

LA BUENA FE Y EL PROCESO DE MEDIACION

Rodrigo Díaz Albónico
Profesor de Derecho Internacional

Han transcurrido más de dos años desde que Argentina y Chile reafirmaron "su voluntad conducente a solucionar por vía de la mediación..." el diferendo austral. Para poner en ejecución tal propósito solicitaron al Santo Padre que actuara como mediador "con la finalidad de guiarlos en las negociaciones y asistirlos en la búsqueda de una solución del diferendo..." (Acuerdo de 8 de enero de 1979).

Cumpliendo estos objetivos, dos etapas del procedimiento parecen haberse ya alcanzado: 1º, una etapa informativa, en la cual ambos gobiernos pusieron en conocimiento de la Santa Sede los términos de la controversia, como también todos los antecedentes y criterios pertinentes a la cuestión, esgrimidos en el curso de las diferentes negociaciones, y 2º, una etapa de proposición, muy propia de este medio político o diplomático que es la mediación, cumplida por Su Santidad el 12 de diciembre de 1980, al hacer entrega de la propuesta de solución a los Ministros de Relaciones Exteriores de Argentina y Chile.

Ahora bien, estas diversas etapas que hemos distinguido, particularmente exactas en el procedimiento seguido a la fecha, no deben hacernos olvidar que toda mediación implica la intervención de un tercero en la negociación, que se lleva principalmente entre las partes en controversia, pero también incluye la proposición efectuada por ese tercero de una posible solución. Estos aspectos aparecen claramente señalados en el Acuerdo de Montevideo, ya citado, al describir las funciones del mediador como aquéllas de un guía en las negociaciones y de un asistente en la búsqueda de una solución.

La intervención del tercero mediador tiene un límite: la prohibición de transformar su complejo actuar en una imposición (la mediación propone, no impone...). Esta prohibición extrema encierra algo muy importante de este medio que es la mediación, como es la actitud que deben mantener entre sí las partes durante toda la negociación; igualmente, cabe preguntarse con legitimidad, ¿cuál debe ser la actitud de esas mismas partes frente a la proposición del mediador?

Examinar las actitudes de los Estados durante un proceso como aquel de la mediación significa afirmar que la buena fe, principio general de derecho, rige las relaciones de las partes entre sí, y entre ellas y el tercer mediador. Sin embargo, pretender escrudinar la buena fe de los Es-

tados es una labor difícil, como lo demostrara por lo demás con tanta elegancia ante la Corte Permanente el profesor Gidel, con ocasión de su alegato por Noruega en el asunto del Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental (1932). Según algunos, la buena fe del Príncipe no podría prestarse a discusión; para otros, en cambio, el principio en cuestión no sería sino una categoría a priori del orden jurídico internacional.

Ironía del destino, pues, el principio de la buena fe reaparece constantemente, ya sea porque es utilizado profusamente en la correspondencia diplomática, ya sea porque a él recurren en épocas distintas variados textos de derecho internacional positivo. No obstante la fuerza con que la práctica internacional acude a la buena fe, el contenido de dicho principio es particularmente complejo y equívoco. Los estudiosos están de acuerdo en tres posibles significados: la buena fe como criterio de interpretación de situaciones jurídicas; la buena fe concebida como espíritu de lealtad, de honestidad, de sinceridad que tiene lugar en el proceso de todo acto jurídico y, por último, la buena fe como la creencia errada de una determinada situación jurídica.

De estos tres significados, aquel que pone el acento en los aspectos psicológicos y morales es el que más conviene a la presente reflexión. La jurisprudencia reciente de la Corte Internacional de Justicia reconoce la validez de esta aceptación, al expresar que "... uno de los principios de base que presiden la creación y la ejecución de las obligaciones jurídicas, cualquiera sea la fuente, es aquél de la buena fe..." (Asunto de los Ensayos Nucleares; Australia con Francia - 1974).

Entendida la buena fe como el espíritu de lealtad, de honestidad y de sinceridad que debe presidir toda elaboración o aplicación de actos jurídicos, ella se opone al fraude, al dolo y a toda intención dañosa o perjudicial. Aceptado este concepto de la buena fe, corresponde analizar cómo opera o debería haber operado en las dos etapas descritas de la mediación.

*
* *
*

Toda mediación incluye un complejo proceso de negociación entre los Estados partes en la controversia. La doctrina del Derecho Internacional denomina esa obligación como la de un "pactum de negociando", que supone un compromiso previo entre dos o más Estados para solucionar un determinado diferendo mediante acuerdo. Tratándose de una controversia susceptible de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales, la obligación de negociar adquiere validez independiente de todo acuerdo, ganando así la condición de un principio de derecho internacional público, como lo expresara el juez Padilla Nervo,

en la opinión disidente adjunta al fallo recaído en el asunto "Competencia en materia de pesquerías" (Inglaterra con Islandia, 1973).

Pero ¿cuál es el alcance o la extensión de esta obligación de negociar de buena fe? O, dicho de otra manera, ¿qué implica esta obligación en lo que se refiere a la actitud de las partes en una negociación? La respuesta a este tipo de preguntas puede agruparse atendiendo al momento de la negociación: previamente a ella, las partes deben manifestar una buena voluntad e instaurar un clima de lealtad y de confianza recíprocas; durante las negociaciones, ambas partes deben adoptar posiciones suficientemente flexibles a fin de obtener, por concesiones recíprocas, un compromiso que satisfaga las pretensiones de una y otra.

En el asunto del Lago Lanoux (España con Francia) el tribunal arbitral precisa que las negociaciones de buena fe excluyen "... la ruptura injustificada de conversaciones, los plazos anormales, el desprecio por los procedimientos previstos, el rechazo sistemático en tomar en consideración las proposiciones o intereses adversos...". La misma sentencia arbitral entrega un significado positivo de la negociación de buena fe, al expresar "... que es tomar en consideración los diferentes intereses en presencia, buscando otorgarles todas las satisfacciones compatibles con la prosecución de sus propios intereses...", significado del cual se deriva una obligación adicional para los negociadores, pues deben demostrar un real cuidado al conciliar los derechos en presencia.

Todas estas exigencias y precisiones jurisprudenciales que se refieren a la actitud que deben mantener las partes en sus relaciones recíprocas durante la negociación, deben conservarse, también, basadas igualmente en la buena fe, en el período de búsqueda del acuerdo final. Así, la Corte Internacional de Justicia en el asunto sobre Delimitación de la Plataforma Continental del Mar del Norte, ha expresado "... las partes tienen la obligación de comportarse de tal manera que la negociación tenga un sentido, y no es el caso cuando una de ellas insiste sobre su propia posición, sin considerar ninguna modificación..." (1969).

Cinco años después la propia Corte precisó la expresión "que la negociación tenga un sentido", al pronunciarse sobre el fondo en el caso "Competencia en materia de Pesquerías", diciendo que las partes deben "... conducir sus negociaciones en un espíritu tal que cada una deba, de buena fe, tener en cuenta razonablemente los derechos de la otra..." (1974).

Para ello, será aún necesario —dirá otro tribunal arbitral— "... el abandono de posiciones inflexibles defendidas hasta ese día..." (arbitraje sobre el Acuerdo con respecto a las deudas alemanas, 26 de enero de 1972).

La buena fe supone, en resumen, una colaboración honesta y leal entre las partes; exteriorizada en comportamientos razonables y coherentes entre sí, y cuyos objetivos finales son la conclusión de un acuerdo mutuamente satisfactorio.

Sin embargo, esos supuestos no agotan el campo de aplicación de esta exigencia general de comportarse de buena fe. En efecto, y en relación con la búsqueda de una solución para la controversia, las partes en la misma tienen la obligación de no hacer nada que pueda paralizar el funcionamiento de las actividades del tercero, que actúa como mediador; muy por el contrario, deben hacer todo por facilitar la difícil tarea de aquél.

Así, las partes tienen la obligación de intentar establecer la exacta verdad de los hechos, principalmente a través de una descripción o determinación "... de los términos de la controversia...". Ello quiere decir que cada parte tiene el derecho y la obligación de entregar al mediador los elementos sustanciales que, a su juicio, integran el diferendo. Entre los antecedentes a que se refiere el punto 9 del Acuerdo de Montevideo, debe incluirse forzosamente el Laudo Arbitral de 1977, cuya obligatoriedad encuentra sólido fundamento en el principio "Pacta sunt servanda", y cuya ejecutoriedad queda confiada, como lo escribe Nicolás Politis, a la buena fe de los Estados.

Una segunda forma de facilitar la tarea del mediador, que se desprende igualmente del principio de la buena fe, es la prohibición para las partes de agravar o extender el diferendo. En honor a la verdad, nadie puede olvidar con facilidad que durante los años 1979 y 1980, en pleno proceso de mediación, algunos sectores de uno de los países volvieron a esgrimir la amenaza del uso de la fuerza.

Por otra parte, se pretende hoy en día utilizar el medio de solución pacífica acordado para resolver supuestos conflictos pendientes.

Esta pretensión es contraria al Derecho Internacional y desconoce, además, el principio de la buena fe. En efecto, si bien es cierto que la obligación de arreglo pacífico de controversias es un principio consuetudinario, anterior a aquel que prohíbe el empleo de la fuerza, no es menos exacto también que el alcance de esa obligación general está limitado por el concepto de "dominio reservado" y por la libertad reconocida a los Estados en cuanto a la elección de medios de solución, atendida la naturaleza de una determinada controversia (véase una reafirmación de estas ideas en la Resolución 2.625 (XXV)). No olvidemos, por último, que todos los procedimientos enumerados en el artículo 33 de la Carta de ONU son voluntarios y no pueden implementarse sin el consentimiento de las partes.

No obstante la claridad de la situación descrita, pretender extender o desarrollar una controversia en curso significa, además, apartarse del

principio de la buena fe. Como se sabe, un Estado, guardando una determinada conducta, puede crear en favor de un tercer Estado un verdadero título jurídico, consistente en la exigencia, por parte del segundo, de coherencia y lógica en el comportamiento del primero. Esta especie de título jurídico es denominado en Derecho Internacional como el principio del "estoppel". Este principio prohíbe a un Estado adoptar una conducta contraria a la observada precedentemente, en especial cuando de este contraste en el comportamiento resulta un perjuicio en contra de quien se pretende oponer, o una ventaja injustificada para aquel que pretende beneficiarse.

En resumen, este principio, cuyo fundamento no es otro que la buena fe, prohíbe aquello que popularmente se conoce como "jugar a dos barajas".

No puede un Estado que históricamente, y en forma casi exclusiva, ha creído en las negociaciones directas, convertirse, de la noche a la mañana, en un partidario apasionado de un determinado medio de solución, creyendo que con ello obtendrá una salida, más o menos honrosa, a problemas de política interna. Es tan desmesurada la ventaja para una de las partes y tan tangible el perjuicio para la otra, que cualquier extensión de la controversia, aun cubierta bajo una laudable voluntad de no crear fricciones adicionales, iría en contra de la buena fe.

Otra manera de colaborar con el mediador, adecuando el actuar de las partes a las exigencias de la buena fe, dice relación al cumplimiento de obligaciones negativas. Las partes en un proceso de esta naturaleza deben abstenerse de obstaculizarlo a través, por ejemplo, de prácticas dilatorias. Acudir a tales prácticas aparece, a simple vista, como una actitud ilógica e incoherente, pues desvirtúa, con hechos y en el tiempo, la voluntad expresada, en forma libre y con antelación, de resolver una determinada controversia. Recurrir a medidas de esta naturaleza puede significar, además, que lo que se pretende es eludir en forma a posteriori un compromiso ya adquirido.

Por último, e íntimamente ligado con lo anterior, cabe destacar la actitud que deben mantener las partes frente a las sugerencias ofrecidas o frente a las ideas propuestas por el mediador. A este respecto, el Acuerdo de Montevideo ha sido muy preciso, ya que ambos gobiernos "... declaran no poner objeción a que la Santa Sede, en el curso de estas gestiones, manifieste ideas que le sugieran sus detenidos estudios sobre todos los aspectos controvertidos del problema de la Zona Austral...". Más aún, Argentina y Chile manifestaron en la misma ocasión "... su buena disposición para considerar las ideas que la Santa Sede pueda expresar...".

Esta buena disposición de las partes se hace aún más necesaria ante la formulación de una proposición específica de solución, hecho ocurrido el 12 de diciembre pasado en audiencia pública y solemne de Su Santidad con ambos Ministros de Relaciones Exteriores.

Es cierto que la proposición del mediador carece de fuerza jurídica obligatoria, a diferencia de lo que ocurre con un acto jurisdiccional, como un Laudo Arbitral, pues este último está dotado de la autoridad de cosa juzgada. Sin embargo, la carencia de fuerza obligatoria no implica que una de las partes pueda desconocer o rechazar las consecuencias morales y jurídicas de la proposición efectuada por el mediador.

Las consecuencias morales son inherentes a la dignidad del órgano que formula la proposición, impidiendo a las partes que puedan actuar como si una tal proposición no hubiese existido.

Todavía más, la formulación de una proposición de solución tiene obligatoriamente consecuencias jurídicas, máxime cuando el Sumo Pontífice, Juan Pablo II, ha caracterizado su propia proposición como "justa, equitativa y honrosa".

Considerar con atención, lealtad y sinceridad la proposición de Su Santidad (de buena fe), es una exigencia evidente y natural de un orden jurídico que atraviesa por etapas de progresiva moralización.