

Análisis del Laudo que pretendió poner término a la controversia sobre "La Brea y Pariñas"

Por JORGE EUGENIO CASTAÑEDA

Catedrático de Derecho Civil

1.— *Determinación de conceptos.*— Para la mejor claridad de esta espinosa cuestión, parece que conviene dejar establecido qué se entiende por laudo de París. Es el instrumento suscrito por un tribunal extraño, en que juzga y decide, con fecha 24 de abril de 1922, que es obligatorio para ambas partes (Perú y Gran Bretaña), el "Acuerdo de Arreglo" que dichas partes suscribieron el 2 de marzo de 1922, por intermedio de sus representantes A. SALOMÓN y A. C. GRANT DUFF, respectivamente.

Dicho "Acuerdo de Arreglo", al que nosotros inexactamente damos el nombre de "transacción", en su art. 2º reconoce que los herederos de WILLIAM KESWICK son los dueños de "La Brea y Pariñas" y crea un régimen tributario privativo para dicho yacimiento, que no puede ser alterado dentro de cierto plazo.

De aquí se sigue que el laudo es el "Acuerdo de Arreglo". Y lo es porque con fecha 27 de agosto de 1921, se suscribió por los mismos GRANT DUFF y SALOMÓN un llamado "Acuerdo de Arbitraje", cuyo art. 10, en su párrafo 2º, disponía que para el caso de que Perú y Gran Bretaña se pusieran de acuerdo "sobre los términos del arreglo", el tribunal incorporaría ese arreglo como laudo, el cual se consideraría como el laudo del tribunal.

Volviendo al examen del "Acuerdo de Arreglo", es evidente que no es una transacción, porque no decide sobre punto du-

doso y tampoco tiene renunciias recíprocas. A lo más, existiría una renuncia del Perú, en cuanto por una cifra determinada condona la deuda por canon de superficie y reconoce el dominio absoluto del contradictor sobre un yacimiento minero.

En verdad, el "Acuerdo de Arreglo" es un contrato, un tratado. "Acuerdo de Arreglo" es también un galimatías. En algunos casos, para facilitar la comprensión se continuará empleando el vocablo "transacción".

En realidad, de lo que se trata es de un tratado en que se reconoce el derecho de propiedad y se establece una tributación específica para bien determinado. Los contratos no tienen el nombre que les dan las partes, sino el que deriva de la esencia de sus estipulaciones. En buenos principios, debería ser llamado "Contrato de Arreglo".

2.— *La nulidad de la ley N° 3016 produce la nulidad del Laudo.*— Establecida la nulidad radical de la ley 3016, por las razones enunciadas en mi informe inmediatamente anterior, la nulidad del laudo se infiere fácilmente, ya que esas mismas razones le son aplicables a este instrumento. Es suficiente, sin embargo, la siguiente reflexión, o sea la de que lo absolutamente nulo no es susceptible de producir efectos jurídicos, aún cuando si pueda haber producido efectos, pura y simplemente.

En cuanto el laudo importa a la postre una sentencia o decisión judicial, es ineficaz porque resuelve o decide sobre materias reservadas a la soberanía del Perú, encerrando algo contrario al derecho público de este país. Basta que el inmueble se encuentre situado dentro del perímetro del solar patrio para que se halle bajo el imperio de las leyes peruanas y de la justicia que se administra en la República, por los tribunales y juzgados, y no por otras autoridades, como prevenía el art. 26 del cód. de enjuiciamientos civiles abrogado. Ya se ha examinado la declaración del art. V del T. P. del cód. civ. de 1852; y lo dispuesto por los arts. 1159 y 1160 inc. 1° del cód. de proc. civ., por los que para que una sentencia extranjera tenga fuerza en la República se requiere que no resuelva sobre materias cuyo juzgamiento compete a los tribunales peruanos; y que corresponde exclusivamente a dichos tribunales peruanos el conocimiento de los asuntos relativos a bienes raíces situados en el territorio de la Nación.

Estos principios no son privativos de nosotros; son princi-

pios uniformes del derecho de gentes, que establecen la actividad jurisdiccional de nuestros tribunales sobre los bienes comprendidos en el territorio patrio. Están reconocidos y aceptados universalmente como axiomáticos, ya que derivan de los superiores derechos de soberanía e independencia. Las leyes que en cada Estado rigen los bienes no son sino un corolario de su organización política. Tiene, además, que considerarse inadmisibles que un laudo derivado de un tratado internacional (la transacción en el derecho civil es contrato; y en el derecho internacional es tratado. Para nosotros es siempre un contrato, no obstante que el nuevo cód. civ. la considera como modo de extinguir las obligaciones) pueda derogar las leyes vigentes en un Estado sobre el régimen de la propiedad minera, porque todo régimen inmobiliario está fundado en el principio del orden público. Por lo mismo, resulta inejecutable en un Estado, si se opone, en cuanto a las personas y a los bienes, a la Constitución y a las leyes del Estado que deba hacer lugar a la ejecución.

Los yacimientos mineros son inmuebles. El régimen de propiedad sobre ellos, como sobre todos los bienes dentro de cualquier Estado, no puede ser modificado por leyes o decisiones judiciales extranjeras.

La transacción, que es arreglo, pacto, convenio o contrato en derecho interno, y tratado en derecho internacional, que después resultara laudo, fué de aquellos actos jurídicos que por atentar contra nuestra soberanía, estaban constitucionalmente prohibidos. El art. 2º de la Constitución de 1920, vigente en la época en que se transige, establecía: "La Nación es libre e independiente y no puede celebrar pacto que se oponga a su independencia o integridad o afecte de algún modo su soberanía".

Los constituyentes del año 19 repitieron la norma de la Constitución de 1860, que en esa Carta tenía también el número 2.

Conviene expresar que cuando utilizamos el vocablo "transacción" nos estamos refiriendo al laudo mismo, en cuanto éste no es distinto de aquélla, ya que no hizo sino incorporar a la transacción.

Se ha objetado que el laudo es inoperante para el Perú en razón de que no fué legislativamente ratificado.

En efecto, la Constitución de 1920 contenía estos dos dispositivos:

Art. 83.— “Son atribuciones del Congreso:
inc. 18. “Aprobar o desaprobar los tratados de paz, concordatos y demás convenciones celebradas con los gobiernos extranjeros”.

Art. 121.— “Son atribuciones del Presidente de la República:

inc. 12. “Dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados, poniendo en ellos la condición expresa de que serán sometidos al Congreso para los efectos de la atribución 18 del art. 83”.

Ya la primera Constitución del Perú, la de 1823, en su art. 60 inc. 7º disponía: “Son facultades exclusivas del Congreso: 7º Aprobar los tratados de paz y demás convenios procedentes de las relaciones exteriores en todos respectos”.

Esta exigencia ha sido repetida en todas las Cartas, en los mismos o en otros términos. Así por ejemplo:

Constitución de 1856; art. 55.— “Son atribuciones del Congreso: inc. 15. Aprobar o desechar los tratados de paz, concordatos y demás convenios procedentes de las relaciones exteriores”.

Constitución de 1860; art. 59.— “Son atribuciones del Congreso: inc. 16. Aprobar o desaprobar los Tratados de paz, concordatos y demás convenciones celebradas con los gobiernos extranjeros”.

Constitución de 1867; art. 59.— “Son atribuciones del Congreso: inc. 18. Aprobar o desaprobar los Tratados de paz, concordatos y demás convenciones procedentes de las relaciones exteriores”.

En cuanto a la Constitución que nos rige, que es la del año 1933), su art. 123 reza: “Son atribuciones del Congreso: 21º. Aprobar o desaprobar los tratados, concordatos y demás convenciones que se celebren con los gobiernos extranjeros”.

Nosotros consideramos que ni aún la aprobación legislativa le otorgaba validez a un laudo cuya ejecución contrariaba las bases fundamentales del Estado.

A tenor de este principio constitucional uniforme, por el cual se reclama la aprobación legislativa, se expresa que no habiéndose aprobado el convenio de arbitraje ni el arreglo entre los gobiernos del Perú y de Gran Bretaña, por el Congreso, esos

instrumentos resultaban no idóneos para producir efectos jurídicos.

Este parecer se apoya en la doctrina de Derecho Internacional. Así, SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN (1) considera que todo tratado necesita siempre de la aprobación ulterior del mandante y casi siempre de otro cuerpo político del Estado.

En otro lugar, el mismo SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN (2) expone que la suscripción de un tratado no le da más que la categoría de proyecto.

También DIENA Julio (3) informa que la regla de la ratificación no admite más excepciones que las de tiempo de guerra, respecto a los convenios celebrados entre jefes de tropas enemigas, los que exigen pronta ejecución, y se comprende que no se puede esperar su ratificación.

En DIENA (4), sin embargo, nos encontramos con algo por el que se tiene que admitir que la llamada transacción, pacto, convenio o tratado que después convirtiéndose en laudo, carece de fuerza jurídica, porque las estipulaciones que contenía se habían concluido excediéndose los representantes de las facultades que tenían, porque las mismas eran contrarias al derecho interno nacional. En efecto, la transacción o acuerdo determinaba un derecho de propiedad sobre una mina que resultaba desconocido para el régimen peruano sobre propiedad minera; y también, un régimen tributario privativo para yacimiento determinado, que sólo podía acordarlo por ley el Estado peruano, siempre que pudiera eludirse el otro obstáculo constitucional de ser un régimen excepcional y de privilegio. El autor italiano citado, textualmente dice: "... es necesario concluir que según los principios del Derecho Internacional, no puede considerarse un tratado como internacionalmente válido, no sólo cuando quien lo ha estipulado no tenga, según el derecho interno, potestad para representar al Estado, sino cuando también en su estipulación se hubiese excedido de los poderes propios, de conformidad al mismo derecho interno".

La transacción o pacto, como lo fué la ley 3016, es inconstitucional por razones de fondo. Por ello es que no nos contenta-

(1) Manual de Derecho Internacional Público, 4ª ed., 1947, p. 375.

(2) Manual de Derecho Internacional Público, p. 385.

(3) Derecho Internacional Público, trad. de la 4ª ed. italiana, Barcelona, Bosch, 1941, Nº 63, p. 421.

(4) Derecho Internacional Público, Nº 63, p. 419.

mos con la idea de que el laudo carece de relevancia jurídica porque no fué ratificado, simplemente. Y ello no obstante que en la práctica ya se ha admitido que las normas constitucionales sobre ratificación de tratados, poseen relevancia internacional (5). El pacto o transacción entonces, no sólo es inválido porque se han omitido formas o procedimientos constitucionales, sino porque el órgano del Estado peruano que actuó en la esfera internacional, estaba limitado por las autorizaciones substanciales de la Constitución. No se puede comprometer el destino de un Estado en asuntos que la Constitución reserva para que sean aplicados o declarados por sus propios funcionarios. El órgano del Estado no puede excederse de la Constitución; y en caso de hacerlo, su acto no obligaría al Estado.

La jurisdicción nacional no sólo fué negada por la ley 3016 sino por la transacción y el laudo. Ella es una de las manifestaciones más netas de la soberanía nacional. Constituye la jurisdicción la potestad soberana de declarar la ley, aplicarla e imprimir fuerza ejecutoria a esa declaración. Por ser de orden público, la jurisdicción no puede ser objeto de renuncia, ni depende su aplicación de la voluntad de las partes.

Aún en la hipótesis de que el laudo se hubiere producido sin mediar arreglo previo entre los litigantes, ("Acuerdo de Arreglo" es la denominación que le dieron las partes), su validez era impugnabile, por cuanto decidía sobre materias exclusivamente reservadas a la jurisdicción de uno de los Estados contradictores.

No puede obligar internacionalmente un laudo que decide sobre bienes inmuebles situados dentro del territorio de un Estado; y sobre los tributos que deberá abonar un bien.

No se trataba, asimismo, de divergencias o actitudes contrapuestas entre Estados soberanos, sino de cuestión litigiosa entre un particular, extranjero o no, y el Estado del Perú. Y, sobre todo, de una divergencia de carácter real y no personal, por más que el Estado de que procedía el contradictor, hubiera hecho suya la reclamación o asunto.

(5) Fué a raíz de una controversia entre Nicaragua y Costa Rica, en la que ésta sostenía que el tratado no era válido porque no se habían respetado los procedimientos constitucionales exigidos por la Constitución de ese país. Dicha controversia se sometió al arbitraje del Presidente de los Estados Unidos, Cleveland, quien expresó: "Puede ser netamente admitida la exactitud de la doctrina general según la cual, para decidir de la validez de un tratado, es necesario referirse a la ley fundamental de ese Estado". Véase MOORE, "History and digest of international arbitrations", p. 1964.

Ni la aprobación legislativa podía otorgarle eficacia a un instrumento como el laudo que tan seriamente lesionaba nuestros derechos, aún cuando no hubiera derivado del llamado "Acuerdo de Arreglo".

Y aún en la hipótesis de que la ley 3016 no sólo hubiera mandado someter la cuestión litigiosa a un arbitraje internacional, sino que facultara al Ejecutivo para arreglar o convenir la diferencia sobre "La Brea y Pariñas", ese convenio, arreglo, o transacción habría de resultar inoperante, si afectaba de algún modo la soberanía del Estado. La autorización legislativa contenida en una ley regularmente formada, debería ser considerada insuficiente por cuanto lesionaba el principio visceral de soberanía.

Es por estas razones que afirmamos que ni aún la aprobación por el Congreso, podía otorgar validez a un convenio o tratado de tal naturaleza. Por ello es que disentimos de aquellos que opinan que la aprobación legislativa al no haberse producido, le niega validez al pacto o transacción. Con mayor razón en países como el Perú, en que lo normal son los regímenes de facto, que tienen a su servicio un Poder Legislativo dócil y obediente, cuyos miembros han sido supuestamente elegidos mediante procesos electorales fraudulentos, y que no titubearían en otorgar una aprobación aún cuando ésta fuera notoriamente lesiva al interés nacional.

Ya nos hemos ocupado de que la ley 3016 afectó el principio de soberanía en cuanto privó al Poder Judicial nacional del conocimiento de un asunto que le competía. Empero, por si esto no bastara, el pacto mismo atentó contra el mismo principio.

3.— *No tuvo el mandatario del Perú poder para arreglar.*— Conviene examinar atenta y cuidadosamente si el representante que a nombre del Estado peruano transigió o concluyó el "Acuerdo de Arreglo", tenía facultades bastantes para obligar a su representado con un tratado como ese, que importaba la renuncia al dominio de un bien y la abdicación por otro poder del Estado de una facultad como la impositiva.

La ley 3016 sólo se limitó a autorizar al Poder Ejecutivo para someter la controversia de "Brea y Pariñas" al fallo de un arbitraje internacional. Tratábase entonces de un encargo preciso y limitado, que debió ser fielmente observado por el mandatario peruano, independientemente del hecho de que ya la

transacción o convenio, como recurso para arreglar las diferencias entre el Perú y la empresa explotadora de "La Brea y Pariñas", había sido abandonado por el mandante, o sea por el Poder Legislativo peruano.

Es incuestionable que el mandatario careció de facultades para contratar el llamado "Acuerdo de Arreglo", al que nosotros llamamos transacción, atendidos los propios términos de la ley 3016. Resultó así que el apoderado traspasó los límites del mandato.

Verbi gracia: si *X* le confiere a *Z* mandato para que someta la controversia que tiene con *M*, a la decisión de uno o de más árbitros, es obvio que *Z* se excede de las facultades que tiene como apoderado de *X*, si lleva a cabo una transacción, que en realidad evita el arbitraje. El laudo que se expida acogiendo la voluntad de los transigentes, no es susceptible de cumplirse porque su nulidad es evidente. Estos son principios de derecho universal.

El apoderado para transigir el pleito, sea dentro del proceso judicial, sea en el juicio arbitral, necesita poder especial. No produce ningún efecto la transacción celebrada por el mandatario que carece de la facultad especial que requiere la ley para transigir el juicio. Así lo ha resuelto nuestra jurisprudencia, en la sentencia de 6 de agosto de 1926 (6), aplicando rectamente la doctrina del art. 10 del cód. de proc. civ.

Adviértase también otro vicio: el mandatario del Perú carecía de poder para enajenar "*ad perpetuum*" la cosa del mandante; y eso fué lo que hizo. Podía admitirse que el árbitro sí pudiera hacerlo, pero no quien representaba al Perú.

Y si de acuerdo con la buena doctrina, admitimos que lo que nosotros llamamos transacción y los representantes del Perú y de la Gran Bretaña llaman "Acuerdo de Arreglo" es un tratado, un contrato, más patentemente aparece o resulta la nulidad de pleno derecho del laudo, ya que por más esfuerzos que se hagan, esos mandatarios no estuvieron autorizados ni por el Poder Ejecutivo, ni por la ley 3016, a contratar, es decir, a celebrar o ultimar un tratado, sino a crear las condiciones necesarias para que se produjera un arbitraje internacional.

Por lo que se deja relacionado, el mandante, o sea el Perú, no se encuentra obligado a cumplir lo que hubiese hecho el man-

(6) Inserta en "La Prensa", 12 de agosto de 1926.

datario, excediéndose de las facultades que tenía, a no ser que posteriormente hubiere aprobado dicho convenio (Esa aprobación sólo puede ser legislativa, según todas las Constituciones del Perú).

Adviértase, asimismo, que lo que debería ser materia del arbitramento era la cuestión relativa al derecho de propiedad sobre un yacimiento minero; y el mandatario nuestro transigió o contrató o celebró un tratado, reconociendo el dominio cuestionado en la parte que lo invocaba, pese a que esa era la materia arbitrable. Y también sabemos que con arreglo a nuestro derecho interno (art. 1633 cód. civ. vigente; art. 1927 cód. civ. de 1852), para que el mandatario disponga de la propiedad del mandante, es necesario que el encargo conste expresamente y por escritura pública; y también es verdad que SALOMÓN, mandatario del Perú, no tuvo esa autorización expresa, ni del Ejecutivo ni del Legislativo. Sin embargo, en la cláusula segunda del "Acuerdo de Arreglo" de 2 de marzo de 1922, dicho SALOMÓN reconoce que "los herederos del finado señor William KESWICK... son los dueños... de "La Brea y Pariñas" ...".

De lo expuesto aparece que el Poder Ejecutivo, a la postre, fué el que contravino los términos del encargo; y esa contravención acarrea la nulidad absoluta del instrumento "Acuerdo de Arreglo" o "Laudo", porque en verdad constituyen dos polos de una misma cosa.

Quienes eludieron por medio de este recurso el arbitraje, conocían que el Perú había preferido antes que arreglar, transar o acordar, que el asunto "La Brea y Pariñas" se decidiera por medio de un arbitramento internacional. Por lo mismo, procedieron a sabiendas de que el arbitraje no podía ser dejado de lado.

Les constaba que el Estado, —el Poder Legislativo, sobre todo—, no quiso pactar. Prefirió que un extraño decidiera; no, arreglar.

También es necesario precisar que las partes que acordaron el 2 de marzo de 1922, lo que después habría de convertirse en laudo, conocían que una fórmula de transacción o arreglo mucho más ventajosa para el Perú, fué aprobada por el Senado el 23 de noviembre de 1917; y que, a la postre, resultó desestimada no sólo por la Coleisladora, sino por el mismo Senado, cuando éste se pronunció por la no insistencia en el proyecto

que le regresó Diputados y que, poco después, habría de convertirse en la ley N° 3016.

La Cámara de Senadores reconocía, en la cláusula 2ª del proyecto de arreglo, el derecho de propiedad de la empresa explotadora en el yacimiento, aunque en forma vaga.

Señalaba como contribución territorial minera el pago de S/o. 15.00 por pertenencia en explotación, entendiéndose que la paralización del trabajo no suspendía la obligación de pago; y S/o. 0.50 por cada pertenencia que no se explote, durante los 10 primeros años; S/o. 1.00 durante los 10 años siguientes; y S/o. 1.50 durante los 10 años subsiguientes.

Vencidos estos plazos, se pagaría S/o. 15.00 por pertenencia, o la contribución que en su lugar gravare, conforme a las leyes.

La cláusula 6ª fué seguramente la que produjo más alarma a la "*London & Pacific Petroleum Company*", ya que disponía:

"Fuera de las reglas especiales que figuran en las cláusulas precedentes, regirán, respecto de la propiedad minera "*La Brea y Pariñas*", las leyes y disposiciones legales que rijan al presente, o se den en el futuro, respecto de la propiedad minera en general".

Esa declaración era innecesaria, no sólo porque se entendía que la tributación no ha de permanecer inalterable con el correr de los años, sino porque este es un derecho inmanente e intangible de todo Estado soberano.

La elevación de los impuestos indirectos, sobre todo, se ha agudizado ahora.

En la cláusula 8ª se respeta la soberanía nacional, en cuanto manda que toda diferencia sea sometida a los jueces y tribunales peruanos.

Y por la cláusula 9ª la empresa extranjera que explota el yacimiento "*La Brea y Pariñas*" renuncia a toda intervención diplomática.

Estas condiciones que se le señalaban, perentoriamente, al Poder Ejecutivo, para que pusiera término a la controversia con la "*London & Pacific Petroleum Company*", fueron rechazadas, a la postre, por el Poder Legislativo; y sustituidas por la solución arbitral extranjera.

Sin embargo, condiciones notoriamente más desventajosas

son las que constan en el acuerdo SALOMÓN-GRANDT DUFF, de 2 de marzo de 1922, al que se le transforma en laudo.

Ese acuerdo señala, en su cláusula 2ª, que durante 50 años se pagará por concepto de canon de superficie, canon de producción, regalías y cualquiera otra contribución o impuesto, Lp. 3, al año, por pertenencia en estado de extracción o perforación; S/o. 1.00 cada año, por pertenencia que no se halle en trabajo al tiempo del pago. El plazo de 50 años obliga al Estado peruano a no elevar esta tributación durante su transcurso.

En la cláusula 3ª se declara que el abandono de los trabajos de extracción o perforación, convierte a la pertenencia en la clase de las inexplotadas.

Otra seria lesión contiene la cláusula 4ª del acuerdo SALOMÓN-GRANDT DUFF, en cuanto declara que el Gobierno del Perú no podrá aumentar durante 20 años el impuesto de exportación a los productos de la industria petrolífera.

Finalmente, en la cláusula 5ª se dice que "el propietario de "La Brea y Paríñas", abonará al Perú U.S. \$ 1'000,000.00, por contribuciones atrasadas y por cualquier otro cargo.

No es necesario ningún esfuerzo dialéctico para convenir que la ley N° 3016 resultó incumplida; y que el laudo no se produjo, sino que resultó ser un simple acuerdo de los litigantes.

Insistimos, sin embargo, en que la responsabilidad en este asunto del petróleo es amplia y abarca un período considerable de tiempo.

Culpa grave es la del gobierno del señor Leguía; empero, no es toda la culpa de ese régimen. Hay que ser justos en la atribución y distribución de las culpas. El Proyecto de Resolución Legislativa que remitió el Poder Ejecutivo a la Cámara de Senadores, con oficio de fecha 12 de enero de 1916 (7), era todavía más dañino y lesivo al interés nacional, que el arreglo o transacción que hubo de convertirse en laudo. En efecto, ese proyecto que, evidentemente, representaba el pensamiento del gobierno en esa época, reconocía el derecho de propiedad absoluto del reclamante; fijaba Lp. 3 al año por pertenencia en estado de extracción y S/. 0.75 por pertenencia que no se encontrara en estado actual de trabajo; y fijaba el plazo de 50 años para que sólo se pagaran estos tributos. La transacción de la dictadura

(7) Véase Manuel QUIMPER, "La cuestión Brea y Paríñas, Pretendida transacción del Gobierno", Lima, 1916, p. 138 y 140, respectivamente.

comprende el pago de un millón de dólares por concepto de tributación no cobrada y establece un régimen temporal más corto para el pago de los derechos de exportación.

4.— *La nulidad del laudo deriva también de haberse decidido sobre una cuestión que no era materia del arbitraje.*— El laudo no sólo es nulo e inoperante por cuanto al incorporar como sentencia a una transacción o arreglo *inter partes*, se estaba claramente contrariando la voluntad del Estado que, por intermedio de su Poder Legislativo, había rechazado esta forma de solucionar la controversia; y porque al darle cumplimiento se lesionaba gravemente la soberanía y, por tanto, la existencia misma del Estado peruano; sino que es nulo e inválido porque la materia sometida a juzgamiento y decisión de un arbitraje internacional no era la de saber si el Perú no tenía, en cualquier tiempo, el derecho de imponer a sus bienes la tributación que viere convenirle, o sea el derecho de legislar —desde que todo impuesto o tributo se impone por ley—, sino que la cuestión controvertida era única y exclusivamente la de determinar si el yacimiento minero “La Brea y Pariñas” importaba para quienes lo poseían, un derecho de propiedad absoluto sobre el subsuelo, o si ese dominio era relativo y condicionado al cumplimiento de ciertas obligaciones que al ser incumplidas operaban la pérdida de la propiedad, al igual de lo que ocurre desde que el Perú era colonia.

Entonces, no sólo no se laudó y sin facultades para ello un representante arregló o transó, sino que aún en lo hipótesis de que hubo laudo, ese instrumento al privar al Perú del derecho de imponer a los bienes inmuebles que forman su territorio, los impuestos que considerara menester, en realidad resolvió sobre punto no demandado ni controvertido.

En efecto, es innegable que la *ratio legis* de la ley N° 3016 fué sólo una cuestión relativa al derecho de propiedad y jamás se tuvo en cuenta en su formación el derecho que tiene el Perú, en todo tiempo, para imponer sobre sus bienes los tributos que las leyes señalen.

Conviene recordar que el cobro del canon que el Estado reclamaba se apoyaba en el hecho de que “La Brea y Pariñas” era una concesión minera, lo cual era negado por la empresa extranjera, quien arguía que ese yacimiento no constituía una concesión sujeta a tributación minera alguna porque se trataba de

propiedad absoluta y exclusiva de un súbdito inglés, que la había dado en locación-conducción a la "*London & Pacific Petroleum Co.*".

Resulta así que el laudo sólo debió limitarse a decidir si "La Brea y Pariñas" estaba sometida al cuerpo de leyes de minas que en esa época o más tarde estuvieran en vigor en el Perú, o si dicho yacimiento gozaba de una condición legal distinta. Esta y no otra era la materia susceptible de arbitramento, conforme al artículo 1º del "Acuerdo de Arbitraje" suscrito por A. S. GRANT DUFF y A. SALOMÓN.

Por ello hemos expresado que el laudo decidió punto no demandado ni controvertido; sobre cuestión ajena al compromiso. Nada de impuestos, en efecto, se menciona en el "Acuerdo de Arbitraje". Este exceso en el pronunciamiento acarrea la nulidad e insubsistencia del laudo. El tribunal debió limitar su resolución a lo que fué materia del diferendo que dió mérito al compromiso.

Es necesario insistir que el Acuerdo de Arbitraje que dió nacimiento a la transacción o Acuerdo de Arreglo y éste, a su vez, al laudo, sólo consideraba que se había producido una "des-inteligencia" entre el Perú y Gran Bretaña acerca de un yacimiento llamado "La Brea y Pariñas", que para esta última no constituía propiedad minera adquirida y poseída de manera usual y que para el Perú sí era propiedad minera. Complementariamente, el tribunal arbitral debería decidir sobre la validez y legalidad de ciertas resoluciones y decretos supremos que imponían el pago de determinados impuestos (revítese el "Acuerdo de Arbitraje"); empero, no se había controvertido ni puesto en duda el derecho del Perú a establecer, en cualquier tiempo, una mayor o menor imposición tributaria, ya se tratara de propiedad minera o de propiedad civil.

La "*London & Pacific Petroleum Company*", en su disputa con nosotros, no sólo tenía que cubrirse del peligro del pago de un canon superficial que estimaba ilegal, ya que en lugar de las 10 pertenencias que había estado pagando, debería pagar por 41,614 pertenencias, que eran las que en realidad tenía el yacimiento, sino de la posibilidad de que el Estado peruano, en ejercicio de un derecho legítimo e inimpugnable, le impusiera en el futuro una serie de impuestos que amenguaran los beneficios o lucros que estaba obteniendo. Ciertamente, este peligro consiguió hacerlo desaparecer con las cláusulas segunda y cuarta del

Acuerdo de Arreglo del 2 de marzo de 1922, que hubo de transformarse en laudo el 24 de abril del mismo año 1922.

El derecho del Estado del Perú a fijar el importe de sus propios tributos no era susceptible de ser internacionalmente discutido por arbitraje extranjero, porque se trata de un derecho esencial a la soberanía y a la vida misma de todo Estado, ya se trate —como se ha dicho— de propiedad minera resoluble y precaria, o de propiedad predial o mobiliaria.

5.— *La ley es la única que puede crear impuestos en el Perú.*— Otra causal que nos conduce a reputar nulo el laudo es la de que crea un régimen tributario que sólo por ley puede establecerse, conforme a la Constitución.

En efecto, la Carta de 1920, art. 7º, que regía al tiempo de expedirse el laudo, decía “no pueden crearse, modificarse ni suprimirse contribuciones sino en virtud de una ley y para el servicio público. Sólo la ley puede exonerar en todo o en parte del pago de los impuestos; pero nunca por razón de las personas”.

Esta doctrina en la época de su vigencia no constituye una innovación de la Carta de 1920. Estaba contenida en la Constitución de 1860, art. 8º, que rigió en la época inmediata anterior, y que disponía “No pueden imponerse contribuciones sino en virtud de una ley, en proporción a las facultades del contribuyente, y para el servicio público”. Ambos instrumentos exigen ley; no cualesquiera acto legislativo.

Otra Constitución que reclama ley para los tributos es la de 1834. Su art. 168 expresa: “La facultad de imponer contribuciones directas o indirectas corresponde exclusivamente al Congreso, y sin una ley expresa ninguna autoridad ni individuo de la República puede imponerlas bajo pretexto alguno”. La Constitución de 1856 en su art. 8º dispone que las contribuciones no se imponen sino por ley. El art. 7º de la Constitución de 1867 señala que “sólo el Congreso puede imponer contribuciones”.

Es interesante comprobar que la Constitución que nos rige conserva el principio de que sólo por ley se pueden crear tributos. Su art. 8º previene: “Sólo para el servicio público podrá la ley crear, alterar o suprimir impuestos y exonerar de su pago en todo o en parte”; y agrega: “No hay privilegios personales en materia de impuestos”. Es evidente que la declaración que hace este precepto no es tan perfecta como la de Constituciones anteriores.

La regla es de tal importancia para los constituyentes que no vacilan en repetirla. Así, entre las atribuciones del Congreso, la Constitución de 1920 señala la de imponer y suprimir contribuciones (inc. 5º del art. 83).

No han reclamado ley para la creación de impuestos, pero expresan que las contribuciones deberán repartirse sin excepción ni privilegio, las Constituciones de 1826 (art. 146); de 1828 (art. 159); y de 1839 (art. 162).

Conviene recordar que el Parlamento debe su origen al omnímodo poder del rey para crear tributos y elevar sus cuantías. Por eso es que nuestra primera Constitución —que es la de 1823 (inc. 9º del art. 60)—, ya contiene el principio de que es atribución legislativa esta materia impositiva. Siguen todas las Constituciones peruanas conservando esta atribución:

Const. de 1828, inc. 8º del art. 48; Const. de 1834, inc. 8º del art. 51; Const. de 1839, inc. 6º del art. 55; Const. de 1860, inc. 5º del art. 59; y Const. de 1867, inc. 5º del art. 59. La Const. de 1933 que es la que nos rige, mantiene esta norma en el art. 123 inc. 5º.

Hay quienes sostienen que la ley N° 3016 importó una delegación que el Congreso del Perú efectuó a favor del tribunal arbitral extranjero. Esta alegación es demasiado débil porque la facultad de crear o suprimir impuestos que radica en el Poder Legislativo es obviamente indelegable. Además, en otro lugar examinamos *in extenso* el punto de que los impuestos que debía pagar en el presente y en el futuro la empresa que explotaba "La Brea y Pariñas" no había sido objeto de controversia en la etapa de formación y promulgación de la ley N° 3016, por lo que ni siquiera se consignó en el "Acuerdo de Arbitraje" SALOMÓN-GRANT DUFF, de 27 de agosto de 1921. Por lo tanto, la precitada ley 3016 no podía delegar en el tribunal arbitral la solución de un asunto que ni siquiera había sido planteado; no ya discutido. El legislador que aprobó esa ley jamás pensó que con ella estaba abdicando el Legislativo de su exclusiva potestad de crear impuestos y de dar leyes con ese objeto.

Ahora, el Perú conoce de casos en que un Parlamento dócil y sumiso, concede a un Ejecutivo fuerte y tiránico, la facultad de crear impuestos. Atendido el origen de este derecho del Legislativo, o sea frenar al Ejecutivo en su afán de crear tributos, la facultad es de aquellas que resultan incesibles.

¿Pudo el laudo obligar al Estado peruano a autolimitarse o

restringirse en su potestad de crear o abolir impuestos, de aumentarlos o disminuirlos? Ciertamente, no pensemos en el laudo, en cuanto este instrumento emanó de un tribunal constituido por personas que no eran miembros del Poder Judicial del Perú; pensemos en que una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, pronunciada por los jueces y tribunales peruanos, decidiera restringir o negarle al Poder Legislativo la función de dar leyes impositivas o de otra índole. Es evidente que ello importaría un absurdo, en cuanto priva a un Poder del Estado de ejercer la soberanía que por esencia le corresponde. Lo que si es susceptible de ventilarse por ante el Poder Judicial del Perú, es la inexistencia o existencia de determinadas imposiciones, su aplicabilidad y la cuantía de la deuda tributaria en cada caso concreto.

Es posible admitir que el Estado, por intermedio de su Poder Legislativo, se autolimite, durante cierto tiempo, en su facultad de crear impuestos, o aumentarlos, en forma general y jamás particular, para determinada rama de la producción. Ello se explica y puede justificarse dentro de la teoría del Derecho Administrativo en lo que respecta a las llamadas leyes-contrato. Empero, tampoco puede el Poder Legislativo auto-prohibirse en su facultad impositiva, si dicha prohibición se localiza con respecto a determinado propietario o industrial y para la producción no de una materia prima, sino acerca de la materia prima que se extrae en determinada área del territorio.

No se puede constitucionalmente admitir la vigencia de una ley que ampare el derecho de persona determinada.

En la Const. de 1920, su art. 17 contenía el principio de que las leyes se dan porque lo requiere la naturaleza de las cosas, pero no por la diferencia de las personas. Esta misma declaración la tienen la Const. de 1860 (art. 32); y la Const. de 1867 (art. 30); en la Const. de 1833 encontramos dicha norma bajo el número 23.

No sólo por medio de un laudo, sino por un convenio llamado "Acuerdo de Arreglo", se creó una tributación especial por cierto término; y esa creación se hizo teniendo en cuenta la diferencia de las personas, ya que quien debería tributar era una persona jurídica extranjera.

No es del resorte de un tribunal nacional y menos de un tribunal extraño, la facultad de imponer tributos, ni establecer

que esas contribuciones son inmodificables durante cierto tiempo.

Entonces, no ya quienes no son miembros del Poder Judicial del Perú, sino que ni siquiera éstos, pueden imponer contribuciones, porque estarían usurpando una función pública que sólo corresponde ejercitar al Poder Legislativo.

Este aherrojamiento de la facultad legislativa de un Estado soberano, en cuanto la misma puede crear o elevar tributos, contenido en un fallo —nacional o extranjero, es indiferente— importó una seria lesión de la soberanía. Es obvio que una resolución, con mayor razón cuando la misma es pronunciada por un tribunal cuyos miembros no son magistrados del Poder Judicial del Estado al cual va dirigida, importa la negación absoluta o relativa del derecho a darse sus propias leyes que todo Estado soberano tiene, debe reputarse que no obliga a quien la suscribió, que es inoperante y jurídicamente inválida, o sea de imposible ejecución, porque una de las funciones básicas y medulares de la soberanía es la legislativa.

Basta lo expuesto para inferir que el laudo o "Acuerdo de Arreglo", era inoperante y carecía de fuerza. No sólo creaba tributos, sino que obligaba a mantenerlos inalterables durante ciertos lapsos; y esto, como hemos visto, sólo está reservado al Poder Legislativo; y aún en la hipótesis de que este Poder los señalara y declarara que se mantendrían inalterables durante cierto tiempo, esa inalterabilidad jamás debería tener un carácter particular y darse por razón de las personas.

De otro lado se atenta también contra la soberanía y se disminuye al Poder Legislativo, al permitirse que un ente extraño cree un régimen tributario.

Apareciendo nítidamente que el laudo resuelve sobre materias reservadas al ejercicio de la soberanía, el Perú puede negar su obligatoriedad quienes así proceden en nombre del Perú, están infringiendo la Constitución y las leyes de la República.

6.— *El laudo y su validez internacional.*— Objeto de vivo debate y de muy serias dudas entre los ciudadanos peruanos es el de determinar cuáles serían las consecuencias jurídicas si el Perú desconoce unilateralmente la validez del laudo, en cuanto este instrumento contiene una serie de obligaciones y el reconocimiento de derechos que el Estado peruano ha estado cumpliendo por espacio de cerca de cuarenta años.

Nos parece que la doctrina sana es la de que la validez del derecho internacional, descansa en la Constitución de cada Estado, que es la ley suprema.

Ya hemos visto que tratándose del laudo, incorporó éste el llamado "Acuerdo de Arreglo", el cual, a su vez, nació del "Acuerdo de Arbitraje". Es incuestionable que estos dos acuerdos, conforme al derecho constitucional, debieron ser aprobados, ratificados, vale decir, homologados por el Parlamento, a fin de que pudieran constituir norma constitucional jurídicamente obligatoria.

En verdad, la intervención parlamentaria opera el fenómeno de transformar las reglas de derecho internacional en normas de derecho interno. Así resulta que el derecho internacional forma parte de la ley aplicable; constituye derecho vigente. En este orden, la voluntad del Estado no se traduce en un acto simple, sino que es un acto complejo; comprende la voluntad contractual expresada por quienes representan al Estado y la voluntad del Poder Legislativo al aprobar y no reprobar.

Ello no obstante, debemos citar las doctrinas sentadas por los jueces internacionales, inclinados siempre a fallar decidiendo que la norma internacional tiene prevalencia sobre la norma interna.

V. g., en un fallo arbitral pronunciado en una controversia entre Costa Rica y Gran Bretaña (8), el Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que era el árbitro, expresaba: "En un tribunal internacional, el repudio internacional de un tratado por una ley carece de valor y el juez internacional mantendrá este tratado y considerará la ley derogatoria como sin efecto".

También es importante conocer el criterio de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Así, en una disputa entre Grecia y Turquía (9), sentaba esta doctrina: "Debe darse por sentado el principio según el cual un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales, está obligado a aportar en su legislación las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de sus compromisos". En otra ocasión, decidió que "es un principio generalmente reconocido del derecho de gentes, que en las relaciones entre las partes contratantes de un trata-

(8) HUDSON, "Cases of international law", p. 163.

(9) Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia Internacional, serie B, Nº 10, p. 20.

do, las disposiciones de una ley interna no podrán prevalecer sobre las del tratado" (10). Y también dicha Corte Permanente de Justicia Internacional declaró que "del punto de vista del derecho internacional, las leyes internas violatorias de sus reglas son simples hechos ilícitos comparables a cualquier otra ilicitud" (11).

Hemos reproducido el criterio del juez internacional, para la hipótesis de que una ley desconociera el laudo.

Es evidente, empero, que entre lo que el laudo decide, en cuanto el laudo emana de un acuerdo de arreglo no aprobado por el Parlamento, y la Constitución vigente y promulgada con anterioridad a ese laudo, que es la de 1920, existe incompatibilidad. No se trata de norma constitucional posterior al laudo, sino anterior.

Conviene ahora saber si el Perú sería responsable por no cumplir un acuerdo de arbitraje-laudo que infringió la Constitución que regía en la época de su dación, y también todas las Constituciones anteriores, así como la que ahora nos rige, que es la Constitución de 1933.

Es necesario analizar previamente el caso de que el Perú desconociera el acuerdo de arbitraje sólo por razones de forma, o sea porque si bien fué debidamente suscrito por el Poder Ejecutivo, no existió aprobación por el Poder Legislativo, como reclamaba la Constitución de esa época. Ya se ha examinado esta cuestión y hemos citado el precedente establecido por el árbitro CLEVELAND, presidente de los Estados Unidos, en una controversia entre Nicaragua y Costa Rica, sobre la validez de un tratado celebrado entre ambos Estados. Nicaragua objetaba su validez porque no se había respetado lo que su Constitución establecía a dicho respecto. CLEVELAND resolvió que los preceptos constitucionales sobre ratificación de los tratados tienen relevancia internacional (12).

Existe también otro precedente ocurrido entre Estados Unidos y Francia en el año de 1831. Francia se había comprometido a pagar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por nacionales norteamericanos durante la revolución. El compromiso fué suscrito por el rey de Francia. Al pedir el rey a su parlamento que votara los fondos necesarios, se negó éste

(10) Publicaciones..., serie B., Nº 17, p. 32.

(11) Publicaciones..., serie A, Nº 7, p. 19 y 81.

(12) MOORE, "History and digest of international arbitrations", p. 1964.

a ello, porque no había sido consultado para la celebración del tratado. Como consecuencia, Francia se negó a pagar porque el tratado no se había suscrito de acuerdo con su Constitución. Estados Unidos arguyó que el rey era competente para celebrar tratados y que la intervención del parlamento sólo se exigía para votar los fondos, o sea que el tratado obligaba a Francia porque era válido, aún cuando para su ejecución se reclamaba la intervención de las cámaras legislativas. De aquí se extrae la consecuencia que Estados Unidos, en su contestación, admitía que la Constitución tiene relevancia internacional. No había entonces más que interpretar la Constitución francesa de esa época para apreciar la validez o invalidez del tratado (13).

En sustancia, el "Acuerdo de Arbitraje" muestra ineficacia internacional y su incumplimiento no genera responsabilidad, porque el derecho constitucional de cada Estado ha sido elevado al plano internacional.

Hay, empero, una contra-partida para el Perú, de la cual no somos responsables nosotros, sino los regímenes anteriores. Nuestra buena fe quedaría malparada porque el "Acuerdo de Arbitraje" - "Laudo" está en ejecución durante treinta y ocho años y recién ahora recordamos que la Constitución de 1920 ha sido infringida.

En resumen, no crea responsabilidad para nosotros el incumplimiento, porque es inválido ese acuerdo-laudo, pero podría imputárenos mala fe.

El instrumento concluido en París el 24 de abril de 1922 es ineficaz no sólo por la no aprobación del Congreso —exigencia constitucional—, sino porque el agente público comprometió al Perú en materias que no eran susceptibles de arreglo o pacto. Nadie podía llegar a contratar en nombre del Perú lo que es materia del arreglo-laudo: Por ejemplo, el régimen tributario a que están sujetos los bienes dentro de un Estado no es materia contratable con otros Estados.

El laudo no sólo modificó el régimen nacional sobre propiedad minera, sino que creó —por cierto tiempo— un régimen impositivo distinto. Y esto no sólo no podían hacerlo los extraños, sino ni los propios peruanos, porque importaba privilegio.

(13) CHAILLEY, "La nature juridique des traités internationaux", p. 224.