journal*, vol. 46, n.º 3, 1991.

tipo de preguntas eje y el énfasis en ser estudios con directa aplicación práctica en el terreno, han permanecido de manera casi intacta en el tiempo y en los diferentes latitudes y contextos desde los que son escritos[568]. Para resumir, el cuadro 4 sintetiza las principales preguntas y elementos de análisis sobre mediación internacional desde los estudios en teoría de la mediación.

En esta sección me he ocupado de destacar los elementos y debates que considero mayoritarios en la manera como se estudia la mediación internacional desde la teoría de la mediación de las relaciones internacionales. Cabe ahora examinar si estos estudios pueden trasladarse y complementar los vacíos sobre este mecanismo, existentes en derecho internacional. Es decir, ver si es posible y pertinente conformar una mirada interdisciplinaria que sea complementaria a la de los estudios sobre solución pacífica de conflictos del derecho internacional a los que me he referido en los primeros dos capítulos.

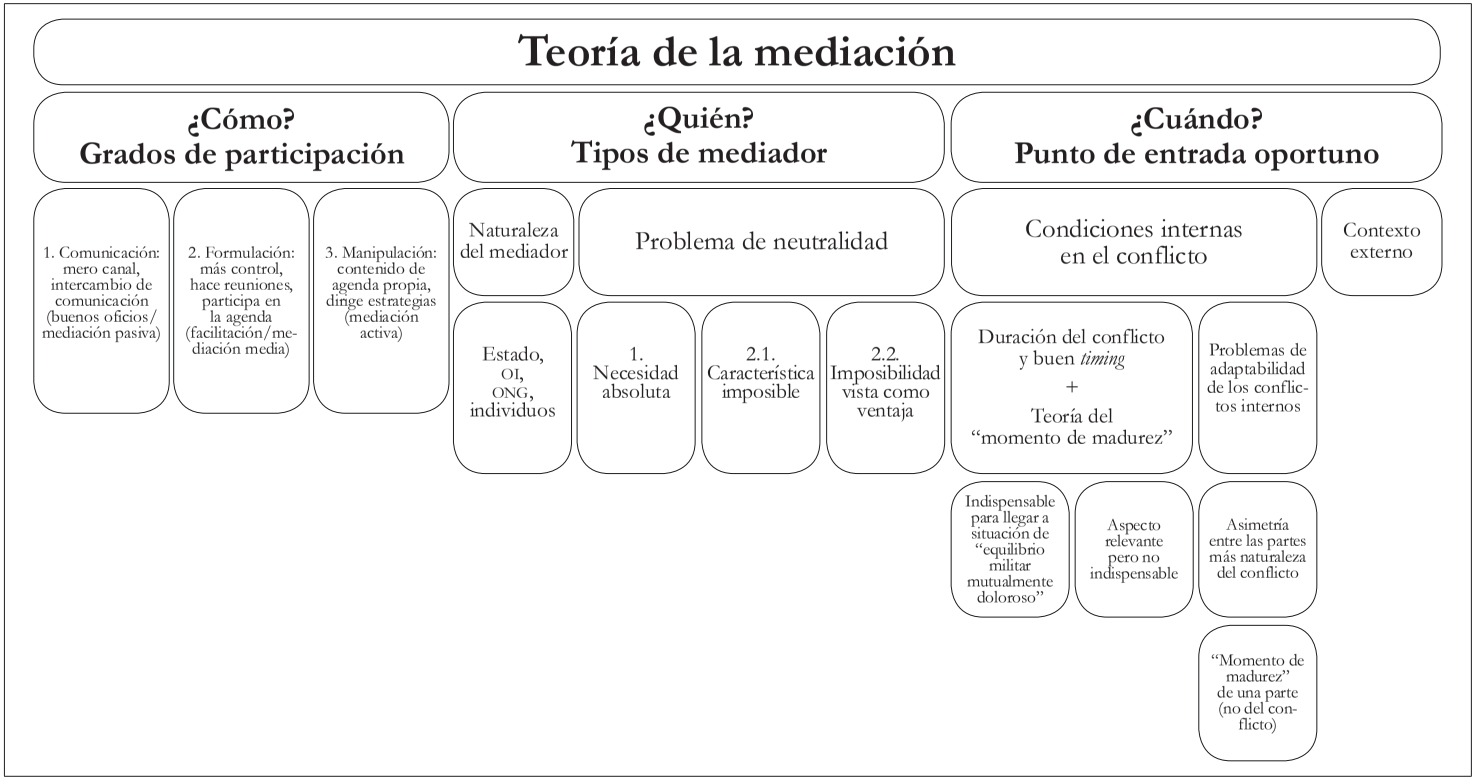
Sección 2
La pregunta por la interdisciplinariedad

Hoy en día, la interdisciplinariedad es un tema omnipresente en muchos estudios y concierne todas las áreas del conocimiento. La pregunta sobre la pertinencia o no de adoptar o incorporar los estudios de las relaciones internacionales sobre la mediación en el derecho internacional, sin duda nos remite a varias preguntas más sobre la pertinencia y posibilidad de los estudios interdisciplinares. Además, requiere mirar concretamente las disciplinas y escuelas de pensamiento que pretenden relacionarse interdisciplinariamente y determinar así si con ellos se puede obtener una mirada complementaria al estudio de la mediación internacional como punto ciego del derecho internacional.

Sea este el momento de aclarar que el tema de la interdisciplinariedad es muy amplio y comprende una diversidad de discusiones (teóricas y prácticas) que no pretenden abarcarse en esta sección, pero sí resulta importante abordar algunos elementos de análisis para evaluar la posibilidad de proponer una mirada interdisciplinaria en el caso concreto de la mediación internacional.

568 Cabe notar, como se observa en las diversas citas a lo largo de esta sección, que a diferencia de los estudios interdisciplinares DI/RI sobre los que me referiré en la siguiente sección, los estudios de la teoría de la mediación no son escritos solo (ni esencialmente) por autores estadounidenses o que trabajan en ese país. La intención de esa corriente de producir estudios que se apliquen en la práctica y respondan a problemas concretos del terreno, ha influenciado un gran abanico de académicos, diplomáticos y practicantes en el mundo, con particular énfasis en los países que sufren conflictos armados y quienes los estudian.

Cuadro 4. Principales elementos de análisis de la mediación
en estudios de teoría de la mediación de las relaciones internacionales



Fuente: elaboración propia.

Para el tipo de estudio que quiero hacer resulta valioso recordar, nuevamente, algunas anotaciones de David Kennedy sobre las disciplinas y la interdisciplinariedad, empezando por la afirmación de que toda disciplina tiene sesgos y puntos ciegos, sobre la que me he referido antes[569].

Con frecuencia se ha considerado que los estudios interdisciplinarios pueden aportar perspectivas y marcos teóricos que complementen las carencias de la otra disciplina y, en ese sentido, ayudarle a hacer evidente sus propios sesgos y puntos ciegos. Pero, el punto de Kennedy es justamente mostrar que muchas veces la interdisciplinariedad no logra este resultado, sino que por el contrario, puede reforzar los sesgos y puntos ciegos cubriéndolos con un manto de autoridad interdisciplinaria:

> We are all familiar with the idea that disciplines would have different blind spots, which are often almost inverse to one another. We expect economic law specialists to overemphasize economic problems and fashion solutions which are narrowly economic, just as we expect international relations experts to stress the political lawyers the legal, and so forth. […] These run of the mill disciplinary limitations could be corrected by an aggressive interdisciplinarity. If we had political scientists, economists, and international lawyers all working together, they would compensate for their respective blind spots and bias.
>
> The most interesting point to emerge from the exploration of internationalist disciplines side by side, however, is that this sort for blindness to the 'background' can be maintained in the face of interdisciplinary work. Indeed, the disciplinary blind spots we have encountered so far have been reinforced rather than ameliorated by relations between the disciplines.[…]
>
> Sometimes disciplines reinforce one another's blind spots through a sort of tacit division of labour […] which reinforces the sense of difference between the two types of activities[570].

Si bien la interdisciplinariedad es un tema que incumbe a todas las disciplinas, según Kennedy, no debemos olvidar que cada disciplina tiene su propia sensibilidad[571]. Por ello, aunque hay ciertos aspectos sobre la interdisciplinariedad

569 Véase *infra* capítulo preliminar, §1: Discursos y sensibilidades internacionalistas.
570 David Kennedy, "The Disciplines of International Law and Policy", pp. 104-105. Véase David Kennedy, "Putting the Politics Back in International Politics", p. 18.
571 David Kennedy, "The Disciplines of International Law and Policy", p. 11.

que pueden tratarse de manera general[572], habrá otros que se circunscriben a la relación concreta entre las disciplinas que pretenden interactuar, en este caso: el derecho internacional y las relaciones internacionales y, en particular, las áreas de estas disciplinas que se ocupan de la mediación internacional.

§1. Interdisciplinaridad entre el derecho internacional y las relaciones internacionales

Con este marco en mente, resulta preciso indagar sobre las posibilidades y los efectos de la interdisciplinariedad entre el derecho internacional y las relaciones internacionales y ver de qué manera esta se relaciona con la manera como se estudia la mediación internacional.

Una de las primeras características que podemos constatar es que el estudio sobre la interdisciplinariedad entre el derecho internacional y las relaciones internacionales ha generado gran interés y producción doctrinal. Esta producción doctrinal ha sido fértil en la doctrina estadounidense y gran parte de los llamados a hacer un trabajo conjunto entre estas disciplinas provienen de allí. Esto ha producido, a su vez, muchos comentarios (críticos o defensores, estadounidenses o de otras partes) que conversan con ellos y sus propuestas. Por estas razones, varias de las aproximaciones que se han hecho sobre la interdisciplinariedad entre el derecho internacional y las relaciones internacionales se vinculan con las sensibilidades estadounidenses de estas disciplinas[573].

572 Acá, en cierta medida, vuelven a tomar relevancia algunos comentarios que se hicieron en el capítulo preliminar sobre el tipo de estudio que quiero hacer y la manera como creo que se pueden adoptar otras perspectivas (*e. g.* histórica) desde y para el derecho internacional. Véase *supra* capítulo preliminar: Justificaciones, influencias y antecedentes.

573 La internacionalista franco-canadiense Anne-Charlotte Martineau, hace en su tesis doctoral un detenido seguimiento sobre cómo se desarrollan en Europa y en Estados Unidos las posiciones "pluralistas" sobre el derecho internacional y cuáles son las principales influencias interdisciplinarias. Ella explica que en Europa se desarrolló un "pluralismo ordenado" (según las tesis de Mireille Delmas-Marty) que surgió como respuesta a las críticas realistas sobre la influencia sociológica del derecho internacional. En cambio, en Estados Unidos los internacionalistas se inclinaron, principalmente, por una interdisciplinariedad con las relaciones internacionales, lo que produjo un tipo de pluralismo diferente que denomina "pluralismo de gestión" (retomando la expresión de Martti Koskenniemi) mediante el cual "se busca actualizar el derecho internacional y transformarlo en una técnica de gestión de problemas globales". Anne-Charlotte Martineau, *Une analyse critique du débat sur la fragmentation du droit international*: University of Helsinki, Faculty of Law, 2014, p. 60 (retomando el término de Martti Koskenniemi, "International Law: Constitutionlism, Managerialism, and the Ethos of Legal Education", *European Journal of Legal Studies,* vol. 1, n.º 1, 2007, p. 2). Véase, también, *ibid.* capítulos 1, 2 y 3 (traducción mía, original: "Il s'agit d'un pluralisme « managérial », au sens où il propose de mettre à jour le droit international et de le transformer en une technique de gestion des problèmes globaux").

Sobre este último punto, y tal como lo he dicho en capítulos precedentes[574], debemos tener presente que a partir de la segunda mitad del siglo xx, la visión estadounidense del derecho internacional empieza a tomar fuerza y a influenciar fuertemente la doctrina mayoritaria y la práctica jurídica internacionalista incluso fuera de Estados Unidos, trayendo consigo la idea de un derecho más pragmático[575]. Recordemos también que la interdisciplinariedad forma parte de las características que identifican la sensibilidad en el derecho internacional estadounidense y que, en parte, la diferencian de la europea[576]. Entre otros, esto se debe a que desde mediados del siglo xx los abogados internacionalistas en Estados Unidos comparten una relación estrecha de tradiciones filosóficas del pragmatismo, funcionalismo y realismo americano, muy presente en otras ramas del derecho estadounidense y que a su vez influyen directamente en la forma como se entiende y practica allí el derecho internacional[577]. De ese encuentro emergen ideas que incluyen el escepticismo de las normas, el antiformalismo, las fronteras borrosas entre derecho y política (*policy*) y el frecuente entrecruzamiento de argumentos jurídicos-interdisciplinarios que en otras partes del mundo se considerarían meramente *políticos*[578].

Dentro de este ambiente propicio y tendiente a la interdisciplinariedad en el derecho internacional, se destaca la relación con las relaciones internacionales[579]. Las relaciones internacionales se desarrollaron y fortalecieron a partir de la segunda mitad del siglo xx como una especialización dentro la ciencia política, con fuertes influencias del realismo[580]. Con ellas se querían pensar las relaciones

574 Véase *supra* capítulo 2, sección 3, §2: Imparcialidad como tecnificación y capítulo 3, sección 2: La creación de la ONU: La prohibición de la fuerza y la preponderancia de lo político sobre lo jurídico. Véase también: Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1870-1960*, capítulos 5 y 6.

575 Que Martti Koskenniemi considera el comienzo de la "caída" del derecho internacional. *Ibid*., p. 16 y capítulos 5 y 6.

576 Esa inclinación por límites interdisciplinarios borrosos aparece en la práctica profesional y en la forma en que se enseña el derecho internacional. David Kennedy, "The Disciplines of International Law and Policy", p. 19.

577 *Ibid*., p. 25.

578 "The encounter with these ideas shaped United Statesean international law in some predictable ways, leaving it more open to interdisciplinary argument, more skeptical about the force or clarity of particular rules, quick to criticize one another's rule based arguments as 'formalism': les focused on both states and courts". *Ibid*., p. 26.

579 Relación que, para Kennedy, ha reforzado en muchos casos los puntos ciegos entre las disciplinas: "Sometimes, as in the case of international law and international relations, the blind spots are reinforced, surprisingly enough, through a self-conscious effort at interdisciplinary understanding directed precisely at correcting for this sort of disciplinary myopia". *Ibid*., pp. 104-105. Véase, también, p. 106.

580 Generalmente, se considera que la disciplina de las relaciones internacionales como la conocemos hoy en día, se consolida después de la Segunda Guerra Mundial, aunque se le conceden orígenes más remotos. Para Koskenniemi: "Todo el mundo sabe que las 'relaciones internacionales' son una disciplina predominantemente angloamericana, cuyos orígenes se encuentran en las actividades

entre los grandes poderes de forma más sistemática, casi científica, que lo que lo hacían los juristas internacionalistas. En parte, las relaciones internacionales se forjaron como reacción al derecho internacional[581] (considerado muy utópico, cosmopolita, irrealizable y formalista) y, por ende, las propuestas desde esta disciplina buscaban reemplazar la visión y objetivos de este derecho, considerados arcaicos y pasados de moda[582]. Sin embargo, a pesar de esa primera distancia reactiva contra el derecho internacional, las relaciones internacionales empezaron a acercarse a otras disciplinas internacionalistas, incluyendo la jurídica, sobre todo después de la Guerra Fría[583].

A partir de los años noventa hubo un creciente llamado por parte de académicos de las relaciones internacionales en Estados Unidos a los abogados inter-

---

académicas de los refugiados —a menudo con una formación jurídica— del Reich alemán en los Estados Unidos durante los primeros años de la Guerra Fría". En seguida, cita a Stanley Hoffmann, quien denominó a Morgenthau el "fundador de la disciplina". Por su parte, Dunnoff y Pollack dicen que generalmente el nacimiento de la disciplina se relaciona con en el momento en el que se empieza a estudiar política internacional en la University College of Wales (1919), periodo en el que compartía con el derecho internacional relaciones sustanciales, antes de la gran ruptura entre estas dos disciplinas que ocurrió después de la Segunda Guerra Mundial. David Kennedy también afirma que nace en Gran Bretaña en el periodo entreguerras. En todo caso, es una disciplina joven, nacida hacia la mitad del siglo XX en un contexto de guerras y crisis del derecho internacional y cuyos horizontes chocaron principalmente en la academia estadounidense después de la Segunda Guerra Mundial. Véase Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1870-1960*, p. 444; Martti Koskenniemi, "Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations", p. 26 citando a Stanley Hoffmann, "An American Social Science: International Relations", en Stanley Hoffmann, *Janus and Minerva: Essays in the Theory and Practice of International Politics*, Boulder Co., Westview Press, 1987, p. 6; Jeffrey L. Dunoff y Mark A. Pollack, "International Law and International Relations: Introducing an Interdisciplinary Dialogue", en *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations. The State of Art*, Jeffrey L. Dunoff y Mark A. Pollack (eds.), Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 5; David Kennedy, "The Disciplines of International Law and Policy", p. 102.

581 Recordemos las posiciones de Morgenthau que derivaron en su abandono del derecho internacional y consolidación de las relaciones internacionales mencionadas en *supra* capítulo 1, sección 1, §2: La justiciabilidad de los conflictos y la crítica de Lauterpacht o la completud del derecho. Sobre esto, dice Koskenniemi: "A discipline had arisen that addressed the same world that international lawyers had addressed but with a complex technical vocabulary about compliance and conformity, prisoners dilemmas, dependent and independent variables, strategic action and rational choice. Classical realism had given way to empirical studies with normative tinge. The 'dual agenda' soon became a 'liberal agenda' (Slaughter 1995)". Martti Koskenniemi, "Formalism, Fragmentation, Freedom: Kantian Themes in Today's International Law", *NoFo*, vol. 4, 2007, p. 16. Véase, Martti Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1870-1960*, capítulo 6.

582 "As a matter of disciplinary history […] World War II served as a watershed event, largely discrediting international law among political scientists as "realist" theorists rejected the notion that international law could serve as a meaningful constraint on states' pursuit of the national interest. Over the next for decades, international relations (IR) and international law (IL) scholarship developed along separate an rarely intersecting tracks". Jeffrey L. Dunoff y Mark A. Pollack, "International Law and International Relations: Introducing an Interdisciplinary Dialogue", p. 3.

583 David Kennedy, "The Disciplines of International Law and Policy", p. 104 y Jeffrey L. Dunoff y Mark A. Pollack, "International Law and International Relations: Introducing an Interdisciplinary Dialogue", p. 3.

nacionalistas[584], para trabajar conjuntamente, de manera interdisciplinaria[585]. Para muchos, el texto paradigmático, convertido en el manifiesto de este llamado a incrementar los trabajos interdisciplinarios, es *Modern International Relations Theory: A Prospectus for International Lawyers*, del profesor estadounidense de derecho internacional Kenneth Abbott, publicado en 1989[586]. En él, Abbott hace una invitación (principalmente dirigida a los abogados internacionalistas) a que conozcan y utilicen las metodologías de las relaciones internacionales.

En 1993, Anne-Marie Slaughter, académica estadounidense entrenada tanto en derecho internacional como en relaciones internacionales, publicó un artículo —que luego ha sido considerado canónico en la materia[587]— denominado: "International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda"[588]. En él considera que ambas disciplinas comparten (o podrían compartir) un mismo marco teórico y deben, así, encontrar el camino adecuado para hacer más y mejores trabajos en el marco de una "agenda dual". Para Slaughter las dos disciplinas deben, al menos aspirar a un vocabulario y a un marco de análisis común que les permita compartir ideas e información entre ellas[589]. Así,

> By drawing on insights and perspectives from scholars in both fields, it should be possible to formulate a set of questions to which both sides can contribute factual information and theoretical insight. The results of inquiries from both perspectives could then be synthesized in a common framework that would highlight the overlap of both disciplines and the comparative advantage of each[590].

584 Al referirse a quienes trabajan (de manera académica o práctica) en las relaciones internacionales, a menudo se les denomina *expertos*, mientras que aquellos que lo hacen desde el derecho internacional se les denomina *internacionalistas*. Yo prefiero no usar el término *experto* para referirme a quienes trabajan en las relaciones internacionales, pues me parece confuso. En ese sentido, me referiré a los "académicos de las relaciones internacionales". Usaré los términos *internacionalistas* o *abogados internacionalistas* para referirme a aquellos que trabajan desde el derecho internacional.

585 Son muchos los autores que demuestran este cambio interdisciplinar, tanto entre los abogados internacionalistas, como entre académicos de las relaciones internacionales. Véase, entre otros, Martti Koskenniemi, "Formalism, Fragmentation, Freedom: Kantian Themes in Today's International Law", p. 16; Jeffrey L. Dunoff y Mark A. Pollack, "International Law and International Relations: Introducing an Interdisciplinary Dialogue", pp. 8-9; Kenneth W. Abbott, "Toward a Richer Institutionalism for International Law and Policy", *Journal of International Law & International Relations*, vol. 1, n.º 2, 2005, p. 9.

586 Kenneth W. Abbott, "Modern International Relations Theory: A Prospectus for International Lawyers", *The Yale Journal of International Law*, vol. 14, n.º 2, 1989.

587 Jeffrey L. Dunoff y Mark A. Pollack, "International Law and International Relations: Introducing an Interdisciplinary Dialogue", pp. 8-9.

588 Anne-Marie Slaughter, "International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda", *American Journal of International Law*, vol. 85, 1993.

589 *Ibid*., p. 205.

590 *Ibid*., p. 224.

Este llamado a una interdisciplinariedad estrecha entre el derecho internacional y las relaciones internacionales tuvo gran acogida y se siguieron varios artículos adicionales de académicos de las relaciones internacionales en ese sentido, incluyendo a los mismos Abbott y Slaughter, quienes desarrollaron con más en profundidad sus propuestas y cómo lograrlas[591].

Esos primeros estudios en los que se llama a una interdisciplinariedad entre el derecho internacional y las relaciones internacionales (denominados estudios DI/RI por las iniciales de las disciplinas), se caracterizan por dirigirse principalmente a los abogados internacionalistas para que adopten la mirada de las relaciones internacionales. Dentro de estas miradas se destaca la invitación a utilizar metodologías propias de las ciencias sociales que, según ellos, dan mejor cuenta de la realidad (algo de lo que consideran carece el derecho internacional tradicional, formal y utópico). Con ello se propone, entonces, la producción de un tipo de trabajo académico distinto, por ejemplo, más cuantitativo siguiendo los modelos que usan los politólogos. Esa propuesta metodológica implica un cambio de enfoque, de objetivos y de preguntas que derivan en la utilización de una terminología distinta.

§2. Controversias

Este llamado a la interdisciplinariedad ha sido recibido con entusiastamo por muchos doctrinantes de ambas disciplinas (principalmente de Estados Unidos)[592],

591 Por ejemplo, Kenneth W. Abbott, "International Law and International Relations Theory: Building Bridges. Elements of a Joint Discipline", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 86, 1992; Anne-Marie Slaughter, Andrey S. Tulumello y Stepan Wood, "International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship", *American Journal of International Law*, vol. 92, n.º 3, 1998; Anne-Marie Slaughter, "International Law and International Relations", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 285, 2000; Anne-Marie Slaughter y Steven R. Ratner, "Method Is the Message", *Studies in Transnational Legal Policy. The Methods of International Law*, vol. 36, 2004; Steven R. Ratner, y Anne-Marie Slaughter, "Appraising the Methods of International Law: A Prospectus for Readers", *Studies in Transnational Legal Policy. The Methods of International Law*, vol. 36, 2004; Christian Reus-Smit, (ed.) *The Politics of International Law*, Cambridge Studies in International Relations, Cambridge: Cambridge University Press, 2004; Gerry Simpson, "Dueling Agendas: International Relations and International Law (Again)", *Journal of International Law & International Relations*, vol. 1, n.º 2, 2005; Lars Kirchhoff, *Constructive Interventions. Paradigms, Process and Practice of International Mediation*, Austin, Boston, Chicago, Nueva York, Países Bajos: Kluwer Law International, 2008; Oliver Kessler, "So Close Yet So Far Away?", *International Political Sociology*, vol. 4, n.º 3, 2010; Wouter Werner, "The Use of Law in International Political Sociology", *International Political Sociology*, vol. 4, n.º 3, 2010; Kenneth W. Abbott. y Duncan Snidal, "Law, Legalization, and Politics: An Agenda fot he Next Generation of IL/IR Scholars", en *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations. The State of Art*, ed. por Jeffrey L. Dunoff y Mark A. Pollack, Cambridge: Cambridge University Press, 2013

592 Koskenniemi destaca que la colaboración fuera de Estados Unidos fue muy escasa. "Very little 'collaboration' followed outside the US. This is understandable. For it would have meant replacing

pero también ha dado lugar a fuertes críticas, muchas de ellas provenientes de abogados internacionalistas (dentro y fuera de Estados Unidos). En el corazón de muchas de las críticas está la idea de un malentendido disciplinar, un reduccionismo epistemológico de lo que es el derecho internacional, de cómo se comprende y de qué implicaciones (prácticas y teóricas) tiene.

A. ¿Desnaturalización y conquista o complementariedad y fortalecimiento?

Se ha señalado que esta interacción interdisciplinar ha traído consigo un cambio lingüístico importante, que más allá de meras apelaciones superficiales contiene modificaciones importantes sobre cómo se concibe la disciplina y que terminan desnaturalizándola. Estas críticas, a su vez, han traído respuestas por parte de los defensores de la interdisciplinariedad DI/RI, quienes también señalan el reduccionismo con el que los internacionalistas entienden y conciben las relaciones internacionales, las posibilidades de interacción que tienen con el derecho internacional y los posibles frutos provechosos que resultarían de dicha interacción.

Esto, como es de esperarse, es un tema que toca muchos aspectos del derecho internacional, que se relaciona con las corrientes teóricas con que se clasifican los estudios de las dos disciplinas[593], con la compatibilidad o incompatibilidad con que se interpretan los marcos teóricos de unos y otros y, por supuesto, con las modificaciones o aportes de una disciplina en otra y el equilibrio con que se percibe esa relación. Sobre esto me interesa solamente señalar algunos de los intercambios que se han hecho en la materia, en la medida en que destacan problemas y aportan insumos sobre ciertos puntos sensibles en los trabajos interdisciplinarios relativos a malinterpretaciones y simplificaciones que son relevantes para los temas que quiero analizar. En particular, me concentraré en las recurrentes y fuertes críticas hechas por los abogados internacionalistas finlandeses, Jan Klabbers y Martti Koskenniemi[594].

---

the vocabulary of international law by instrumental political science". Martti Koskenniemi, "Formalism, Fragmentation, Freedom: Kantian Themes in Today's International Law", p. 16.

593 Realistas, positivistas, constructivistas, institucionalistas, funcionalistas y toda la diversidad de corrientes que David Lake ha denominado *isms war*. Véase David Lake; "Why 'isms' are Evil: Theory, Epistemology, and Academic Sects as Impediments to Understanding and Progress, *International Studies Quaterly,* vol. 55, n.º 2, 2011, pp. 465-480. Citado en Jeffrey L. Dunoff y Mark A. Pollack, "International Law and International Relations: Introducing an Interdisciplinary Dialogue", p. 12.

594 Según Mark Pollack, el centro de las críticas DI/RI y de la resistencia a hacer un trabajo interdisciplinario entre ellas, ha sido Helsinki. Véase Mark A. Pollack, "Is International Relations Corrosive of International Law: A Reply to Martti Koskenniemi", *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 25, n.º 2, 2013, p. 339.

Klabbers, se ha referido al tema en repetidas ocasiones[595]. De manera general, ha considerado que los llamados a la interdisciplinariedad como los hechos por Slaughter y Abbott son problemáticos. Él clama por una defensa de la "relativa autonomía del derecho internacional" ante las pretensiones invasoras de las relaciones internacionales[596], hasta el punto de considerar que más que una interdisciplinariedad DI/RI, se necesita una contradisciplinariedad[597].

Uno de los mayores problemas que ve Klabbers es que la interdisciplinariedad es una herramienta que fortalece las relaciones de poder existentes, pues a menudo se asume una versión plana y unidimensional de las disciplinas con las que se quiere relacionar. Esto hace que muchos llamados a la interdisciplinariedad de las relaciones internacionales contengan una visión simplista y única de lo que es el derecho internacional. Esa visión simplista busca destacar las carencias de una disciplina (*e. g.* del derecho internacional), queriendo con ello justificar la elección de la otra disciplina (*e. g.* las relaciones internacionales) como el "compañero y complemento ideal". Por esto, señala:

> Thus regarded, pleas for interdisciplinarity are often pleas for a single, and rather limited, apparition of interdisciplinarity, and therewith become (however unwittingly perhaps) the subjects of power politics themselves, with law being put to the service of those who field the strongest negotiators. And those are usually, of course, the strongest states[598].

Koskenniemi comparte la preocupación de que los llamados a la interdisciplinariedad DI/RI ayudan a consolidar relaciones de poder existentes. Además, él anota que estas visiones del derecho internacional no son solo contemporáneas, sino que repiten discursos anteriores, en particular, la visión crítica del derecho internacional de Morgenthau[599]. Para Koskenniemi esas críticas que remiten

595 En particular, véase Jan Klabbers, "The Relative Autonomy of International Law or The Forgotten Politics of Interdisciplinarity", *Journal of International Law & International Relations*, vol. 1, n.º 1-2, 2005; Jan Klabbers, "The Bridge Crack'd: A Critical Look at Interdisciplinary Relations", en *International Relations*, vol. 23, n.º 1, 2009; Jan Klabbers, "Counter-Disciplinarity", en *International Political Sociology*, vol. 4, n.º 3, 2010.

596 Jan Klabbers, "The Relative Autonomy of International Law or The Forgotten Politics of Interdisciplinarity", p. 36.

597 Jan Klabbers, "Counter-Disciplinarity", pp. 308-311.

598 Jan Klabbers, "The Relative Autonomy of International Law or The Forgotten Politics of Interdisciplinarity", pp. 37-38.

599 "The image of law that emerges from his (Morgenthau's) writings is one that was crafted within German public law in the interwar era, whose central concern was the ability of the Weimar Constitution to withstand the challenges that were posed to it from the left and from the right. From this, Morgenthau extrapolated an analogous image of international law as the image of weakness, the image of a (pure) formalism or of moral illusion that are unable to maintain international order". Martti Koskenniemi, "The Politics of International Law", pp. 26-27.

a Morgenthau olvidan o dejan de lado aspectos importantes de la disciplina (por ejemplo, el concepto de *validez* del derecho). Esa es la visión del derecho internacional que, en su opinión, sigue imperando en Estados Unidos y que se relaciona directamente con la perspectiva de un poder global que elige sus estrategias y acciones, frente al cual las normas "formales" resultan irrelevantes. Así, los llamados a la interdisciplinariedad DI/RI (que considera parte de una cruzada estadounidense) pertenecen a esa sensibilidad particular y tienen el peligro de ofrecer justificaciones al poder hegemónico estadounidense actual, pues crean una imagen del derecho como un instrumento de valores o decisiones en los que se basa el poderoso[600].

Otro riesgo que Kabbers percibe en este tipo de estudios interdisciplinares es que se fortalezcan prejuicios equivocados. En este punto concuerda con el internacionalista canadiense Michael Byers, quien destaca lo problemático que resulta abstraer o aislar un concepto del derecho internacional para examinarlo con los lentes de las relaciones internacionales, sin tener en cuenta las dinámicas y marcos conceptuales en los que operan. Cuando esto ocurre, esos esfuerzos interdisciplinares en lugar de proporcionar un mayor entendimiento de la disciplina, terminan generando malinterpretaciones descontextualizadas. En una palabra, se refuerzan presupuestos sobre el derecho internacional que tienen las relaciones internacionales y con ellos se corre el riesgo de "perder la esencia misma del derecho" en lugar de enriquecerse en un diálogo mutuo[601].

600 "I now look at the academic calls to integrate international law and international relations theory and wonder about the newly heroic liberalism form which they emanate. There is no doubt: this is an American crusade. […] What I want to say, […], is that the particular combination of a call to increase 'collaboration' between international lawyers and international relations theorists, together with the sociology of the end-of-State (as we know it) and the political enthusiasm about the spread of 'liberalism', constitutes an academic project that cannot but buttress the justification of American hegemony in the world. This is not because of bad faith or conspiracy on anybody's part. It is the logic of an argument —the Weimar argument- that creates the image of law as an instrument for the values (or better, 'decisions') of the powerful that compels the conclusion". *Ibid*., pp. 29-30.

601 Este argumento lo da Byers respondiendo a un artículo de John Seater. Byers se refiere a la forma como ese autor se aproxima al tema del derecho de los tratados y, de manera general, al derecho internacional y la conexión con las relaciones internacionales en lo que denomina "sacar el derecho del derecho internacional". Dice Byers: "International lawyers should encourage the growing interest of international relations scholars in international law, not least because the latters' efforts contribute to the formers' understanding. Yet international relations scholars need to be told that international law is different from the other factors they study, that although it is based on the consent of states, it carries with it a unique ability to qualify the short-term behavior of those same states. Setear's discussion of treaties as abstracted from the rest of the international legal system and the exclusivity of his focus on one, strictly non-legal factor, reinforce the misplaced assumptions of international relations scholars rather than contribute to their correction. By failing to communicate the subtle fact of legal specificity and the unique effects of obligation, he risks losing the very essence of law". Michael Byers, "Taking the Law Out of International Law: A Critique of the Iterative Perspective", *Harvard International Law Journal*, vol. 38, n.º 1, 1997, p. 205.

Por último, Klabbers considera que el diálogo entre las disciplinas corre el riesgo de convertirse en una especie de "venta" en la que, por ejemplo, los internacionalistas buscando ser "atractivos" ante los teóricos realistas de las relaciones internacionales, incorporan palabras propias de esa disciplina, lo cual produce un sometimiento del derecho a las relaciones internacionales[602].

Los riesgos de la modificación terminológica en aras de la interdisciplinariedad han sido también señalados por otros. Koskenniemi, por ejemplo, indica que muchas veces los abogados internacionalistas usan la terminología propia de las relaciones internacionales (a veces, incluso, en aras de defender el derecho internacional) trayendo consigo consecuencias importantes y directas en la disciplina[603]. El cambio de terminología no es simplemente una traducción banal en la que se cambian unas palabras por otras para entenderse con otras disciplinas o para sonar más modernos. Esos cambios, escudados muchas veces en una mayor tecnicidad, experticia o contemporaneidad, tienen repercusiones importantes y contienen cambios internos sobre cómo se entiende una disciplina, qué objetivos tiene, qué marco teórico sigue, qué preguntas se hace[604].

---

602 Véase John K. Setear, "An Iterative Perspective on Treaties: A Synthesis of International Relations Theory and International Law", *Harvard International Law Journal*, vol. 36, n.º 1, 1996, pp. 139-230. "And that, in turn, can only happen if the lawyer subjects herself to her neighbouring discipline, suggesting, for example, that the binding force of the law is dependent on what states themselves want". Jan Klabbers, "The Relative Autonomy of International Law or The Forgotten Politics of Interdisciplinarity", p. 41. Y todo esto deriva en acentuar un sentimiento de inferioridad en el que el abogado internacionalista no se siente suficientemente tenido en cuenta en ninguno de los dos campos. Klabbers cree que los internacionalistas, en lugar de tratar por todos los medios de "gustarles" a las de relaciones internacionales, modificando su lenguaje y perspectivas, deberían negarse a abandonar el rigor propio de su disciplina y defender sus valores. *Ibid*., pp. 41-42.

603 Koskenniemi, refiriéndose a un artículo de unos internacionalistas que usan el dilema del prisionero para mostrar que (contrario a lo que muchos críticos dicen) los Estados sí pueden obedecer la costumbre internacional y a otro artículo en el que se llama a ver "más allá" de la forma para diseñar un derecho internacional comercial más efectivo, hace el siguiente comentario: "But I am puzzled about the taking away of 'law' from international law analyses of this type, replacing it by a vocabulary of empirical political science, techniques and strategies to reach the interests or objectives assumed to stand 'behind' law and to have a reality or importance far greater than it. Do not remain enchanted by the form, these authors are saying. Look behind the rules to their consequences and their acceptability in the eyes of audiences that count. Assess costs and benefits. Calculate". Martti Koskenniemi, "Formalism, Fragmentation, Freedom: Kantian Themes in Today's International Law", p. 8.

604 "It is not only about technical specialisation; it is about a profound change in the organisation of faith and power, on a par with the transformation of ecclesiastic and civil organisation in Pufendorf's day. The ethos of law and republicanism are replaced by individual interests, strategic planning and technical networks; formal sovereignty replaced by disciplinary power; constraint received from cognitive instead of normative vocabularies. Six steps inaugurate a novel disciplinary vocabulary of international relations that seeks to replace the civilizing antics of the old legal faith". *Ibid*., p. 11. Véase, también, Anne-Charlotte Martineau, *Une analyse critique du débat sur la fragmentation du droit international*, capítulo 3. Sobre los cambios de lenguaje y su influencia en cómo se concibe el derecho internacional, no solamente en el marco de la interdisciplinariedad con las relaciones internacionales, sino también con el derecho económico y el derecho comparado, véase David Kennedy, "The Disciplines of International Law and Policy", pp. 9-133.

En suma, el vocabulario es parte de un lenguaje que caracteriza una disciplina de otra, y para Koskenniemi esas modificaciones y sus repercusiones hacen que los llamados a una interdisciplinariedad entre las relaciones internacionales y el derecho internacional, más que llamados de cooperación, sean llamados de conquista disciplinar[605].

Dentro de las modificaciones terminológicas adoptadas por los estudios DI/RI que forman parte de un cambio de perspectiva general frente al derecho internacional, encuentro pertinente referirme a los términos *conformidad* (*compliance*) y *legitimidad* como nuevos ejes propuestos para estudiar el derecho internacional.

En este sentido, la tesis de Anne-Charlotte Martineau destaca que una de las principales modificaciones propuestas por las relaciones internacionales y adoptada por los estudios DI/RI es la de pasar de un derecho internacional formalista a uno en el que prima la idea de función-instrumentalista. Esto porque el derecho tradicional formalista resultaría inadecuado para regular un mundo como el actual en el que los Estados y las relaciones estatales dejaron de ser los únicos e incluso los más importantes. El derecho internacional no debe centrarse ya en responder preguntas sobre la validez de la norma, sino preguntas sobre la oportunidad que permitan determinar la mejor forma de lograr los objetivos propuestos por esa norma[606]. Las preguntas por la conformidad del derecho y la legitimidad hacen parte de ese cambio de análisis propuesto a los abogados internacionalistas, que puede obtenerse al abrazar herramientas metodológicas provenientes de las relaciones internacionales[607].

La cuestión sobre la conformidad del derecho incluye la pregunta de por qué cumplen o respetan los Estados el derecho internacional y es uno de los temas que más ha fascinado a académicos de las relaciones internacionales y de DI/RI. Estos estudios buscan incrementar la conformidad con el derecho, es decir, se hace énfasis en el *efecto* o *consecuencia* del derecho sin importar qué distingue un mecanismo de otro, ni el tipo de instrumento o norma de que se trate. Desde esta perspectiva, las particularidades de la mediación no solo no son centro de atención, sino que no parecen pertinentes. En general, el cambio de perspectiva que implica abordar el derecho internacional desde la conformidad, contiene reformas profundas sobre cómo se estudia (y qué se entiende por) este derecho.

605 Martti Koskenniemi, "Formalism, Fragmentation, Freedom: Kantian Themes in Today's International Law", pp. 17-18.

606 Anne-Charlotte Martineau, *Une analyse critique du débat sur la fragmentation du droit international*, pp. 67-68.

607 *Ibid*., pp. 73-74.

Para Koskenniemi, hablar de conformidad contiene alteraciones significativas sobre cómo se aproxima al derecho internacional:

> The vocabularies of "consent", "validity" or "dispute settlement" are replaced by the social science vocabularies of "explaining" behaviour and attaining "compliance". And because achieving compliance is all that counts, the interdisciplinary call is not really about co-operation but conquest […]. If law is defined as what causes compliance, then the distinction between power and law is lost[608].

Así mismo, Martineau considera que los estudios sobre la conformidad hacen que la existencia del derecho internacional

> se reduzca a una cuestión de oportunidad: ¿cuál es la mejor forma de alcanzar nuestro objetivo (ya sea la protección del medioambiente, la liberalización del comercio, etc.)? Todo depende de las circunstancias y de los objetivos buscados, y todo es calculable[609].

Estrechamente relacionada con la pregunta por la conformidad del derecho, surge la pregunta por la legitimidad, concepto que implica una modificación importante sobre qué y cómo se estudia el derecho. El concepto de legitimidad se remite a una percepción subjetiva independiente de consideraciones sobre lo que es justo o legal. Ian Hurd, politólogo estadounidense especializado en las políticas del derecho internacional, la define así: "*Legitimacy* […], refers to the normative belief by an actor that a rule or institution ought to be obeyed. It is a subjective quality, relational between actor and institution, and defined by the actor's *perception* of the institution"[610]. Esto, para Klabbers, sugiere pasar de una mirada binaria de lo legal *versus* lo ilegal, a una mirada en la que hay grados de apreciación sobre lo que es legítimo:

> [L]egitimacy is not an on/off matter: rules or institutions can be legitimate (or illegitimate) in varying degrees. While a strong claim can be made that law is a

608 Martti Koskenniemi, "Formalism, Fragmentation, Freedom: Kantian Themes in Today's International Law", pp. 17-18.

609 Anne-Charlotte Martineau, *Une analyse critique du débat sur la fragmentation du droit international*, p. 67 (traducción mía, original: "l'existence [du droit international] est réduite à une question d'opportunité : quelle est la meilleure façon d'atteindre notre objectif (que ce soit la protection de l'environnement, la libéralisation du commerce, etc.)? Tout dépend des circonstances et des objectifs recherchés, et tout est calculable").

610 Y continúa: "I am interested strictly in the subjective feeling by a particular actor or set of actors that some rule is legitimate. In this sense, saying a rule is accepted as legitimate by some actors says nothing about its justice in the eyes of an outside observer". Ian Hurd, "Legitimacy and Authority in International Politics", *International Organization*, vol. 53, n.º 2, 1999, p. 381.

> binary matter, with behaviour being either legal or illegal but not 'a little legal', and activities either being prohibited or allowed, but not 'a little bit allowed', legitimacy can be observed along sliding scales: rules and institutions can be more or less legitimate; can be a little bit legitimate, or very legitimate[611].

Estas características flexibles de la legitimidad hacen que sus defensores relacionen este concepto con una visión más real, menos utópica del mundo, pues consideran que se pasa de evaluaciones estrictas ideales de lo que se considera justo o legal a evaluaciones reales de lo que se percibe como legítimo[612]. Dejar de evaluar lo que es "jurídicamente legal o moralmente justo" para evaluar "lo que es aceptado y aceptable dentro de un grupo social", es uno de los cambios más problemáticos que se le critican desde el derecho internacional a este término y la perspectiva del derecho que ella conlleva. Perspectiva que, en palabras de Martineau, hacen que la legitimidad no sea "una normativa jurídica ni moral, sino medio-psicológica, medio-sociológica"[613].

La dificultad de determinar concretamente el contenido de lo que puede ser catalogado *legítimo*, aunado a la facilidad con que este término permite dejar de lado los argumentos jurídicos y morales, se considera también que hace que este concepto sea muy efectivo como mecanismo de ejercer y de respaldar el poder[614]. Así, pasar a determinar la legitimidad en lugar de la legalidad de un comportamiento es visto como una acción oportunista, que permite una amplia

611 Jan Klabbers, "Setting the Scene", en *The Constitutionalization of International Law*, Jan Klabbers, Anne Peters y Geir Ulfstein (eds.), Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 40-41.

612 Sobre la relación entre legitimidad y justicia, Allen Buchanan y Robert Keohane, importantes expositores del concepto de "legitimidad", dicen: "Justice is an ideal standard, whereas legitimacy expresses a threshold value, in a non-ideal world, for the conditions under which an institution has the right to rule. Justice and legitimacy are therefore closely related; but collapsing legitimacy into justice confuses a non-ideal with an ideal standard and undermines the valuable social function of legitimacy assessments". Allen Buchanan y Robert O. Keohane, "The Legitimacy of Global Governance Institutions", en *Legitimacy in International Law*, Rüdiger Wolfrum y Volker Röben (eds.), Berlín, Heildelberg, Nueva York: Springer, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2008, p. 34.

613 Anne-Charlotte Martineau, *Une analyse critique du débat sur la fragmentation du droit international*, p. 76 (traducción mía, original: "La légitimité a ceci de spécifique qu'elle renvoie, non pas à ce qui est juridiquement légal ou moralement juste, mais à ce qui est accepté et acceptable au sein d'un groupe social ; c'est une normativité non pas juridique ou morale, mais plutôt mi-psychologique, mi-sociologique"). Véase, también, Martti Koskenniemi, "Legitimacy, Rights, and Ideology. Notes Towards a Critique of the New Moral Internationalism", *Associations*, vol. 7, n.º 2, 2003, pp. 349-373.

614 "Where it is unclear who holds the global 'pouvoir constituant', where it is unclear who governs, where it is unclear how governance takes place, and according to what mandate, it is probably no coincidence that observers seek refuge in notions of legitimacy. Legality as such does not seem to be too helpful […]. Legitimacy therewith has emerged as the deus ex machina of global affairs […] If power cannot be backed up by legality, it needs to be propped up. by something else". Jan Klabbers, "Setting the Scene", p. 37.

gama de posibilidades cuando se quiere evitar los límites más claramente establecidos por lo legal o lo moral[615].

* * *

Ante estas críticas de la interdisciplinariedad DI/RI, es claro que ha habido respuestas. Los estadounidenses Jeffrey Dunoff (abogado internacionalista) y Mark Pollack (académico de relaciones internacionales) han hecho una defensa aguerrida de los trabajos interdisciplinarios entre el derecho internacional y las relaciones internacionales, destacando la variedad y posibilidades que existen en ellos[616]. Dunoff y Pollack concuerdan con algunas de las críticas que se les hacen a los estudios interdisciplinarios DI/RI, pero anotan que muchas veces se apoyan en una visión simplista (y anacrónica) de las relaciones internacionales y de los estudios interdisciplinarios DI/RI, parecido a la que quieren criticar. Por ejemplo, alegan que Koskenniemi se quedó con la imagen de las relaciones internacionales de Morgenthau, olvidando que es una imagen que corresponde y se desprende de *esa* sensibilidad particular y, en cambio, no tiene en consideración otras corrientes teóricas contemporáneas que responden a sensibilidades diferentes. Dicen, también, que tanto él como Klabbers (entre otros) conservan una visión estrecha que equipara toda la disciplina de las relaciones internacionales con el realismo, la estatalidad y el racionalismo, y eso los hace rechazar de entrada toda interacción interdisciplinar DI/RI[617]. Con esto afirman que, si bien es cierto que en la academia de las relaciones internacionales a menudo se encuentran estudios con visiones caricaturescas o ignorantes frente la diversidad de la academia jurídica internacionalista, del lado del derecho internacional también perdura una visión anticuada de la teoría de las relaciones internacionales que no da cuenta de las modificaciones que se han dado en años recientes y de

615 En palabras de Klabbers: "Legitimacy, then, although historically and conceptually closely aligned to legality, is often used as an alternative to both law and morality, and elusive precisely because of its oscillatory role. If a lawful solution is not considered acceptable, one can always think of a more legitimate alternative: something that is morally more palatable or practically more workable or simply more in line with existing power configurations-just ask the citizens of Belgrade, who discovered this during NATO'S Kosovo intervention". Jan Klabbers, "*Fault Lines of International Legitimacy*, ed. por Hilary Charlesworth and Jean-Marc Coicaud. Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press, 2010, pp. x, 406. Index. $105.", *American Journal of International Law*, vol. 105, n.º 2, 2011, p. 394.

616 En el libro que editan sobre el tema, señalan concretamente su intención de desentrañar "lagunas", "sesgos" y "puntos ciegos" frecuentes entre los académicos DI/RI. Véase Jeffrey L. Dunoff y Mark A. Pollack, "International Law and International Relations: Introducing an Interdisciplinary Dialogue", p. 4.

617 *Ibid*., pp. 12 y 19. Véase, también, Richard H. Steinberger, "Wanted - Dead or Alive: Realism in International Law", en *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations. The State of Art*, Jeffrey L. Dunoff y Mark A. Pollack (eds.), Cambridge University Press, 2013.

su complejidad y variedad. Estos cambios frecuentemente ignorados, sin duda, impregnan a su vez de una nueva visión la relación interdisciplinar DI/RI[618].

En suma, para Dunoff y Pollack, los críticos de la interdisciplinariedad DI/RI deben también reconocer los esfuerzos contemporáneos para expandir y profundizar el papel del derecho internacional en las relaciones internacionales. Por ende, las críticas, como las mencionadas, deben precisar que se limitan a un tipo de interdisciplinariedad concreta y no a toda la relación DI/RI. Con ello quieren evitar que el exceso de generalización desacredite toda posibilidad de realizar trabajos interdisciplinarios DI/RI en los que se conserven la identidad de las disciplinas, sin desnaturalizarlas, pero que promuevan una perspectiva interdisciplinar propia[619].

B. ¿Interdisciplinariedad profunda o disciplinariedad enriquecida?

Sea como fuere, el tipo de estudios que resultan de los aportes entre dos o más disciplinas que defienden Dunoff y Pollack, en el que se busca conformar una corriente de pensamiento en sí misma (un conjunto DI/RI), es un llamado a una interdisciplinariedad que podemos denominar *profunda* o *total*. Se pretende que las dos disciplinas compartan el mismo marco conceptual y aportar e incorporar resultados, metodologías y conceptos entre ellas. Ya hemos mencionado a Slaughter, Abbott, Dunoff y Pollack, pero también, Steven Ratner,

618 En particular, sobre algunos puntos mencionados, responden directamente a Klabbers y Koskenniemi: "Several of this criticisms fall well wide of the mark. […] Klabbers misstates the degree of theoretical and epistemological uniformity, and the influence of realism, in contemporary IR. Indeed, the IL/IR literature that is the subject of this volume often focuses on identifying the causal mechanisms through which international norms and processes influence (or fail to influence) state behavior. Second, some rationalist IR approaches do acknowledge law's normativity. […]. Finally, nothing in the IL/IR approaches necessarily legitimate or reinforces exiting power asymmetries or entails a commitment to U.S. hegemony. To the contrary, IL/IR approaches are better understood as raising a set of questions and a process of inquiry regarding international legal phenomena than as offering a list of settled conclusions –and, in any event, a number of IL/IR works are explicitly or implicitly critical of U.S. policies across a variety of issues areas". Jeffrey L. Dunoff y Mark A. Pollack, "International Law and International Relations: Introducing an Interdisciplinary Dialogue", p. 20. Véase, también, p. 13.

619 "IR scholarship is guilty of multiple sins, which can and should be corrected in dialogue with international legal scholars, but these sins are quite different from the anachronistic or imagined flaws depicted by Koskenniemi in his otherwise brilliant polemic […]. I argue that contemporary IR is characterized by precisely the opposite problems, namely a naïve and unwitting formalism in its treatment of law, and a disciplinary insularity that has prevented IR scholars from learning some basic lessons that are familiar to international legal scholars. These weaknesses, together with a growing reliance on quantitative methods, have produced an IR scholarship that has taught us much about some aspects of international law, while remaining blind to many others. These weaknesses of contemporary IR scholarship are real, but they are remediable through more, not less, interdisciplinary collaboration". Mark A. Pollack, "Is International Relations Corrosive of International Law: A Reply to Martti Koskenniemi", pp. 340-341.

Duncan Snidal, Barbara Koremenos, Andrew Moravcsik, entre muchos otros, participan y proponen estudios que están dirigidos en este sentido. Ahora bien, como Dunoff y Pollack lo han puesto de presente, referirse a una interdisciplinariedad profunda no implica necesariamente que en ella se abarquen todos los aspectos, corrientes teóricas ni perspectivas de ambas disciplinas. La mayoría de discusiones interdisciplinares DI/RI se han dado en torno a ciertos temas, teorías y discusiones concretas (*e. g.* sobre legalidad *versus* legitimidad o conformidad del derecho, pero también sobre soberanía *versus* gobernanza y sobre institucionalidad *versus* regímenes), dejando muchos otros temas de lado.

Pero esta no es la única forma de entender la interacción entre diferentes disciplinas. Hay otros trabajos que tienen en cuenta varias disciplinas y son, en ese sentido, interdisciplinarios, pero que podemos denominar estudios disciplinares *enriquecidos* o *ampliados*. En este tipo de estudios, el autor se posiciona para y desde una disciplina específica, pero busca expandir sus perspectivas, metodologías, conceptos y terminologías con elementos de otra(s) disciplina(s). Es acerca de esta última interdisciplinariedad sobre la que me referí al inicio de este estudio, cuando mencioné los usos de la historia en este trabajo[620].

El propio Klabbers, fuerte crítico de la interdisciplinariedad que denomino *profunda*, considera que para trabajar en casi cualquier rama del derecho internacional (*e. g.* ambiental, económico o desarrollo) es preciso tener en cuenta perspectivas y conocimientos complementarios a los jurídicos (*e. g.* ambientales, económicos o de desarrollo)[621]. Pero, para Klabbers, estos trabajos son en realidad ejemplos de "buena academia" jurídica, no de "interdisciplinariedad". En ellos, se toman ideas de otras disciplinas pero se retiene la identidad jurídica, por lo que no se convierten en estudios "jurídicos y algo más"[622]. En este sentido, señala:

620 Véase *supra* capítulo preliminar: Justificaciones, influencias y antecedentes.

621 "It goes without saying (but probably needs to be said) that the Foreign Office lawyer preparing a draft declaration on, say, the right to development, should have some understanding of development theory […].
It is, in other words, reasonably self-evident that practitioners, in order to do their jobs properly, ought to have a basic understanding of the various academic disciplines and sub-disciplines surrounding their own discipline proper, be it general international law, trade law, humanitarian law, or any other branch of law. It can also safely be postulated that the same applies to academics […]. In short, to be broad-minded will generally be an asset, both in legal practice and in academia". Jan Klabbers, "The Relative Autonomy of International Law or The Forgotten Politics of Interdisciplinarity", p. 35.

622 Él incluye en esta categoría, por ejemplo, los trabajos hechos desde los estudios críticos del derecho y los diferencia de los otros llamados interdisciplinarios en los que se corre el riesgo de "abandonar el derecho". Sobre esto último, dice: "This is what I wanted to convey when celebrating the relative autonomy of international law: while the good lawyer has an open mind to influences and insights coming from other disciplines, it would be a mistake to give up the law's own discipline

> The best work in international law tends to be individual work that is well-informed about neighbouring disciplines, and would be readable and understandable to those neighbouring disciplines, and perhaps even contribute something to those disciplines, without however losing its distinctively legal character. Good scholarship often is good precisely because it takes insights from elsewhere on board while retaining its own disciplinary character[623].

Es importante tener en cuenta estas reflexiones en un trabajo como este, que busca tener aspectos interdisciplinarios *pero* pertenecer a una disciplina en concreto[624]. Es indispensable ver qué tipo de preguntas e intereses se quieren responder en cada disciplina (junto con los silencios y preguntas que se dejan de hacer), para analizar con más coherencia la relación (semejanzas y diferencias) de las miradas que se dan sobre la mediación en cada una. De lo contrario, se estaría haciendo probablemente una *traducción* forzada de una disciplina a otra. A continuación, me dispongo a ver si es posible considerar que el estudio de la mediación desde el derecho internacional se complementa o no con una mirada interdisciplinaria aportada por las relaciones internacionales.

Sección 3
El punto ciego en la interdisciplinariedad

§1. ¿Interdisciplinariedad con la teoría de la mediación?

Ante la pregunta: ¿es posible enriquecer el estudio sobre los mecanismos de solución pacífica de conflictos del derecho internacional, trasladando los contenidos sobre mediación internacional de la teoría de la mediación? La respuesta parece, tentativamente, no. O, por lo menos, no, de manera automática.

Para empezar, hay que señalar que la teoría de la mediación no hace parte de las escuelas o corrientes de las relaciones internacionales que buscan establecer

---

and submit to others. And as much as it is not for Anne-Marie Slaughter to set my research agenda (dual or otherwise) and define interdisciplinarity, neither would I entrust any other individual with that task: for to define what interdisciplinarity stands for is to exercise power". *Ibid*., p. 46.

623 *Ibid*., p. 45.

624 Esto, creo, se asemeja a los retos de hacer historia del derecho, a los que se refiere Catalina Villegas cuando afirma: "[L]a interdisciplinariedad debe entenderse como una herramienta para facilitar diálogos disciplinares, pero de ninguna forma significa la anulación o el desconocimiento de las características propias de las distintas áreas del conocimiento". Catalina Villegas, "Historia y derecho: la interdisciplinariedad del derecho y los retos de la historia del derecho", *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, n.º 22, 2009, p. 14.

una interdisciplinariedad profunda de estudios DI/RI y que esta corriente de las relaciones internacionales que se concentra en el estudio de la mediación internacional, no se interesa directamente en el derecho internacional.

Pero independientemente de si es o no intención de sus autores hacer o permitir trasposiciones interdisciplinares sobre cómo se entiende la mediación internacional, vemos que la perspectiva desde la que se estudia ese mecanismo en la teoría de la mediación es diferente a la del derecho internacional. El énfasis va directamente a la aplicación y caracterización *práctica* de la mediación, sin interesarse por situarla en el marco de otros mecanismos y procedimientos, ni diferenciarla de ellos. Eso se ve en el tipo de preguntas que atraviesan la mayoría de esos estudios y que difieren, en gran medida, de las que se hacen en derecho internacional. Las preguntas centrales desde la teoría de la mediación[625] buscan dar respuestas prácticas que les sirvan a mediadores activos en el terreno, ofreciendo estudios que pueden utilizarse como manuales o guías en conflictos concretos. En esos estudios, ni la legalidad del mecanismo ni sus repercusiones jurídicas son relevantes, ni siquiera lo es la distinción entre lo político y lo jurídico. De hecho, el derecho existente (interno o internacional) es solo un elemento más del *contexto externo* del conflicto que debe tener en cuenta el mediador, junto con muchos otros.

Hay dos temas que parecen compartir las dos disciplinas pero que, examinados de cerca, demuestran ser abordados desde perspectivas e intereses distintos. El primero se refiere a establecer diferencias de grados para distinguir los mecanismos de resolución de conflictos. Así, la forma de diferenciar los tipos de mediación en grados que van de comunicación a formulación y, finalmente, a manipulación propios de la teoría de la mediación[626], parece asemejarse al criterio distintivo que algunos abogados internacionalistas usan y que he denominado *grados de participación del tercero*[627]. A primera vista, esta distinción de mecanismos, según los grados de mediación, abarcaría la diferencia (también de grados) que establecen los internacionalistas entre *buenos oficios* y *mediación* así como el mecanismo denominado *facilitación*, usado recurrentemente en la práctica diplomática.

625 Recordemos que las preguntas que he propuesto son: ¿*cómo* se debe presentar la mediación (o *qué* modalidad o grado de mediación)?, ¿*quién* es el mediador más apto para esa situación? y ¿*cuándo* es el momento más oportuno para ofrecer y propiciar un proceso de negociación con mediación internacional? Véase *supra* capítulo 4, sección 1: La teoría de la mediación.

626 Véase *supra* capítulo 4, sección 1, §1: *¿Cómo?*: grados de mediación.

627 Véase *supra* capítulo 1, sección 2, §1, C: El grado de participación del tercero y las partes como criterio diferenciador.

Pero recordemos que los internacionalistas no se interesan específicamente en definir la mediación, ni los buenos oficios, sino en distinguirla del arreglo judicial, el arbitraje y, en menor medida, de la conciliación internacional. Esto hace que la motivación principal para los abogados internacionalistas sea establecer una distinción sobre lo que se considera jurídico y político, que comprende, según el caso, distinciones entre lo objetivo y subjetivo, lo parcial e imparcial, lo formal e informal, entre otros. En la diferencia de grados de la mediación como comunicación, formulación y manipulación, estos no se miden teniendo en cuenta qué tan jurídico/objetivo/imparcial se considera el mecanismo o el mediador, sino según el nivel de participación o influencia del tercero mediador en poder participar en la resolución del conflicto, según el mandato que las partes le atribuyen. La distinción jurídico/político así como la distinción con el arreglo judicial o el arbitraje, son irrelevantes.

El segundo tema que parecen compartir las dos disciplinas es el de la pregunta por la *imparcialidad/objetividad del tercero*. Este es uno de los debates que se dan en la teoría de la mediación cuando se pregunta *quién* puede ser mediador[628] y es uno de los criterios que se mencionan como complementarios usados por la doctrina jurídica internacionalista para distinguir los mecanismos de solución de controversias (pero que, sin embargo, hemos detectado como el elemento esencial que se encuentra latente en los otros criterios distintivos)[629]. La pregunta por la posibilidad y la pertinencia de que un tercero sea imparcial/objetivo en la teoría de la mediación, se refiere a la posición del tercero frente a las partes y al conflicto mismo. Al centrarse en la relación del tercero frente a las partes y el conflicto, el punto central es analizar de qué forma la imparcialidad/objetividad o no del mediador afecta la efectividad del mecanismo y los efectos deseables o contraproducentes de una u otra opción.

En el derecho internacional la discusión sobre el papel del tercero se da con relación al derecho. Este debate, principalmente orientado al trabajo judicial, ha dado lugar a numerosas discusiones y corrientes teóricas que van desde defender la absoluta objetividad e imparcialidad del juez en su aplicación del derecho (*e. g.* Dworkin) hasta la consideración de que la acción del juez es meramente subjetiva y no se puede distinguir entre derecho y poder (*e. g.* la escuela realista),

628 Véase *supra* capítulo 4, sección 1, §2: *¿Quién?*: tipos de mediadores.

629 Véase *supra* capítulo 1, sección 2, §1, D: Elementos complementarios: el aspecto formal o institucional del mecanismo y la imparcialidad del tercero; capítulo 1, sección 3: La objetividad como factor determinante de la juridicidad y capítulo 2, sección 3, §3: La imparcialidad y el lugar de la mediación.

pasando por numerosos puntos intermedios sobre la posible discrecionalidad judicial en casos difíciles (*e. g.* Hart) y la visión del trabajo judicial como parte y producto de la ideología (*e. g.* Kennedy)[630]. Al centrarse en la relación juez-derecho, la pregunta por la objetividad/imparcialidad del juez recae en su aplicación/interpretación de la norma (el derecho). Eso, obviamente, tiene consecuencias para las partes (una se ve favorecida y otra afectada) y para el conflicto mismo, pero la posición del tercero se analiza desde perspectivas distintas.

En ninguna de las visiones jurídicas internacionalistas (ni siquiera la más formalista/constructivista) se discute si el juez puede o debe tener creencias políticas o ideológicas personales en su fuero interno, lo que importa es determinar si su acción judicial puede (y debe) verse sustraída de toda interferencia personal ideológica. Por el contrario, la pregunta por la objetividad/imparcialidad del mediador desde la teoría de la mediación sí incluye una pregunta por la posibilidad y deseabilidad de la objetividad/imparcialidad personal, intrínseca, del mediador frente a las partes del conflicto (algunas veces vista como ventajosa, otras como deslegitimadora) y, en cambio, su relación con el derecho y la interpretación (objetiva o subjetiva) que haga de él no necesariamente se relacionan con lo primero. Así, la calificación de un mediador como objetivo/imparcial, en relación con las partes y el conflicto, es compatible con que el tercero prefiera no aplicar determinadas normas o sugerirles modificaciones en aras de proponer una solución aceptable para las partes.

Sin embargo, hay un aspecto en el que cabría una similitud con el debate sobre la objetividad/imparcialidad que se da en la teoría de la mediación. Recordemos que muchas de las críticas que se le han hecho a la mediación se relacionan con el miedo a que se convierta en un pretexto para que el mediador interfiera indebidamente en los asuntos de las partes[631]. Este miedo, presente desde la antigüedad y responsable en parte de que la sensibilidad formalista a principios del siglo XX abogara por mecanismos más "formales" que garantizaran mayor "objetividad" del tercero, se relaciona, en parte, con la aplicación más o menos objetiva del derecho, pero también con la posición más o menos objetiva del tercero ante el conflicto y sus partes.

Según lo anterior, vemos que, salvo el último aspecto puntual sobre el temor de que la mediación se convierta una intervención no deseada, de manera general,

630 Sobre cómo ve Duncan Kennedy cada una de estas "estrategias de acción judicial" véase Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication: Fin de Siècle*, pp. 31-33. Véase el resto del libro sobre su propia postura crítica frente al trabajo del juez.

631 Véase *supra* capítulo preliminar, §4: Algunos antecedentes.

los intereses y preguntas que se hacen desde la teoría de la mediación no responden ni suplen aquellas (que no se hacen) desde el derecho internacional. Como lo vemos en el cuadro 5, las preguntas que se hacen desde las dos disciplinas no se complementan mutuamente. Por esta razón, una simple trasposición de los estudios de la teoría de la mediación no colmaría el hecho de que la mediación sea un punto ciego del derecho internacional, ni respondería a la pregunta por el lugar que esta ocupa en ese derecho[632].

§2. ¿Interdisciplinariedad con los estudios interdisciplinares DI/RI?: la teoría de la conformidad del derecho y el "puente" interdisciplinario de Steven Ratner

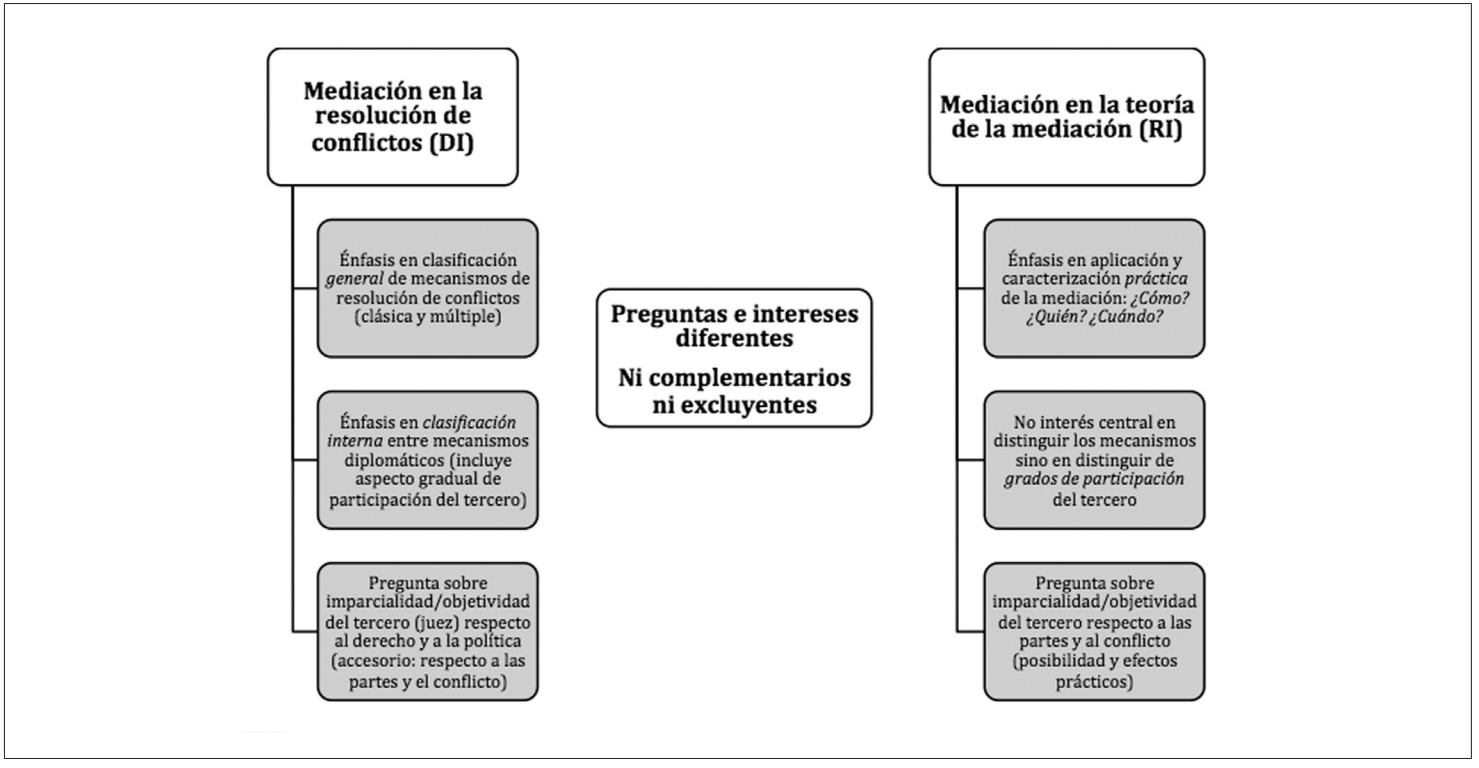
Los estudios DI/RI que proponen una interdisciplinariedad profunda no se interesan tampoco por preguntarse qué distingue o cómo se clasifican los diferentes mecanismos de resolución de conflictos, ni por la mediación internacional. Cuando se hacen referencias a los mecanismos de resolución de conflictos en los estudios DI/RI, también se hacen preferentemente sobre el arreglo judicial y al arbitraje[633] y, en general, lo hacen para analizar el grado de conformidad (*compliance*) del derecho internacional.

Independientemente de las críticas sobre las transformaciones que implica referirse al derecho internacional desde el tema de la conformidad, podemos preguntarnos si esta perspectiva interdisciplinaria puede aportar elementos de análisis pertinentes para esclarecer el punto ciego del estudio de la mediación internacional en el derecho internacional.

632 Retomando la expresión *juegos de lenguaje* utilizada por el filósofo austriaco Ludwig Wittgenstein, podemos decir que se trata de juegos de lenguajes distintos, sin que ello excluya que haya canales de comunicación e intersecciones compartidas entre uno y otro. Sobre los juegos de lenguaje, Wittgenstein dice: "Podemos imaginarnos […] que todo el proceso del uso de palabras […] es uno de esos juegos por medio de los cuales aprenden los niños su lengua materna. Llamaré a estos juegos 'juegos de lenguaje' […] Llamaré también 'juego de lenguaje' al todo formado por el lenguaje y las acciones con las que está entretejido". Ludwig Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas*, México, Barcelona, Crítica-UNAM, 1988, §7, p. 25. Para Wittgenstein el significado de cualquier expresión se basa en describir el uso de dicha expresión en un determinado juego de lenguaje, según las reglas constitutivas de ese juego. Un lenguaje representa entonces, una forma de vida, pues el significado de sus palabras está dado según el uso que se les da en un determinado contexto.

633 Para un estudio reciente, véase Karen J. Alter, "The Multiple Roles of International Courts and Tribunals: Enforcement, Dispute Settlement, Constitutional and Administrative Review", en *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations. The State of Art*, Jeffrey L. Dunoff y Mark A. Pollack (eds.), Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 345-370. Para una crítica de esto véase Steven R. Ratner, "Lands Feuds and their Solutions: Finding International Law beyond the Trial Chamber", *American Journal of International Law*, vol. 100, n.º 4, 2006, pp. 827-828.

Cuadro 5. Preguntas e intereses sobre la mediación desde el derecho internacional y desde la teoría de la mediación de las relaciones internacionales



Fuente: elaboración propia.

En este respecto, encuentro pertinente referirme a la propuesta del abogado internacionalista estadounidense Steven Ratner (interesado en los estudios interdisciplinares DI/RI). Ratner busca enriquecer la teoría de la conformidad (la cual considera relevante tanto para el derecho internacional como para las relaciones internacionales) con la teoría de la mediación[634]. Él parte de la base de que la mediación internacional no es un mecanismo tenido en cuenta por la doctrina jurídica internacionalista, que la teoría de la mediación no se interesa por el derecho y que no hay interacción entre la teoría de la mediación, los estudios sobre la conformidad y, en general, las corrientes mayoritarias de las relaciones internacionales[635]. Visto así, la interacción que propone parece ser el tipo de interdisciplinariedad ideal para poder abordar el punto ciego sobre la mediación internacional en el derecho internacional.

Ratner afirma que los estudios de la teoría de la mediación incluyen aspectos sobre el tipo de tercero que resultan enriquecedores para los estudios de la conformidad del derecho internacional, que no son tenidos en cuenta en los estudios DI/RI (ni en los estudios mayoritarios de las relaciones internacionales).

634 Véase, principalmente, Steven R. Ratner, "Does International Law Matter in Preventing Ethnic Conflict?", pp. 591-698; Steven R. Ratner, "Lands Feuds and their Solutions: Finding International Law beyond the Trial Chamber", pp. 808-829 y, en menor medida, Steven R. Ratner, "Persuading to Comply: On the Deployment and Avoidance of Legal Argumentation", en *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations. The State of Art*, Jeffrey L. Dunoff y Mark A. Pollack (eds.), Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 568-590.

635 Ratner justifica el puente interdisciplinar que propone mostrando la carencia de diálogo existente: "A major impediment to incorporating the insights of mediation theory into ongoing debates on compliance remains the mutual ignorance that international law and theories of mediation have traditionally shown each other". Sobre el poco interés del derecho internacional en la mediación dice: "Yet international law's approach to dispute resolution has effectively relegated mediation to an afterthought. The enforcement-centered scholars concentrate upon only certain kinds of third party intervention, i.e., arbitration and judicial settlement-especially the latter - as they view them as true legal processes in which legal norms determine the outcomes […]. Mediation becomes merely a political process, separate from enforcement". Sobre las relaciones internacionales y los DI/RI, afirma que estudian la conformidad sin tener en cuenta la teoría de la mediación: "The Chayeses' managerial approach, for its part, considers intermediaries insofar as they might be agents of the institutions they regard as so central to compliance, but the exact process by which they work to promote observance of law is not closely examined. Nor does Koh's internalization paradigm consider the insights of theories of third party intervention. As for Franck, while he talks about the various 'cues' that the international community can use to convey a norm's legitimacy, the particular role for those communicating the cues does not merit attention". Finalmente, sobre la teoría de la mediación y el poco interés sobre el derecho internacional afirma: "From the other side of the looking glass, studies of international mediation and other forms of third party intervention have given short shrift to international norms. For them, mediation seems to take place in a legal vacuum, where intermediaries do not raise normative arguments and the parties do not respond to them. Their perspective may seem predictable, as they remain principally concerned with solution to conflict and not with compliance with norms; however, their attitude essentially reflects not merely an instrumentalist view of norms, but one where the law essentially does not matter". Steven R. Ratner, "Does International Law Matter in Preventing Ethnic Conflict?", pp. 684-686.

Él le habla principalmente a una audiencia de relaciones internacionales o de estudios interdisciplinares DI/RI interesados en temas de conformidad y les quiere mostrar que el derecho es importante (algo que ya habían hecho otros como Thomas Franck[636]) pero al hacerlo (a diferencia de Franck) se esfuerza por mostrar también su lugar en campos menos evidentes a los del derecho duro o la solución judicial[637].

Ratner afirma que retomar de la teoría de la mediación la pregunta por *quién* puede ser mediador (evaluando los distintos tipos de mediador y sus repercusiones en la eficacia de la mediación según las partes y el conflicto), enriquece el estudio sobre la conformidad del derecho y, en general, la pregunta por la relevancia del derecho internacional. Y la forma como se enriquece el estudio de la conformidad del derecho es porque la caracterización del tercero permite establecer criterios de *legitimidad* entre ellos, aspecto que fortalece su poder de persuasión entre las partes y, finalmente, incrementa la conformidad y la utilización del derecho. Es decir, según Ratner, el interés en las características del tercero que tiene la teoría de la mediación, permiten destacar ciertos tipos de terceros que tienen mayor legitimidad y, por ende, mayor poder de persuasión (*e. g.* por pertenecer a una determinada institución o ser representante de un Estado). A este mediador / tercero con importante poder persuasivo debido a su legitimidad, lo denomina el *intermediario normativo*[638].

Desde ya podemos ver que la forma de acercarse a las características del tercero (más o menos legítimo), es diferente a las que clasifican al tercero según el tipo de mecanismos en el que actúa (*e. g.* juez, árbitro, mediador). Además, vemos que con el puente interdisciplinar que propone (entre los estudios DI/RI sobre la conformidad/legitimidad y la teoría de la mediación), Ratner quiere destacar elementos de la teoría de la mediación útiles para responder a las preguntas que se hacen sobre la conformidad del derecho (y, finalmente, sobre la legitimidad),

636 *Ibid*., p. 649. Para Thomas Franck de la legitimidad de las normas se desprende su conformidad y por qué el derecho internacional importa. Véase Thomas M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, Nueva York, Oxford: Oxford University Press, 1990.

637 Steven R. Ratner, "Does International Law Matter in Preventing Ethnic Conflict?", pp. 659-668.

638 Este intermediario normativo es un tercero con ciertas características concretas que, según Ratner, le infieren un poder legitimatorio: "A normative intermediary is a party, authorized by states or an international organization seeking to promote observance of a norm, who involves himself or herself in a particular compliance shortcoming of a state and seeks to induce compliance through a hands-on process of communication and persuasion with relevant decision-makers. Such a party might be a single person acting alone (such as Jimmy Carter in some of his diplomatic assignments) or a direct agent representing a state or international organization. In the case of the latter, he or she might serve on an ad hoc basis or, as with the High Commissioner, as an institutionalized mechanism of an organization". *Ibid*., p. 668.

pero no lo hace para estudiar, caracterizar o clasificar los mecanismos ni la mediación y su juridicidad. Por otro lado, su estudio no se refiere a todo mediador, ni se interesa tampoco en el mecanismo de la mediación, en general[639].

Estos aspectos se distancian, en buena parte, de la perspectiva jurídica internacionalista con la que generalmente se aborda el estudio de la resolución pacífica de conflictos y los mecanismos existentes. Por tanto, estos aportes no resultan inmediatamente traspasables a estos estudios y difícilmente podría decirse que con ellos se suple el punto ciego sobre el estudio de la mediación en derecho internacional.

Sin embargo, al tender ese puente interdisciplinar Ratner (re)formula ciertas preguntas que resultan interesantes para este estudio. Ratner explica que la gran mayoría de estudios por la conformidad del derecho se centran en estudios sobre el *derecho duro* y el trabajo judicial pues son las áreas en las que no se pone en duda el carácter jurídico que se está evaluando y resulta más evidente preguntarse por qué las partes cumplen con estas normas y decisiones. Al mismo tiempo, destaca los vacíos existentes sobre estos temas en lo referente al denominado *derecho blando* (*soft law*) y otros terceros que solucionan conflictos utilizando el derecho. Él retoma las preguntas tradicionales de los estudios DI/RI por el lugar del derecho en las relaciones internacionales y cómo las normas (y el derecho) importan, y las aplica fuera de escenarios tradicionales como el arreglo judicial.

Dejando de lado su interés en probar cómo el derecho blando o los mecanismos no obligatorios contribuyen a la conformidad y efectiva utilización del derecho gracias a la legitimidad del "intermediario normativo", es destacable que parte importante de su esfuerzo está dirigido a demostrar que el derecho está (o puede estar) presente en el trabajo de terceros que actúan en el marco de mecanismos no obligatorios. Sobre esto dice Ratner que el derecho tiene un lugar en toda negociación, así sea "a la sombra del trabajo de las cortes"[640].

639 Ejemplo de que no está interesado, en general, por la mediación y los mediadores, sino que quiere concentrar su argumento en ciertos casos específicos, es que prefiere usar un nuevo término para el tipo de tercero *legítimo* que propone (*intermediario normativo*) en lugar de llamarlo simplemente *mediador*.

640 Esta expresión remite a una idea que ha sido discutida en el derecho interno estadounidense sobre la mediación interna. En un célebre artículo de los años setenta, Robert Mnookin y Lewis Kornhouserm afirmaron que el derecho siempre está "en la sombra" de toda las mediaciones que se hace en casos de divorcios. Este artículo ha sido ampliamente comentado, criticado y defendido. Tal y como Ratner lo reconoce, los términos en los que se da esta discusión son propios del derecho interno y no del todo trasladables al derecho internacional, pues, en general, se considera que el derecho está a la sombra de toda mediación, porque las partes saben que siempre pueden acudir al juez en caso de que sus derechos no sean respetados y, por ende, no permitirían una negociación abiertamente en contra de lo que el juez fallaría. Sin embargo para Ratner: "Yet the

En un estudio sobre los conflictos territoriales, enumera por lo menos cuatro formas en que el derecho está presente:

> First, international law may represent a sort of fact on the ground that neither party can ignore […]. The second way […] is by serving as a set of bookends to keep particularly egregious claims off the table. […] [L]aw serves as a constraint on decision makers […]. Third, and critically, the international law […] effectively guides the parties toward certain options or even one option alone. Indeed, A.L. W. Munkman and Jacqueline Dutheil de la Rochère noted strong similarities between the criteria applied by international tribunals and those used by mediators and negotiators recommending or making territorial settlements […]. Fourth, and relatedly, international law may offer confidence-building formulas to help cement an agreement[641].

Al hacer esto replantea la distinción entre lo que puede ser considerado jurídico, algo que puede aplicarse a la pregunta por el lugar del derecho mismo en situaciones ambiguas o tradicionalmente consideradas no jurídicas, como la mediación internacional. Preguntarse por el lugar que ocupa el derecho internacional en mecanismos no obligatorios, se relaciona con preguntarse en qué sentido la mediación es jurídica y, finalmente, cuál es su lugar en el derecho internacional. No quiero argumentar acá si el derecho internacional en efecto importa o no, ni tratar de responder el reto realista que tanto ha impregnado las relaciones internacionales y los estudios DI/RI. Lo que destaco es la originalidad de preguntarse por el lugar del derecho internacional en escenarios que tradicionalmente han sido dejados de lado, incluso por los estudios jurídicos internacionalistas. Resulta interesante retomar la manera de replantear la pregunta por el lugar del

---

law does have a place in boundary negotiations —as in all negotiations— even if its shadow is not cast by a court". Steven R. Ratner, "Lands Feuds and their Solutions: Finding International Law beyond the Trial Chamber", p. 821. Sobre la mediación en la sombra del derecho interno, véase Robert H. Mnookin y Lewis Kornhauser, "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce", *The Yale Law Journal*, vol. 88, n.º 5, 1979, pp. 950-997. Para ahondar en las diferencias entre el derecho interno e internacional y la idea de que en el derecho interno el juez es un respaldo de las partes que no se da en derecho internacional véase Carrie Menkel-Meadow, "Correspondences and Contradictions in International and Domestic Conflict Resolution: Lessons from General Theory and Varied Contexts", pp. 319-352.

641 Steven R. Ratner, "Lands Feuds and their Solutions: Finding International Law beyond the Trial Chamber", pp. 821-823. Además, refiriéndose a la manera como el Alto Comisionado para las Minorías Nacionales de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), utiliza el derecho en su trabajo como "intermediario normativo", dice: "In this context, the OSCE High Commissioner has employed five principal methods for integrating norms into conflict resolution – (1) translation of norms; (2) elevation of norms; (3) mobilization of support for outcomes consistent with norms; (4) development of norms; and (5) dissemination of norms". Steven R. Ratner, "Does International Law Matter in Preventing Ethnic Conflict?", pp. 622-623.

derecho y ver cómo esto, a su vez, ayuda a responder a la pregunta por el lugar de la mediación en el derecho internacional.

Vemos, entonces, que los elementos que resultan enriquecedores para el estudio de la mediación desde el derecho internacional, no residen en el trabajo interdisciplinario que hace Ratner (y los elementos que él destaca de cada disciplina). Pasar a ver el mediador como más o menos legítimo, o preguntarse si esa legitimidad incrementa o no su poder persuasorio y la conformidad del derecho, contiene modificaciones profundas sobre cómo se estudia el tema de la resolución pacífica de conflictos. Son preguntas y aproximaciones diferentes que imposibilitan que con esta propuesta interdisciplinaria se subsanen los puntos ciegos sobre el lugar de la mediación internacional en el derecho internacional. Pero sí plantea preguntas y señala escenarios en el derecho internacional y en las relaciones internacionales en los que la distinción entre lo jurídico y lo no jurídico generan incomodidad.

Este tipo de interrogantes puede sugerir a su vez preguntas importantes que indaguen sobre la incomodidad que genera la clasificación y definición de conceptos como la mediación internacional. Este planteamiento muestra que, además de preguntarse por el lugar de lo político/ideológico en el derecho (internacional), hace falta también preguntarse por el lugar del derecho en lo tradicionalmente clasificado como político.

* * *

Con esto podemos concluir que los alcances y posibilidades de la interdisciplinariedad han sido y continúan siendo muy debatidos. Sobre la interdisciplinariedad que denominé *interdisciplinariedad profunda*, en la que dos o más disciplinas buscan enriquecerse mutuamente y proponer una nueva perspectiva, puede decrise que varios de sus defensores contemporáneos parecen estar de acuerdo con que esta aproximación debe entenderse como algo más allá de una colonización de los métodos de una disciplina en otra. Se deben compartir intereses, lenguajes, concepciones y demás, que permitan compartir resultados y teorías entre ambas.

También, hemos dicho que puede haber un trabajo *disciplinar enriquecido*. En este tipo de estudios hay una incorporación en una disciplina de aspectos de otra (*e.g.* sobre la historia, el desarrollo o la economía) con la esperanza de hacer más rico y fructífero un trabajo que se quiere en esencia disciplinar. En este sentido, el estudio se identifica como perteneciente a una disciplina a la que quiere contribuir,

pero que toma elementos de otras áreas del conocimiento. Con ello se busca abordar, de una manera más completa y pertinente, ciertas preguntas disciplinares, usando un lenguaje propio de la disciplina en la que se quiere intervenir.

En el caso de la mediación internacional, vimos que las preguntas desde las cuales se estudia en cada una de estas corrientes teóricas, son esencialmente diferentes. Por ello, para este trabajo que se quiere perteneciente al derecho internacional, que se pregunta por el lugar de la mediación en ese derecho y por qué no se le estudia con interés desde esa disciplina, la mirada interdisciplinaria resulta interesante en la medida en que los estudios de otras disciplinas aportan métodos, marcos teóricos y conceptos que enriquezcan las perspectivas jurídicas. Esto ocurre en el caso de la historia tomada como herramienta para examinar discursos que han sido considerados mayoritarios en este derecho y que en ocasiones se toman como contextos dados y neutros de lo que *es* el derecho internacional (y, al mismo tiempo, de lo que *no es*).

Sin embargo, la aproximación desde las relaciones internacionales sobre la mediación no parece enriquecer los vacíos que hay sobre el tema en el derecho internacional. Esto impide que podamos proponer un estudio o traspaso interdisciplinario para colmar la ausencia de su estudio desde el derecho internacional. La mediación, aun tomando en cuenta los estudios en teoría de la mediación y los estudios interdisciplinares DI/RI, sigue siendo un punto ciego en el derecho internacional. Sin embargo, las preguntas planteadas por Ratner sobre el lugar del derecho en mecanismos no obligatorios, si bien no se usan para responder a la pregunta sobre el lugar de la mediación en el derecho internacional, sugieren caminos posibles que podrían utilizarse en ese sentido.

CONCLUSIONES

COMENTARIOS FINALES Y EL CASO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES (CANI)

En aras de indagar por el lugar que se le da a la mediación en el derecho internacional, me he detenido a examinar cómo podría explicarse el poco interés de la doctrina jurídica internacional en estudiar este mecanismo y sus consecuencias. En los primeros capítulos he mostrado que las explicaciones varían según las sensibilidades de la disciplina y sus contextos. En particular, los primeros dos capítulos han revelado algunos elementos que pueden explicar por qué, en ciertos momentos y contextos, la mayoría de doctrinantes internacionalistas se interesan en unos mecanismos de resolución pacífica de controversias más que en otros, mostrando que ese interés se relaciona directamente con cómo entienden el derecho internacional (y, por ende, lo que consideran *jurídico* y pertinente de ser estudiado por este derecho) y qué consideran que no forma parte de él (generalmente, lo que consideran *político*).

Consecuentemente, el tipo de narrativas históricas analizado ha buscado reconstruir ciertas sensibilidades mayoritarias del derecho internacional para determinar que la mediación internacional es efectivamente un punto ciego del derecho internacional y por qué lo es. Para ello, he examinado cómo se ha estudiado la mediación en la doctrina jurídica internacional desde finales del siglo XIX hasta hoy y he mostrado que los criterios considerados esenciales para diferenciar los mecanismos de resolución de conflictos han variado según las sensibilidades de cada época conservando, sin embargo, elementos de discursos que se modifican, desaparecen y reaparecen continuamente. He dicho también que, a menudo, los discursos se presentan como disímiles, contradictorios y novedosos, cuando en realidad resultan similares y repetitivos con aquellos que los preceden.

De manera general, vimos que el estudio de la mediación internacional ha sido y continúa siendo un punto ciego para la doctrina mayoritaria y que a lo largo de todas las formas examinadas de entender, distinguir y concebir los mecanismos de resolución pacífica de conflictos, el esfuerzo e interés de la mayoría de los doctrinantes no recae en la mediación internacional. La mediación, generalmente, es definida en oposición a los mecanismos que les interesan primordialmente a los internacionalistas, a saber: el arreglo judicial y el arbitraje y, en

menor medida, la conciliación. Su delimitación y caracterización son, por lo general, dadas por defecto o de manera residual de las definiciones hechas sobre los otros mecanismos. Si bien los criterios distintivos varían, esta tendencia a definir la mediación (y los buenos oficios) *por oposición* a otros mecanismos, no ha cambiado. En este sentido, se define la mediación por descarte, como aquello que no cabe en los mecanismos jurisdiccionales, sin que en la práctica se pueda prescindir de ella, casi a pesar de quienes describen y delimitan los mecanismos. Esto lleva a que su definición concreta no sea fácil de aprehender y a que, en ocasiones, su lugar en el ordenamiento jurídico internacional sea puesto en duda o simplemente ignorado.

En este ejercicio comparativo, vimos que la flexibilidad de la mediación internacional no se adapta bien a las oposiciones con las que generalmente se distinguen y delimitan los otros mecanismos en los estudios de derecho internacional (la mediación *puede ser* obligatoria, *puede ser* formal, *puede* aplicar exclusivamente el derecho existente, entre otros). También vimos que la diferencia de criterios usada por los autores tiene, la mayoría de veces, implícito un discurso de diferenciación entre lo jurídico y lo político (entendido como lo no-jurídico) que incluye referencias a criterios de distinción según la imparcialidad u objetividad de los mecanismos.

Me he detenido también a examinar cómo se entiende la mediación en el marco de las OI, estudiando el caso de la creación de la Sociedad de Naciones y la ONU, sus cartas constitutivas, la práctica de sus órganos y la doctrina de la época. Con ello vimos que, con la creación y consolidación de estas OI se fortaleció e incrementó la utilización de los mecanismos de resolución pacífica de conflictos, incluyendo la mediación, de manera institucional, y que la práctica desarrolló el papel, no previsto originalmente, del secretario general de la ONU como mediador principal de la organización. De este estudio concluimos, sin embargo, que la mediación en el marco de las OI no constituye un nuevo mecanismo de solución de controversias independiente, sino la consolidación de un nuevo tipo de tercero como mediador.

Por otro lado, me he preguntado sobre por qué y qué consecuencias tiene el abundante estudio que se hace de la mediación internacional desde las relaciones internaciones. Para ello me centré en determinar cómo es abordado el concepto de la mediación en esa disciplina. Se dijo que la mayoría de los estudios en la materia se hacen desde la teoría de la mediación y que en estos estudios se destaca un interés por la aplicación práctica de la mediación, con énfasis en

responder preguntas por el *cómo*, *quién* y *cuándo* de la mediación internacional. También, dijimos que en los estudios de teoría de la mediación no hay un interés directo por el derecho, ni por la juridicidad del mecanismo. El derecho (internacional o interno) es considerado un elemento que forma parte del contexto externo del conflicto dentro del cual se da la mediación y tiene relevancia solamente en la medida en la que el contexto externo influye para determinar el momento adecuado de establecer una mediación.

Posteriormente, me pregunté sobre la posibilidad de utilizar los estudios sobre la mediación, hechos desde las relaciones internacionales para colmar los vacíos que deja su falta de estudio en el derecho internacional y examiné algunos aspectos de la discusión sobre las posibilidades y limitaciones de los estudios interdisciplinares, en particular, entre el derecho internacional y las relaciones internacionales. Al hacer eso distinguí entre los estudios que buscan hacer una *interdisciplinariedad profunda* y aquellos que buscan hacer un trabajo *disciplinar enriquecido*. Denominé *interdisciplinariedad profunda* a los estudios que buscan ofrecer una mirada unificada en la que se integran dos o más disciplinas, mientras que en el trabajo *disciplinar enriquecido* se toman perspectivas, herramientas o aspectos metodológicos de una o más disciplinas, pero se conserva el origen e identidad principal de una de ellas.

En este sentido, vimos que varios de los internacionalistas que critican los estudios DI/RI los consideran ejemplos de interdisciplinariedad profunda que quieren integrar las perspectivas del derecho internacional con las relaciones internacionales y que desnaturaliza el derecho internacional pues su identidad y lenguajes son colonizados a favor de las relaciones internacionales. Así, consideran que muchos cambios de terminología, presentados como simples traducciones para modernizarse, tecnificarse o para entenderse con otras disciplinas, acarrean, en realidad, cambios importantes sobre cómo se entiende una disciplina, cuáles son sus objetivos, qué preguntas son relevantes en el marco de su estudio y cuáles se dejan de lado. Finalmente, vimos también que defensores de los estudios DI/RI sostienen que es posible hacer otro tipo de estudios en los que se haga una interdisciplinariedad profunda integrando, efectivamente, las perspectivas e identidades de las dos disciplinas.

Teniendo en cuenta lo anterior, concluí que el punto ciego sobre el estudio de la mediación deja varios interrogantes sin respuesta que no pueden responderse con una mirada interdisciplinaria proveniente de los estudios sobre mediación en las relaciones internacionales. Por un lado, las preguntas desde la teoría de la

mediación difieren de la perspectiva con que se analizan los mecanismos de resolución de conflictos en el derecho internacional por lo que un simple traslado disciplinar no colmaría el punto ciego de su estudio en el derecho internacional. Por otro lado, en los estudios DI/RI no se estudia la mediación internacional, por lo que tampoco puede decirse que suplen el vacío de los estudios sobre la mediación internacional desde el derecho internacional. En este punto, destaqué los trabajos de Steven Ratner en los que se busca proponer una mirada interdisciplinaria DI/RI integrando también aspectos de la teoría de la mediación. Sin embargo, mostré que Ratner no se interesa tampoco en la mediación internacional ni en su lugar en el derecho internacional, pero propone cuestionarse concretamente por el lugar y la relevancia del derecho internacional en mecanismos no obligatorios como la mediación. Esto implica prestar atención a aspectos habitualmente dejados de lado por los sesgos propios de las disciplinas involucradas y de sus puntos ciegos.

Me parece importante relacionar este tipo de cuestionamientos con las conclusiones que se desprenden del análisis jurídico doctrinal hecho en los tres primeros capítulos. Esto, pues uno de los aspectos interesantes para examinar la doctrina como sensibilidades y ver sus efectos sobre cómo se entiende y clasifica la mediación, reside en examinar no solo las respuestas concretas que la doctrina da al estudio de la mediación, sino en las dudas que quedan sobre el tema y el tipo de nuevas preguntas que permiten plantear. Es decir, prestar atención tanto a los elementos que son enfatizados por la doctrina como a sus silencios, pues ambos nos permiten develar nuevas preguntas sobre aspectos dejados de lado que tienen repercusiones sobre cómo se entiende la mediación en el derecho internacional.

Al estudiar el lugar de la mediación en la doctrina internacionalista vimos que se ha evitado definir su lugar. La mediación es un punto ciego que se define de manera residual. Sin embargo, no por ser un punto ciego está libre de consecuencias. Por el contrario, ser un punto ciego tiene implícitos ciertos sesgos de la disciplina que hacen que se le adjudiquen unas repercusiones y un lugar. Un lugar que es inestable y ambiguo y que denota una incomodidad sobre cómo lidiar jurídicamente con el concepto. Así, se le estudia con poca profundidad y se le caracteriza por comparación a otros conceptos, sin que se le descarte. La mediación está incluida en prácticamente todos los estudios doctrinales junto con los demás mecanismos de resolución pacífica de conflictos que propone el derecho internacional y forma parte de casi todos los instrumentos internacionales en la materia o de cláusulas convencionales específicas.

Hemos visto que los criterios de distinción de los mecanismos (*justiciabilidad* de los conflictos, grado de *tecnicidad* o de *evolución* de los mecanismos, entre otros) esconden una separación entre lo (más) jurídico y lo (más) político. La tensión entre lo político y lo jurídico en los mecanismos jurisdiccionales ha sido ampliamente estudiada, ya sea defendiéndola o criticándola. La preferencia por el juez y el arreglo judicial se deben, en parte, a que la *juridicidad* de este mecanismo y la pertinencia de estudiarlo desde una perspectiva jurídica, no están puestas en duda. Ya sea en las críticas realistas, en la postura crítica o en las defensas radicales e intermedias más o menos formalistas de la acción judicial, el interés principal ha recaído en los mecanismos de resolución de conflictos en los que no se duda de su juridicidad y el debate se ha centrado en determinar hasta qué punto puede entenderse que el trabajo judicial es político o apolítico[642]. Es decir, en todos ellos se debate el lugar que puede o debe tener lo político *en* lo jurídico.

Por otro lado, nadie parece poner en duda que la política tiene un lugar importante en la mediación internacional. La naturaleza *política* de la mediación se deduce como una consecuencia implícita de la manera como se le describe y clasifica diferenciándola de los mecanismos más *jurídicos* como el arreglo judicial. Sin embargo, al hacer esto no se debate sobre lo que implica concretamente el término *político* ni sobre la posible tensión entre lo jurídico y lo político *en* la mediación. En este aspecto cobran relevancia los estudios de Ratner mencionados y su interés por preguntarse por el lugar del derecho en el trabajo de terceros que actúan en el marco de mecanismos no obligatorios. El estudio de la mediación internacional demuestra una inestabilidad similar entre lo político y lo jurídico a la del trabajo judicial, que deja sin respuesta preguntas por el lugar de lo jurídico *en* lo político. ¿Puede decirse que, así como los mecanismos judiciales tienen aspectos políticos (¿subjetivos?), los mecanismos diplomáticos tienen también aspectos jurídicos (¿objetivos?)? O, ¿así como se considera que es inevitable que la decisión del juez se dé en medio de un debate ideológico con

642 Que ha derivado en numerosos debates sobre ese tema, por ejemplo, qué tan objetivo-subjetivo o ideológico-imparcial debe ser o puede ser el trabajo judicial, así como preguntarse por la separación o asimilación entre aplicación-creación del derecho, adjudicación-legislación, entre otros. En este sentido, retomando a Koskenniemi, dice Becker: "En otras palabras, en la misma juridicidad está el origen de la indeterminación legal, en la medida que en la pretensión de diferenciarse/separarse de la esfera política, la esfera jurídica se limita a la conformación de un conjunto de normas pretendidamente objetivas, esto es, a la vez concretas y normativas. La contradicción sobreviene al interior de la esfera jurídica cuando en la operación de la argumentación legal (principalmente en la adjudicación) mediante reglas, normas, principios, doctrinas, etc. pretendidamente objetivos, el argumento se torna ineludiblemente apologético o utópico". Arnulf Becker Lorca, "El derecho internacional como disciplina y su práctica en el Chile de los noventa", p. 40.

consideraciones políticas, puede entenderse que en los mecanismos diplomáticos el derecho opera siempre como una "tercera parte invisible"[643]?

Más allá de interesarme por una respuesta concreta a esta pregunta, en este estudio he querido mostrar que la juridicidad depende de la concepción que se tiene del derecho internacional. Ya hemos mencionado que la objetividad es un criterio de juridicidad habitualmente utilizado o insinuado por muchos autores, criterio que *a priori* se usa para sugerir que la mediación está fuera del ámbito jurídico. Otra concepción del derecho internacional que también sugiere que un mecanismo como la mediación no es (suficientemente) jurídico, es aquel que limita lo jurídico a la estricta función jurisdiccional de realizar el derecho o a dar una solución obligatoria[644]. Pero, además de la flexibilidad propia de la mediación y la dificultad que hemos destacado en oponerla a estos criterios, hay muchas otras concepciones posibles de derecho internacional. Por ejemplo, hay autores que consideran que como el arreglo pacífico de controversias es una obligación jurídica que se desprende directamente de la Carta de Naciones Unidas (y otros instrumentos internacionales), todos los mecanismos propuestos por la carta y que permitan cumplir con esta obligación, son por lo mismo jurídicos y parte del derecho internacional[645]. Así mismo, puede argüirse que, puesto que todos los mecanismos de resolución de conflictos (incluyendo la mediación) tienen como propósito plantear soluciones adaptadas a las necesidades de las partes, quienes las pueden aceptar o rechazar, esto hace que el derecho esté presente en toda negociación así sea "en la sombra"[646], lo cual hace

643 John Greenwood Collier y Vaughn Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law. Institutions and Procedures*, p. 8. Véase *supra* capítulo 1, sección 2, §1, B: El derecho como elemento distintivo.

644 El énfasis en la obligatoriedad como característica de la juridicidad ha sido defendido en un célebre texto del internacionalista francés Prosper Weil y que para muchos refleja la visión europea continental mayoritaria del derecho internacional contemporáneo. Véase Prosper Weil, "Towards Relative Normativity in International Law", *American Journal of International Law*, vol. 77, n.º 3, 1983, pp. 413-442.

645 "For it should not be forgotten that it is the peaceful settlement of disputes and not adjudication as such which is called for by the Charter of the United Nations and other relevant instruments". Pieter Hendrik Kooijmans, "International Arbitration in Historical Perspective: Past and Present. Comments on a Paper by Professor L. B. Sohn", p. 30. En el mismo sentido, el internacionalista uruguayo, Jorge Peirano Basso afirma que lógicamente todos los mecanismos de resolución de conflictos propuestos por la carta para cumplir la obligación de resolver pacíficamente sus conflictos, son jurídicos: "A partir del momento en que la comunidad internacional ha reconocido como norma jurídica —no como simple aspiración— 'la obligación de regular por medios pacíficos los diferendos internacionales' esos procedimientos de arreglo pacífico han quedado definitivamente incorporados al mundo de lo jurídico. […] Sea cual fuere el medio que se emplee para [cumplir con la obligación de la carta], estamos frente a procedimientos jurídicos. La juridicidad de estos institutos se fundamenta en que son la manera concreta que el derecho ha previsto para solucionar conflictos internacionales". Jorge Peirano Basso, *Buenos oficios y mediación: la práctica internacional en el último cuarto de siglo*, p. 24.

646 Véase *supra* capítulo 4, sección 3, §2: ¿Interdisciplinariedad con los estudios interdisciplinares DI/RI?: la teoría de la conformidad del derecho y el "puente" de Steven Ratner, p. 239 y nota 640.

improbable que una solución totalmente contraria a los derechos de las partes sea aceptada por ellas[647].

Sea cual sea la concepción de derecho internacional que se defienda, el punto ciego de la mediación es un ejemplo de la dificultad de evaluar el otro lado de la moneda: no lo político en lo jurídico, sino lo jurídico en lo político. La mediación, como punto ciego del derecho internacional, contiene sesgos que suscitan interrogantes al tiempo que provocan consecuencias concretas como, por ejemplo, la separación entre lo jurídico y lo político que, en el caso de la mediación, se desprende de las características residuales que se le adjudican a la mediación y por ello no es debatido como sí se hace respecto al trabajo del juez[648].

Con esto no pretendo encontrar una respuesta a esas preguntas ni proponer una definición de lo que es jurídico y de lo que no lo es. Con ello quiero señalar que la inestabilidad propia de la mediación produce dificultad o incomodidad en su clasificación, aun si se aceptan las versiones sobre lo jurídico descritas (como aquello obligatorio, objetivo, formal). Más aún, tal vez es esa inestabilidad y flexibilidad la que la hacen dinámica y útil en casos, también considerados inestables e incómodos para el derecho internacional. Uno de estos casos es el de los conflictos armados internos, como el colombiano.

El caso de los conflictos armados internos revela, sin duda, incomodidad de seguir las caracterizaciones de la doctrina internacionalista que hemos visto a lo largo de este estudio, para determinar cuáles son los mecanismos jurídicamente relevantes. Es sabido que tradicionalmente se considera que el derecho internacional fue diseñado para encargarse de las relaciones interestatales y que los mecanismos de resolución de controversias lo fueron consecuentemente

647 Para una propuesta que, por el contrario, llama a que la mediación internacional pueda alejarse del derecho, pues este la limita y le impide desarrollar todo su potencial, véase Darrel Menthe, "Legalization and the Mediation of International Disputes: the Balkan Experience", *Connecticut Journal of International Law*, vol. 23, n.º 83, 2007-2008, pp. 83-121.

648 Otra discusión interesante que se ha hecho con relación al juez y al lugar del derecho en la adjudicación es la de la equidad y la (cada vez más recurrente) posibilidad de que los jueces fallen en equidad (*ex aequo et bono*). El análisis de la doctrina de equidad comprende una discusión doctrinal sobre lo que es propiamente jurídico, lo que no lo es e, incluso, lo que está entre lo jurídico y lo no-jurídico. Varios elementos de esta discusión, del equilibrio y de la ambigüedad en la equidad entre lo que se entiende por decisión jurídica y no-jurídica, sería muy interesante aplicarlas al caso de la mediación internacional. Sobre la discusión de la doctrina de la equidad, véase Mark Weston Janis, "The Ambiguity of Equity in International Law", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 9, n.º 1, 1983, pp. 7-34; Francesco Francioni, "Equity in International Law" in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ed. por Rudolf Bernhart y Rüdiger Wolfrum, Disponible en www.mpepil.com, Oxford University Press, 2008; Anastasios Gourgourinis, "Equity in International Law Revisited (with Special Reference to the Fragmentation of International Law)", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 103, 2009, pp. 79-82.

para resolver los conflictos entre Estados. Hoy en día, los conflictos armados internos son una de las mayores fuentes de violencia en el mundo, pero a pesar de ello la relación entre el derecho internacional y este tipo de conflictos sigue siendo limitada y sensible. Si bien actualmente se acepta de manera casi general que los principios de soberanía y no injerencia en los asuntos internos de los Estados tienen ciertas limitaciones[649], en muchos casos, estos principios siguen considerándose pilares del derecho internacional. Así, la aplicación del derecho internacional a los conflictos internos ha supuesto modificaciones y una adaptación (a veces forzada y limitada) de los mecanismos a las particularidades de estos conflictos. El caso y las características de los conflictos armados internos y su relación con los mecanismos de resolución de conflictos del derecho internacional merecen ser examinados en detalle en un estudio posterior a este. Por el momento, me interesa solamente plantear ciertos cuestionamientos que se desprenden de la forma de caracterizar la mediación internacional en la doctrina internacionalista ilustrándolo con este tipo de conflictos.

Como hemos señalado en este estudio, los cambios de lenguaje y terminología en aras de una mayor *evolución* o de una *interdisciplinariedad profunda* traen consigo cambios y consecuencias sobre cómo se entiende una disciplina, y contienen sesgos que repercuten en lo que se entiende como relevante para su estudio. La discusión sobre la relevancia o evolución de los mecanismos en términos de *tecnicidad*, *formalidad* u *obligatoriedad*, no solo deja a la mediación como punto ciego del derecho internacional, sino que también quedan fuera de la discusión la resolución pacífica de los conflictos armados internos y el tipo de mecanismos que puede proponer para ello el derecho internacional. Más allá de que se defienda o critique la tendencia de *judicialización* o *tecnificación* de los mecanismos, este debate no tiene en cuenta la solución de los conflictos armados internos sobre los cuales difícilmente puede argumentarse que deban y puedan ser resueltos mediante un mecanismo judicial o técnico internacional.

¿Esto quiere decir que los conflictos armados internos son ajenos al derecho internacional? Considerar que los conflictos armados (internos e internacionales) son solo políticos y ajenos al derecho internacional implicaría revivir la división entre conflictos con todas las implicaciones y críticas que esta división contiene (*e. g.* justiciabilidad, incompletitud del derecho, *non liquet*, entre otros).

649 El debate y las consecuencias sobre el carácter *erga omnes* y *jus cogens* de ciertos derechos humanos y del derecho internacional humanitario y, en particular, la creación de la Corte Penal Internacional, son ejemplos emblemáticos.

También, ignoraría la relación entre el derecho internacional y la paz de las naciones, que, como hemos visto, ha formado históricamente parte de las sensibilidades internacionalistas e incluye, desde hace por lo menos medio siglo, los conflictos que suceden en el ámbito intranacional además del internacional[650]. Así mismo, negar la relación entre los conflictos armados internos y el derecho internacional, nos remite a varias preguntas que hemos planteado antes generando un círculo infinito: ¿Qué pasa con la obligación jurídica que tienen los Estados de resolver pacíficamente sus conflictos?, ¿puede la solución de un conflicto armado interno ser totalmente ajena al derecho?, ¿qué ocurre con la interdicción de la amnistía y otros "límites" que interponen tribunales como la Corte Penal Internacional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos?, ¿pueden ponerse límites jurídicos en un espacio no-jurídico/político?

Ahora bien: aceptando que existe una relación entre el derecho internacional y los conflictos armados internos, no parece descabellado pensar que, en particular, en lo relativo a la solución pacífica de conflictos, esta será siempre una relación que necesitará de instrumentos flexibles del derecho internacional. Incluso, si el derecho internacional encuentra cada vez más aspectos en los que pueda o deba intervenir en los asuntos internos de los Estados, resulta difícil imaginar que pueda intervenir de forma más directa en la solución pacífica de estos conflictos que a través de un mecanismo como la mediación. La mediación, a pesar de tener lugar ambiguo en el derecho internacional, es uno de los pocos mecanismos con que cuenta este derecho para interceder en la solución pacífica de los conflictos armados internos. Probablemente, esto explica, en parte, el que ni la doctrina ni los instrumentos internacionales puedan prescindir de ella.

En suma, el caso de la mediación internacional en el derecho internacional, los silencios y el poco interés que la rodean, son un ejemplo más de cómo los puntos ciegos no son simples aspectos ignorados sin consecuencias, sino el resultado de sesgos disciplinares que deliberadamente los deja de lado. Esos puntos ciegos y sus consecuencias no pueden simplemente colmarse con traslados interdisciplinares si ellos no contienen perspectivas complementarias y responden a preguntas similares.

650 Así, a pesar de los múltiples cambios de visiones y miradas sobre el derecho internacional, Emmanuelle Tourme-Jouannet considera que el derecho internacional contemporáneo obedece a una finalidad a la vez liberal y de bienestar. Según ella, este derecho se utiliza tanto para resolver los problemas de paz, de coexistencia y de cooperación, como para la salvaguarda y el bienestar de la población mundial. En este sentido, ella resalta tres "pilares" del derecho internacional, siendo "la paz" el primero de ellos. Véase Emmanuelle Tourme-Jouannet, *Le droit international*, Que sais-je?, París: Presses Universitaires de France (PUF), 2013, pp. 70-125.

La manera como se distingue la mediación de otros mecanismos en derecho internacional es evidencia de la inestabilidad con la que se formulan las distinciones entre lo jurídico y lo no-jurídico, a menudo denominado *lo político*, las cuales cambian continuamente según los intereses y necesidades de las sensibilidades internacionalistas y que nos invita a cuestionarnos también por el lugar que lo jurídico puede tener en lo político. Su relación con los conflictos armados internos puede ser, además, un ejemplo de la necesidad y utilidad de esa inestabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

Abbott, Kenneth W., "Toward a Richer Institutionalism for International Law and Policy", en *Journal of International Law & International Relations*, vol. 1, n.º 2, 2005, pp. 9-34.

_____, "International Law and International Relations Theory: Building Bridges. Elements of a Joint Discipline", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 86, 1992, pp. 167-172.

_____, "Modern International Relations Theory: A Prospectus for International Lawyers", *The Yale Journal of International Law*, vol. 14, n.º 2, 1989, pp. 335-411.

Abbott, Kenneth W. y Snidal, Duncan, "Law, Legalization, and Politics: An Agenda fot he Next Generation of IL/IR Scholars", en *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations. The State of Art*, Dunoff, Jeffrey L. y Pollack, Mark A. (eds.), Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 33-59.

Alter, Karen J., "The Multiple Roles of International Courts and Tribunals: Enforcement, Dispute Settlement, Constitutional and Administrative Review", en *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations. The State of Art*, Dunoff, Jeffrey L. y Pollack, Mark A. (eds.), Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 345-370.

Álvarez, Alejandro, *La Psychologie des Peuples et la Reconstruction du Droit International. Le Problème de la Paix*, París: Les éditions internationales, 1936.

Andebeng, Madeleine L. (ed.), *Procesos de paz en África: una experiencia para Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, 375 pp.

Anghi, Antony y Chimni, Bhupinder Singh, "Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflict", *Studies in Transnational Legal Policy. The Methods of International Law*, vol. 36, 2004, pp. 185-210.

Anghie, Antony, "The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities", *Third World Quarterly*, vol. 27, n.º 5, 2006, pp. 739-753.

_____, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press, 2004, xix-359 pp.

_____, "Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law", *Social & Legal Studies*, vol. 5, n.º 3, 1996, pp. 321-336.

Arnson, Cynthia y Whitfield, Teresa, "Third Parties and Intractable Conflicts. The Case of Colombia", *Grasping the Nettle. Analysing Cases of the Intractable Conflict*, Crocker, Chester A., Hampson, Fen Osler y Aall, Pamela (eds.), Washington D. C.: United States Institute of Peace Press, 2005, pp. 231-268.

Asamblea General de la ONU, "Fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución", en *A/RES/66/291*, 2012 (13 de septiembre).

_____, "Fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución", en *A/RES/65/283*, 2011 (28 de julio).

_____, "Documento final de la Cumbre Mundial 2005", en *A/RES/60/1*, 2005 (24 de octubre).

_____, "La situación en Centroamérica: amenazas a la paz y la seguridad internacionales e iniciativas de paz", en *A/RES/45/15*, 1990 (20 de noviembre).

_____, "Informe del Comité Especial de la Carta de las Naciones Unidas y del fortalecimiento del papel de la Organización", en *A/RES/39/88A-B*, 1984 (13 de diciembre).

_____, "Declaración sobre la prevención y la eliminación de controversias y de situaciones que puedan amenazar la paz y la seguridad internacionales y sobre el papel de las Naciones Unidas en esa esfera", en *A/RES/43/51*, 1988 (5 de diciembre).

_____, "Arreglo pacífico de controversias entre Estados", en *A/RES/39/79*, 1984 (13 de diciembre).

_____, "Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales", en *A/37/10*, 1982 (15 de noviembre).

_____, "Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales", en *A/RES/3283*, 1974 (12 de diciembre).

_____, "Reclamación por la detención y encarcelamiento de personal militar de las Naciones Unidas, en violación del Acuerdo de Armisticio de Corea", en *A/RES/906(IX)*, 1954 (10 de diciembre).

Asamblea General de la SDN, "Résolution, du 22 septembre", *Supplément Spécial du Journal Officiel, n.º 9, septembre 1922*, editado por Sociedad de Naciones, 1922.

Ascensio, Hervé, "Article 33", en *La Charte des Nations Unies. Commentaire Article par Article*, Cot, Jean-Pierre, Pellet, Alain y Forteau, Mathias (eds.), París: Economica, 2005, pp. 1047-1060.

Assefa, Hizkias, "World Council of Churches Mediation and the Sudan Civil War", en *New approaches to international mediation*, Mitchell, Christopher Roger y Webb, Keith (eds.), Nueva York: Greenwood Press, 1988, pp. 147-167.

Bailey, Sydney D., "Non-Official Mediation in Disputes: Reflections on Quaker Experience", *International Affairs*, vol. 61, n.º 2, 1985, pp. 205-222.

Bayer, Anna-Karina, "Peace Processes in Colombia: International Third-Party Interventions", en *Journal of Peace, Conflict & Development*, n.º 20, 2013, pp. 61-80.

Beardsley, Kyle, *The Mediation Dilemma*, Ithaca: Cornell University Press, 2011, ix-240 pp.

Becker Lorca, Arnulf, *Mestizo International Law. A Global Intellectual History 1842-1933*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, 420 pp.

_____, "Eurocentrism in the History of Internacional Law", en *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Fassbender, Bardo y Peters, Anne (eds.), Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 1034-1057.

_____, "Alejandro Álvarez Situated: Subaltern Modernities and Modernisms that Subvert", en *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, n.º 4, 2006, pp. 879-930.

_____, "International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination", *Harvard International Law Journal*, vol. 47, n.º 1, 2006, pp. 283-305.

_____, "El derecho internacional como disciplina y su práctica en el Chile de los noventa", tesis, Universidad de Chile, Instituto de Estudios Internacionales, 2001, 167 pp.

Bedjaoui, Mohammed, "Article 1, commentaire général", en *La Charte des Nations Unies. Commentaire Article par Article*, Cot, Jean-Pierre, Pellet, Alain y Forteau, Mathias (eds.), París: Economica, 2005, pp. 312-326.

Bejarano, Jesús Antonio, "Entre los laberintos de la paz y las anchas avenidas de la democracia. Reflexiones sobre los procesos de paz en Colombia y El Salvador", en *Una agenda para la paz. Aproximaciones desde la teoría de la resolución de conflictos*, Bejarano, Jesús Antonio (ed.), Bogotá: Tercer Mundo, 1995, pp. 109-149.

_____, "La construcción de la paz. Una aproximación desde la teoría de la resolución de conflictos", en *Una agenda para la paz. Aproximaciones desde la teoría de la resolución de conflictos*, Bejarano, Jesús Antonio (ed.), Bogotá: Tercer Mundo, 1995, pp. 7-82.

Ben Dhia, Abdelaziz, "Le Rôle du Secrétaire Général des Nations Unies en Matière de Maintien de la Paix et de la Sécurité Internationales", en *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber: Paix, Développement, Démocratie*, Bruselas: Bruylant, 1998, pp. 227-244.

Benalloul, Vanessa, "Les procédures diplomatiques de règlement des différends internationaux: Fondements, pratiques et perspectives", tesis, Université de Nice-Sophia Antipolis, 2004, 400 pp.

Bercovitch, Jacob (ed.), *Studies in International Mediation*. Nueva York: Palgrave Macmillan & Harvard Law School, 2002, xxi-277 pp.

_____, "Introduction: Putting Mediation in Context", en *Studies in International Mediation*, Bercovitch, Jacob (ed.), Nueva York: Palgrave Macmillan & Harvard Law School, 2002, pp. 3-24.

_____ (ed.), *Resolving International Conflicts. The Theory and Practice of Mediation*. EE. UU.: Lynne Rienner Publishers, 1996, xiv-277 pp.

_____ (ed.), *Mediation in International Relations. Multiple Approaches to Conflict Management*, Bercovitch, Jacob y Rubin, Jeffrey (eds.), Mediation in International Relations. Londres, Nueva York: Palgrave Macmillan Press, 1994, xviii-283 pp.

_____, "The Structure and Diversity of Mediation in International Relations", en *Mediation in International Relations*, Bercovitch, Jacob y Rubin, Jeffrey (eds.), Londres, Nueva York: Macmillan Press / St. Martin Press, 1992, pp. 1-29.

_____, "International Mediation and Dispute Settlement: Evaluating the Conditions for Successful Mediation", *Negotiation Journal*, vol. 7, n.º 1, 1991, pp. 17-30.

_____, "International Mediation: a Study of the Incidence, Strategies and Conditions of Successful Outcomes", *Cooperation and Conflict*, vol. 21, n.º 1, 1986, pp. 155-168.

_____, "Third Parties in Conflict Management: The Structure and Conditions of Effective Mediation in International Relations", *International Journal*, vol. 40, n.º 4, 1985, pp. 736-752.

Bercovitch, Jacob y Gartner, Scott Sigmund, *International Conflict Mediation: New Approaches and Findings*, Londres, Nueva York: Routledge, 2009.

Bercovitch, Jacob y Houston, Allison, "The Study of International Mediation: Theoretical Issues and Empirical Evidence", en *Resolving International Conflicts: The Theory and Practice of Mediation*, Bercovitch, Jacob (ed.), Londres, Boulder: Lynne Rienner Publishers, 1996, pp. 11-35.

Berlia, Georges, *La Procédure Pacifique de Règlement des Différends Internationaux et la Charte des Nations Unies*, Cours de l'I.H.E.I, Paris, 1956-1957.

Betancur Restrepo, Laura, "La mediación internacional en la primera mitad del siglo XX: una mirada desde el derecho internacional", *Pensamiento Jurídico* (Universidad Nacional, Colombia), vol. 36, 2013, pp. 205-241.

Bidschedler, Rudolf L., "Conciliation and Mediation", en *Encyclopedia of Public International Law*, Bernhart, Rudolf (ed.), Ámsterdam, Nueva York, Oxford: North-Holland, 1981, pp. 47-51.

_____, "Good Offices", en *Encyclopedia of Public International Law*, Bernhart, Rudolf (ed.), Amsterdam, Nueva York, Oxford: North-Holland, 1981, pp. 67-69.

Bilder, Richard B. (ed.), "International Third Party Dispute Settlement", *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 17, 1988-1989, pp. 471-504.

_____, "An Overview of International Dispute Settlement", *Emory Journal of International Dispute Resolution*, vol. 1, n.º 1, 1986, pp. 1-32.

_____, *International Dispute Settlement and the Role of Adjudication*, Damrosch, Lori F. (ed.), The International Court of Justice at a Crossroads. Nueva York: Transnational Publishers, 1987, xxviii-511 pp.

_____, "International Dispute Settlement and the Role of International Adjudication", *Emory Journal of International Dispute Resolution*, vol. 1, n.º 2, 1987, pp. 131-173.

Bloch, Marc, *Apología para la historia o el oficio de historiador*, México: Fondo de Cultura Económica, 2001 [manuscrito interrumpido en 1944], 181 pp.

Bluntschli, Johann Caspar, *Le droit international codifié*, 2.ª ed., Lardy, M.C. (trad.), París: Guillaumin et cie, 1874, xxx-536 pp.

Bonfils, Henri, *Droit International Public (Droit des Gens)*, ed. 6ème, París: Arthur Rousseau, 1912, viii-1121 pp.

Bourgeois, Léon, *Pour la Société des Nations*, París, Londres, Nueva York: G. Crès, J. M. Dent & sons, E. P. Dutton, 1914, xiv-266 pp.

Bowett, Derek, "Contemporary Developments in Legal Techniques in the Settlement of Disputes", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 180, 1983-II, pp. 169-236.

Brierly, James Leslie, "The General Act of Geneva 1928", *British Year Book of International Law*, vol. 11, 1930, pp. 119-133.

Broms, Bengt, "The Declaration on the Peaceful Settlement of International Disputes (Manila)", en *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, Makarczyk, Jerzy (ed.), La Haya, Boston: Martinus Nijhoff, 1984, pp. 339-353.

Brown, Chris, "Regional Conflict in Southern Africa and the Role of Third Party Mediators", *International Journal*, vol. 45, n.º 2, 1990, pp. 334-359.

Brzezinski, Zbigniew, "Cold War and its Aftermath", en *Foreign Affairs*, vol. 71, n.º 4, 1992, pp. 31-49.

Buchanan, Allen y Keohane, Robert O., "The Legitimacy of Global Governance Institutions", en *Legitimacy in International Law*, Wolfrum, Rüdiger

y Röben, Volker (eds.), Berlín, Heildelberg, Nueva York: Springer, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2008, pp. 25-62.

Burley-Slaughter, Anne-Marie, "Law and the Liberal Paradigm in International Relations Theory", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 86, 1992, pp. 180-185.

Byers, Michael, "Taking the Law Out of International Law: A Critique of the Iterative Perspective", en *Harvard International Law Journal*, vol. 38, n.º 1, 1997, pp. 201-206.

Caflisch, Lucius, "Cent Ans de Règlement Pacifique des Différends Interétatiques", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 288, 2001, pp. 245-468.

Calvo, Carlos, *Dictionnaire de Droit International Public et Privé*, 2 vols., vol. 1, Berlín, París: Puttkamer & Mühlbrecht, Pedone-Lauriel, Guillaumin & cie, Rousseau, 1885, viii-517 pp.

_____, *Dictionnaire Manuel de Diplomatie et de Droit International Public et Privé*, Berlín: Puttkamer & Mühlbrecht, 1885, vii-475 pp.

Cardona Llorens, Jorge y Aznar Gómez, Mariano, "Article 99", en *La Charte des Nations Unies. Commentaire Article par Article*, Cot, Jean-Pierre, Pellet, Alain y Forteau, Mathias (eds.), París: Economica, 2005, pp. 2051-2082.

Cardoso, Ciro F. S. y Pérez Brignoli, Héctor, *Los métodos de la historia*, México: Grijalbo, 1977, 438 pp.

Carey, Henry F., "Conclusion: NGO Dilemmas in Peace Processes", *International Peacekeeping*, vol. 10, n.º 1, 2003, pp. 172-179.

Carr, Edward H., *¿Qué es la historia?*, Barcelona: Ariel, 1984 [1961], 220 pp.

Carreau, Dominique, *Droit International*, 10.ª ed., París: Pedone, 2009, 633 pp.

Cassese, Antonio, *International Law*, 2.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2005, liii-558 pp.

Cede, Franz, "The Settlement of Internatonal Disputes by Legal Means - Arbitration and Judicial Settlement", *The SAGE Handbook of Conflict Resolution*,

Bercovitch, Jacob, Kremenyul, Victor y Zartman, William (eds.), Los Ángeles: Sage, 2009, pp. 358-375.

Charpentier, Jean, "L'Affaire du Rainbow Warrior: le Règlement Interétatique", *Annuaire Français de Droit International*, vol. 32, 1986, pp. 873-885.

Chernick, Marc W., *Acuerdo posible. Solución negociada al conflicto armado colombiano*, Bogotá: Ediciones Aurora, 2008, 253 pp.

Chimni, Bhupinder Singh, "Third World Approaches to International Law: A Manifesto", *International Community Law Review*, vol. 8, 2006, pp. 3-27.

Coben, James R., "Gollum, Meet Smeagol: A Schizophrenic Rumination on Mediator Values beyon Self-Determination and Neutrality", en *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 5, n.º 2, 2004, pp. 65-86.

Collier, John Greenwood y Lowe, Vaughn, *The Settlement of Disputes in International Law. Institutions and Procedures*, Oxford: Oxford University Press, 1999, xxviii-395 pp.

Combacau, Jean y Sur, Serge, *Droit International Public*, 5.ª ed., París: Montchrestien, 2001, xxvi-815 pp.

Conforti, Benedetto, *Diritto Internazionale*, 6.ª ed., Nápoles: Editoriale Scientifica, 2002, xix-457 pp.

Consejo de Seguridad de la ONU, "Centroamérica: esfuerzos en pro de la paz", en *S/637*, 1989 (27 de julio).

_____, "Note by the President of the Security Council", en *S/637*, 1989 (27 de julio).

_____, "Carta dirigida al presidente del Consejo de Seguridad por el representante permanente de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas ante las Naciones Unidas", en *S/9737*, 1970 (4 de abril).

_____, "Resolución 186 - La cuestión Chipre", en *S/5575*, 1964 (4 de marzo).

_____, "Resolución 49 - La cuestión Palestina", en *S/727*, 1948 (23 de abril).

Corgé, Camille, "L'évolution de la conciliation internationale", *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, vol. VIII, 1927, pp. 58-106.

Corte Internacional de Justicia, "Case Concerning Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua *vs*. Honduras), Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application", *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, 1988 (20 de diciembre), pp. 69-108.

_____, "Affaire des Activités Militaires et Paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Compétence de la Cour et Recevabilité de la Requête", *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, 1986 (26 de noviembre), pp. 392-443.

_____, "Case Concerning United Sates Diplomatic and Consultar Staff in Tehran (USA *vs.* Iran), Judgment", *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, 1980 (24 de mayo), pp. 3-46.

_____, "Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion", en *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, 1962 (20 de julio), pp. 151-181.

Cot, Jean-Pierre, *La Conciliation Internationale*, París: Pedone, 1968, iv-389 pp.

Crocker, Chester A., Hampson, Fen Osler y Aall, Pamela, *Taming Intractable Conflicts: Mediation in the Hardest Cases*, Washington: United States Institute of Peace Press, 2004, xii-240 pp.

Crocker, Chester A., Hampson, Fen Osler y Aall, Pamela (eds)., *Grasping the Nettle. Analysing Cases of the Intractable Conflict*. Washigton: United States Institute of Peace Press, 2005, 432 pp.

_____, "Ready for prime time: the when, who, and why of international mediation", *Negotiation Journal*, vol. 19, n.º 2, 2003, pp. 151-167.

_____, "A Crowed Stage: Liabilities and Benefits of Multiparty Mediation", *International Studies Perspectives*, vol. 2, 2002, pp. 51-67.

_____, *Herding Cats. Multiparty Mediation in a Complex World*, Washington: United States Institute of Peace Press, 1999.

Daillier, Patrick, Forteau, Mathias y Pellet, Alain, *Droit International Public*, 8.ª ed., París: L.G.D.J., 2009, 1709 pp.

De Clercq, Jules, *Recueil des Traités de la France*, vol. I, 1718-1802, París: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1880, xv-623 pp.

_____, *Recueil des Traités de la France*, vol. II, 1803-1815, París: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1880, xi-711 pp.

_____, *Recueil des Traités de la France*, vol. VII, 1856-1859, París: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1880, xiv-695 pp.

De Flassan, Gaëtan de Raxis, *Histoire générale et raisonnée de la diplomatie française ou de la politique de la France*, 2.ª ed., VII vols., vol. I, París: Imprimerie de Crapelet, 1811, xx-483 pp.

_____, *Histoire générale et raisonnée de la diplomatie française ou de la politique de la France*, ed. 2ème, VII vols., vol. II, París: Imprimerie de Crapelet, 1811, 498 pp.

De la Barra, Francisco León, "Médiation et Conciliation Internationale", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 1, 1923, pp. 557-566.

De Vattel, Emer, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law. Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns*, Fenwick, Charles G. (trad.), III vols., vol. III, Buffalo, Nueva York: Williams S. Hein & co, 1758 [1995], lix-398 pp.

De Visscher, Charles, *Théories et Réalités en Droit International Public*, 4.ª ed., París, [1953] 1970, 450 pp.

Decaux, Emanuel, "Chapitre 10: Règlement des Différends", en *Droit International Public*, Alland, Denis (ed.), París: PUF, 2000, pp. 447-517.

Delbez, Louis, "L'évolution des idées en matière de règlement pacifique des conflits", *Revue Générale du Droit International Public*, vol. 55, 1951, pp. 5-22.

Delbrück, Jost, "Article 25", en *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Simma, Bruno (ed.), Oxford, Nueva York: Oxford University Press, 2002, pp. 453-464.

Descamps, baron Edouard-Eugène-François, "L'Influence de la Condamnation de la Guerre sur l'Évolution Juridique Internationale", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 31, 1930-I, pp. 393-559.

Dotremont, Stanislas, *L'Arbitrage International et le Conseil de la Société des Nations*, Bruxelles: Martin Lamertin, 1929, 464 pp.

Dunoff, Jeffrey L. y Pollack, Mark A., "International Law and International Relations: Introducing an Interdisciplinary Dialogue", en *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations. The State of Art*, Dunoff, Jeffrey L. y Pollack, Mark A. (eds.), Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 3-32.

Dupuis, Charles, "Règles Générales du Droit de la Paix", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 32, 1930-II, pp. 1-290.

Dupuy, Pierre-Marie, *Droit International Public*, 9.ª ed., París: Dalloz, 2008, xxvii-879 pp.

Dupuy, René-Jean, *Le Nouveau Panaméricanisme. L'evolution du système Inter-Américain vers le fédéralisme*, París: Pedone, 1956, 256 pp.

Economidès, Constantine P., "La Déclaration de Manille sur le Règlement Pacifique des Différends Internationaux", *Annuaire Français de Droit International*, vol. 28, 1982, pp. 613-633.

Efremoff, Jean, "Organisation de la Conciliation Internationale comme Moyen de Prévenir les Guerres", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. I-59, 1937, pp. 99-223.

_____, "La Conciliation Internationale", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. III, t. 18, 1927, pp. 5-148.

Egger, Émile, *Études Historiques sur les Traités Publics chez les Grecs et chez les Romains*, París: A. Durand, 1866, xviii-320 pp.

El Espectador, "'Vamos a frenar el ánimo expansionista de Nicaragua': presidente Santos", 9 de septiembre del 2013.

_____, "FARC quieren 'Acuerdo especial'", 29 de noviembre del 2012.

_____, "Gobierno y FARC analizan apoyo internacional", 1.º de julio del 2000.

_____, "La paz y la comunidad internacional", 14 de marzo del 2000.

_____, "La mediación para la paz", 24 de febrero de 1999.

El Nacional, "Designan a nuevo mediador de la ONU en litigio entre Venezuela y Guyana", 27 de febrero del 2017.

El Nuevo Herald, "Santos saluda 'buenos oficios' de Mujica pero niega que será mediador", 23 de abril del 2015.

El Tiempo, "¿Tendrá el papa un papel mediador en el proceso de paz?", 15 de junio del 2015.

_____, "Polémica por idea de mediadores internacionales en diálogos de paz", 18 de octubre del 2013.

_____, "Expertos 'recomiendan' a Gobierno y FARC nombrar mediadores", 16 de octubre del 2013.

_____, "Guerrilla de las FARC pidió a los No Alineados nediar por paz en Colombia", 12 de septiembre del 2006.

_____, "Paz con mediación internacional", 17 de marzo de 1998.

Elias, Taslim Olawale, "The Commission of Mediation, Conciliation and Arbitration of the OAU", *British Year Book of International Law*, vol. 40, 1964, pp. 336-354.

Engel, Ulf (ed.), *New Mediation Practices in African Conflicts*, Global History and International Studies IV, Leipzig: Leipziger Universitätsverlag, 2012, xxi-266 pp.

Eslava, Luis, Obregón Tarazona, Liliana y Urueña, René, "Imperialismo(s) y derecho(s) internacional(es): ayer y hoy", en *Imperialismo y derecho internacional: historia y legado*, Eslava, Luis, Obregón Tarazona, Liliana y Urueña, René (eds.), Colección Nuevo Pensamiento Jurídico, Bogotá: Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre y Pontificia Universidad Javeriana, 2016, pp. 13-94.

Esquirol, Jorge L., "Latin America", en *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Fassbender, Bardo y Peters, Anne (eds.), Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 553-577.

_____, "Alejandro Álvarez's Latin American Law: A Question of Identity", en *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, n.º 4, 2006, pp. 931-956.

Fauchille, Paul, *Traité de Droit International Public*, 8.ª ed., II vols., vol. I, 3ème Partie, París: Rousseau & Cie., 1926, ix-729 pp.

Faundez-Ledezma, Héctor, "El marco jurídico-institucional para la solución de conflictos en el sistema interamericano", en *Paz, seguridad y desarrollo en América Latina*, Silva-Michelena, José (ed.), Caracas: Instituto Latinoamericano de Investigaciones sociales (Ildis), Universidad de las Naciones Unidas, Editorial Nueva Sociedad, 1987, pp. 239-270.

Fazio, Hugo, *La historia del tiempo presente: historiografía, problemas y métodos*, Bogotá: Ediciones Uniandes, 2010, 178 pp.

Fiedler, Wilfred, "Article 99", en *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Simma, Bruno (ed.), Oxford, Nueva York: Oxford University Press, 2002, pp. 1217-1230.

Fisas, Vicenç, *Procesos de paz y negociación en conflictos armados*, España: Paidós, 2004, 226 pp.

Fishel, Kimbra L. y Corr, Edwin G., "The United Nations Involvement in the Salvadoran Peace Process", *World Affairs*, vol. 160, n.º 4, printemps 1998, pp. 202-211.

Foucault, Michel, *El orden del discurso*, Tusquets, [1970] 1992, 64 pp.

Fourchault, Charles, "De la Médiation", tesis, Université de Paris, Faculté de Droit, 1900, 386 pp.

Francioni, Francesco, "Equity in International Law", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Bernhart, Rudolf y Wolfrum, Rüdiger (eds.), disponible en http://www.mpepil.com, Oxford University Press, 2008.

Franck, Thomas M., "The Secretary-General's Role in Conflict Resolution: Past, Present and Pure Conjecture", *European Journal of International Law*, vol. 6, n.º 3, 1995, pp. 360-387.

_____, *The Power of Legitimacy Among Nations*, Nueva York, Oxford: Oxford University Press, 1990, vii-289 pp.

François, Jean Pierre Adrien, "Règles Générales du Droit de la Paix", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 66, 1938-IV, pp. 1-294.

French, Duncan, Saul, Matthew y White, Nigel D. (eds.), *International Law and Dispute Settlement. New Problems and Techniques*, vol. 28, Studies in International Law, Oxford, Portland: Hart Publishing, 2010, xxviii-415 pp.

García, Mauricio, Jaramillo, Isabel Cristina y Restrepo, Esteban, "Estudio preliminar", en *Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, García, Mauricio, Jaramillo, Isabel Cristina y Restrepo, Esteban (eds.), Bogotá: Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, 2006, pp. 7-56.

García-Peña Jaramillo, Daniel, "La paz en El Salvador: ¿Qué lecciones hay para Colombia?", en *Negociaciones de paz: los casos de Colombia y El Salvador*, Orozco Abad, Iván (ed.), Bogotá: Cinep, 1993, pp. 66-128.

Gathii, James T., "Twail: A Brief History of its Origins, its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography", *Trade, Law and Development*, vol. 3, n.º 1, 2011, pp. 26-64.

Gaviria Díaz, Carlos, *Temas de introducción al derecho*, Medellín, Bogotá: Señal Editora, 1992, 117 pp.

Gerbet, Pierre, *Le rêve d'un ordre mondial de la SDN à l'ONU*, París, 1996, 492 pp.

Gerner, Deborah J. y Schrodt, Philip A., "Analyzing the Dynamics of International Mediation Processes in the Middle East and the Former Yugoslavia", en *Paper presented at the annual meeting of the International Studies Association, Chicago, 21-24 Febrary*, 2001.

Ginzburg, Carlo, *El juez y el historiador. Anotaciones al margen del caso Sofri*, Madrid: Amaya & Mario Muchnik, 1993.

Godet, Blaise, "Bons Offices, Médiation et Conciliation", *Le Règlement Pacifique des Différends Internationaux en Europe*, Bardonnet, Daniel (ed.), Dordrecht, Boston, Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 193-203.

Goldberg, Stephen, Sander, Frank y Rogers, Nancy, *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes*, 6.ª ed., Aspen Publishers, 2012.

Goodrich, Leland M., "The Political Role of the Secretary-General", *International Organization*, vol. 16, 1962, pp. 720-735.

Gourgourinis, Anastasios, "Equity in International Law Revisited (with Special Reference to the Fragmentation of International Law)", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 103, 2009, pp. 79-82.

Grant, John P. y Barker, J. Craig, *Parry and Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law*, 2.ª ed., Nueva York, Londres, Roma: Oceana Publications, 2004, xi-641 pp.

Guggenheim, Paul, *Traité de Droit International Public*, vol. II, Ginebra: Librairie de l'Université, Georg & CIE, 1954, xv-592 pp.

Hampson, Fen Osler y Mandell, Brian S., "Managing Regional Conflict: Security Co-operation and Third Party Mediators", *International Journal*, vol. 45, n.º 2, printemps 1990, pp. 191-201.

Hiette, Jean-Grégoire P., "L'évolution de la conciliation internationale", tesis, Université de Dijon, Faculté de Droit, 1934, 327 pp.

Higgins, Rosalyn, "Advisory Opinion on Namibia: Which UN Resolutions are Binding under Article 25 of the Charter?", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 21, n.º 2, 1972, pp. 270-286.

_____, "Place of International Law in the Settlement of Disputes by the Security Council", *American Journal of International Law*, vol. 64, n.º 1, 1970, pp. 1-18.

_____, "Policy Considerations and the International Judicial Process", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 17, n.º 1, 1968, pp. 58-84.

Holls, Frederick W., *The Peace Conference at the Hague. And its Bearings on International Law and Policy*, Nueva York: The Macmillan Company, 1900, xxiv-572 pp.

Holtzmann, Howard M., "Dispute Resolution in Europe Under the Uncitral Conciliation Rules", en *Le Règlement Pacifique des Différends Internationaux en Europe*, Bardonnet, Daniel (ed.), Dordrecht, Boston, Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 293-303.

Hull, William Isaac, *The Two Hague Conferences and Their Contributions to International Law*, Boston: Ginn & Company, 1908, xiv-516 pp.

Hurd, Ian, "Legitimacy and Authority in International Politics", en *International Organization*, vol. 53, n.º 2, 1999, pp. 379-408.

Hyde, Charles Cheney, "Place of Commissions of Inquiry and Conciliation Treaties in the Peaceful Settlement of International Disputes", en *British Year Book of International Law*, vol. 10, 1929, pp. 96-110.

International Peace Academy, "From Promise to Practice: Strengthening UN Capacities for the Prevention of Violent Conflict", Nueva York: ONU, 2003, p. 15.

James, Alan, "Peacekeeping in the Post-Cold War Era", en *International Journal*, vol. 50, n.º 2, 1995, pp. 241-265.

Janis, M. W., "The Ambiguity of Equity in International Law", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 9, n.º 1, 1983, pp. 7-34.

Jeanneret, Jean Samuel, "Le Rôle du Conseil de la Société des Nations d'après l'art. 11 du Pacte et de la Convention Générale en vue de Développer les Moyens de Prévenir la Guerre", tesis, Université de Neuchâtel, Faculté de Droit, 1935, 269 pp.

Jiménez de Aréchaga, Eduardo (ed.), *Derecho internacional público*, vol. IV, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1991, 292 pp.

_____, "Le Traitement des Différends Internationaux par le Conseil de Sécurité", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 85, 1954, pp. 5-103.

Jonas, Susan, *De centauros y palomas: el proceso de paz guatemalteco*, Guatemala: Flacso, 2000, 511 pp.

Jouannet, Emmanuelle, "Présentation Critique", en *La Politique du Droit International*, Koskenniemi, Martti (ed.), París: Pedone, 2007, pp. 7-45.

Kaeckenbeeck, Georges, "La Charte de San-Francisco dans ses Rapports avec le Droit International", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 70, I, 1947, pp. 109-330.

_____, *De la Guerre à la Paix*, Ginebra: Naville et Cie, 1940, 101 pp.

Kamarowski, Comte L., *Le Tribunal International*, Westman, Serge (trad.), París: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1887, xxxiv-528 pp.

Kelsen, Hans, *Principles of International Law*, 2.ª ed., Nueva York: Holt, Rinehar and Winston Inc., 1966, xviii-602 pp.

_____, *Principles of International Law*, Nueva York: Rinehar & Company, 1952, xvi-461 pp.

Kennedy, David, "When Renewal Repeats: Thinking against the Box", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 32, n.º 2, 2000, pp. 335-500.

_____, "The Disciplines of International Law and Policy", *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, n.º 1, 1999, pp. 9-133.

_____, "International Law And the Nineteenth Century: History of an Illusion", *Quinnipiac Law Review*, vol. 17, n.º 1, 1998, pp. 99-138.

_____, "Putting the Politics Back in International Politics", *The Finnish Yearbook of International Law*, vol. IX, 1998, pp. 17-27.

_____, *International Legal Structures*, Baden-Baden: Nomos, 1987, 294 pp.

Kennedy, Duncan, "Legal Formalism", en *The International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Smelser, Neil J. y Baltes, Paul B. (eds.), Ámsterdam, París, Nueva York: Elsevier, 2001, pp. 8634-8638.

_____, *A Critique of Adjudication: Fin de Siècle*, Cambridge: Harvard University Press, 1997, 424 pp.

Kessler, Oliver, "So Close Yet So Far Away?", en *International Political Sociology*, vol. 4, n.º 3, 2010, pp. 303-304.

Kinney, Douglas, "Mediated Negotiations in the Falklands/Maldivas Conflict", en *New Approaches to International Mediation*, Mitchell, Christopher Roger y Webb, Keith (eds.), Nueva York: Greenwood Press, 1988, pp. 74-101.

Kirchhoff, Lars, *Constructive Interventions. Paradigms, Process and Practice of International Mediation*, Austin, Boston, Chicago, Nueva York, Países Bajos: Kluwer Law International, 2008, xxii-354 pp.

Klabbers, Jan, "Fault Lines of International Legitimacy", Charlesworth Hilary y Coicaud, Jean-Marc (eds.), Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press, 2010, pp. x, 406. Index. $105, *American Journal of International Law*, vol. 105, n.º 2, 2011, pp. 394-397.

_____, "Counter-Disciplinarity", *International Political Sociology*, vol. 4, n.º 3, 2010, pp. 308-311.

_____, "The Bridge Crack'd: A Critical Look at Interdisciplinary Relations", *International Relations*, vol. 23, n.º 1, 2009, pp. 119-125.

_____, "Setting the Scene", en *The Constitutionalization of International Law*, Klabbers, Jan, Peters, Anne y Ulfstein, Geir (eds.), Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 1-44.

_____, "The Relative Autonomy of International Law or The Forgotten Politics of Interdisciplinarity", *Journal of International Law & International Relations*, vol. 1, n.º 1-2, 2005, pp. 35-48.

Kleiboer, Marieke, *The Multiple Realities of International Mediation*, Boulder Colo.: Lynne Rienner Publishers, 1998, xii-249 pp.

_____, "Understanding Success and Failure of International Mediation", en *Journal of Conflict Resolution*, vol. 40, n.º 2, 1996, pp. 360-389.

Kluyver, Clasina Albertina (ed.), *Documents on the League of Nations*, Leiden: W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij, Institut Intermédiaire International, La Haye, 1920, x-367 pp.

Kooijmans, Pieter Hendrik, "International Arbitration in Historical Perspective: Past and Present. Comments on a Paper by Professor L.B. Sohn", en *International Arbitration: Past and Prospects*, Soons, Alfred H. A. (ed.), Dordrecht, Boston, Londres: Martinus Nijhoff Publisher, 1990, pp. 23-35.

Koopmans, Sven M.G., *Diplomatic Dispute Settlement. The Use of Inter-State Conciliation*, La Haya: T.M.C. Asser Press, 2008, xv-304 pp.

Koskenniemi, Martti, "Histories of International Law. Dealing with Eurocentrism", en *Inaugural Lecture Delivered on 16 November 2011 on the Occasion of Accepting the Treaty of Utrecht Chair at Utrecht University*, pp. 1-33. Oratie: Universiteit Utrecht, 2011.

_____, "The Legacy of the Nineteenth Century", en *Routledge Handbook of International Law*, Armstrong, David (ed.), Londres, Nueva York: Routledge, 2009, pp. 141-153.

_____, "Formalism, Fragmentation, Freedom: Kantian Themes in Today's International Law", *NoFo*, vol. 4, 2007, pp. 7-28.

_____, *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1870-1960*, Buenos Aires, Madrid: Ciudad Argentina, Servicio de publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2005 [2001], 531 pp.

_____, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Nueva York *et al.*: Cambridge University Press, 2005, xix-683 pp.

_____, "Why History of International Law Today?", *Rechtsgeschichte*, vol. 4, 2004, pp. 61-66.

_____, "Legitimacy, Rights, and Ideology. Notes Towards a Critique of the New Moral Internationalism", *Associations*, vol. 7, n.º 2, 2003, pp. 349-373.

_____, "Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations", en *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Byers, Michael (ed.), Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 17-34.

_____, "The Politics of International Law", en *European Journal of International Law*, vol. 1, 1990, pp. 4-32.

Kovar, Robert, *Le Règlement des Différends Interétatiques dans les Organisations Internationales*, Cours de l'I.H.E.I, 1969-1970.

Kriesberg, Louis, "Varieties of Mediating Activities and Mediators in International Relations ", en *Resolving International Conflicts: The Theory and Practice of Mediation*, Bercovitch, Jacob (ed.), Londres, Boulder: Lynne Rienner Publishers, 1996, pp. 219-233.

Kuhn, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México: Fondo de Cultura Económica, 1971 [1962], 319 pp.

Kunz, Josef L., "The Swing of the Pendulum: From Overestimation to Underestimation of International Law", *American Journal of International Law*, vol. 44, n.º 1, 1950, pp. 135-140.

Labouz, Marie-Françoise, "Article 37", en *La Charte des Nations Unies. Commentaire Article par Article*, Cot, Jean-Pierre, Pellet, Alain y Forteau, Mathias (eds.), París: Economica, 2005, pp. 1109-1124.

_____, "Article 38", en *La Charte des Nations Unies. Commentaire Article par Article*, Cot, Jean-Pierre, Pellet, Alain y Forteau, Mathias (eds.), París: Economica, 2005, pp. 1125-1126.

Labrecque, Georges, *Les Différends Internationaux en Asie. Règlement Judiciaire*, París: L'harmattan, 2007, 306 pp.

Lachs, Manfred, "Article 1", en *La Charte des Nations Unies. Commentaire Article par Article*, Cot, Jean-Pierre y Pellet, Alain (eds.), París: Economica, 1991, pp. 23-30.

Landauer, Carl, "A Latin American in Paris: Alejandro Álvarez's *Le droit international américain*", *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, n.º 4, 2006, pp. 957-981.

Lande, John, "Introduction to Vanisishing Trial Symposium", *Journal of Dispute Resolution*, vol. 1, 2006, pp. 1-5.

Lauterpacht, Hersch, *The Function of Law in the International Community*, Oxford: Clarendon Press, 1933, xxiv-469 pp.

_____, "La Théorie des Différends Non Justiciables en Droit International", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 34, 1930-IV, pp. 493-654.

Licklider, Roy, "Comparative Studies of Long Wars", en *Grasping the Nettle. Analysing Cases of the Intractable Conflict*, Crocker, Chester A., Hampson, Fen Osler y Aall, Pamela (eds.), Washington: United States Institute of Peace Press, 2005, pp. 33-45.

Lloyd, Lorna, "The League of Nations and the Settlement of Disputes", *World Affairs*, vol. 157, n.º 4, 1995, pp. 160-174.

Maison, Rafaëlle, "Article 14", en *La Charte des Nations Unies. Commentaire Article par Article*, Cot, Jean-Pierre, Pellet, Alain y Forteau, Mathias (eds.), París: Economica, 2005, pp. 745-752.

Mälksoo, Lauri, "Friedrich Fromhold von Martens (Fyodor Fyodorovich Martens) (1845-1909)", en *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Fassbender, Bardo y Peters, Anne (eds.), Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 1147-1151.

Malone, David M., "The Security Council in the Post-Cold War Era: A Study in the Creative Interpretation of the U.N. Charter", *New York University Journal of Internatioanl Law and Politics*, vol. 35, n.º 2, 2003, pp. 487-517.

Mandell, Brian, "The Limits of Mediation: Lessons from the Syria-Israel Experience, 1974-1994", en *Resolving international conflicts: the theory and practice*

of Mediation, Bercovitch, Jacob (ed.), Londres, Boulder: Lynne Rienner Publishers, 1996, pp. 129-149.

Mandelstam, André, "La Conciliation d'après le Pacte et la Jurisprudence du Conseil de la Société des Nations", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 14-IV, 1926, pp. 333-648.

Mani, Rama, "Peaceful Settlement of Disputes and Conflict Prevention", en *The Oxford Handbook on the United Nations*, Weiss, Thomas G. y Daws, Sam (eds.), Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 300-322.

Martens, Fedor Fedorovi (de), *Traité de droit international*, Léo, Alfred (trad.), vol. III, París: Librairie A. Marescq ainé, 1887, vi-498 pp.

Martineau, Anne-Charlotte, *Une analyse critique du débat sur la fragmentation du droit international*: University of Helsinki, Faculty of Law, 2014, 391 pp.

Mason, T. David y Fett, Patrick J., "How Civil Wars end: A Rational Choice Approach", *Journal of Conflict Resolution*, vol. 40, n.º 4, 1996, pp. 546-568.

Mcwhinney, Edward, "Judicial Settlement of Dispues. Jurisdiction and Justiciability", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 224, 1990, pp. 9-194.

Medina, Medófilo, "¿Se agotó la mediación internacional?", *Razón Pública*, 18 de julio del 2008.

Menkel-Meadow, Carrie, "Correspondences and Contradictions in International and Domestic Conflict Resolution: Lessons from General Theory and Varied Contexts", *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2, 2003, pp. 319-352.

Menthe, Darrel, "Legalization and the Mediation of International Disputes: the Balkan Experience", *Connecticut Journal of International Law*, vol. 23, n.º 83, 2007-2008, pp. 83-121.

Merrills, John Graham, *International Dispute Settlement*, 4.ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2005, xxvii-387 pp.

Mitchell, Christopher Roger, "The Motives for Mediation", en *New Approaches to International Mediation*, Mitchell, Christopher Roger y Webb, Keith (eds.), Nueva York: Greenwood Press, 1988, pp. 29-51.

Mitchell, Christopher Roger y Webb, Keith, "Mediation in International Relations: An Evolving Tradition", en *New approaches to international mediation*, Mitchell, Christopher Roger y Webb, Keith (eds.), Nueva York: Greenwood Press, 1988, pp. 1-15.

Mnookin, Robert H. y Kornhauser, Lewis, "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce", *The Yale Law Journal*, vol. 88, n.º 5, 1979.

Momtaz, Djamchid, "Article 36", en *La Charte des Nations Unies. Commentaire Article par Article*, Cot, Jean-Pierre, Pellet, Alain y Forteau, Mathias (eds.), París: Economica, 2005, pp. 1091-1107.

Moreno Pino, Ismael, *Orígenes y Evolución del Sistema Interamericano*, México, D. F.: Colección del Archivo Histórico Diplomático Mexicano. Tercera Época, 1977, 431 pp.

Morgenthau, Hans J., *La notion du "politique" et la théorie des différends internationaux*, París: Recuiel Sirey, 1933, 92 pp.

Naldi, Gino J., *The Organization of African Unity. An Analysis of Its Role*, 2.ª ed., Londres, Nueva York: Mansell, 1999, xxviii-268 pp.

Nguyen, Thi Hai Yen, "Beyond Good Offices? The Role of Regional Organizations in Conflict Resolution (Regional Perspectives)", *Journal of International Affairs*, vol. 55, n.º 2, 2002, pp. 463-484.

O'donoghue, Aoife, "Breaking free: Dag Hammarskjöld, Good Offices and Heads of International Organisations", en *Peace Diplomacy, Global Justice and International Agency: Rethinking Human Security and Ethics in the Spirit of Dag Hammarskjöld*, Stahn, Carsten y Melber, Henning (eds.), Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 341-363.

Obregón Tarazona, Liliana, "Writing International Legal History: An Overview", en *Monde(s): Histoire, Espaces, Relations*, vol. 7, 2015, pp. 95-112.

_____, "The Civilized and the Uncivilized", en *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Fassbender, Bardo y Peters, Anne (eds.), Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 917-939.

_____, "Construyendo la región americana: Andrés Bello y el derecho internacional", *La idea de América en el pensamiento ius internacionalista del siglo XXI*,

Gamarra Copo, Yolanda (ed.), Zaragoza: Institución Fernando el Católico, 2010, pp. 65-86.

_____, "Latin American International Law", en *Routledge Handbook of International Law*, Armstrong, David (ed.), Londres, Nueva York: Routledge, 2009, pp. 154-164.

_____, "Noted for Dissent: The International Life of Alejandro Álvarez", en *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, n.º 4, 2006, pp. 983-1016.

Oellers-Frahm, Karin y Zimmermann, Andreas (eds). *Dispute Settlement in Public International Law. Textes and Materials*, 2.ª ed., Publication of the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Berlín, Heidelberg, Nueva York: Srpinger, 2001, xxxii-2254 pp.

ONU, "Secretary-General, in First Address to Security Council Since Taking Office, Sets Restoring Trust, Preventing Crises as United Nations Priorities", Meeting coverage and press releases (10 de enero del 2017), disponible en https://www.un.org/press/en/2017/sc12673.doc.htm.

_____, *Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz*, Nueva York: Naciones Unidas, 2012, 23 pp.

_____, "Case concerning the differences between New Zealand and France arising from the Rainbow Warrior affair (Ruling of 6 July 1986 by the Secretary-General of the United Nations)", *Reports of International Arbitral Awards*, 2006, pp. 199-221.

_____, *Le Droit International comme Langage des Relations Internationales. Proceedings of the United Nations Congress on Public International Law (New York, 13-17 mars 1995)*, La Haya, Londres, Boston: Kluwer Law International, 1996.

_____, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, Nueva York: United Nations, 1992, viii-229 pp.

_____, *Repertory of Practice of United Nations Organs*, vol. 6, ONU, 1979-1984.

_____, *Rapport de la Commission Préparatoire des Nations Unies*, PC/20, 1945 (23 de diciembre).

_____, "¿Qué es la ONU?", disponible en http://nacionesunidas.org.co/naciones-unidas/que-es-la-onu/.

Orford, Anne, "The Past as Law or History? The Relevance of Imperialism for Modern International Law", *NYU Institute for International Law and Justice Working Paper 2012/2*, 2012, pp. 1-17.

Orrego Vicuña, Francisco, *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society. Constitutionalization, Accessibility, Privatization*, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

Ortega, Herbert, "El proceso de paz en El Salvador bajo la mediación de naciones Unidas", en *Estudios Internacionales, Iripaz (Guatemala)*, n.º 2, 1991, pp. 143-161.

Paenson, Isaac, *Manuel Anglais-Français-Espagnol-Russe de la Terminologie du Droit International Public (Droit de la Paix) et des Organisations Internationales*, Bruselas: Bruylant, 1983, xlviii-846 pp.

Palacio, Germán, "Resolución alternativa de conflictos: ¿La nueva cara de la política judicial?", en *Conflicto y contexto: resolución alternativa de conflictos y contexto social*, Giraldo, Jaime, de Soussa Santos, Boaventura, Gutiérrez Sanín, Francisco y Faria, José Eduardo (eds.), Bogotá: TM, Colciencias, Programa de Reinserción, 1997, pp. 17-38.

Pastor Ridruejo, José Antonio, "Le Droit International à la Veille du Vingt et Unième Siècle: Normes, Faits et Valeurs. Cours Général de Droit International Public", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 274, 1998, pp. 9-308.

Pazartzis, Photini, *Les Engagements Internationaux en Matière de Règlement Pacifique des Différends Entre États*, París: LGDJ, 1992, xxiv-349 pp.

Pearce, Jenny, "From Civil War to 'Civil Society': Has the End of the Cold War Brought Peace to Central America ?", *Internatioanl Affairs*, vol. 74, n.º 3, 1998, pp. 587-615.

Pechota, Vratislav, "Complementary Structures of Third-Party Settlement in International Disputes", en *Dispute Settlement through the United Nations*, Raman, Venkata (ed.), Unitar, Oceana, 1977, pp. 149-220.

_____, "The Quiet Approach. A Study of the Good Offices Exercised by the United Nations Secretary-General in the Cause of Peace", en *Unitar PS*, n.º 6, 1972, pp. vi-92.

Peirano Basso, Jorge, *Buenos oficios y mediación: la práctica internacional en el último cuarto de siglo*, Montevideo: Idea, 1983, 128 pp.

Pérez de Cuéllar, Javier, "Le Rôle du Secrétaire Général des Nations Unies", *Revue Générale du Droit International Public*, 1985, pp. 233-242.

Philipse, Adriaan Hendrik, *Le Rôle du Conseil de la Société des Nations dans le Règlement Pacifique des Différends Internationaux*, La Haya: Martinus Nijhoff, 1929, viii-285 pp.

Politis, Nicolas, "L'Avenir de la Médiation", *Revue Générale du Droit International Public*, vol. xvii, 1910, pp. 136-163.

Pollack, Mark A., "Is International Relations Corrosive of International Law: A Reply to Martti Koskenniemi", en *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 25, n.º 2, 2013, pp. 339-376.

Pollock, Frederick Sir, *The League of Nations*, 2.ª ed., Londres: Stevens and Sons, Limited, 1922, xvi-266 pp.

Pradier-Fodéré, Paul, *Cours de Droit Diplomatique*, 2.ª ed., vol. 2, París: A. Pedone, 1900, 711 pp.

_____, *Traité de Droit International Public Européen et Américain, Suivant les Progrès de la Science et de la Pratique Contemporaines*, IX vols. vol. VI, París: Durand et Pedon-Lauriel, 1894, 1174 pp.

_____, *Traité de Droit International Public Européen et Américain, Suivant les Progrès de la Science et de la Pratique Contemporaines*, IX vols. vol. II, París: Durand et Pedon-Lauriel, 1885, 973 pp.

Princen, Thomas, *Intermediaries in International Conflict*, Princeton, Nueva Jersey: Princeton University Press, 1992, xv-263 pp.

Probst, Raymond R., "*Good Offices*" *in the Light of Swiss International Practice and Experiece*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1989, xi-182 pp.

Prost, Antoine, *Doce lecciones sobre la historia*, Madrid-Valencia: Cátedra-Universitat de Valencia, 2001, 319 pp.

Puig, Juan Carlos, *Les Principes du Droit International Public Américain*, París: Pedone, 1954, xiv-87 pp.

Quéneudec, Jean-Pierre, "Article 33", en *La Charte des Nations Unies. Commentaire Article par Article*, Cot, Jean-Pierre y Pellet, Alain (eds.), París: Economica, 1991, pp. 565-573.

Radulesco, Pierre, "Les Solutions Pacifiques Internationales. La Médiation et l'Arbitrage", tesis, Université de Paris, Faculté de Droit, 1922, 111 pp.

Raman, Venkata (ed.), *Dispute Settlement through the United Nations*, Unitar: Oceana, 1977, xix-749 pp.

_____, "A Study of United Nations Intermediary Assistance in the Peaceful Settlement of Disputes", en *Dispute Settlement through the United Nations*, Raman, Venkata (ed.), Unitar: Oceana, 1977, pp. 367-515.

Ramírez, Socorro, *Intervención en conflictos internos: el caso colombiano 1994-2003*, Colección Sede, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (Iepri), 2004, 354 pp.

_____, "Mediación: as bajo la manda", *El Tiempo*, 20 de enero del 2002.

Ratner, Steven R., "Persuading to Comply: On the Deployment and Avoidance of Legal Argumentation", en *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations. The State of Art*, Dunoff, Jeffrey L. y Pollack, Mark A. (eds.), Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 568-590.

_____, "Lands Feuds and their Solutions: Finding International Law beyond the Trial Chamber", *American Journal of International Law*, vol. 100, n.º 4, 2006, pp. 808-829.

_____, "Does International Law Matter in Preventing Ethnic Conflict?", en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 32, n.º 3, 2000, pp. 591-698.

_____, "Image and Reality in the UN's Peaceful Settlement of Disputes", en *European Journal of International Law*, vol. 6, n.º 3, 1995, pp. 426-444.

Ratner, Steven R. y Slaughter, Anne-Marie, "Appraising the Methods of International Law: A Prospectus for Readers", *Studies in Transnational Legal Policy. The Methods of International Law*, vol. 36, 2004, pp. 1-22.

Reus-Smit, Christian (ed.), *The Politics of International Law*, Cambridge Studies in International Relations. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, xiv-324 pp.

Reuter, Paul, *Droit International Public*, 6.ª ed., París: Presses Universitaires de France (PUF), 1983, 595 pp.

Riadh, Saasa, "Le Conseil de Sécurité et le Règlement Pacifique des Différends Internationaux", en *Règlement Pacifique des Différends Internationaux*, ed. por Horchani, Ferhat, Túnez, Bruselas: Centre de Publication Universitaire. Bruylant, 2002, pp. 183-223.

Richmond, Oliver P., "NGOs, Peace and Human Security", en *International Peacekeeping*, vol. 10, n.º 1, 2003, pp. 1-11.

_____, *Mediation in Cyprus. The Cypriot Communities and the United Nations*, Londres, Portland: Frank Cass, 1998, xxxi-282 pp.

Rodríguez, César, "Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial", en *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Kennedy, Duncan (ed.), Bogotá: Universidad de los Andes, 1999, pp. 19-88.

Rosecrance, Richard, "Regionalism and the Post-Cold War Era", *International Journal*, vol. 46, n.º 3, 1991, pp. 373-393.

Rosenne, Shabtai, *The Law and Practice of International Court 1920-2005*, 4.ª ed., vol. I: The Court and the United Nations, Leiden, Boston: Martinus Nijoff Publishers, 2006, xxxv-503 pp.

Rupesinghe, Kumar, "Mediation in internal conflicts: lessons from Sri Lanka", en *Resolving international conflicts: the theory and practice of mediation*, Bercovitch, Jacob (eds.), Londres, Boulder: Lynne Rienner Publishers, 1996, pp. 153-169.

Šahović, Milan, "La Déclaration de Manille sur le Règlement Pacifique des Différends Internationaux", en *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, Makarczyk, Jerzy (ed.), La Haya, Boston: Martinus Nijhoff, 1984, pp. 449-458.

Schachter, Oscar, "The United Nations and Internal Conflicts", en *Dispute Settlement through the United Nations*, Raman, Venkata (ed.), Unitar: Oceana, 1977, pp. 301-364.

_____, "The United Nations and Internal Conflicts", en *Law and Civil War in the Modern World*, Moore, Jhon Norton (ed.), Baltimore, Londres: The Jhon Hopkins University Press, 1974, pp. 401-445.

Schneider, Andrea Kupfer, "Not Quite a World without Trials: Why International Dispute Resolution is Increasingly Judicialized", *Journal of Dispute Resolution*, vol. 1, 2006, pp. 119-130.

Schwarzenberger, Georg, *International Law. As Applied by International Courts and Tribunals*, vol. IV: International Judicial Law, Londres: Stevens & Sons Limited, 1986, lxx-899 pp.

Schwebel, Stephen M., *The Secretary General of the United Nations: Power and Practice*, Cambridge: Harvard University Press, 1952, 299 pp.

_____, "The Origins and Development of Article 99 of the Charter", *British Year Book of International Law*, vol. 28, 1951, pp. 371-382.

Scott, James Brown (ed.), *Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, Nueva York: Oxford University Press, 1918, xxxiii-318 pp.

_____, "Introduction", *Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, Scott, James Brown (ed.), Nueva York: Oxford University Press, 1918, pp. v-xiv.

Secretario general de la ONU, "Discurso del Secretario General electo, António Guterres, en la Asamblea General el día que juró el cargo", (12 de diciembre del 2016), disponible en https://www.un.org/sg/es/content/sg/speeches/2016-12-12/secretary-general-designate-ant%C3%B3nio-guterres-oath-office-speech.

_____, "Informe del secretario general sobre el mejoramiento de la mediación y sus actividades de apoyo", en *S/2009/189*, 2009 (8 de abril).

_____, "Guía general para la aplicación de la Declaración del Milenio", en *A/56/326*, 2001 (6 de septiembre).

_____, "Una agenda para la paz", en *A/47/277*, 1992 (17 de junio).

_____, "Carta de dirigida al presidente del Consejo de Seguridad por el secretario general", en *S/9738*, 1970 (6 de abril).

_____, "Nota del secretario general", en *S/9726*, 1970 (28 de marzo).

_____, "Carta dirigida al presidente del Consejo de Seguridad por el secretario general", en *S/9055*, 1967 (7 de marzo).

Séfériadès, Stélio, "Principes Généraux du Droit International de la Paix", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 34, 1930-IV, pp. 12-492.

Setear, John K., "An Iterative Perspective on Treaties: A Synthesis of International Relations Theory and International Law", *Harvard International Law Journal*, vol. 36, n.º 1, 1996, pp. 139-230.

Shaw, Malcolm N., *International Law*, 5.ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2003, cxl-1225 pp.

_____, "Peaceful Resolution of 'Political Disputes': The Desirable Parameters of ICJ Jurisdiction", en *Peaceful Resolution of Major International Disputes*, Dahlitz, Julie (ed.), Nueva York, Ginebra: United Nations, 1999, pp. 49-75.

Simmonds, K. R., "'Good Offices' and the Secretary-General", *Nordsk Tidsskrift for International Law*, vol. 29, 1959, pp. 330-345.

Simpson, Gerry, "Dueling Agendas: International Relations and International Law (Again)", *Journal of International Law & International Relations*, vol. 1, n.º 2, 2005, pp. 61-73.

Skjelsbæk, Kjell y Fermann, Gunnar, "The UN Secretary-General and the Mediation of International Disputes", en *Resolving International Conflicts: the Theory and Practice of Mediation*, Bercovitch, Jacob (ed.), Londres, Boulder: Lynne Rienner Publishers, 1996, pp. 75-104.

Slaughter, Anne-Marie, "International Law and International Relations", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 285, 2000, pp. 13-249.

_____, "International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda", en *American Journal of International Law*, vol. 85, 1993, pp. 205-239.

Slaughter, Anne-Marie y Ratner, Steven R., "Method Is the Message", *Studies in Transnational Legal Policy. The Methods of International Law*, vol. 36, 2004, pp. 239-266.

Slaughter, Anne-Marie, Tulumello, Andrey S. y Wood, Stepan, "International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship", en *American Journal of International Law*, vol. 92, n.º 3, 1998, pp. 367-397.

Smouts, Marie-Claude, "Article 99", en *La Charte des Nations Unies. Commentaire Article par Article*, Cot, Jean-Pierre y Pellet, Alain (eds.), París: Economica, 1991, pp. 1327-1335.

_____, *Le Secrétaire Général des Nations Unies, son Rôle dans la Solution des Conflits Internationaux*, París: A. Colin-FNSP, 1971, 298 pp.

Sociedad de Naciones, *Recueil des Traités et des Engagements Internationaux Enregistrés par le Secrétariat de la Société des Nations*, vol. XCIII, 1928.

_____, *Recueil des Traités et des Engagements Internationaux Enregistrés par le Secrétariat de la Société des Nations*, vol. XII, 1922.

Sohn, Louis, "International Arbitration in Historical Perspective: Past and Present", en *International Arbitration: Past and Prospects*, Soons, Alfred H. A. (ed.), Dordrecht, Boston, Londres: Martinus Nijhoff Publisher, 1990, pp. 9-22.

_____, "Editorial Comment: The Security Council's Role in the Settlement of International Disputes", en *American Journal of International Law*, vol. 78, n.º 2, 1984, pp. 402-404.

Stedman, Stephen John, "Negotiation and Mediation in Internal Conflict", en *The Internal Dimension of Internal Conflicts*, Brown, Michael E. (ed.), Csia Studies in International Security, Cambridge, Massachussetts: The MIT Press, 1996, pp. 341-376.

_____, *Peacemaking in Civil Wars: International Mediation in Zimbabwe, 1974-1980*, Boulder: Lynne Rienner, 1991.

Stein, Torsten, "Article 37", en *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Simma, Bruno (ed.), Oxford, Nueva York: Oxford University Press, 2002, pp. 629-643.

_____, "Article 38", en *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Simma, Bruno (ed.), Oxford, Nueva York: Oxford University Press, 2002, pp. 643-648.

Steinberger, Richard H., "Wanted - Dead or Alive: Realism in International Law", en *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations. The State of Art*, Dunoff, Jeffrey L. y Pollack, Mark A. (eds.), Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 146-172.

Taulbee, James Larry y Creekmore, Marion V., "NGO Mediation: The Carter Center", en *International Peacekeeping*, vol. 10, n.º 1, 2003, pp. 156-171.

Tomuschat, Christian, "Article 33", en *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Simma, Bruno (ed.), Oxford, Nueva York: Oxford University Press, 2002, pp. 583-594.

———, "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course on Public International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 281, 1999, pp. 9-438.

Toufayan, Mark, Tourme-Jouannet, Emmanuelle y Ruiz-Fabri, Hélène, "Avant-propos", en *Droit international et nouvelles approches sur le tiers-monde: entre répétition et renouveau / International Law and New Approaches to the Third World: between Repetition and Renewal*, Toufayan, Mark, Tourme-Jouannet, Emmanuelle y Ruiz-Fabri, Hélène (eds.), París: Société de législation comparée, 2013, pp. 17-24.

Tourme-Jouannet, Emmanuelle, *Le droit international, Que sais-je?*, París: Presses Universitaires de France (PUF), 2013, 128 pp.

Touval, Saadia, *Mediation in the Yugoslav Wars: The Critical Years, 1990-95 Advances in Political Science*, Nueva York: Palgrave Macmillan, 2002, xiv-211 pp.

Touval, Saadia y Zartman, William (eds.), *International Mediation in Theory and Practice*. Boulder: Westview, 1985, 274 pp.

Troisième Commission de la Conférence Internationale de la Paix de 1889 Relatif Au Règlement Pacifique Des Conflits Internationaux, "Rapport", en *Les Conférences de la Paix de La Haye de 1899 et 1907 et l'Arbitrage International. Actes et Documents*, Rosenne, Shabtai (ed.), Bruselas: Bruylant, 2007, pp. 27-118.

Tuck, Richard, *The Rights of War and Peace: Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, Oxford, Nueva York: Oxford University Press, 2001.

Umbricht, Victor, "Principles of International Mediation. The Case of the East African Community", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 187, IV, 1985, pp. 307-390.

Uncio, *Commission I-2, Dispositions générales*, vol. VII, 17ème et 18ème session, San Francisco, 1945.

_____, *Commission III-4, Conseil de sécurité*, vol. XI, Doc. 1088 III/8, junio 19 San Francisco: Premio Concurso Continental Panamericano, Gobierno de Venezuela, 1945.

_____, *Commission III, Conseil de sécurité*, vol. XII, San Francisco, 1945, xiv-866 pp.

Uribe Vargas, Diego, *Solución pacífica de conflictos internacionales: la paz es una tregua*, 4.ª ed., Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2002, 340 pp.

Urueña, René, "Introducción. El poder y los límites del derecho internacional en la sociedad global", en *Derecho internacional. Poder y límites del derecho en la sociedad global*, Urueña, René (ed.), Serie Justicia Global, Bogotá: Ediciones Uniandes, 2015, pp. ix-xviii.

Verhoeven, Joe, *Droit International Public*, Bruselas: Larcier, 2000, 856 pp.

Verzijl, Jan Hendrik Willem, *International Law in Historical Perspective*, 11 vols. vol. 8: Inter-State Disputes and their Settlement, Leyden: A. W. Sijthoff, 1976, xi-646 pp.

Villani, U., "Les Rapports entre l'ONU et les Organisations Régionales dans le Domaine du Maintien de la Paix", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 290, 2001, pp. 225-436.

Villegas, Catalina, "Historia y derecho: la interdisciplinariedad del derecho y los retos de la historia del derecho", *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, n.º 22, 2009, pp. 3-22.

Virally, Michel, "Le Rôle Politique du Secrétaire Général des Nations Unies", *Annuaire Français de Droit International*, 1958, pp. 360-390.

W Radio, "El proceso de paz necesita mediadores de altas calidades: presidenta del Polo Democrático", 24 de febrero del 2013.

Walter, Barbara F., *Commiting to Peace. The successful Settlement of Civil Wars*, Princeton: Princeton University Press, 2002, xiv-200 pp.

Wehr, Paul y Lederach, John Paul, "Mediating conflict in Central America", *Journal of Peace Research*, vol. 28, n.º 1, 1991, pp. 85-98.

Weil, Prosper, "Towards Relative Normativity in International Law", *American Journal of International Law*, vol. 77, n.º 3, 1983, pp. 413-442.

Welsh, Nancy A., "The Place of Court-Connected Mediation in a Democratic Justice System", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 5, n.º 2, 2004, pp. 117-144.

_____, "Thinning Vision of Shelf-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization", *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 6, 2001, pp. 1-96.

Werner, Wouter, "The Use of Law in International Political Sociology", *International Political Sociology*, vol. 4, n.º 3, 2010, pp. 304-307.

White, Hayden, *El texto histórico como artefacto literario y otros escritos*, Barcelona: Paidós, 2003 [1978], 252 pp.

Whitfield, Teresa, "The Role of the United Nations in El Salvador and Guatemala: A Preliminary Comparisson", en *Comparative Peace Processes in Latin America*, Arnson, Cynthia J. (ed.), Washington, D. C.: Woodrow Wilson Center Press, 1999, pp. 257-290.

Williams, John Fischer, "Pan-American and League of Nations Treaties of Arbitration and Conciliation", *British Year Book of International Law*, vol. 10, 1929, pp. 14-31.

Wills Otero, Laura, *La mediación como herramienta para la resolución de conflictos armados internos*, Bogotá: Alfaomega Colombiana S. A. – Fundación Ideas para la Paz, 2003, 48 pp.

Wolfrum, Rüdiger, "Article 1", en *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Simma, Bruno (ed.), Oxford, Nueva York: Oxford University Press, 2002, pp. 39-47.

Yepes, Jesús María, *Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas 1826-1954. Del genio de Bolívar a través de la historia de las relaciones internacionales*, vol. I, Caracas, 1955, 330 pp.

_____, "La Conférence Panaméricaine de Bogota et le Droit International Américain", en *Revue Générale du Droit International Public*, vol. 1, 1949, pp. 17-88.

_____, *Philosophie du Panaméricanisme et Organisation de la Paix*, Neuchatel: La Baconnière, 1945, 348 pp.

_____, *Le Panaméricanisme. Au Point de vue historique, juridique et politique*, París: Les éditions internationales, 1936, 188 pp.

Young, Oran, *The Intermedaries: Third Parties in International Crises*, Princeton, New Jersey: Center of International Studies, Princeton University Press, 1967, viii-427 pp.

Zamfiresco, Jean, "De la Médiation: Étude de Droit International", tesis, Université de Paris, Faculté de Droit, 1911, 204 pp.

Zartman, William (ed.), *Peacemaking in International Conflicts. Methods and Techniques*, Washington D. C.: United States Institute of Peacer Press, 2007, 505 pp.

_____, "Intervening to Prevent State Collapse: The Role of the United Nations", en *Multilateral Diplomacy and the United Nations Today*, ed. por Muldoon, James, Fagot, Ariel, Joann, Reiteno, Richard y Sullivan, Earl Boulder: Westiview Press, 1999, pp. 68-77.

_____, "Dynamics and Constrains in Negotiations in Internal Conflicts", en *Elusive Peace. Negotiating and End to Civil Wars*, Zartman, William (ed.), Washington, D. C.: The Brookings Institution, 1995, pp. 3-30.

_____, "The Unfinished Agenda: Negotiatin Internal Conflicts", en *Stopping the Killing: How Civil Wars End*, Licklider, Roy (ed.), Nueva York: New York University Press, 1993, pp. 20-36.

_____, *Ripe for Resolution: Conflict and Intervention in Africa*, Updated, Nueva York: Oxford University Press, 1989.

_____, "Ripening Conflict, Ripe Moment, Formula and Mediation", en *Perspectives on Negotiations: Four Case Studies and Interpretations*, Bendahmane, Diane y Mcdonal, John Jr. (eds.), Washington, D. C.: Foreign Service Institute, U.S. Departament of State, 1986, pp. 205-227.

Zartman, William y Touval, Saadia, "Mediation: The Role of Third-party Diplomacy and Informal Peacemaking", en *Resolving Third World Conflict. Challenges for a New Era*, Brown, Sheryl y Schraub, Kimber (eds.), Washington, D. C.: United States Institute of Peace, 1992, pp. 241-261.

Zemanek, Karl, "The Legal Foundations of the International System", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 266, 1997, pp. 9-335.

Zobel, Katharina, "Judge Alejandro Álvarez at the International Court of Justice (1946–1955): His Theory of a 'New International Law' and Judicial Lawmaking", en *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, n.º 4, 2006, pp. 1017-1040.

Zorn, Philippe, "Pour Apprécier la Conférence de La Haye", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, vol. 21, 1904, pp. 228-252.

La tensión entre lo jurídico y lo político:
un debate sobre la juridicidad de la mediación internacional
se terminó de imprimir
y encuadernar en enero del 2018
en Bogotá, D. C., Colombia.

Se compuso en la fuente Garamond
de cuerpo 11 puntos.